

Monika Gniadek¹

Znaczenie zgody na leczenie w odniesieniu do prawa konstytucyjnego i karnego

Streszczenie

Zgoda pacjenta na leczenie jest przedmiotem wielu regulacji prawnych, niekoniecznie spójnych ze sobą. Artykuł koncentruje się na tych zawartych głównie w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta odnoszących się do problematyki zgody, jej charakteru prawnego oraz wymogów powodujących jej pełną skuteczność prawną.

W kontekście konstytucyjnym istotne jest przedstawienie ewolucji podstawowych wartości konstytucyjnych i wyprowadzenia z nich ważnego w omawianym temacie prawa do samostanowienia. Warto zastanowić się jaki, ze względu na specyfikę prawa medycznego, prawo to ma przybrać kształt. Pomocne będzie zilustrowanie dwóch, przeciwne spojrzenia na charakter relacji pacjent – lekarz rozwijanych w doktrynie – model paternalistyczny oraz autonomiczny, by wreszcie doprowadzić do pewnego kompromisu, który najpełniej odpowiada wymogom rzeczywistości medycznej pozwalając rozłożyć odpowiedzialność za leczenie na obie strony we względnie równym stopniu i będzie to model partnerski.

Kolejnym omawianym aspektem będą regulacje chroniące pacjenta przed bezprawną ingerencją w prawo do samostanowienia, zawarte w art. 192 Kodeksu Karnego. Zostanie przeprowadzona analiza niezwykle nieostrych i nieprecyzyjnych znamion typu czynu zabronionego, co może prowadzić do faktycznych problemów w jego zastosowaniu.

Słowa kluczowe: zgoda pacjenta na leczenie, prawo medyczne, art. 192 k.k., ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty

¹ Autorka jest studentką III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Wprowadzenie

Przedmiotem artykułu jest zgoda pacjenta na leczenie ujęta w trzech aspektach – konstytucyjnym, medycznym oraz karnym. Takie wieloaspektowe przedstawienie tematu wydaje się być konieczne by w sposób pełny przedstawić charakter tej instytucji. Omówienie jest tym bardziej istotne ze względu na powoli następujące rzeczywiste prze-wartościowanie w istniejącym od wieków konflikcie prawa do autonomii oraz prawa lekarza, jako podmiotu wyspecjalizowanego, do decydowania niejako za pacjenta o jego zdrowiu i życiu. Konflikt jest wpisany w istotę problemu, jednak został zauważony szerzej dopiero w XIX w. wraz z powstaniem nowych idei politycznych i socjalnych, które przyznawały człowiekowi prawo do życia w godności i wolności. Jednak sam wymóg uzyskania niewadliwej zgody pojawił się dopiero w polskim ustawodawstwie międzywojennym i rozwijany był w XX w. Ciągły postęp medycyny oraz podniesienie poziomu świadomości społeczeństwa na temat zdrowia doprowadził obecnie do rzeczywistego respektowania przez lekarzy wymogu uzyskania zgody pacjenta, niezależnie od skutków, jakie ona niesie. O wzroście świadomości społecznej świadczą dane zarejestrowane przez Instytut Zdrowia Publicznego UJ w 2013 r – aż 64 tysiące osób twierdziło, że złamano ich prawa jako pacjentów².

2. Aspekt konstytucyjny

Prawo pacjenta do decydowania o swoim losie za pomocą omawianej instytucji, jaką jest zgoda na leczenie, ma konstytucyjne podłoże umiejscowione w niezbywalnych i przyrodzonych prawach człowieka. Warto prześledzić ewolucję tych praw na gruncie prawa konstytucyjnego oraz zastanowić się, w jaki sposób praktyka lekarska może dać jej najpełniejszy wyraz przy uwzględnieniu swoistego charakteru tej specjalizacji.

2.1. Konstytucyjne uwarunkowania zgody na leczenie

Obecnie obowiązek uzyskania uświadomionej zgody pacjenta na zabieg leczniczy wyprowadza się z art. 41 Konstytucji (nietykalność osobista i wolność osobista) oraz z art. 47 (prawo do decydowania o swoim życiu osobistym). Zanim jednak wprowadzono te podstawowe prawa do Konstytucji z 1997 r., droga wiodąca do ochrony prywatności prowadziła początkowo przez regulacje stosunków wertykalnych w Kodeksie Cywilnym. Przełomem w zakresie regulacji stosunków horyzontalnych, chroniących jednostkę przed działaniami państwa oraz jednocześnie zobowiązujących władze do wprowadzenia mechanizmów otaczających opieką obywatela, była działalność orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego i praca nad zasadą demokratycznego państwa prawnego. Była to swoista konstytucyjna klauzula generalna tworząca ramy normatywne dla określenia pozycji jednostki, jej praw niezbywalnych oraz wyznaczająca kierunek ewolucji całego systemu. Wskutek tego, prawo do życia prywatnego uzyskało rangę konstytucyjną jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r.

² Dane podane na V Kongresie Prawa Medycznego, Kraków 1-2.12.2016 przez M. Jóźwik, *Nowoczesne zasady uzyskiwania zgody na zabieg z punktu widzenia lekarza*.

Potwierdziło to szereg orzeczeń TK wspieranych jednocześnie Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. W sprawie o sygn. K 21/96 Trybunał stwierdził, że „Decydujące znaczenie ma uznanie prawa do prywatności przez międzynarodowe regulacje dotyczące praw człowieka i powiązanie przez orzecznictwo europejskie tego prawa z ogólną zasadą rządów prawa. Pozwala to przyjąć, że uznanie i zapewnienie należytej ochrony prawu do prywatności jest koniecznym elementem demokratycznego państwa prawa, a tym samym mieści się w ogólnej klauzuli art. 1 przepisów konstytucyjnych. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ustabilizowało się już przeświadczenie, że zasada demokratycznego państwa prawnego obejmuje swym zakresem także pewne treści materialne, w szczególności powiązane z prawami i wolnościami jednostki. To rozumowanie doprowadziło do wydobywania z art. 1 Konstytucji RP z 1952 r. takich elementów sytuacji prawnej jednostki, jak prawo do sądu, prawo do godności, prawo do życia. Trybunał Konstytucyjny uważa, że art. 1 daje też podstawy do sformułowania konstytucyjnego prawa do prywatności rozumianego m.in. jako prawo do zachowania w tajemnicy informacji o swoim życiu prywatnym”³. Podniesienie tym samym prawa do prywatności na poziom konstytucyjny doprowadziło do uznania, że jest to samodzielna sfera wolności jednostki, która nie może być sprowadzana do innych wyodrębnionych praw takich jak tajemnica korespondencji czy nienaruszalność mieszkania.

Wreszcie Konstytucja z 1997 r. potwierdziła prawo do ochrony życia prywatnego w art. 47. Art. 233.1 zaliczający prawo do prywatności do praw, które nie mogą zostać ograniczone w stanach wojennym lub wyjątkowym, umiejscowiło prawo to w sferze najsilniejszej ochrony konstytucyjnej. Prywatność znajduje oparcie w dwóch prawach podstawowych – godności człowieka oraz wolności. Jednakże wyodrębnienie prywatności i objęcie ją wyodrębnioną ochroną kieruje uwagę na te aspekty godności i wolności człowieka, które szczególnie dziś, w dobie rozwoju cywilizacyjnego, mogą być wyjątkowo zagrożone.

Z tego powodu istotne jest zwrócenie uwagi na prawo do prywatności przejawiające się w dysponowaniu przez pacjenta swoimi własnymi dobrami za pomocą zgody na leczenie. To pacjent pozostaje jedynym władnym podmiotem decydującym o swojej wolności, nawet w tak ekstremalnych kolizjach z prawem do życia i zdrowia. Wynika to z wyodrębnienia często pomijanego aspektu prawa do prywatności – wolność do decydowania o swoim życiu osobistym, rodzinnym, swoiste prawo do samostanowienia przysługujące każdej osobie. Sąd Najwyższy podkreślił, że w demokratycznym państwie prawnym wolność, w tym także wolność życia prywatnego oraz autonomia dokonywanych wyborów, jest chroniona w sposób szczególny, jako jedna z fundamentalnych zasad współczesnej doktryny praw człowieka, powierzona specjalnej opiece państwa przez Konstytucję⁴.

Pojęcie nietykalności osobistej charakteryzuje „zagwarantowaną możliwość utrzymania przez jednostkę swej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej

³ OTK ZU nr 2/1997, poz. 23.

⁴ Postanowienie SN z dnia 27.10.2005 r., III CK 155/05.

oraz zakaz jakiegokolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność”⁵.

Jak wcześniej wspomniałam, składnik prawa do prywatności, jakim jest prawo do decydowania o swoim życiu osobistym, często pomijany, również w niewielkim stopniu znalazł wyraz w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W interesującym nas zakresie Trybunał zajął się kwestią zgody w uchwale o sygn. W 16/92 stwierdzając, że „eksperyment biomedyczny na człowieku, niemający charakteru leczniczego, dokonany bez osobiście wyrażonej zgody osoby poddanej temu eksperymentowi nie jest prawnie dopuszczalny (...). Dopuszczenie, bowiem eksperymentu badawczego bez zgody osoby, na której eksperyment jest dokonywany, narusza zasadę demokratycznego państwa prawa poprzez pogwałcenie godności człowieka sprowadzonego w takim przypadku do roli obiektu doświadczalnego”⁶. Standard, który tym orzeczeniem wprowadzono, nie powinien w żadnym wypadku ograniczać się do eksperymentów o charakterze nieterapeutycznym. Każdorazowo podjęcie świadczenia zdrowotnego bez zgody pacjenta narusza w sposób karygodny jego prawo do samostanowienia i decydowania o swojej sferze osobistej wolności.

2.2. Prawo do samostanowienia a specyfika prawa medycznego

Co jednak dało asumpt do położenia prymatu prawa do samostanowienia na gruncie prawa medycznego? Odpowiedzi na to pytanie udzieli nam analiza modeli relacji pacjent – lekarz przyjmowanych w przeszłości oraz obecnie aprobowanych i stosowanych. Historycznie pierwszym był model paternalistyczny, który zakładał celowe ingerowanie jednej osoby w priorytety innej, mając na uwadze dobro tej ostatniej⁷. Naturalne było podporządkowanie pacjenta lekarzowi, co wynikało z bezgranicznego zaufania dla lekarza, różnicy intelektualnej, ograniczonych metod leczenia oraz wysokiego poziomu deontologii lekarskiej⁸. W dobie nowych idei politycznych i socjalnych, które przyznawały człowiekowi prawo do życia w godności i wolności, pojawiło się tym samym podważenie tak jednostronnej relacji. Obecnie w medycynie paternalizm krytykowany jest za to, że „stosuje autorytarne podejście do pacjenta” mimo jego dobroczynnego celu⁹. Według I. Berlina¹⁰ paternalizm należy traktować jako największe zagrożenie dla autonomii, gdyż traktuje ludzi jako istoty bezwolne i pozbawia ich prawa do samostanowienia.

Na kanwie tej krytyki, w związku z postępującym rozwojem medycyny oraz podniesieniem poziomu świadomości społeczeństwa, pojawiały się głosy za dopuszczeniem udziału pacjenta w procesie decyzyjnym. Wypracowywano model autonomiczny. Przejawem autonomii jest prawo do samodecydowania, w tym do wyboru metody leczenia. T.L. Beauchamp i J.F. Childress wyodrębniają dwa konstytutywne elementy

⁵ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 41 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom III*, red. L. Garlicki.

⁶ Dz.U. 1993 nr 023 poz. 103.

⁷ G. Dworkin, *Paternalism* [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, Witer Edition 2002.

⁸ T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2012, s. 45–46.

⁹ T. Biesaga, *Autonomia lekarza i pacjenta a cel medyczny*, *Medycyna Praktyczna* 2005, nr 6, s. 20.

¹⁰ I. Berlin, *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994, s. 197.

autonomii: wolność (niezależność od czynników kontrolujących) oraz spontaniczne działanie (zdolność do intencjonalnego działania)¹¹. Warto przytoczyć klasyczne uzasadnienie zasady autonomii Johna Stuarta Milla, które lepiej przystaje do specyfiki rzeczywistości lekarskiej ze względu na odrzucenie bezwzględnej bezkompromisowości i dopuszczenie pewnych wyjątków od niej np. w sytuacji, gdy „poszanowanie autonomii człowieka szkodziłoby jemu samemu lub drugiemu człowiekowi”¹². Zgodnie z filozofią J. Locke’a prawo do autonomii przyznawane jest jednostce, która jest myśląca, obdarzona rozumem, ujmująca siebie myślą, jako samą siebie, taka, która doświadcza własnych aktów poznawczych.

Prawidłowa relacja lekarz – pacjent powinna opierać się na zaufaniu, jakim obdarza lekarza pacjent. To zaufanie lekarz zdobywa przez udzielanie pacjentowi pełnych informacji na każdym etapie leczenia. Wydaje się, zatem, że to model partnerski umożliwia pacjentowi w sposób najpełniejszy uczestniczenie w procesie decyzyjnym, a przez to w terapeutycznym, który jego dotyczy. Zdaniem T.L. Beauchampa i J.F. Childressa „w wielu decyzjach podejmowanych w medycynie nie chodzi tyle o poszanowanie autonomii, ile o podtrzymanie zdolność do autonomii oraz sensownego życia. Względ na autonomię liczy się często mniej niż potrzeba współczucia i okazania dobroci”¹³.

Jednak również ten model relacji, mimo że zapewnia w sposób całkowity ochronę podstawowego prawa jednostki – prawa od samostanowienia – generuje pewne niebezpieczeństwa i obawy. Wynika to ze specyfiki sfery, jaką jest praktyka lekarska i tym samym prowadzi do wypracowania własnej, pochodnej konstrukcji odpowiadającej jej istocie. T. Brzeziński zauważa niebezpieczeństwo w tendencji przesuwania pełnej odpowiedzialności za decyzję z lekarza na pacjenta, która wynika z prób przekształcenia partnerskiego układu w usługowy¹⁴. Według Konstantego Radziwiłła „partnerstwo rozumiane jako równość stron, negocjacyjny sposób ustalania porozumienia i kompromis jako idealna droga do ustalania dalszego postępowania – nie pasuje do stosunku między lekarzem i jego podopiecznym”. Postuluje on „przyjęcie przez lekarza postawy mądrego, życzliwego i przekonującego doradcy, który wczuwając się w potrzeby i oczekiwania pacjenta, wyjaśniając mu zawiłości jego stanu zdrowia i proponowanych metod diagnostyki i leczenia, znajduje sposób przekonania go do najlepszego wyboru”¹⁵.

3. Charakter prawny zgody

Zarówno w doktrynie jak i w orzecnictwie pojawia się spór dotyczący charakteru prawnego zgody, o której traktuje artykuł. Część doktryny¹⁶ uznaje ją za szczególną formę

¹¹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996, s. 132.

¹² J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 8-9, 12-13, 91.

¹³ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 137.

¹⁴ T. Brzeziński, *Etyka...*, s. 47, 61-62.

¹⁵ K. Radziwiłł, *Kodeks Etyki Lekarskiej: odcinek 22: zgoda pacjenta w działaniach diagnostycznych, leczniczych i zapobiegawczych*, Medycyna Praktyczna, 2015, 3, s. 126-128.

¹⁶ Tak: M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 249; T. Dukiet-Nagórska, Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim, *Pr. i Md.* 2000, nr 2 (6/7, vol. 2), s. 82; M. Nestorowicz, *Kontraktowa*

oświadczenia woli w rozumieniu cywilistycznym, co początkowo przyjął również Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu, twierdząc że „można bronić poglądu kwalifikującego zgodę pacjenta jako oświadczenie woli, bowiem jej wyrażenie jest zdarzeniem, które zmierza do wywołania skutku prawnego w postaci uchylecia bezprawności działania lekarza dokonującego zabiegów”¹⁷. Skutkiem przyjęcia tej koncepcji będzie odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu Cywilnego do udzielonej zgody.

Przeciwnicy takiego stanowiska podnoszą, że jest to akt znacznie różniący się od oświadczenia woli jako czynności prawnej. Wyraża ona wyłącznie niezależność człowieka odnośnie zarządzania własnymi dobrami osobistymi i nie chroni interesów osób, do których jest adresowana¹⁸.

W duchu powyższego stanowiska uchwalono dyrektywę unijną dotyczącą ochrony danych osobowych. Uznano, że zgoda jest świadomym i dobrowolnym wyrażeniem przyzwolenia na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych przez udzielającą osobę, której dane dotyczą¹⁹. Stwierdzono tym samym, że zgoda jest nowym typem oświadczenia woli, odrębnym od cywilistycznej definicji i podkreślono jej dobrowolny, świadomy charakter²⁰.

W związku z tym, na gruncie prawa medycznego jednolicie i słusznie przyjmuje się, że zgoda jest jednostronnym aktem woli o charakterze upoważniającym i odwoalnym, lecz nie jest *stricte* czynnością prawną w ujęciu cywilistycznym i tym samym dla jej ważności nie musi zostać spełniony wymóg posiadania zdolności do czynności prawnych. Końcowo podobnie przyjął Sąd Najwyższy w nowszym wyroku²¹.

Na gruncie Kodeksu Cywilnego wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta wiąże się z naruszeniem dóbr osobistych jako dóbr przysługujących każdej osobie fizycznej, nie-rozerwalnie z nią związanych.

i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy, Warszawa-Poznań 1972, s. 20–21; S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 120; L. Ogie-gło, *Wstęp do rozważań nad problematyką jednostronnych czynności prawnych w prawie zobowiązań*, SIS 1991, nr 16, s. 40; W. Nowak, *Prawne formy zgody pacjenta na eksperyment medyczny (zagadnienia cywilno-prawne)*, Pr. i Med. 2005, br 3 (20, vol. 8), s. 52.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 303/04.

¹⁸ M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 35; L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.)*, Prawo i Medycyna nr 3/2000, s. 36; A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńki-wicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, t. 2, Warszawa 2013, s. 559.

¹⁹ Artykuł 2 lit. h) dyrektywy 95/46/WE Parlamentu europejskiego i Rady Unii Europejskiej w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych, Dz. Urz. WE L nr 81 z 23 listopada 1995 r., s. 31–50, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 15, s. 355.

²⁰ P. Fajgielski, *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych* [w:] G. Sibiga, X. Konarski, *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, Kraków 2007, s. 42–44; A. Adamus, *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych jako wyraz autonomii informacyjnej jednostki*, Radca Prawny 2008, nr 2, s. 7–10; M. Jagielski, *Pojęcie świadomej zgody w naukach prawnych* [w:] *Realizacja zasady informed consent w kontekście realizacji lekarz-pacjent: wyzwania i bariery rozwojowe w Polsce*, Warszawa 2012, s. 21–31.

²¹ Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/06.

Pojęcie zgody występuje w aktach prawa międzynarodowego takich jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (artykuł 7), Konwencja Bioetyczna (artykuł 5), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (artykuł 3). Również Konstytucja RP wprowadza pojęcie zgody w kontekście eksperymentu medycznego, co było przedmiotem interpretacji Trybunału Konstytucyjnego.

4. Wymogi ustawowe

Po wypracowaniu jednolitego poglądu na charakter prawny zgody istotne jest doprecyzowanie problematyki dokonane w przepisach ustawy o prawach pacjenta oraz o zawodzie lekarza, które określają podstawowe wymogi dla zgody wiążącej i wywołującej skutki prawne. Wymagania te są jednocześnie rozwijane w judykaturze. Spełnienie ich gwarantuje pacjentowi zachowanie podmiotowości w procesie leczenia, lekarzowi zaś stan bezpieczeństwa prawnego. Warunki te są takie same dla wszelkich przypadków występujących w medycynie, gdzie potrzebna jest zgoda pacjenta. Są nimi: wymogi przedmiotowe – dokładnie określony przedmiot zgody; wymogi podmiotowe – zgoda wyrażona przez pacjenta lub inny uprawniony podmiot mający odpowiednią do tego kompetencję; zgoda wyrażona w sposób jasny, jednoznaczny i szczegółowy; zgoda wyrażona w sposób swobody; zgoda świadoma, objaśniona; zachowanie wymaganej formy oświadczenia.

4.1. Wymogi przedmiotowe

Przedmiotem zgody jest badanie²² lub inne świadczenie zdrowotne²³ oraz zabiegi operacyjne i zastosowanie metod leczniczych lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta²⁴. Warto podkreślić, że przedmiotem zgody ma być określone świadczenie zdrowotne. Konieczność konkretyzacji przedmiotu zgody nie budzi wątpliwości w nauce prawa, mimo iż brzmienie art. 32 jednoznacznie na to nie wskazuje. Artykuł ten należy bezwzględnie interpretować jako „określone świadczenia zdrowotne”. Stanowisko to podzielił Sąd Najwyższy w wyroku II CR 74/81 jeszcze na gruncie poprzedniej ustawy o zawodzie lekarza.

Za M. Safjanem oraz B. Janiszewską można przyjąć, że art. 32 i in. dotyczą zabiegów o charakterze leczniczym tzn. podejmowanych w celu leczniczym oraz wykonanym *lege artis* (terapia, diagnostyka, profilaktyka, rehabilitacja, opieka paliatywno-hospicyjna, badania, zabiegi operacyjne, lecznicze i diagnostyczne). Jednakże ze względu na rozwój potrzeb oraz oczekiwań związanych z interwencjami lekarskimi rozszerzono

²² Badanie jest *de facto* jedną z postaci świadczeń zdrowotnych, na co zwraca uwagę R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 341–342. J. Ignaczewski (*Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003, s. 10–11) pojęciem badania obejmuje „takie działania, które, nie naruszając integralności cielesnej, nie niosą za sobą żadnego ryzyka dla pacjenta” oraz „wszelkie inne czynności służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia pacjenta, których nie można według powyższych reguł zaliczyć do innych kategorii, którymi posługuje się Ustawa o zawodzie lekarza”.

²³ Art. 32 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry.

²⁴ *Ibidem*, art. 34.

tę interpretację i objętą nią również zabiegi nieterapeutyczne (niemających na celu leczenia np. eksperymenty badawcze, operacje plastyczne). Część zabiegów nieterapeutycznych jest uregulowana ustawowo i w związku z tym należy spełnić wymogi wprowadzone przez ustawy²⁵.

Istnieje pytanie, czy można przyjąć, że dopuszczalnymi zabiegami nieterapeutycznymi (niezależnie od wyrażonej na nie zgody) są tylko te, które mają regulacje ustawową (*numerus clausus*). Racjonalne wydaje się odrzucenie tego stanowiska i dopuszczenie legalnego wykonywania niektórych zabiegów nieterapeutycznych. By uznać ich legalność konstruuje się odpowiedni katalog warunków²⁶. Najważniejszym z nich zawsze jest zgoda zainteresowanego. Nie oznacza to, że pacjent może wyrazić zgodę na wszystkie zabiegi. Dokonanie zabiegu musi być zawsze uzasadnione stanem zdrowia pacjenta. W przypadku, gdy lekarz udzieli świadczenia zdrowotnego za zgodą pacjenta, lecz niezgodnie z zasadami wiedzy medycznej, może ponieść odpowiedzialność. Lekarz powinien podjąć decyzję, czy podjęcie stosowanego świadczenia jest zasadne i czy możliwe jest poprzestanie na mniej ryzykownych i ingerujących w organizm pacjenta działaniach.

Z konstrukcji dóbr o bezwzględnej wartości społecznej wywodzi się granice przedmiotowe zgody – będzie to pozbawienie człowieka życia oraz spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Bezwzględną granicą przedmiotową zgody jest sprzeczność z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Przykładami są sytuacje wywołania przez lekarza uszczerbku na zdrowiu pacjenta, by ten mógł ubiegać się o zwolnienie ze służby wojskowej lub dokonanie chirurgicznej zmiany wyglądu zewnętrznego pacjenta ściganego za popełnienie przestępstwa.

Brak jest natomiast wyraźnej regulacji ustawowej odnoszącej się do hospitalizacji w znaczeniu samego umieszczenia pacjenta w szpitalu w celu wykonania badań (na to jest oczywiście konieczne uzyskanie dalszych zgód, lecz nie zgody bankietowej²⁷). Poprzednie brzmienie ustawy o działalności leczniczej nakładało wymóg uzyskania zgody pacjenta, obecnie można pośrednio dopatrzeć się podstawy ku temu w zapisie stanowiącym, że wypisanie ze szpitala następuje na żądanie pacjenta. Skoro pacjent może zdecydować o zakończeniu hospitalizacji, to może tym bardziej nie wyrazić zgody na jej rozpoczęcie. Zasadne jest w mojej opinii podtrzymywanie stanowiska, że zgoda na przyjęcie do szpitala jest wymagana²⁸.

²⁵ Przykładowo art. 4a ustawy o ochronie płodu (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78) oraz art. 25 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152) odnoszący się do eksperymentów badawczych.

²⁶ Odrębnie, co do zabiegów nieterapeutycznych nieuregulowanych ustawowo M. Safjan, *Prawo...*, s. 38-39.

²⁷ Szerzej na temat problematyki zgody blankietowej M. Boratyńska, *Wolny wybór*, s. 76 i in. oraz s. 146-153, Warszawa 2012 oraz M. Nestorowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2016, s. 165-166, który argumentuje, że pacjent wyrażający zgodę na bliżej nieokreślone świadczenia zdrowotne przez diagnozą i określenie sposobu leczenia nie jest zgodą na jakiegokolwiek świadczenia zdrowotne. Zgoda blankietowa nie obejmuje późniejszych zabiegów, lekarz działający na jej podstawie działa poza zakresem zgody. Stanowisko podzielił Sąd Najwyższy w orzeczeniu I CR 463/72. Instytucja zgody blankietowej jest zbyt daleko idąca i tym samym nie do pogodzenia z godnością ludzką.

²⁸ Art. 29 ust 1 pkt 2 ustawy o działalności leczniczej (Dz.U. 2011 nr 112 poz. 654). Pogląd poparty jest również wymogami dotyczącymi dokumentacji medycznej sporządzanej w szpitalu. § 27 ust.1 pkt 12

4.2. Wymogi podmiotowe

Zgoda jest przede wszystkim wyrażana przez pacjenta – osobę, której świadczenie ma być udzielone²⁹. Osoba taka musi być kompetentna do wyrażenia zgody. W ramach tej kompetencji wyróżniamy jej aspekt prawny i psychologiczny. Nierozstrzygnięta w doktrynie jest interpretacja aspektu prawnego kompetencji. Odnosi się ona do spełnienia stawianych przez system prawa wymagań, dotyczących wieku i faktu (nie) ubezwłasnowolnienia pacjenta oraz zdolności do czynności prawnych. Część doktryny opowiada się za przyjęciem pełnej zdolności do czynności prawnych³⁰. Przeciwnicy podnoszą, że jedynym kryterium prawnym jest wiek oraz stan ubezwłasnowolnienia wprowadzone *explicite* przez ustawę³¹. Zgodzę się, że nie ma potrzeby ograniczania autonomii jednostki przez wprowadzenie dodatkowego prawnego kryterium. Istotniejsze będzie zawsze odwołanie się do stanu psychicznego pacjenta w zakresie zdolności udzielenia zgody. Również przyjęcie stanowiska uznającego zgodę za oświadczenie woli, lecz nie w rozumieniu niecywilistycznym, przemawia na korzyść odrzucenia wymogu posiadania zdolności do czynności prawnych.

Aspekt psychologiczny kompetencji odwołuje się zasadniczo do kondycji samego pacjenta (na nią wpływ mają w przeważającej większości czynniki zewnętrzne jak też w mniejszym zakresie wewnętrzne). Pojęcie „uświadomionego pacjenta” pozwala na szeroką interpretację i wzięcie pod uwagę licznych okoliczności: poinformowania, zrozumienia informacji, rozważenia istotnych racji do podjęcia decyzji oraz aspektów jej dobrowolności. Istotne jest ustalenie, czy osoba wyrażająca zgodę jest niezdolna do świadomego wyrażenia zgody. Każdorazowo oceny tej dokonuje lekarz³². Brak jest natomiast kryteriów pomocnych w tej ocenie. Według M. Safjana osobą niezdolną do świadomego wyrażenia zgody będzie w przypadku całkowitego braku świadomości, a nie tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym lub ograniczonej percepcji³³. Takie rozwiązanie może prowadzić do niebezpieczeństwa związania lekarza stanowiskiem osoby, która faktycznie nie ma rozeznania w sprawie interwencji, o której decyduje i wydaje się zbyt radykalne. Przyjmuje się, że wola pacjenta zakłócona w stopniu znacznym³⁴ spowoduje wadliwość zgody i w takim wypadku lekarz powinien zwrócić się do sądu opiekuńczego bądź przedstawiciela ustawowego

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

²⁹ Art. 32 i nast. Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152) oraz art. 16 ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417).

³⁰ Tak R. Kubiak, *Prawo...*, s. 259; *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, E. Buczek, Ł. Caban, Ł. Dziamski, W. Grecki, M. Kopeć (red.), A. Plichta, L. Retkowska-Mika, M. Urbańska, Warszawa 2016; tak T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda...*, s. 87.

³¹ Tak: L. Kubicki: *Nowy rodzaj...* s. 37; M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 35–36; A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016, s. 110–112; B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 432–444.

³² Tak B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 433.

³³ M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 41.

³⁴ Tak M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 39; R. Kubiak, *Prawo...*, s. 263.

o zezwolenie³⁵. Postulowane jest jednak podejmowania wyważonej oceny stanu pacjenta, by nie doprowadzić do pochoptego naruszenia jego autonomii³⁶.

Nie będzie rodzić wątpliwości sytuacja udzielenia zgody właściwej przez osobę pełnoletnią, zdolną do pełnego rozpoznawania rzeczywistości. Będzie ona uznana za wystarczającą i w pełni legitymizującą działanie lekarza. W przypadku, gdy pacjent nie ma zdolności do czynności prawnych albo, mimo jej posiadania, jest w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli, konieczne jest zastosowanie konstrukcji zgody zastępczej albo kumulatywnej. Gdy pacjentem jest małoletni poniżej 16 roku życia³⁷, osoba ubezwłasnowolniona całkowicie albo podmiot niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, zgodę zastępczą wyraża przedstawiciel ustawowy (w przypadku badania również opiekunowie faktyczni), a gdy pacjent takiego przedstawiciela nie ma lub porozumienie z nim nie jest możliwe – sąd opiekuńczy. Warto odnotować pewną granicę władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, gdy ich stanowisko jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (odmowa leczenia dziecka, gdy jest to niezbędne dla ratowania jego życia i zdrowia) i może być przełamane orzeczeniem sądowym³⁸.

Zgoda kumulatywna wyrażana jest przez pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego. Dotyczy małoletniego, który ukończył 16 lat, co do zabiegów prostych oraz operacji i zabiegów o podwyższonym ryzyku oraz ubezwłasnowolnionego całkowicie dysponującego rozeznaniem. W drodze wykładni logicznej z argumentem *a minori ad maius* przyjmuje się, że prawo wypowiedzenia opinii przez osobę ubezwłasnowolnioną całkowicie przysługuje nie tylko na temat badania, jak stanowi art. 32 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza, ale również innych świadczeń zdrowotnych, a nawet zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku³⁹.

Sytuacja osób ubezwłasnowolnionych częściowo budzi znaczne wątpliwości. Według R. Kubiaka⁴⁰ osoby te są władne samodzielnie wyrazić zgodę na zabieg prosty, a wobec braku regulacji ustawowej do zabiegów operacyjnych lub o podwyższonym ryzyku postuluje on zastosowanie zgody zastępczej lub kumulatywnej. Za B. Janiszewską⁴¹ przyjmują jednak, że wobec braku uregulowania ustawowego należy kierować się zasadą *in dubio pro libertate* i w stosunku do tej kategorii osób stosować ograniczenia wynikające tylko z kompetencji psychologicznej.

Istnieje jednak faktyczna możliwość zaistnienia kolizji zgód w ramach zgody kumulatywnej⁴². W przypadku świadczeń zdrowotnych i badań, prawo do sprzeciwu przy-

³⁵ Art. 32 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

³⁶ B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 444.

³⁷ Rozwiązanie krytykuje m.in. R. Kubiak, *Prawo...*, s. 264-265 ze względu na brak możliwości uwzględnienia osobniczych cech rozwoju intelektualnego i psychicznego dziecka.

³⁸ M. Świdorska, *Przymus leczenia i innych zabiegów medycznych*, PiM 2004, nr 3, s. 18-19; wyr. SN z 21.12.1971 r. (II CR 481/71); K. Daszkiewicz, *Uchylenie odpowiedzialności lekarza za wykonanie zbiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, *Palestra* 2002, nr 11-12, s. 37-38.

³⁹ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 272.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 458-470.

⁴² Art. 32 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

sługuje tylko pacjentowi (małoletniemu, który ukończył 16 lat, ubezwłasnowolnionemu oraz choremu psychicznie, lecz dysponującym dostatecznym rozeznanie) przy jednoczesnej zgodzie jego przedstawiciela. Sporne jest przełamanie podwójnego sprzeciwu obu podmiotów⁴³, ale dopuszczalne przełamanie oporu przedstawiciela ustawowego, gdy podopieczny wyraża zgodę, w sytuacji niezbędnych zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku, które usuwają niebezpieczeństwo utraty życia lub odniesienia ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia⁴⁴. W każdym z tych przypadków przełamania zgody dokonuje sąd opiekuńczy. Skutkiem sprzeciwu jest zatem uniemożliwienie podjęcia bieżącej interwencji oraz otwarcie kontroli sądowej podstaw jej wykonania.

Rozstrzygnięcie sądowe występuje w sytuacji, gdy brak jest podmiotu posiadającego kompetencję do wyrażenia zgody lub jego wola jest sprzeczna z interesem pacjenta. Orzeczenie jest niezbędne, gdy pacjentem jest małoletni, który nie posiada przedstawiciela ustawowego albo nie można się z nim porozumieć. Sąd ingeruje również w przypadku osób posiadających pełną zdolność do czynności prawnych, lecz znajdujących się w stanie, w którym nie mogą świadomie wyrazić zgody. Według Rafała Kubiaka⁴⁵, w przypadku osób ubezwłasnowolnionych całkowicie, które nie mają przedstawiciela ustawowego lub nie można się z nim porozumieć, wobec braku regulacji prawnej dotyczącej zabiegów prostych, można w drodze analogii postulować podjęcie rozstrzygnięcia przez sąd opiekuńczy.

4.3. Zgoda świadoma

Każda interwencja medyczna wymaga świadomej zgody pacjenta. Dopiero pacjent, który posiada niezbędną wiedzę na temat swojego stanu, alternatywnych rozwiązań oraz następstw rozstrzygnięcia, jest w stanie wyrazić zgodę z pełną odpowiedzialnością. Zaistnienie takiego stanu jest możliwe po uprzednim dostatecznym poinformowaniu pacjenta (oraz innych osób decydujących o poddaniu go świadczeniu) przez lekarza o naturze świadczenia, jego celu, rokowaniu, przewidywanym scenariuszu i potencjalnych zagrożeniach. Obowiązek informacyjny wynika z partnerskiej relacji pacjenta i lekarza oraz zapewnia pełną ochronę autonomii pacjenta. Oba prawa – do informacji i wyrażenia zgody – mają charakter etyczny i wynikają z Kodeksu Etyki Lekarskiej⁴⁶, aktów o randze międzynarodowej oraz ustaw o lekarzu⁴⁷ oraz o prawach pacjenta⁴⁸.

⁴³ Większość autorów nie dopuszcza takiej możliwości, odmiennie T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 70. Argumentuje ona istnienie możliwości przełamania podwójnego sprzeciwu przez sąd opiekuńczy, by dobro pacjenta było najpełniej chronione. Według R. Kubiaka „Przyjęcie koncepcji o możliwości przełamania oporu przedstawiciela ustawowego w każdej konfiguracji sytuacyjnej powoduje, iż art. 32 ust. 6 miałby zastosowanie zarówno do zgody kumulatywnej, jak i zastępczej”.

⁴⁴ Art. 34 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

⁴⁵ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 275. Tak samo M. Świdorska, *Zgoda pacjenta...*, s. 54. Wobec zabiegów operacyjnych oraz o podwyższonym ryzyku art. 34 ust. 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

⁴⁶ Art. 13, 16, 17 Kodeksu Etyki Lekarskiej.

⁴⁷ Art. 31 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

⁴⁸ Rozdział 3 ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417).

Lekarz ma obowiązek w każdym wypadku dostosować formę przekazu do możliwości percepcyjnych konkretnego chorego, jego wieku, wykształcenia, a zatem sformułować informację w sposób zrozumiały oraz przystępny. Oznacza to, że specjalista powinien unikać fachowego nazewnictwa, parametrów liczbowych i skrótów literowych. Przekazanie tych informacji musi nastąpić przed wyrażeniem zgody pacjenta z inicjatywy lekarza, a jego kontakt z pacjentem powinien być maksymalnie spersonalizowany.

4.4. Dobrowolność i szczegółowość

Decyzja musi być wyrażona bez jakichkolwiek nacisków zewnętrznych – fizycznych oraz przede wszystkim psychicznych (ze strony lekarza jak i innych osób), takich jak szantażowanie odstąpienia od leczenia, zatajenie istotnych informacji bądź wprowadzenie pacjenta w błąd, przekazując fałszywe informacje, nawet w sytuacji, gdy lekarz działa w dobrej wierze. Zgoda musi być wyrażona w sposób dostatecznie precyzyjny, nie wywoła, zatem skutków prawnych zgoda blankietowa. Każdy zabieg wymaga odrębnej zgody, bez względu na rodzaj ryzyka. Mimo wyrażenia jej na hospitalizację, każdy przeprowadzany zabieg musi być poprzedzony aprobatą. Zgoda na przyjęcie do szpitala ich nie wyraża uprzednio. Ciekawym wątkiem jest udzielanie zgody blankietowej w kontekście poszerzenia zakresu wykonywanego zabiegu. Co do zasady doktryna⁴⁹ oraz judykatura⁵⁰ nie dopuszczają takiej możliwości, jednak samo poszerzenie sfery zabiegu jest dopuszczalne pod określonymi wymogami ustawowymi bez dodatkowej „ogólnej” zgody pacjenta i jest to tzw. wyjątek terapeutyczny⁵¹.

4.5. Forma zgody

Ustawa⁵² wprowadza regulacje dotyczącą formy zgody dla zabiegów prostych, która ma być wyrażona wyraźnie, lecz co do zasady w dowolny sposób – konkludentnie, ustnie lub w jakikolwiek inny sposób niebudzący wątpliwości co do woli pacjenta. W przypadku zabiegów operacyjnych oraz o podwyższonym ryzyku dla pacjenta, wymagana jest forma pisemna⁵³. Rozgraniczenie tych rodzajów zabiegów dokonywane jest każdorazowo ze względu na kryteria obiektywne (statystyczne ryzyko zabiegu lub techniczny stopień skomplikowania) oraz subiektywne (odnoszące się do stanu zdrowia konkretnego pacjenta, stosowanej wobec niego równolegle innej terapii, możliwości techniczne placówki, doświadczenie i umiejętności lekarza). Warto zauważyć, że część doktryny próbuje konstruować pewien katalog zabiegów o podwyższonym ryzyku dla pacjenta⁵⁴, mimo że sformułowanie zamkniętego katalogu wydaje się niemożliwe. Zgo-

⁴⁹ M. Świderska, *Zgoda pacjenta...*, s. 93.

⁵⁰ Wyr. SA w Krakowie z 12.10.2007 r. (I ACa 920/07).

⁵¹ Art. 35 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

⁵² *Ibidem*, art. 32 ust. 7.

⁵³ *Ibidem*, art. 34 ust. 1.

⁵⁴ M. Nestorowicz, *Prawo medyczne...*, s. 83; M. Boratyńska, *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, PiM 2008, nr 1, s. 81. Wykaz taki zawarty jest również w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 24.12.2012 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, których udzielenie wymaga zgody (Dz.U. 2012 poz. 494).

da konkludenta może być wyrażona gestem lub poddaniem się badaniom. Milczenie interpretowane jest na ogół jako zgoda, jednak tylko gdy z całokształtu okoliczności wynika bezsprzecznie, że pacjent wyraża swoje zdanie.

Dla dochowania formy pisemnej (koniecznej przy zabiegach operacyjnych oraz o podwyższonym ryzyku) zgodnie z art. 78 k.c. wystarcza złożenie własnoręcznego (nawet nieczytelnego⁵⁵) podpisu pod oświadczeniem woli, byleby identyfikował pacjenta. W mojej opinii niedopuszczalne jest podpisywanie przez pacjenta gotowego formularza zgody (*permission sheet*), gdyż praktyki te (niestety stosowane powszechnie) uważane są za czynnik odhumanizujący relację pacjent – lekarz oraz budzą wątpliwości w zakresie dopełnienia obowiązku informacyjnego. Cechują się one zawsze pewnym stopniem abstrakcji i przez to nie uwzględniają w odpowiednim stopniu osobniczych uwarunkowań danego pacjenta. Formularze te nie mogą zastąpić odrębnego oświadczenia woli.

Wymóg formy pisemnej zrodził wątpliwości, co do skutków jego niedochowania. Wywodząc skutki z prawa cywilnego, część doktryny uznaje, że forma pisemna została zastrzeżona *ad probationem* (art. 73 k.c.) i jej niedochowanie nie rzutuje na ważność oświadczenia chorego. Przedstawiciele nauki prawa karnego podnoszą, że ustawodawca zastosował rygor *ad solemnitatem*⁵⁶, lecz dopuszczają pewne wyjątki właściwe dla specyfiki prawa medycznego. Nie zgodzę się z tak radykalnym poglądem i rozsądniejszym wydaje się przyjęcie, że niedochowanie formy pisemnej nie rzutuje na ważność oświadczenia chorego⁵⁷. Dla ochrony autonomii pacjenta najważniejszy jest przecież czyn, a nie jego forma.

Należy zastanowić się jednakże czy tym samym przesądzone jest, że forma została zastrzeżona *ad probationem*. Zwolennicy takiego stanowiska oraz Sąd Najwyższy⁵⁸ podnoszą, że w przypadku niedochowania formy pisemnej lekarz może napotkać problemy dowodowe na drodze procesowej, chyba, że, zgodnie z art. 74 par 2 k.c., uprawdopodobni dokonanie czynności prawnej za pomocą pisma, czyli odnotuje ten fakt w dokumentacji medycznej. Gdy tego nie robi, w trakcie procesu niemożliwe będzie powołanie się na dowód z zeznań personelu lub osób postronnych będącymi świadkami składania oświadczenia przez pacjenta.

Część doktryny wyraża się krytycznie na temat ścisłego zastosowania przepisu k.c. do prawa medycznego twierdząc, że zgoda pacjenta nie stanowi w ogóle oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego. Przyjęcie przeze mnie tej właśnie interpretacji charakteru prawnego zgody pozwala na poparcie stanowiska przeciwników stosowania art. 74 k.c. Jednakże zasadne jest postulowanie, by lekarz dokumentował za każdym razem fakt udzielenia zgody w dokumentacji medycznej by uniknąć ewentualnych komplikacji w procesie. Co więcej, zastosowanie art. 79 k.c. i wykorzystanie uregulowanej tam procedury uzyskania zastępczej formy oświadczenia woli nie wydaje się szczególnie

⁵⁵ Wyr. NSA z 10.11.2006 r. (II FSK 1144/05).

⁵⁶ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 275.

⁵⁷ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia...*, s. 86-87; wyr. SA w Lublinie z 27.02.1991 r. (I ACr 16/91); SN II CSK 11/10; SN II CSK 191/05.

⁵⁸ Wyr. SN z 11.04.2006 r. (I CSK 191/05).

pomocne w ramach praktyki lekarskiej, lecz ciągle brak jest odpowiedniej regulacji w prawie medycznym rozwiązującej ten problem. W przeciwieństwie do formy zgody, ustawodawca nie uregulował formy sprzeciwu⁵⁹, uznaje się, że może być on wyrażony w dowolny sposób. Postulowałabym jednak, ze względów dowodowych, sporządzenie go na piśmie, bądź co najmniej odnotowanie tego faktu w dokumentacji medycznej pacjenta.

5. Zgoda domniemana

Ustawodawca przewiduje kilka przypadków, gdy interwencja medyczna może być podjęta bez jakiegokolwiek oświadczenia pacjenta lub nawet wbrew jego woli. Działanie lekarza nie będzie wtedy czerpało swojej legitymacji ze zgody pacjenta. Zgoda domniemana ma zastosowanie w określonych sytuacjach, gdy pacjent jest wyłącznie kompetentny do wyrażenia swojego stanowiska, lecz nie może tego uczynić ze względu na stan, w jakim się znajduje (np. jest nieprzytomny, odurzony, cierpiący na demencję) oraz gdy prawo wymaga zgody zastępczej albo kumulatywnej, a brak jest podmiotu, który mógłby jej udzielić lub nie można się z nim porozumieć. W takich przypadkach przyjmuje się, że gdyby pacjent mógł udzielić zgody, to zostałaby przez niego udzielona, by ratować jego życie i zdrowie. Na tym właśnie założeniu (racjonalnej decyzji człowieka) oparto regulację tej niezwykle trudnej sytuacji wyjątkowej. Lekarz może zastosować tę konstrukcję w określonych okolicznościach, różnych ze względu na niezwłoczność pomocy lekarskiej⁶⁰ oraz ze względu na charakter świadczenia zdrowotnego⁶¹. Zawsze jednak przesłanki, którymi się kieruje, leżą w sferze prawa medycznego i nie uwzględniają innych okoliczności np. konfesyjnych, osobiście istotnych dla pacjenta.

W art. 33 wprowadzono możliwość przeprowadzenia badania bez zgody pacjenta, gdy istnieje potrzeba niezwłocznej pomocy lekarskiej (warto zauważyć, że nie ma tu mowy o bezpośrednim zagrożeniu życia i zdrowia, gdyż sytuację tę reguluje art. 34), a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może on wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. Nie zawężono jednak zakresu przedmiotowego świadczenia zdrowotnego. W zgodzie z interesem pacjenta regulacja ta dotyczy świadczeń zdrowotnych wszelkiego rodzaju, oprócz zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku. Takie sytuacje będą miały miejsce, gdy zwlekanie z zabiegiem mogłoby wykluczyć lub ograniczyć skuteczność zabiegu, spowodować wydłużenie procesu terapeutycznego lub spowodować konieczność zastosowania bardziej skomplikowanych metod leczenia.

Trzeba podkreślić, że nie będzie tu chodzić o przypadek niezwłocznej potrzeby udzielenia pomocy, ale już o sytuację prognozy zaistnienia zagrażających pacjentowi następstw zdrowotnych. Lekarz podejmując decyzję będzie kierował się stanem zdrowia pacjenta, ale też czasowej perspektywy uzyskania oświadczenia o zgodzie. Niezasadne byłoby oczywiście bezowocne oczekiwanie na zgodę i doprowadzenie pacjenta do stanu konieczności niezwłocznego udzielenia pomocy. Lekarz ma bowiem obowiązek podjąć

⁵⁹ Art. 17 ust 4 ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417).

⁶⁰ Art. 32. 8 oraz art. 33 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentyisty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152)

⁶¹ *Ibidem*, art. 34 ust. 7 i 8.

interwencję medyczną w celu uniknięcia jakichkolwiek negatywnych skutków dla zdrowia pacjenta. Ceną za to jest odsunięcie na dalszy plan indywidualnych preferencji pacjenta. Ustawa wymaga, by w takiej sytuacji lekarz dokonał, w miarę możliwości, konsultacji z innym lekarzem oraz odnotował ją w dokumentacji medycznej.

Art. 34 ust. 7 i 8 dotyczy zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku i dopuszcza wykonanie ich bez zgody przedstawiciela ustawowego albo sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie (otrzymanie zgody zastępczej, kumulatywnej oraz wyrażonej przez sąd opiekuńczy) mogłaby skutkować niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszczerbku ciała oraz ciężkiego rozstroju zdrowia. W takich sytuacjach lekarz jest obowiązany do konsultacji z innym lekarzem, w miarę możliwości tej samej specjalności, niezwłocznego zawiadomienia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sądu opiekuńczego oraz odnotowania okoliczności w dokumentacji medycznej. Regulacja ta stanowi kolejny wyjątek od zasady, że interwencje medyczne są dokonywane po uzyskaniu zgody pacjenta. Z tego powodu zasadna jest dokładna interpretacja przesłanek, które na to zezwalają. Podnoszone jest, że niebezpieczeństwo nie musi być bezpośrednie, ale zgodnie z wiedzą medyczną bez udzielenia pomocy przerodzi się bezpośrednio w zwykłym toku wydarzeń. W tym jednak przypadku lekarz podejmując decyzję kieruje się tylko przesłankami medycznymi, nie mają doniosłości prognozy co do prawdopodobnej treści oświadczenia woli uprawnionego podmiotu. Ponownie preferencje osobiste pacjenta nie mają znaczenia. Warto zauważyć, że sąd opiekuńczy podczas podejmowania decyzji w większym zakresie odwołuje się do istotnych dla pacjenta wartości.

6. Aspekt karny

Wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta narusza zarówno normy prawne, jak i etyczne. Uzasadnia tym samym pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności cywilnej, zawodowej, jak i karnej. W k.k. z 1969 r. nie przewidziano typu przestępstwa polegającego na wykonaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Stosowano konstrukcję pozaustawowego kontratypu czynności leczniczych. Uznawano, że zachowanie lekarza jest pierwotnie nielegalne, lekarz mógł swoim działaniem wyczerpać znamiona czynu zabronionego np. spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Jednakże szczególne warunki, w jakich podejmowano czynności leczniczych miały powodować, że bezprawność zostanie wyłączona. Zgoda stanowiła jedno ze znamion wymaganych do wyłączenia bezprawności. Rozwiązanie to budziło znaczne wątpliwości. Krytycy podnosili, że lekarz podejmując się interwencji medycznej *lege artis* nie atakuje życia i zdrowia pacjenta. Zatem nie może być jednocześnie ukierunkowany na ochronę dóbr i dopuszczać się na nie zamachu. W związku z tym jego czyn jest pierwotnie legalny. Wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta narusza jego inne dobro: wolność w sensie prawa do samostanowienia. W tym duchu został skonstruowany art. 192 k.k.⁶²

⁶² „Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Warto podkreślić, że miejsce prawa do samostanowienia w hierarchii wartości wyklucza możliwość powołania się przez lekarza na stan wyższej konieczności w celu obejścia zgody pacjenta. Ustawodawca samodzielnie reguluje potencjalną kolizję dóbr, dając prymat prawu do wolności. Nie ma tym samym kolizji dóbr stanowiącej podstawowy element stanu wyższej konieczności. Gdyby lekarz mógł wedle uznania, powołując się na ten stan, poświęcać prawo pacjenta do decydowania o sobie by ratować jego życie lub zdrowie, tym samym przekreślone byłoby znaczenie wyrażenia zgody przez pacjenta na przeprowadzenie zabiegu i jedynym decydującym pozostawałby lekarz, a norma prawna byłaby pusta.

Odpowiedzialność karną na gruncie art. 192 k.k. będą rodzić następujące przypadki: zabieg podjęty wbrew wyraźnemu sprzeciwowi (chyba, że będzie to sytuacja dozwolonego leczenia przymusowego); zabieg podjęty przy braku zgody (chyba że zachodzi sytuacja z art. 33 lub 35 ustawy o zawodach lekarza) lub z przekroczeniem zakresu zgody (chyba że sytuacja z art. 35 tej samej ustawy); zabieg podjęty na podstawie rażąco wadliwej zgody tj. zgoda na podstawie fałszywych informacji, pod wpływem manipulowania nimi przez lekarza czy po udzieleniu zgody blankietowej.

Warto dodać, że dla realizacji znamion tego typu czynu zabronionego jest bez znaczenia, czy zabieg leczniczy podjęty był *lege artis*. W sytuacji naruszenia tych zasad oraz wykonania zabiegu bez zgody, lekarz oprócz odpowiedzialności na podstawie art. 192 k.k. może ją ponieść za przestępstwo przeciw zdrowiu i życiu (kumulatywny zabieg przepisów).

Po ustaleniu zakresu przedmiotowego tego przepisu należy zastanowić się, jakie podmioty są jego adresatami. W nowszej literaturze przyjmuje się, że jest to przestępstwo indywidualne, bowiem podmiotami, które mogą wypełnić jego znamiona, są wyłącznie osoby, które posiadają uprawnienia do wykonywania takich zabiegów. Wynika to ze zwrotów „pacjent” oraz „zabieg leczniczy”. Zakres podmiotowy art. 192 k.k. jest ukształtowany w oparciu o przepisy prawa medycznego. Precyzują one, na kim ciąży obowiązek odebrania zgody⁶³. Jednak słusznym wydaje się uznanie, że zakres ten rozciąga się na każdego, kto jest uprawniony do wykonania świadczeń zdrowotnych ze względu na otrzymane wykształcenie i kwalifikacje potwierdzone urzędowo – w tym również na pielęgniarki, sanitariuszy, dentystów oraz względem, którego osoba jemu poddana jest pacjentem⁶⁴. Rozciągnięcie zakresu podmiotowego na wszystkie osoby, które zabieg przeprowadzają, niezależnie od posiadanych kwalifikacji, prowadzi do uznania przestępstwa za powszechne. Według Rafała Kubiaka⁶⁵ za słuszością takiego przyjęcia przemawia nieuzasadnione zróżnicowanie pozycji pracowników medycznych i innych osób i wykluczenie odpowiedzialności tej części z nich, którzy nie posiadają stosownych uprawnień, a zabieg wykonują. Uznanie przestępstwa za powszechne najpełniej służyło-

⁶³ Według T. Dukiet-Nagórskiej uprawnieni są tylko lekarze i to on są jedynymi adresatami art. 192 k.k.; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia...*, s. 147–153.

⁶⁴ Tak R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 131; M. Kondycka, S. M. Przyjemski, *Aspekt karnoprawny braku zgody pacjenta na zabieg medyczny*, WPP 2008, nr 2, s. 25.

⁶⁵ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 372–373.

by ochronie prawa do samostanowienia. Wobec przytoczonych wątpliwości niezwykle istotne wydaje się doprecyzowanie zakresu podmiotowego omawianego czynu.

Kolejny problem interpretacyjny jawi się na tle zwrotu określającego czynność sprawczą „wykonywanie zabiegu leczniczego”. Literalne brzmienie przepisu pozwala postawić tezę, że przepis dotyczy tylko zabiegów terapeutycznych. Wydaje się jednak, że właśnie w przypadku osób poddawanych zabiegom nieterapeutycznym ochrona ich autonomii powinna być wyjątkowo istotna. Te celowościowe argumenty pozwalają części doktryny na rozciągnięcie zakresu przepisu również na zabiegi nieterapeutyczne, co z drugiej strony narusza podstawową zasadę prawa karnego *nullum crimen sine lege* oraz wynikający z niej zakaz analogii na niekorzyść sprawcy. W związku z tym postulowana jest zmiana brzmienia przepisu i użycie zwrotu „zabieg medyczny”⁶⁶ albo „świadczenie zdrowotne”⁶⁷.

Warto zauważyć, że sama odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta kształtuje się inaczej w przypadku zabiegów nieterapeutycznych. Przyjmuje się, że nie są one pierwotnie legalne, tak jak terapeutyczne. Wyłączenie odpowiedzialności następuje wtórnie i wymaga zastosowania mechanizmu kontratypowego. W przypadku niezrealizowania znamion kontratypu osoba przeprowadzająca zabieg może ponieść odpowiedzialność za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu. Ponadto przeprowadzenie go bez zgody może doprowadzić do odpowiedzialności na podstawie art. 192 k.k. (jeżeli uznamy, że przepis ten ma zastosowanie również do zabiegów nieterapeutycznych).

Znamię negatywne – brak zgody pacjenta – obejmuje wszystkie przypadki, gdy brak było oświadczenia niezbędnego dla legalności zabiegu. Wynika z tego, że jeżeli ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty albo o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta nie wymaga wyjątkowo zgody pacjenta i warunek ten zastępuje zgodą innej osoby lub sądu opiekuńczego albo dopuszcza przeprowadzenie zabiegu w ogóle bez uzyskania zgody na jego przeprowadzenie, to w wypadkach tych wyłączona jest także odpowiedzialność z art. 192. Przy takiej interpretacji unormowanie dotyczyłoby jedynie przypadków, gdy zgody nie wyraził sam pacjent. Temu literalnemu rozumieniu przepisu przeciwstawiany jest pogląd, że obejmuje on każdą zgodę wymaganą przez przepisy prawa medycznego – udzielaną zarówno przez pacjenta, jak również przez przedstawiciela ustawowego i inne upoważnione przez ustawę podmioty. Tezę tę wywodzi się z *ratio legis* artykułu, który ma stać na straży autonomii pacjenta. Również takie rozwiązanie nie jest idealne, gdyż ponownie prowadzi do rozszerzenia zakresu penalizacji.

Przestępstwo określone w art. 192 § 1 ma charakter formalny. Dokonanie go następuje z chwilą zrealizowania samej czynności sprawczej. Może być popełnione tylko umyślnie, zarówno z zamiarem bezpośrednim (sprawca wie o braku zgody pacjenta na wykonanie zabiegu), jak i z ewentualnym (sprawca przewiduje możliwość, że pacjent nie wyraził zgody na zabieg i godzi się na to, że wykona zabieg bez wymaganej zgody).

⁶⁶ R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, s. 130.

⁶⁷ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 374.

Przestępstwo jest ścigane na wniosek pokrzywdzonego, co również stanowi przejaw autonomii pacjenta. Można powziąć wątpliwość, czy takie rozwiązanie nie wpłynęło na niski współczynnik skazań za ten czyn – jest ich zaledwie kilka rocznie⁶⁸.

7. Podsumowanie

Tematyka zgody pacjenta na leczenie była i jest podejmowana szeroko w literaturze, jednak mimo to nadal budzi wątpliwości. Wiele aspektów problemu już na poziomie interpretacyjnym, co przedstawiono w powyższym artykule, oraz tym bardziej w momencie ich zastosowania. Wynika to nie tylko z błędów w sztuce legislacji, ale przede wszystkim natury omawianego tematu, który bazuje na pograniczu prawa i wiedzy medycznej. W związku z tym, oprócz wskazanych w artykule postulatów zmiany brzmienia aktów prawnych, istotne jest by następowały one również w relacji lekarz – pacjent. Budowa sprawnie funkcjonującej relacji, ze względu na jej specyfikę, jest niezwykle ważna. Lekarz, jako zawód zaufania publicznego, na którego barkach spoczywa odpowiedzialność za najistotniejsze dla człowieka wartości – życie i zdrowie, powinien być obdarzany tym zaufaniem w sposób świadomy. Pacjent powinien być jednocześnie, w miarę możliwości rzeczywistości medycznej, traktowany jako partner, jedyny uprawniony do decydowania o swojej osobie. Z tych powodów każdorazowe budowanie takiej relacji jest niezwykle trudnym zadaniem dla lekarza, ale też dla, często roszczeniowego, pacjenta. Obie strony powinny zdawać sobie sprawę, że jej wypracowanie zapewni im korzyści. Lekarz w przyjaznej atmosferze wykonywania zawodu zyska bezpieczeństwo prawne pod warunkiem wypełnienia wszystkich nałożonych na niego normatywnych obowiązków, a pacjent ochronę jego autonomii, prawa do wolności osobistej i godności oraz poczucie pełnej i aktywnej decyzyjności w procesie leczenia. Sam proces ten będzie przebiegał możliwie jak najsprawniej.

* * *

The Significance of the Patient's Consent to Treatment in Terms of Constitutional and Penal Adjustments

In this article the author's attention is focused firstly on constitutional aspects of patient's consent to treatment. The evolution of primitive constitutional values and the most important in this subject – the right to decide about yourself. The question here will be – how to implement this precious right to the specificity of medical law. Making an analysis will be helpful of two contrary views on the essence of the relation between the patient and the doctor which has been developed in medical and constitutional doctrine – paternalistic and autonomic models. Afterwards, it leads us to some compromise which is based on partnership that fully responds to the contemporary medical requirements and allows to put the responsibility for treatment on both sides.

⁶⁸ Dane przywołane przez R. Kubiaka, *Prawo...*, s. 377–378. W latach 2008–2013 zostały orzeczone prawomocne wyroki odpowiednio w 6, 6, 6, 6, 5 sprawach.

Furthermore, the author turns the attention on penal regulations to protect the patient from the unlawful intervention in the right to self-determination, contained in article 192 of the Penal Code. There will be done an analysis of extremely blurred criteria of prohibited act which may lead to the real problems in enforcement. This article is supplemented by the regulations of the medical law regulating patient's consent to treatment contained in Medical Profession Act and Patients' Rights and the Patient Ombudsman Act.

Key words: patient's consent to treatment, medical law, article 192 of the Penal Code, Medical Profession Act