

Krystyna Daszkiewicz

Uchylenie odpowiedzialności lekarza za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta

Palestra 46/11-12(539-540), 31-45

2002

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

UCHYLENIE ODPOWIEDZIALNOŚCI LEKARZA ZA WYKONANIE ZABIEGU LECZNICZEGO BEZ ZGODY PACJENTA

U podstawy rozważań zawartych w artykule leży dążenie do wyjaśnienia następujących kwestii:

- zakresu legalnego wykonywania zabiegów leczniczych bez zgody pacjentów,

- odpowiedzialności lekarza stojącej wobec kolizji obowiązków: obowiązku ratowania ludzkiego życia z jednej strony i obowiązku uzyskania zgody pacjenta z drugiej,

- wpływu na odpowiedzialność lekarza zasadniczego błędu jakim obciążone jest nowe przestępstwo wprowadzone do kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r. (art. 192 § 1 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta),

- podstaw prawnych tezy (wprowadzanej m.in. do podręczników i komentarzy) zważającej zakres argumentów obrony w sprawach lekarzy wykonujących zabiegi lecznicze bez zgody pacjentów. W oparciu o nią eliminuje się argument oparty na działaniu lekarza w stanie wyższej konieczności. Ta teza nie zasługuje na akceptację, co

oczywiście wymaga szerszego uzasadnienia.

Z góry zastrzec też trzeba, że rozważania dotyczą tylko tych sytuacji, w których wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta miałoby stanowić jedyną podstawę odpowiedzialności, a nie także tych, w których inne przyczyny decydują o odpowiedzialności lekarza (np. tzw. błąd w sztuce, ujawniony brak kompetencji i in.).

I

We współczesnym „prawie medycznym”, a także w innych dziedzinach prawa (nie tylko krajowego) za zasadniczą podstawę działania lekarza uznaje się zgodę pacjenta.

W tej kwestii jednoznaczna jest regulacja zawarta w art. 32 ustawy o zawodzie lekarza z 5 grudnia 1996 r.¹. Stanowi on, że lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych „po wyrażeniu zgody przez pacjenta”. Jeżeli pacjent jest ma-

¹ Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 z późn. zm.

oletni (a zatem nie ukończył 18 lat) lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim jest niemożliwe – zgoda sądu opiekuńczego.

Cytowany przepis nie wprowadza żadnych warunków dotyczących formy wymaganej zgody. Natomiast art. 34 pkt 1 ustawy o zawodzie lekarza wprowadza warunek pisemnej zgody pacjenta na wykonanie zabiegu operacyjnego, albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta.

W ścisłym związku z tymi przepisami pozostaje też art. 15 kodeksu etyki lekarskiej, który stanowi, że postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze wymaga zgody pacjenta.

Godna uwagi jest też w tej kwestii wypowiedź jednego z wybitnych przedstawicieli nauk medycznych². Wyjaśnił on „w celu uniknięcia wszelkiego rodzaju niejasności, mylnych interpretacji oraz pomówień”, że: „zgodnie z moim i całego środowiska chirurgicznego zdaniem, w pełni świadomy chory musi wyrazić zgodę na proponowane leczenie, w tym leczenie operacyjne. Jest to dla nas chirurgów sprawa zupełnie bezdyskusyjna (...), zupełnie nie mogę zrozumieć, dlaczego rozpowszechnia się opinię, że chirurdzy są odmiennego zdania (...). Nikt z lekarzy, a więc i chirurdzy w najmniejszym stopniu nie tyl-

ko nie kwestionują prawa jednostki do samostanowienia, lecz wręcz stoją na straży tego prawa”.

Wykonywanie zabiegów leczniczych bez wymaganej w ustawie zgody pacjenta kwalifikuje się jako zamach na wolność człowieka. Ta wolność podlega fundamentalnej ochronie przewidzianej w przepisach Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. Nie jest to jednak ochrona wolności człowieka bez ograniczeń. Jej ograniczenia mogą być ustanawiane w ustawie, gdy są konieczne m.in. dla ochrony zdrowia albo wolności i praw innych osób (por. art. 31 Konstytucji).

II

Cytowany już art. 32 ustawy o zawodzie lekarza stanowi wyraźnie, że lekarz może udzielać świadczeń zdrowotnych wprawdzie „po wyrażeniu zgody przez pacjenta” jednak „z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie”.

Wcale nie mało jest tych przepisów prawa, w oparciu o które legalne są zabiegi lecznicze podejmowane bez zgody pacjenta. Oto kilka przykładów:

Art. 118 kodeksu karnego wykonawczego z 6 czerwca 1997 r.³ przewiduje sytuację, w której „życiu skazanego grozi poważne niebezpieczeństwo” (stwierdzone orzeczeniem komisji lekarskiej). Konieczny zabieg lekarski (nie wyłączając chirurgicznego) może być

² Prof. dr T. Tołłoczko, *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny – refleksje klinicysty*, Prawo i Medycyna, Nr 1/1999, s. 90.

³ Dz.U. Nr 90, poz. 557.

dokonany „nawet mimo sprzeciwu skazanego”. W wypadku takiego sprzeciwu o wykonaniu zabiegu orzeka sąd penitencjarny. Jednak „w nagłym wypadku, jeżeli zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo śmierci skazanego, o konieczności zabiegu decyduje lekarz” (§ 1–3).

Umieszczanie sprawców czynów zabronionych w odpowiednich zakładach, w których stosuje się środki lecznicze lub rehabilitacyjne przewidziano też w kodeksie karnym⁴. Badanie pacjenta bez jego zgody, a także możliwość przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody przewiduje też tzw. ustawa psychiatryczna⁵. Podjęcie leczenia przymusowego możliwe jest też wobec osób uzależnionych od narkotyków⁶, a w wyjątkowych sytuacjach także nadużywających alkoholu (co powoduje rozkład życia rodzinnego, demoralizację nieletnich, uchylenie się od pracy, systematyczne zakłócanie porządku społecznego)⁷.

Liczne nakazy dotyczące obowiązkowego poddawania się, nie tylko chorych, lecz także podejrzanych o zachorowanie lub zakażenie, badaniom, obowiązkowemu leczeniu, obowiązkowej hospitalizacji, izolacji, kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu przewiduje kompleksowa usta-

wa z 6 września 2001 r.⁸ o chorobach zakaźnych i zakażeniach. Przewiduje zatem legalne czynności lekarzy, a także innych osób, mimo że wiążą się z daleko idącymi ograniczeniami wolności człowieka.

Obowiązkowa hospitalizacja, izolacja lub kwarantanna nie traci charakteru działania legalnego nawet „w przypadku braku zgody” na nią. Wówczas obowiązkowe jest jednak powiadomienie osoby nie wyrażającej zgody „o przysługującym jej prawie odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności pozbawienia wolności”, umożliwienie jej odwołania się do sądu i odnotowanie tego w dokumentacji medycznej (art. 30).

III

Najczęściej stawiane pytania dotyczące legalności zabiegów leczniczych podejmowanych bez zgody pacjenta wyłaniają się w związku z sytuacjami, w których lekarz staje w obliczu kolizji obowiązków, z których tylko jeden może być spełniony. Z jednej strony zobowiązany jest do ratowania życia człowiekowi bezpośrednio zagrożonemu jego utratą, a z drugiej obciąża go obowiązek uzyskania jego zgody, której jednak nie otrzymuje.

⁴ Por.: Rozdział X k.k. obejmujący „Środki zabezpieczające”.

⁵ Ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. Nr 111, poz. 535 z późn. zm.

⁶ Ustawa z 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, Dz.U. Nr 75, poz. 468, z późn. zm.

⁷ Por.: Art. 24 ustawy z 27 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, Dz.U. Nr 35, poz. 230 z późn. zm.

⁸ Dz.U. Nr 126, poz. 1384.

U podstaw każdego z tych obowiązków leży ochrona prawnie chronionego dobra, z jednej strony ludzkiego życia, z drugiej wolności człowieka, do zakresu której należy także prawo do podejmowania swobodnych decyzji i wyborów działań.

Nie ma jednak co do tego żadnych wątpliwości, że w hierarchii dóbr chronionych prawem życie ludzkie ma wartość nadrzędną. Wiąże się to z „ważną konsekwencją w zakresie stosowania prawa: skłania mianowicie do przyjęcia dyrektywy interpretacyjnej, w myśl której wszelkie możliwe wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony (*in dubio pro vita humana*)... Wyrazem tej szczególnej rangi życia ludzkiego jest uznanie «prawa do życia» za naczelną zasadę prawną przez akty prawne o charakterze międzynarodowym (art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r., a także przez konstytucje niektórych państw)”⁹. Dodajmy, że należy do nich także Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., zawierająca w art. 38 gwarancję prawnej ochrony życia.

Na bezwzględny charakter obowiązku ratowania ludzkiego życia wskazują zarówno przepisy ustawy o zawodzie lekarza jak i kodeksu karnego.

Art. 30 ustawy o zawodzie lekarza stanowi:

„Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku,

gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach nie cierpiących zwłoki”.

Na bezwzględny charakter tego obowiązku wskazują też art. 38 i 39 ustawy o zawodzie lekarza. Art. 38 określa sytuacje, w których „lekarz może nie podjąć lub odstąpić od leczenia pacjenta”, wyraźnie wyłączając te „o których mowa w art. 30”.

Z kolei art. 39 stanowi, że lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem „z zastrzeżeniem art. 30 (...)”.

Wypełnienie przez lekarza obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej w sytuacji określonej art. 30 ustawy o zawodzie lekarza jest zatem jego działaniem legalnym także wówczas, kiedy to czyni bez zgody osób, którym tej pomocy udziela. Co więcej, ustawa o zawodzie lekarza legalizuje udzielanie świadczeń zdrowotnych bez zgody pacjenta nie tylko ze względu na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszkodzenia ciała. Są one dopuszczalne także w tych sytuacjach, w których pacjent wymaga „niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym”. Wówczas lekarz powinien jednak „w miarę możliwości” skonsultować swoją decyzję z innym lekarzem

⁹ M. Cieślak w oprac. zbiorowym, *System prawa karnego*, 1985, t. IV, cz. I, s. 291–292.

i zapis dotyczący okoliczności sprawy wprowadzić do dokumentacji medycznej pacjenta (art. 33 pkt 1–3).

Na podkreślenie zasługuje też to, że omówione podstawy prawne legalizujące we wskazanych sytuacjach zabiegi lecznicze, wykonywane bez zgody pacjenta, pozostają w zgodności ze standardami europejskimi. W tzw. „Europejskiej konwencji bioetycznej” z 4 kwietnia 1997 r.¹⁰ przewidziano te sytuacje, w których „lekarz może stanąć w obliczu konfliktu obowiązków”. Chodzi o konflikt pomiędzy jego obowiązkiem leczenia a obowiązkiem uzyskania na nie zgody pacjenta albo jego ustawowego przedstawiciela. Art. 8 wskazanej konwencji „upoważnia lekarza do bezpośredniego działania”, ograniczając je jednak do „interwencji medycznie niezbędnych i nie cierpiących zwłoki”.

Lekarz, który nie wypełni obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej w sytuacji określonej w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza (gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować utratę życia albo ciężkiego uszkodzenia ciała), nie uchyli się od odpowiedzialności zawodowej wskazując na to, że pacjent nie udzielił mu zgody na tę pomoc.

Szczegółowe zasady odpowiedzialności zawodowej lekarza, który nie dopełnił obowiązku przewidzianego w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, reguluje

ustawa z 17 maja 1989 r. o Izbach Lekarskich¹¹ i rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 26 września 1990 r. w sprawie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy¹².

Wobec lekarza ponoszącego odpowiedzialność zawodową można orzec: 1) upomnienie, 2) nagany, 3) zawieszenie prawa wykonywania zawodu lekarza na okres od sześciu miesięcy do 3 lat, 4) pozbawienie prawa wykonywania zawodu.

Lekarza, który nie dopełnił obowiązku udzielenia bezzwłocznej pomocy lekarskiej człowiekowi zagrożonemu utratą życia albo ciężkim uszkodzeniem ciała, np. kalectwem, obciąża jednak nie tylko odpowiedzialność zawodowa. W tej sytuacji jego odpowiedzialność ma „dwutorowy” charakter¹³. Dotyczy odpowiedzialności zawodowej i karnej. Jej podstawę stanowi przede wszystkim art. 162 k.k., który stanowi:

„§ 1. Kto człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie udziela pomocy, mogąc jej udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

¹⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w kontekście zastosowania biologii i medycyny, (w:) T. Jasudowicz, *Europejskie standardy bioetyczne, wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 6, 29.

¹¹ Dz.U. Nr 30, poz. 158 z późn. zm.

¹² Dz.U. Nr 64, poz. 406.

¹³ Szerzej na ten temat: K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, komentarz*, Warszawa 2000, s. 402 i n.

§ 2. Nie popełnia przestępstwa, kto nie udziela pomocy, do której jest konieczne poddanie się zabiegowi lekarskiemu albo w warunkach, w których możliwa jest niezwłoczna pomoc ze strony instytucji lub osoby do tego powołanej”.

Na uwagę zasługuje też to, że w kilku kwestiach ustawa o zawodzie lekarza w sposób bardziej rygorystyczny reguluje odpowiedzialność lekarza za nieudzielenie bezzwłocznej lekarskiej pomocy zagrożonemu człowiekowi, a mianowicie:

– Przewidziana w art. 162 § 1 k.k. odpowiedzialność karna dotyczy tych sytuacji, w których człowiek potrzebujący pomocy już znajduje się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Natomiast art. 30 ustawy o zawodzie lekarza wprowadza obowiązek niesienia lekarskiej pomocy kiedy to niebezpieczeństwo może dopiero spowodować zwłoka w jej udzieleniu. Możliwe będą zatem także takie sytuacje, w których lekarz nie ponoszący odpowiedzialności karnej w oparciu o przepisy kodeksu karnego, poniesie tylko odpowiedzialność zawodową.

– Art. 30 ustawy o zawodzie lekarza przewiduje także „inne przypadki nie cierpiące zwłoki”, z którymi wiąże się obowiązek lekarza udzielania pomocy lekarskiej. Ze względu na nie lekarza może obciążać tylko odpowiedzialność zawodowa.

– W świetle § 2 art. 162 k.k. nie popełnia przestępstwa osoba, która nie udzieliła pomocy w tych sytuacjach „w których możliwa jest niezwłoczna po-

moc ze strony instytucji”, np. na miejscu wypadku drogowego, w wyniku którego człowiekowi grozi bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia, znalazł się nie tylko przypadkowo lekarz. Jest tam także karetka pogotowia z pełną obsadą personalną i sprzętem.

Art. 30 ustawy o zawodzie lekarza nie zwalnia go z obowiązku udzielania bezzwłocznej pomocy lekarskiej ze względu na to że „możliwa jest niezwłoczna pomoc instytucji”.

– Zarówno odpowiedzialność zawodowa lekarza jak i karna wiązać się może z orzeczeniem wobec niego zakazu zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu. Jeżeli zakaz został orzeczony obok kary za przestępstwo nieudzielenia pomocy przewidzianej art. 162 § 1 k.k., to może być wymierzony na okres od roku do lat 10 (art. 41 § 1 i art. 43 § 1 k.k.). Natomiast w świetle art. 42 § 1 pkt 4 cyt. ustawy o Izbach Lekarskich, wobec lekarza ponoszącego odpowiedzialność zawodową można orzec bezterminowe pozbawienie prawa wykonywania zawodu. Możliwość usunięcia z rejestru skazanych (prowadzonego w Naczelnej Radzie Lekarskiej), po upływie określonej liczby lat, wzmianek o ukaraniu, nie dotyczy pozbawienia prawa wykonywania zawodu (art. 55 ust. 3).

IV

Omawiana kolizja obowiązków, wobec której staje lekarz, nabiera szczególnego znaczenia wówczas, kiedy zobowiązany jest ratować życie człowieka zagrożonego bezpośrednio jego utratą,

a na to udziela zgody nie sam pacjent, lecz jego ustawowy przedstawiciel albo opiekun faktyczny.

Do takich sytuacji dochodzi np. wówczas, kiedy dziecko zagrożone jest bezpośrednio utratą życia i lekarz uznaje za konieczne przetoczenie preparatów krwiopochodnych. Na to jednak rodzice dziecka, będący świadkami Jehowy, nie tylko nie wyrażają zgody, ale występują z „kategorycznym sprzeciwem”.

Byłby to swoisty paradoks, sprzeczność z tym co wydaje się oczywiste, gdyby lekarz miał ponosić odpowiedzialność w każdej z dwóch sytuacji: w pierwszej wówczas kiedy ulegnie woli rodziców, podporządkuje się ich sprzeciwowi i dziecko umrze, albo nie umrze tylko dlatego, że inny lekarz wypełnił swój obowiązek, wykonał konieczny zabieg i je uratował, a w drugiej wówczas, kiedy nie uwzględni ich sprzeciwu i wykona konieczny zabieg, dzięki czemu ich dziecko zachowa życie.

Lekarz poniesie odpowiedzialność tylko w tej pierwszej sytuacji, w której ze względu na sprzeciw rodziców nie wywiąże się ze swego obowiązku udzielenia koniecznej lekarskiej pomocy dziecku bezpośrednio zagrożonemu utratą życia albo ciężkim uszkodzeniem ciała. W sytuacji drugiej odpowiedzialności nie poniesie, mimo że działał nie tylko bez zgody rodziców dziecka, ale nawet wbrew ich kategorycznemu sprzeciwowi. Aby jego działanie mogło być uznane za legalne, konieczne jest jednak spełnienie kilku następujących warunków, wyraźnie określonych w ustawie o zawodzie lekarza:

Jeżeli przedstawiciel ustawowy małoletniego pacjenta nie zgadza się na wykonanie przez lekarza zabiegu operacyjnego niezbędnego „dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia”, lekarz może go wykonać po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego (art. 34 pkt 6 ustawy).

Uzyskanie zgody sądu opiekuńczego wymaga jednak czasu. Tego czasu z reguły nie ma lekarz w tych sytuacjach, w których konieczne jest jego działanie bezzwłoczne skoro dziecko zagrożone jest bezpośrednio utratą życia. W takich sytuacjach ustawa o zawodzie lekarza legalizuje działanie lekarza podjęte nie tylko bez zgody przedstawiciela ustawowego dziecka, ale również bez zgody sądu opiekuńczego. Może tak postąpić „(...) gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia” (art. 34 pkt 7).

Na lekarza działającego we wskazanej sytuacji bez zgody przedstawiciela ustawowego i bez zgody sądu opiekuńczego nakładają przepisy ustawy o zawodzie lekarza trzy następujące obowiązki:

1) lekarz ma obowiązek „o ile jest to możliwe” zasięgnąć opinii drugiego lekarza, „w miarę możliwości” tej samej specjalności,

2) o wykonywanych czynnościach lekarz niezwłocznie zawiadamia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sąd opiekuńczy,

3) o okolicznościach dotyczących sprawy lekarz dokonuje odpowiedniej

adnotacji w dokumentacji medycznej pacjenta (art. 34 pkt 7 i 8).

Przytoczone regulacje zasługują na szczególną uwagę ponieważ dotyczą spraw powtarzających się i „wciąż obecnych” w lekarskiej praktyce, z którymi wiążą się pytania i wnioski o opinie prawne. Mają też nie tylko polski wymiar. W literaturze przedmiotu przytacza się np. tezy sformułowane przez sądy amerykańskie w sprawach, w których rodzice będący świadkami Jehowy odmawiali zgody na konieczną operację ich dziecka. W jednej z tych spraw stwierdzono, że „prawo do swobody praktyk religijnych nie zawiera w sobie wolności wystawienia dziecka na śmierć”, a w innej, że „rodzice niechęcy się poddać leczeniu mogą stać się męczennikami, lecz nie mają takiego prawa wobec dzieci¹⁴”.

Jeżeli lekarz wykonujący swój obowiązek, działający w warunkach bezpośrednich zagrożeń i konieczności ratowania życia dziecka, uratował je albo zapobiegł ciężkiemu uszkodzeniu ciała wbrew woli jego rodziców, to głęboko niemoralne, sprzeczne z zasadami społecznego współżycia byłoby ściganie go przez rodziców uratowanego dziecka, a w szczególności także domaganie się finansowego zadośćuczynienia za wyrządzoną szkodę.

W literaturze przedmiotu analizowana była sprawa, w której pacjentka, świadek Jehowy, domagała się „zadośćuczynienia za szkodę moralną, którą poniosła na skutek transfuzji krwi doko-

nanej wbrew jej woli podczas operacji chirurgicznej”. Sprawę rozpoznawały w Paryżu kolejne sądy. Wszystkie oddaliły to powództwo. Uczynił to także Sąd Apelacyjny Administracyjny w Paryżu. W dniu 9 czerwca 1998 r. zapadło orzeczenie w pełnym składzie zgromadzenia sędziów tego sądu, który orzekł „iż nie można kwalifikować jako zawinione postępowanie lekarza, który w sytuacji nagłości, gdy nie istnieją alternatywne metody leczenia, dokonuje celem ratowania życia pacjenta czynności medycznych sprzecznych z wyrażoną przezeń uprzednio wolą. Sąd uznał ochronę życia ludzkiego jako dobro wyższej wartości aniżeli wola indywidualna pacjenta (...)”¹⁵.

Gdyby analogiczną sprawę rozpoznano w Polsce, to odnosiłby się do niej art. 35 ustawy o zawodzie lekarza o następującym brzmieniu:

„1. Jeżeli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego albo stosowania metody leczniczej lub diagnostycznej wystąpią okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, lekarz ma prawo, bez uzyskania tej zgody, zmienić zakres zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki w sposób umożliwiający uwzględnienie tych okoliczności (...)” s (podkreśl. KD).

¹⁴ M. Nesterowicz; *Prawo medyczne*, wyd. IV, 2000, s. 88.

¹⁵ M. Nesterowicz, *op. cit.* s. 91.

W takim przypadku na lekarza nałożono również owe wymieniane już trzy obowiązki 1. „O ile jest to możliwe” ma on obowiązek zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności, 2. o okolicznościach zmian dokonuje odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej, 3. informuje o nich pacjenta, przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego (pkt 2).

Udzielanie zgody na zabieg leczniczy albo odmowa zgody na taki zabieg należy do zakresu wolności człowieka objętej ochroną prawną. Na szczególną uwagę zasługuje jednak także teza, którą już dawno wprowadzono do podręczników i komentarzy, że przedmiotem ochrony prawnej „jest tylko taka wolność, która nie jest tej wolności nadużyciem”¹⁶. A z możliwościami takich nadużyć trzeba się liczyć przede wszystkim w tych sytuacjach, w których inna osoba staje w obliczu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia, a inna odmawia zgody na ratunek.

Wyraźnie też trzeba podkreślić: Człowiek ma prawo do własnego światopoglądu, do wyboru i preferowania jednych poglądów, a odrzucania innych, bo to należy do zakresu jego prawnie chronionej wolności. Ta ochrona prawna nie obejmuje jednak działań albo zaniechań, wprawdzie opartych na własnym światopoglądzie jednostki i uznawanym przez nią systemie wartości, lecz godzących w „wolność i prawa innych osób” (jak to formułuje Konstytucja), sprzecznych z za-

sadami współżycia społecznego, stanowiących nadużycie władzy rodzicielskiej albo opiekuńczej lub co najgorsze – wypełniających ustawowe znamiona przestępstw.

Omówionych problemów w żadnym jednak razie nie można ograniczać tylko do spraw związanych ze światopoglądem świadków Jehowy. Mają znacznie szerszy zakres. Chodzi np. także o znane sytuacje dzieci wymagających bezwzględnych interwencji lekarskich, na które nie wyrażają zgody rodzice przebywający wraz z nimi w sektach albo opiekunowie faktyczni tych dzieci. W r. 2002 zapadł wyrok skazujący jedno z rodziców dziecka, wobec którego stosowano dietę, która doprowadziła do jego skrajnego wycieńczenia. Bez koniecznej, bezzwłocznej interwencji lekarskiej dziecko by zmarło. Inne motywacje leżą u podstaw ukrywania na zapadłych wioskach dzieci umyślowo upośledzonych lub kalekich, wymagających bezzwłocznych interwencji lekarskich, na które ich rodzice nie wyrażają zgody. Znane są też sytuacje, w których najbliżsi, obciążeni uciążliwą opieką nad ludźmi starymi, odmawiali zgody na konieczne, bezzwłoczne interwencje lekarskie ratujące tym starcom życie.

V

Byłoby to ze wszech miar celowe, aby lekarze informowali przedstawicieli ustawowych pacjentów lub ich opiekunów faktycznych, że odmawiając zgody

¹⁶ Por. np.: W. Świda w oprac. zbiorowym, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 490.

na ratowanie im życia nadużywają władzy rodzicielskiej albo opiekuńczej, a co więcej, swoim zachowaniem wypełnić mogą ustawowe znamiona przestępstw. Takich informacji nie przewiduje art. 31 ustawy o zawodzie lekarza regulujący ich zakres i uzależniający ich przekazywanie innym osobom „tylko za zgodą pacjenta”.

Za umyślne pozbawienie człowieka życia ponosi przecież odpowiedzialność karną nie tylko ten, kto swoim działaniem albo zaniechaniem doprowadził do jego śmierci ponieważ tego chciał, ale także ten, kto przewidując tę śmierć godził się na nią.

Odmowa zgody na konieczne, bezwzględne ratowanie ludzkiego życia wypełnić też może ustawowe znamiona narażenia innej osoby na niebezpieczeństwo jego utraty (art. 160 k.k.). Surowszej sankcji (karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5) podlega ten, na kim ciąży obowiązek opieki nad narażonym na niebezpieczeństwo. Nie będzie jednak podlegał karze, jeżeli dobrowolnie uchyli grożące niebezpieczeństwo np. wyrazi zgodę na konieczną, bezwzględną pomoc lekarską.

Nie ma też wątpliwości co do tego, że naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie tylko ten, kto go przenosi ze „stanu bezpiecznego w stan niebezpieczeństwa”, ale także ten, kto przenosi człowieka „z jednego stanu niebezpiecznego w stan

bardziej niebezpieczny”, innymi słowy pogłębia istniejące niebezpieczeństwo, decyduje o jego eskalacji¹⁷, np. zwleka z wyrażeniem zgody na konieczny ratunek życia albo w ogóle jej odmawia, co pogłębia już wcześniej istniejące niebezpieczeństwo.

Przypomnieć też trzeba, że za nieudzielenie człowiekowi zagrożonemu utratą życia koniecznej, bezzwłocznej pomocy ponosi odpowiedzialność karną nie tylko ten, kto jej nie udziela mogąc to uczynić, ale także ten, kto do tego nakłania. Ta odpowiedzialność obciąża zatem np. przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego osoby wymagającej bezzwłocznej, koniecznej dla ratowania życia interwencji lekarskiej, który lekarza nakłania, namawia albo wręcz żąda od niego, aby takiej pomocy nie udzielał (por. art. 162 § 1 k.k. w związku z art. 18 § 2 k.k.).

VI

Do kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r. wprowadzono nowość w postaci przestępstwa przewidzianego w art. 192 k.k. Przepis ten ma następujące brzmienie:

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

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

¹⁷ Por. np.: wyrok SN z 3 października 1973 r. (IV KR 256/73), Biul. SN Nr 2/1974, poz. 26, wyrok SN z 21 marca 1979 r. (IV KR 62/78), OSNPG Nr 2/1979, poz. 21. Por. też: K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu (...), komentarz, op. cit.*, s. 389 i n.

Wprowadzając to nowe przestępstwo do kodeksu karnego popełniono zasadniczy błąd i to na niekorzyść osób wykonujących zabiegi lecznicze bez zgody pacjentów. Jak już na to wskazano, wcale nie ma takich sytuacji, w których wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta jest legalne. Tego jednak nie uwzględniono w cytowanym przepisie. Zagrożone karą jest wykonanie bez zgody pacjenta każdego zabiegu leczniczego, co przecież jest nie do przyjęcia.

Błąd ten został zauważony i najbliższa nowelizacja ma wprowadzić zmianę art. 192 § 1 k.k. Uwzględnią ją zarówno tzw. „Prezydencki projekt” (wniesiony do Sejmu w grudniu 2001 r.) jak i „Projekt poselski” ze stycznia 2002 r. Zgodnie z pierwszym z nich, wskazanej w przepisie karze ma podlegać wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody „wymaganej w ustawie”, a zgodnie z drugim „wbrew warunkom ustawy”.

Przedstawiciele nauk medycznych zwracają słusznie uwagę na liczne wątpliwości, jakich przysparza lekarzom w ich praktyce lekarskiej uzyskanie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy pacjent zgadza się czy też odmawia zgody np. na operację, która jest jedyną szansą uratowania mu życia. Np. w bardzo krótkim czasie zgadza się, cofa zgodę, znów się zgadza i tak „w kółko”. Wobec jednego lekarza wyraża swą zgodę, a innemu jej odmawia.

W ustawie o zawodzie lekarza wprowadzono sytuacje, w których zgodę wyraża ustawowy przedstawiciel chorego albo jego opiekun faktyczny. Uznano za niego „osobę wykonującą, bez obowiązku ustawowego, stałą pieczęć nad

pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo swój stan psychiczny pieczy takiej wymaga” (art. 31 ust. 8). Pacjent może mieć jednak zarówno przedstawiciela ustawowego jak i opiekuna faktycznego. Jak ma postąpić lekarz w sytuacji, w której przedstawiciel ustawowy pacjenta wyraża zgodę na operację, a opiekun faktyczny kategorycznie sprzeciwia się jej. Ten sam problem wyłonić się może w związku z pacjentem, który ukończył 16 lat. Jako małoletni ma ustawowego przedstawiciela, który udziela zgody (pisemnej) na jego zabieg operacyjny. W myśl art. 34 pkt 4 „jeżeli pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest także jego pisemna zgoda”. Jak ma postąpić lekarz w sytuacji, w której ustawowy przedstawiciel szesnastolatka wyraża zgodę na zabieg operacyjny, który jest jedyną szansą uratowania mu życia, a on sam kategorycznie się temu sprzeciwia?

Ustawa o zawodzie lekarza wprowadza pojęcie pacjenta „niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody” i pojęcie pacjenta „niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody”, a także sytuacje w których „niemożliwe jest porozumienie się z pacjentem” (art. 34 pkt 3, 6). Zabieg operacyjny wymaga pisemnej zgody. Jak ma postąpić lekarz, któremu pacjent udziela świadomej zgody na konieczną operację, ale pisać nie umie albo nie może? Czy wystarczy jeżeli treść tej zgody komuś podyktuje?

W praktyce lekarskiej wyłaniały się też wątpliwości co do kryteriów, na jakich powinien się oprzeć lekarz uznając pacjenta za „zdolnego” albo „niezdolnego” do świadomego wyrażenia zgody, zwłaszcza w sytuacjach, w których

musi działać bezzwłocznie, a pacjent znajduje się pod wpływem alkoholu i bełkocze, jest oszołomiony narkotykami albo wyraża zgodę „pod warunkiem”, którego bezzwłocznie spełnić nie można. Czy zgodą na zabieg może być też zgoda domniemana?

Ustawa o zawodzie lekarza wprowadza też sytuacje, w których porozumienie lekarza z pacjentem albo jego ustawowym przedstawicielem jest niemożliwe, a także takie, w których pacjent, nawet ubezwłasnowolniony, chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznananiem sprzeciwia się czynnościom medycznym (por. art. 32–35). Na jakich kryteriach tych ocen ma się oprzeć lekarz, który musi bezzwłocznie ratować życie ludzkie i nawet na to brak mu wystarczającego czasu?

Ustawa o zawodzie lekarza wprowadza też te niezwykle ważne zastrzeżenia, aby pacjent świadomie wyrażał swą zgodę. Nie jest to możliwe w sytuacji „egzystencji człowieka z takimi zmianami w mózgu, które całkowicie i nieodwracalnie wyłączają wszelkie przejawy życia psychicznego”¹⁸.

Zarówno w teorii prawa karnego jak i w orzecnictwie od dawna przywiązuje się zasadnicze znaczenie do rozgraniczenia aktów woli będących wynikiem sprawnie funkcjonującej kory mózgowej i reakcji pozostających w ści-

śłym związku z funkcjami podkorowych ośrodków mózgu. Dotyczy to wielu problemów, m.in. podstaw zamiarów, postanowień i działań podejmowanych z premedytacją, zachowań sprawców pod wpływem afektów¹⁹, reakcji na nagłe bodźce, np. w sytuacjach obrony przed przestępczym zamachem i in.

Problem ten słusznie przypomniano w związku z silną emocją strachu pacjenta wyrażającego zgodę na zabieg leczniczy albo odmawiającego takiej zgody²⁰. Głęboka emocja strachu nie jest przecież reakcją wyjątkową w sytuacjach człowieka bezpośrednio zagrożonego utratą życia, przeżywającego wielki ból i oczekującego dalszych cierpień, związanych także z zabiegami leczniczymi.

Szeroki zakres tylko przykładowo podanych wątpliwości związanych z ocenami zgody pacjenta albo jej braku wskazuje na to, jak istotne znaczenie ma w odniesieniu do przestępstwa przewidzianego art. 192 § 1 k.k. nie tylko ogólna zasada, że „nie dające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego”. Chodzi także o takie instytucje zawarte w części ogólnej kodeksu karnego jak np. wyłączenie odpowiedzialności karnej wobec osoby, która „pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego” (art. 28 § 1 k.k.). Ustawowym znamieniem przestępstwa przewi-

¹⁸ Por. np.: B. Popielski, *Etyczne i prawne zagadnienia medycyny współczesnej*, Studia Prawnicze, s. 282; *Śmierć człowieka w świetle medycyny i prawa*, Problemy kryminalistyki Nr 88/1970.

¹⁹ Por.: K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, 1968, s. 60 i n.; *Przestępstwa z afektu*, 1982, s. 19 i n.

²⁰ T. Tołłoczko, *op. cit.*, s. 92.

dzianego w art. 192 § 1 k.k. jest „zgoda pacjenta” na zabieg leczniczy. Działania lekarza wykonującego legalnie zabieg leczniczy bez zgody pacjenta obwarowane są też koniecznością podejmowania czynności formalnych, np. wprowadzenia opisu okoliczności sprawy do dokumentacji medycznej. Zarzut, że lekarz uczynił to np. w sposób zbyt lakoniczny nie powinien decydować o uznaniu zabiegu za nielegalny. Gdyby jednak miał stanowić podstawę uznania czynu za przestępstwo (zwłaszcza ze względu na aktualną błędną wersję przepisu) to w każdym razie należałoby uwzględnić (także w odniesieniu do drobnych uchybień formalnych) art. 1 k.k. stanowiący, że „nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma” (§ 2).

VII

Za pozbawioną podstaw prawnych uznać też trzeba tezę, w oparciu o którą eliminuje się w sprawach wykonywania zabiegów leczniczych bez zgody pacjenta tak ważną, tradycyjną instytucję części ogólnej kodeksu karnego, jaką jest działanie w stanie wyższej konieczności. Przewiduje je art. 26 k.k., który stanowi:

„§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone

przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego”.

Przepis ma zatem zasadnicze znaczenie, umożliwiające weryfikację istotnych okoliczności w konkretnych sprawach lekarzy, w których wyłaniają się pytania czy i na jakiej podstawie wykonywali zabiegi lecznicze bez zgody pacjenta. Do tych okoliczności należy bezpośredniość niebezpieczeństwa grożącego pacjentowi, działanie wyłącznie w celu uniknięcia tego niebezpieczeństwa, brak możliwości wyboru innego postępowania („niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć”) zachowanie proporcji pomiędzy dobrem poświęconym i ratowanym, kolizja obowiązków ciążących na lekarzu, z których tylko jeden może być spełniony (§ 5 art. 26 k.k.).

Przeciwko tezie o eliminacji w rozważanych sprawach działania w stanie wyższej konieczności, przemawiają następujące argumenty:

1) Teza jest powtarzana i wprowadzana do komentarzy, podręczników i innych opracowań w ślad za koncepcją J. Sawickiego, który ją sformułował w oparciu o przepisy innej, już nieobowiązującej ustawy o zawodzie lekarza i także innego kodeksu karnego. Zastrzegął też ostrożnie: „Czy i o ile «pacjent» złożony ciężką, poważną chorobą grożącą bezpośrednio śmiercią znajduje się jeszcze w stanie, że w sposób świadomy potrafi skutecznie wyrazić sprzeciw lub odmówić zgody, to należy do sfery oceny okoliczności faktycznych, a nie prawnych (...) na tle konkretnego wypadku (...)”²¹, podkreśl. KD.

²¹ J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 26 i n., s. 84–87.

Takiej ocenie „okoliczności faktycznych” na tle „konkretnego wypadku” służą przecież przepisy dotyczące działania w stanie wyższej konieczności.

Za J. Sawickim wprowadził omawianą tezę do podręcznika i komentarza, opartego już na odmiennych przepisach, A. Zoll, a za nim cytują ją inni: Por. np.: „Jeżeli ustawodawca uzależnia legalność zabiegu lekarskiego od zgody pacjenta, to nie można, z powołaniem się na stan wyższej konieczności, podejmować zabiegów, na które pacjent nie wyraził zgody w celu ratowania np. jego życia”²², „(...) brak zgody pacjenta wyłącza legalność czynności leczniczych. Wykluczona jest przy tym możliwość powoływania się przez lekarza na stan wyższej konieczności w przypadkach niewyrażenia przez pacjenta zgody na zabieg, który jest niezbędny ze względu na bezpośrednie zagrożenie dla życia czy zdrowia (...) w tym wypadku prawo przyznaje prymat ochronie wolności”²³.

2) Za eliminacją w rozważanych sprawach działania w stanie wyższej konieczności przemawiać ma zasada *lex specialis derogat legi generali*²⁴. Z kilku powodów, działanie na jej podstawie w stanie wyższej konieczności w ogóle nie może podlegać eliminacji. Eliminacja tak zasadniczego przepisu części ogólnej kodeksu karnego musi być określona wyraźnie, *expressis ver-*

bis. W razie jakichkolwiek wątpliwości w mocy pozostaje ów przepis „generalny”. A w rozważanych kwestiach jest przecież tych wątpliwości co nie-miara. Dodajmy też, że przepisy ustawy o zawodzie lekarza dotyczą jego odpowiedzialności zawodowej, a zarówno art. 162 k.k. (przestępstwo nieudzielenia pomocy) jak i art. 192 k.k. (wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta) jego odpowiedzialności karnej. Art. 26 k.k. obejmujący działania w stanie wyższej konieczności także dotyczy wyłączenia odpowiedzialności karnej.

3) Za podstawę eliminacji działania w stanie wyższej konieczności uznawano też art. 15 Kodeksu etyki lekarskiej²⁵. Niewiele wspólnego ma on jednak z art. 26 k.k. Stanowi, że „Postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze wymaga zgody pacjenta. Jeżeli pacjent nie jest zdolny do świadomego wyrażenia swej zgody, powinien ją wyrazić przedstawiciel ustawowy bądź osoba stale opiekująca się pacjentem. Wszczęcie postępowania diagnostycznego, leczniczego i zapobiegawczego bez tej zgody może być dopuszczane tylko w wyjątkowo szczególnych przypadkach zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta albo innych osób. W razie niewyrażenia zgody na proponowane postępowanie lekarz powinien nadal,

²² A. Zoll (w.): K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny, cz. ogólna*, 1998, s. 234.

²³ A. Liszewska; *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, Prawo i Medycyna, op. cit., s. 86.

²⁴ A. Zoll za J. Sawicki (w.): *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 19.

²⁵ Por.: A. Zoll w oprac. zbior.: *Kodeks karny, cz. szczególna*, Kraków 1999, s. 474.

w miarę możliwości, otaczać pacjenta opieką lekarską”.

4) Argumentem przemawiającym za eliminacją działania w stanie wyższej konieczności miałyby też być występująca w rozważanych sprawach kolizja pomiędzy dobrem ratowanym i poświęconym należącym do tej samej osoby. W tej kwestii w art. 26 § 1 k.k. nie wprowadzono jednak żadnych ograniczeń. Chodzi o jakiegokolwiek dobra. Nie w każdej sytuacji związanej z wykonywaniem zabiegów leczniczych chodzi też o dobro ratowane i poświęcane tej samej osoby, skoro ratowanie życia człowieka dotyczy pacjenta, a o wyrażeniu na to zgody decydować może ustawowy przedstawiciel albo opiekun faktyczny chorego.

5) Trudno byłoby też uznać za podstawę eliminacji działania w stanie wyższej konieczności swoisty „argument”, że art. 26 k.k. „stanowi pokusę dla uzasadnienia legalności zabiegu przeprowadzonego bez zgody pacjenta”²⁶. Był on już trafnie krytykowany²⁷.

Znacznie częstsze są „pokusy” prowadzące do nieuzasadnionego powoływania się przez sprawców afer gospodarczych na ich niepoczytalność albo poczytalność zmniejszoną, ale to przecież nie może prowadzić do eliminacji art. 31 k.k., przewidującego takie sytuacje.

Przyjąć zatem trzeba, że nie ma podstaw prawnych do eliminacji w rozważanych sprawach działań w stanie wyższej konieczności.

²⁶ A. Zoll, *op. cit.*, s. 474.

²⁷ T. Tołłoczko, *op. cit.*, s. 91.