

Wprowadzenie

1. W systemie udzielania świadczeń zdrowotnych fundamentalne znaczenie przypisywane jest zgodzie pacjenta na wykonanie czynności leczniczej. Uzależnienie dopuszczalności interwencji medycznej od uzyskania stosownej zgody jest gwarancją dobrowolności poddania się przez pacjenta działaniom diagnostycznym lub terapeutycznym. Stanowi przejaw honorowania autonomii pacjenta w sferze kształtowania swej sytuacji zdrowotnej, a w szerszym ujęciu – poszanowania godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP), będącej źródłem wszystkich wolności i praw. Wyrazem opisanych tendencji jest obserwowany w ostatnich dekadach rozwój regulacji zgody w aktach z zakresu prawa medycznego. Określone w nich przesłanki doniosłości zgody stanowią podstawę do oceny, czy wyrażenie zgody prowadzi do skutku w postaci uchylenia bezprawności naruszenia dobra osobistego podmiotu prawa (art. 24 § 1 KC).

W rozważaniach o systemowym usytuowaniu zgody pacjenta można wyróżnić kilka sfer analizy. Pierwsza z nich odnosi się do samego pojęcia zgody i koncentruje się na sprecyzowaniu przesłanek doniosłości zgody na wykonanie czynności leczniczej¹. Przedmiotem drugiej sfery badań jest określenie współzależności między unormowaniami dotyczącymi zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W tym punkcie istotne staje się ustalenie, jak w ujęciu wewnątrzsystemowym, tzn. aktów z zakresu prawa medycznego, kształtuje się funkcjo-

¹ Nie będzie szerzej podejmowane zagadnienie charakteru prawnego zgody. Co dotyczy problematyki zgody jako okoliczności uchylającej bezprawność naruszenia dóbr osobistych, kwestia jest uznawana za kontrowersyjną (zob. m.in. *M. Pazdan*, [w:] *M. Saffan* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. I, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 1156–1157; *A. Cisek*, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989, s. 97 i n.). W związku z tematyką niniejszego opracowania zagadnienie ma jednak węższy zakres, dotyczy bowiem jedynie charakteru prawnego zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Moim zdaniem, wyrażenie takiej zgody stanowi dokonanie jednostronnej czynności prawnej. Szerzej w kwestii charakteru prawnego zgody zob. *P. Sobolewski*, *Zgoda na zabieg medyczny*. Rozprawa doktorska przygotowana pod kierunkiem prof. dr hab. Adama Zielińskiego, Warszawa 2009, s. 152 i n., w tym konkluzja na s. 157 i n. W zasadniczej części podzielałam stanowisko Autora, uważam jednak (o czym w dalszych wywodach opracowania), że w przypadkach określonych w art. 32 i 34 *ZawLekU* zgodę w konstrukcji tzw. zgody podwójnej mogą wyrazić (co oznacza, że w tym zakresie dysponują także stosowną zdolnością do czynności prawnych) również osoby ubezwłasnowolnione całkowicie (odmiennie, jak się wydaje, *P. Sobolewski*, [w:] *K. Osajda* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013, s. 409, z zastrzeżeniem, że niezupełnie jasne jest dla mnie stwierdzenie Autora o niemożności „samodzielnego” wyrażenia zgody).

nowanie konstrukcji zgody pacjenta (przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego, sądu opiekuńczego) w różnych wariantach sytuacyjnych, wyznaczanych czynnikami charakteru działań leczniczych oraz podmiotów uprawnionych do wyrażenia zgody. Trzecia sfera analizy eksponuje znaczenie pojęcia zgody w szerszej perspektywie prawa karnego, konstytucyjnego i aktów prawnych o charakterze międzynarodowym².

2. Opracowanie jest poświęcone analizie wewnątrzsystemowego ujęcia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Dalsze rozważania będą dotyczyły kwestii wzajemnych relacji między normami określającymi zasady wykonywania czynności leczniczych, a także dopuszczalności ich podejmowania bez zgody osoby uprawnionej. W sposób natomiast funkcjonalny, podporządkowany celowi zarysowania struktur podmiotowych i uwarunkowań przedmiotowych zgody, zostanie poruszona problematyka przesłanek prawnej doniosłości zgody, w tym powinności informacyjnych lekarza, poprzedzających podjęcie przez osobę uprawnioną decyzji o interwencji medycznej. Wskazane zagadnienia stanowią temat odrębnych dociekań; w piśmiennictwie zostały już także poddane gruntownej analizie³.

Rozbudowanym wywodom o pojęciu „zgody uświadomionego pacjenta” towarzyszy niedostateczne, moim zdaniem, opracowanie wewnątrzsystemowych aspektów udzielania świadczeń zdrowotnych. Pomimo starań nauki prawa, nie udało się, w mojej ocenie, ukształtować koncepcji interpretacyjnych obrazujących w sposób całościowy system stosowania tych norm. Różnice stanowisk, w niektórych kwestiach świadczące o istotnie odmiennym postrzeganiu instytucji prawa, budzą obawy o to, na ile wyniki rozważań teoretycznych mogą być przydatne dla praktyki medycznej i orzeczniczej.

Przede wszystkim w tej sferze potrzebne jest zatem podjęcie dalszych wysiłków badawczych. Wypracowanie wniosków o prawnych uwarunkowaniach wyrażania zgody na wykonanie czynności leczniczych ma fundamentalne znaczenie dla każdego człowieka – każdy bowiem jest lub może zostać pacjentem. Ta ze swej natury indywidualna perspektywa, z uwagi na jej powszechność, staje się zagadnieniem o znaczeniu ogólnospołecznym.

² Jest to odrębna dziedzina badań, esencjonalnie związana jednak z funkcjonowaniem poszczególnych krajowych porządków prawnych. W perspektywie przekrojowej, uwzględniającej umiejscowienie praw pacjenta w systemie praw człowieka, prawodawstwie europejskim oraz w systemach prawnych państw Unii Europejskiej, zob. opracowanie: Prawa pacjenta w Unii Europejskiej, http://www.eu-patient.eu/Documents/Projects/Valueplus/Patients_Rights, dostęp 13.3.2013 r.

³ Pojawiające się w tym obszarze kwestie szczegółowe wykazują wiele zbieżności z tematyką podejmowaną na tle obcych porządków prawnych. Możliwe staje się zatem wzbogacenie dyskursu o zgodzie wypracowanym tam dorobkiem naukowym i orzeczniczym.

3. Trudności w analizie strukturalnych zagadnień zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego są przyczyną niejasności interpretacyjnych, negatywnie oddziałujących na stosowanie przepisów ustrojowych ustaw prawnomedycznych: z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁴, z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁵ oraz z 19.8.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁶. Dwa pierwsze z wymienionych aktów prawnych mają podstawowe znaczenie dla funkcjonowania systemu udzielania świadczeń zdrowotnych. Z powodu jednak skomplikowanego modelu podmiotowych uwarunkowań wyrażania zgody, ujętego w przepisach art. 32–34 ZawLekU w zw. z art. 15–19 PrPacjU, w praktyce powstają wątpliwości, kto może zdecydować o wykonaniu interwencji leczniczej. Tymczasem w sytuacjach pilnej potrzeby podjęcia działań medycznych niepewność lekarza niejednokrotnie prowadzi do niebezpieczeństwa uszczerbku na zdrowiu, a nawet życiu pacjenta.

Znaczenie analizy wewnątrzsystemowego ujęcia zgody wykracza jednak poza sferę bieżącego stosowania przepisów ustaw prawnomedycznych. Wydaje się, że obecny stan rozważań nauki prawa doprowadza do ograniczonej efektywności dyskusji na temat kierunków zmian normatywnych⁷. Punktem odniesienia dla postulatów *de lege ferenda* powinno być stwierdzenie niedostatków aktualnego stanu prawnego. Skoro jednak nie wypracowano spójnych stanowisk w sprawie funkcjonowania obecnych rozwiązań, także propozycje nowelizacji ustaw nie stwarzają gwarancji potrzeby, zasadności i pozytywnych skutków wprowadzania zmian⁸.

Ponadto dopiero rozeznanie obecnego modelu zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego może stanowić podstawę do formułowania poglądów o zakresie autonomii pacjenta. Jest to zagadnienie doniosłe, a jednocześnie wyjątkowo skomplikowane, zwłaszcza w przypadku oceny pozycji prawnej osób małoletnich, ubezwłasnowolnionych, dotkniętych chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym. Rozważania poświęcone tym podstawowym, ustro-

⁴ T.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm.

⁵ T.j. Dz.U. z 2012 r. poz. 159 ze zm.

⁶ T.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1375 ze zm.

⁷ Moim zdaniem, dyskusyjne mogą być także twierdzenia o bardzo niskiej jakości legislacyjnej ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Można wprawdzie zgłaszać w tej sferze zastrzeżenia, jednak ostatecznie wykładnia przepisów dotyczących zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego pozwala ukształtować systemowy obraz stosowania przyjętych w ustawie rozwiązań. W ogólnej ocenie ustawy podzielam więc stanowisko *M. Boratyńskiej*, Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samostanowienia, Warszawa 2012, s. 9–10. Trudno jednak pominąć, że niejednoznaczne ujęcie przepisów może prowadzić do istotnie odmiennych wyników ich wykładni (o czym świadczy zestawienie szczegółowych stanowisk *M. Boratyńskiej* oraz poglądów prezentowanych w niniejszej pracy).

⁸ Mowa tu zwłaszcza o postulatach zmian przepisów określających sytuację prawną pacjentów ubezwłasnowolnionych. Moim zdaniem, stan wskazywany jako pożądany *de lege ferenda* istnieje już obecnie, o czym szerzej w dalszych wywodach pracy.

jowym dla prawa medycznego kwestiom powinny mieć podstawę w wypracowanych uprzednio wnioskach o współczesnym ukształtowaniu systemu zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego.

4. Przyjęte założenia oddziałują na dobór oraz sposób analizy zagadnień przedstawionych w niniejszym opracowaniu. Implikują także konieczność wprowadzenia wyłączeń tematycznych. Przedmiotem rozważań są jedynie kwestie związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych⁹ (wykonywaniem czynności leczniczych¹⁰), a nie przekrojowa prezentacja problematyki zgody w prawie medycznym. Opracowania przedstawiające całościowo tę materię stanowią bardzo cenny wkład w dyskusję poświęconą pozycji prawnej pacjenta. Dążenie jednak do przeglądowego zobrazowania systemu zgody w sposób naturalny wpływa na ograniczenie możliwości rozważenia wątków szczegółowych. Celem natomiast niniejszej pracy jest podjęcie wybranych problemów i poddanie ich bardziej gruntownej analizie. Pozwoli to na dostrzeżenie systemowych zależności między konstrukcjami zgody pacjenta a instytucjami dopuszczającymi wykonanie świadczeń zdrowotnych pomimo niedysponowania zgodą.

Opracowanie składa się z trzech zasadniczych części. Pierwsza z nich jest poświęcona analizie instytucji zgody pacjenta w aktach prawnomedycznych poprzedzających obecnie obowiązujące ustawy ustrojowe. Uwzględnienie aspektów historycznych ma na celu zobrazowanie etapów rozwoju prawa medycznego. Pozwala także umiejscowić obecne rozwiązania normatywne na tle zmieniających się prawnych i społecznych uwarunkowań udzielania pomocy medycznej. Zasadnicze znaczenie dla prezentacji współczesnego wewnątrzsystemowego ujęcia zgody mają dwa kolejne rozdziały monografii. Przedstawiają

⁹ W opracowaniu będą także zamiennie używane pojęcia czynności leczniczych (w szerokim rozumieniu, obejmującym również – stosownie do ich bliżej określonego przedmiotu – czynności profilaktyczne, diagnostyczne, terapeutyczne, rehabilitacyjne) oraz czynności medycznych (w niniejszym opracowaniu traktowanych jako obejmujące szerzej ujęte działania medyczne, tzn. także przyjęcie do szpitala, a konkretnie – przyjęcie do szpitala psychiatrycznego).

¹⁰ Pojęcie celu leczniczego jest samodzielnym przedmiotem badań naukowych z zakresu prawa medycznego. Charakterystyczna dla tego pojęcia zmienność treści jest wynikiem kształtowania się stanowisk w sprawie rozumienia terminu „zdrowie”. W szerokim ujęciu, określonym przez Światową Organizację Zdrowia, zdrowie to „stan zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie braku choroby lub ułomności” (Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku 22.7.1946 r., Dz.U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.; w tej kwestii zob. także *E. Zielińska*, Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów leczniczych, SI 1988, t. XVI, s. 240). Dostrzegana jest ewolucja znaczenia pojęcia „cel leczniczy”, widoczna w uznawaniu za czynności lecznicze także tych spośród interwencji o charakterze kosmetycznym, które dawniej były traktowane jako podejmowane w celu nieleczniczym. O pojęciu celu leczniczego zob. m.in. *P. Daniluk*, Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa, PiM 2005, Nr 2, s. 37 i n.

one wyniki analizy koncepcji zgody ukształtowanej przepisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, a także (łącznie) ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyisty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

Kolejność rozważań odpowiada chronologii wprowadzania tych aktów do polskiego porządku prawnego. Uwzględnia także procesy formowania się nowoczesnych konstrukcji prawa medycznego – od unormowań ustawy o ochronie zdrowia psychicznego do ustaw określających zasady udzielania świadczeń zdrowotnych. Pomimo specyfiki przedmiotu pierwszej z powołanych ustaw, przedstawienie materii ochrony zdrowia psychicznego zostało uznane za potrzebne do wypracowania określonych kierunków analizy zagadnień niepsychiatrycznych. Istotne znaczenie ma tu nie tylko fakt zdefiniowania pojęcia zgody pacjenta psychiatrycznego (art. 3 pkt 4 ZdrPsychU). Nie mniej ważne jest oddziaływanie konstrukcji przyjętych w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego na kształtowanie się modelu podejścia do analizy zgody na wykonanie czynności leczniczych.

5. Wyrażenie zgody na podjęcie interwencji medycznej nie wyczerpuje kryteriów oceny zgodności z prawem udzielania świadczeń zdrowotnych. Znaczenie mają także czynniki niesprzeczności wykonania tych świadczeń z ustawą lub zasadami współżycia społecznego, zgodnie z zasadami wiedzy medycznej¹¹ oraz przez osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia. Wymienione przesłanki pozostają w ścisłym związku z zagadnieniem zgody¹². Z uwagi jednak na ograniczenie przedmiotu analizy do zagadnienia wewnątrzsystemowego ujęcia zgody pacjenta (przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego, sądu opiekuńczego) na udzielenie świadczenia zdrowotnego, kwestie te nie będą odrębnie podejmowane w dalszych wywodach.

Z tych samych przyczyn zostanie pominięta szczegółowa analiza pojęć pacjenta, lekarza, podmiotu leczniczego i świadczenia zdrowotnego¹³, jako elementów stosunków prawnych, powstających między pacjentem a lekarzem

¹¹ Zgodność ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej jest uznawana za jeden z wywodzonych z art. 4 ZawLekU standardów medycznych wykonywania zawodu, obok wykonywania go dostępnymi lekarzowi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością; kwestie te szczegółowo analizuje *M. Boratyńska*, *Wolny wybór*, s. 228–299. Z uwagi na postępy medycyny, punktem odniesienia są zawsze wskazania aktualnego stanu wiedzy medycznej, tzn. uwzględniającego nowe osiągnięcia w tym zakresie i pomijającego metody już zarzucone. Jednym z istotnych kryteriów zgodności postępowania lekarza z wiedzą medyczną jest właściwa ocena czynnika ryzyka zabiegu (w tym punkcie szerzej tamże, s. 189–191).

¹² Kwestie te w ostatnim czasie zostały poddane pogłębionej analizie przez *M. Boratyńską*, *Wolny wybór*, s. 169 i n.

¹³ Odrębne rozważania nie będą zatem poświęcone stosunkom obligacyjnym (w tej kwestii zob. m.in. *M. Nesterowicz*, [w:] *W. Katner* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. IX, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2010, s. 343 i n.) oraz upoważniającym, będącym następstwem wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych.

(podmiotem leczniczym) w związku z wykonywaniem czynności leczniczych. Dla celów pracy wystarczające wydaje się przyjęcie znaczenia tych terminów sprecyzowanego w przepisach ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (pojęcie pacjenta, art. 3 ust. 1 pkt 4)¹⁴ oraz ustawy z 15.4.2011 r. o działalności leczniczej¹⁵ (pojęcie świadczenia zdrowotnego oraz podmiotu leczniczego, odpowiednio art. 2 ust. 1 pkt 10 oraz art. 2 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 4 ust. 1). Założenia dotyczące tematyki pracy uzasadniają także wyłączenie z dalszej analizy kwestii zgody na czynności podejmowane w celu nieleczniczym¹⁶ (np. eksperymenty medyczne¹⁷, transplantacje, usunięcie ciąży, sterylizację), nawet jeśli w określonych uwarunkowaniach lub względem określonych osób mają one również cel leczniczy.

Odstąpienie od tak skonkretyzowanego przedmiotu badań nastąpiło jedynie w odniesieniu do zgody osoby z zaburzeniami psychicznymi na hospitalizację psychiatryczną. To zagadnienie ma zasadnicze znaczenie dla zobrazowania związków przyjętych w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego. Hospitalizacja nie jest czynnością leczniczą, lecz ma na celu umożliwienie wykonywania działań diagnostycznych lub terapeutycznych, wymagających warunków szpitalnych. Z powodu jednak istotnej roli konstrukcji zgody pacjenta na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego, definicja zgody ujęta w art. 3 pkt 4 ZdrPsychU odnosi się również do zgody na hospitalizację. Analiza pojęcia zgody na tle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego nie może zatem pomijać tej kwestii oraz – komplementarnie – problematyki dopuszczalności podejmowania „bez zgody” czynności z zakresu szeroko rozumianego psychiatrycznego postępowania leczniczego.

¹⁴ Pojęcie pacjenta zostało poddane szerszej analizie przez *P. Sobolewskiego*, Zgoda na zabieg, s. 201 i n.; *J. Bujnego*, Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem, Warszawa 2007, s. 9–17 oraz *D. Karkowską*, Prawa pacjenta, Warszawa 2009, s. 209 i n.

¹⁵ Tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 217.

¹⁶ O czynnościach nieleczniczych zob. wywody *M. Boratyńskiej*, Wolny wybór, s. 202–212. Odsyłając do tych rozważań, należy wskazać, że Autorka sformułowała następujące przesłanki kontraktynu nieleczniczej czynności medycznej: „(...) wykonanie czynności przez lekarza posiadającego stosowne kwalifikacje oraz formalne uprawnienia; przestrzeganie zasad wiedzy medycznej; rozeznana zgoda pacjenta; niesprzeczność czynności z zasadami współżycia społecznego; działanie w celu ochrony innego dobra osobistego lub innego prawnie chronionego interesu wskazanego przez pacjenta” (tamże, s. 210).

¹⁷ W ujęciu przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyisty wśród eksperymentów medycznych wyróżnia się eksperymenty lecznicze oraz eksperymenty badawcze. W ocenie charakteru eksperymentu jako leczniczego albo badawczego należy uwzględnić podstawowy cel eksperymentu. Cel nieleczniczy mają eksperymenty badawcze, jeśli są podejmowane wyłącznie w celu poznawczym; w tej kwestii szerzej zob. *B. Janiszewska*, Zgoda na uczestnictwo w eksperymencie medycznym osoby ubezwłasnowolnionej częściowo, SI 2008, t. XLIX, s. 59 i n.

6. Znaczenie pojęcia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych wykracza poza konstrukcje prawa cywilnego¹⁸. W perspektywie konstytucyjnej zagadnienie zgody jest oceniane w kontekście ochrony wolności osobistej i nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji RP¹⁹) oraz prawa do decydowania o swoim życiu osobistym i do ochrony prawnej życia prywatnego (art. 47 Konstytucji RP)²⁰. Szczegółowe rozważenie tych kwestii wymagałoby pogłębionej analizy z zakresu prawa konstytucyjnego. Stanowiłoby jednak samodzielny tematycznie obszar badań wykraczający poza cele pracy. Z tej przyczyny zagadnienia konstytucyjnoprawnych aspektów zgody, mimo ich oddziaływania na przyjęte kierunki analizy, nie będą przedmiotem odrębnych dociekań.

Problematyka zgody pacjenta ma także istotne znaczenie w dziedzinie prawa karnego²¹. Wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 KK) stanowi jedno z przestępstw przeciwko wolności. Wyznaczenie granic odpowiedzialności karnej jest przedmiotem dociekań nauki prawa karnego oraz wypowiedzi orzecznictwa. Tak ujęte zagadnienia nie mieszczą się w ramach wyznaczonych koncepcyjnymi założeniami opracowania. Wydaje się natomiast, że wyniki niniejszej analizy mogą być przydatne w dziedzinie prawa karnego. W ocenie bowiem podstaw odpowiedzialności karnej doniosłe jest nie tylko ustalenie, czy oświadczenie uprawnionego podmiotu czyniło zadość przesłankom skuteczności zgody, lecz także – w jaki sposób w określonych uwarunkowaniach wykonywania zabiegu leczniczego kształtowały się podmiotowe i przedmiotowe wymagania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego²².

¹⁸ Zagadnienie to jest także przedmiotem analiz z zakresu filozofii (zwłaszcza etyki) oraz medycyny (zob. w szczególności *M. Nowacka*, *Autonomia pacjenta jako problem moralny*, Białystok 2005). Z uwagi na przyjęte założenia pracy te aspekty zgody pozostaną poza zakresem dalszych rozważań.

¹⁹ Obszerne wywody zostały poświęcone tym kwestiom w uzasadnieniu wyr. TK z 11.10.2011 r., K 16/10, OTK-A 2011, Nr 8, poz. 80.

²⁰ Zbieżne odwołania do godności człowieka oraz do jego wolności osobistej zawierają także ustawy zasadnicze innych państw.

²¹ O zachodzącej w polskim prawie karnym ewolucji unormowań dotyczących zgody zob. szerzej *P. Sobolewski*, *Zgoda na zabieg*, s. 127.

²² Zasadniczo nie będą także powoływane postanowienia Kodeksu Etyki Lekarskiej. Niewykluczone jest uzyskanie przez normy KEL znaczenia doniosłego w obszarze prawa powszechnego. Na taką możliwość wskazał TK w uzasadnieniu wyr. z 23.4.2008 r., SK 16/07, OTK-A 2008, Nr 3, poz. 45. Odwołał się przy tym do koncepcji „złożonej normy ustawowej» (choć w istocie blankietowej na poziomie ustawowym), dookreślanej następnie przez treść konkretnego postanowienia aktu uchwalanego przez organ samorządu zawodowego (...)? Niewątpliwie KEL nie może stać w sprzeczności z obowiązującym prawem. Z powołaniem się zatem na treść art. 4 ZawLekU, określającego standardy wykonywania zawodu lekarza, nie można skutecznie twierdzić, że przesłanki prawnej doniosłości zgody są normowane postanowieniami KEL, które ponadto w ramach złożonej normy ustawowej uzyskują znaczenie powszechne. Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę na trafne zastrzeżenia dotyczące niespójności KEL z obowiązującym prawem (w tej kwestii m.in. *P. Sobolewski*, *Zgoda na zabieg*, s. 132 i n.; *M. Boratyńska*, *Wolny wybór*, s. 289 i n., a zwłaszcza s. 291 i n.). W odniesieniu

Opracowanie nie ma charakteru prawnoporównawczego. Tematyka pracy ogranicza rozważania do analizy wewnątrzsystemowej, dotyczącej konstrukcji przyjętych w polskim porządku prawnym. Odwołania zatem do rozwiązań innych systemów prawnych będą miały ograniczony zakres²³. Stosownie do założeń pracy, w głównym nurcie wywodów zostanie przedstawione własne stanowisko. Poglądy reprezentowane w orzecznictwie i nauce prawa, a także kwestie szczegółowe i poboczne będą wzmiankowane w przypisach. Taka struktura opracowania ma na celu zachowanie spójności wywodów poświęconych problematyce wewnątrzsystemowego ujęcia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego²⁴.

do zagadnienia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego uwaga ta odnosi się zwłaszcza do art. 6, 15 ust. 1 i 3, art. 16 ust. 2 i art. 17 KEL.

²³ Wykorzystanie dorobku nauki prawa i orzecznictwa wypracowanego w systemach prawnych innych państw wydaje się szczególnie cenne w analizie pojęcia zgody (w tej kwestii zob. m.in. *S.D. Pattinson*, *Medical Law and Ethics*, London 2006, s. 97 i n.; *J. Herring*, *Medical Law and Ethics*, Oxford 2006, s. 83 i n.; *E. Jackson*, *Medical Law. Test, Cases, and Materials*, Oxford 2006, s. 180 i n.). *A. Eser*, *Functions and Requirements of Informed Consent in German Law and Practice*, http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3490/pdf/Eser_Functions_and_requirements_of_informed_consent.pdf. Mniejsze znaczenie ma natomiast w rozważeniu zagadnień wewnątrzsystemowych, które z natury rzeczy koncentrują się na rozwiązaniach przyjętych w rodzimym porządku prawnym.

²⁴ W związku z objętością monografii, w dalszych wywodach w koniecznym zakresie będą przywoływane niektóre wnioski przedstawione we wcześniejszych fragmentach opracowania. Takie rozwiązanie jest wyrazem dążenia do ułatwienia Czytelnikom uzyskania pełniejszych informacji o poszukiwanym przez nich jednostkowym zagadnieniu.

Rozdział 1. Zgoda w ujęciu wcześniej obowiązujących aktów prawnych

§ 1. Wprowadzenie

Dostrzegane współcześnie problemy prawnej regulacji ochrony życia i zdrowia człowieka stanowią częstokroć kontynuację wyzwań, przed którymi prawodawca stawał już w przeszłości. Rozważania o wewnątrzsystemowym ujęciu zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego warto więc poprzedzić analizą wybranych aktów prawnych z zakresu prawa medycznego, obowiązujących po odrodzeniu się w okresie międzywojennym Państwa Polskiego. Historyczne ujęcie zagadnienia pozwala bowiem dostrzec korzenie współczesnych rozwiązań normatywnych, budowanych na osnowie, którą tworzył dorobek legislacyjny poprzednich pokoleń. Umożliwia także lepsze zrozumienie założeń obecnie funkcjonującego systemu wykonywania świadczeń zdrowotnych, traktowanego jako kolejny etap w procesie kształtowania zasad udzielania pomocy medycznej, a jednocześnie – jako odpowiedź prawodawcy na postulaty zmian dotychczasowych, nie dość efektywnych unormowań¹. W odniesieniu do niektórych spośród przedstawionych poniżej ustaw i rozporządzeń ta uwaga ma szczególny wydźwięk. Obowiązywały one bowiem od okresu międzywojennego lub wczesnopowojennego, a zostały uchylone dopiero w ostatniej dekadzie ubiegłego stulecia.

Spojrzenie na historyczny rozwój instytucji prawa, określających zasady podejmowania czynności leczniczych, skłania do zaakcentowania dwóch podstawowych spostrzeżeń.

Po pierwsze, już w okresie międzywojennym ustawodawca wprowadził model odrębnej regulacji dwu sfer: wykonywania praktyki lekarskiej oraz funkcjonowania zakładów leczniczych. Zagadnienie zgody jako przesłanki legalności interwencji terapeutycznych było unormowane w aktach prawnych obu nurtów. Korelacje między współwystępującymi regulacjami uzasadniają więc zaprezen-

¹ W aspekcie praktycznym przeprowadzenie analizy historycznej jest przydatne w procesie interpretacji przepisów. Pozwala bowiem wybrać kierunek wykładni uwzględniający *ratio legis* zmieniających się regulacji, określane poprzez zestawienie treści unormowań dotychczasowych i celów wiązanych z wprowadzeniem nowych rozwiązań prawnych.

wanie ich w kolejności odpowiadającej chronologii wprowadzania do porządku prawnego.

Po drugie, w aktach prawnych poddanych analizie charakterystyczne było ograniczenie przedmiotu regulacji do kwestii zgody na dokonanie zabiegu operacyjnego² oraz konstruowania w sytuacjach szczególnych prawnego obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej. Te zagadnienia zostaną więc wyeksponowane w dalszych rozważaniach. Inne kwestie, związane z systemem udzielania świadczeń zdrowotnych, będą poruszane jedynie w zakresie niezbędnym do analizy podstawowego nurtu tematycznego³.

§ 2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 22.3.1928 r. o zakładach leczniczych

I. Uwagi ogólne

1. W okresie międzywojennym problematyka zgody⁴ pacjenta⁵ na udzielenie świadczenia zdrowotnego została po raz pierwszy podjęta w rozporządzeniu

² Zwrot „zabieg operacyjny” jest uważany za pleonazm (z gr. *pleonasmos* – nadmiar), tzn. błąd logiczno-językowy, polegający na tym, że jedna z części wypowiedzi zawiera treści pojawiające się w drugiej części. Za bardziej poprawne (pomimo różnic występujących w języku potocznym i języku medycznym) uznaje się używanie określeń „zabieg”, „operacja” (z łac. *operatio* – działanie, praca) lub „zabieg chirurgiczny”, „operacja chirurgiczna”. W tym wariantcie pojęcie „zabieg” miałyby obejmować „wszelkiego rodzaju czynności lekarskie i/lub pielęgniarские, zarówno diagnostyczne, jak i lecznicze, higieniczne, rehabilitacyjne itp.”, natomiast słowo „operacja” byłoby „wyrażeniem zarezerwowanym dla procedur chirurgicznych, zawsze wykonywanych przez lekarza, choć niekoniecznie chirurga” (tak M. Słojewski, *Operacja czy zabieg – dylemat semantyczny*, *Przegląd Urologiczny* 2010, Nr 11, poz. 4 (62), <http://www.przegląd-urologiczny.pl/numer.php?63>). Pojęcie „zabieg operacyjny” zostało jednak użyte w przepisach analizowanych w niniejszym opracowaniu aktów prawnych: w art. 37 ust. 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 22.3.1928 r. o zakładach leczniczych (Dz.U. Nr 38, poz. 382 ze zm.) oraz w art. 17 ust. 1 ustawy z 28.10.1950 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 50, poz. 458 ze zm.). Termin ten będzie zatem powoływany w dalszych wywodach.

³ Analiza ma charakter dogmatycznoprawny. Ocenie zasad udzielania zgody, dokonanej na podstawie wykładni obowiązujących ówczesnie przepisów oraz dostępnego piśmiennictwa i orzecznictwa, powinna jednak towarzyszyć świadomość społecznych realiów funkcjonowania służby zdrowia, m.in. rzeczywistej (częstokroć utrudnionej) dostępności do szpitali i do lekarzy.

⁴ W piśmiennictwie (w odróżnieniu od treści analizowanych aktów prawnych posługujących się terminem „zgoda”) używano także pojęcia „zezwoleń” (tak m.in. S. Czerwiński, *Zgoda pokrzywdzonego jako czynnik wyłączający karalność czynu przestępnego*, *Głos Sądownictwa* 1935, Rok VII, Nr 7–8, s. 538).

⁵ W analizowanych w tym rozdziale pracy aktach prawnych używane było pojęcie „chory”. W nauce prawa odwoływano się jednak również do pojęcia „pacjent” (m.in. J. Sawicki, *Przymus poddania się leczeniu*, *PiP* 1963, Nr 4, s. 633); w dalszych wywodach będą używane oba te terminy.

Prezydenta Rzeczypospolitej z 22.3.1928 r. o zakładach leczniczych⁶. Przepisy tego aktu prawnego⁷ regulowały tylko jedną formę interwencji leczniczej w postaci zabiegu operacyjnego⁸. Nie odnosiły się natomiast wprost do wymagania zgody na udzielenie innych świadczeń zdrowotnych⁹. Zasadnicze znaczenie miał tutaj art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r., który stanowił¹⁰, że „zabiegi operacyjne można podejmować tylko za zgodą chorego, a jeżeli chory nie ukończył 21 lat życia, albo też z powodu niedojrzałości umysłowej lub swego stanu zdrowia nie może ocenić potrzeby zabiegu operacyjnego – za zgodą jego prawnego zastępcy, wyjąwszy wypadki, gdy grozi niebezpieczeństwo dla życia”¹¹.

⁶ Dz.U. Nr 38, poz. 382 ze zm. Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie art. 44 ust. 6 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 17.3.1921 r. (Dz.U. Nr 44, poz. 267 ze zm.) i ustawy z 2.8.1926 r. o upoważnieniu Prezydenta Rzeczypospolitej do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy (Dz.U. R.P. Nr 78, poz. 443).

⁷ Rozporządzenie było podzielone na artykuły, które – mimo że wewnątrznie nie zostały oznaczone numeracją ustępów – były podzielone na ustępy. O dokonaniu takiego podziału (a w konsekwencji – o podstawach używania pojęcia „ustęp” w bliższym oznaczeniu poszczególnych unormowań) świadczy np. treść art. 51 rozporządzenia z 1928 r. (odwołującego się do „przepisu art. 22 ust. 6”) oraz treść rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 14.2.1931 r. o zakładach leczniczych (Dz.U. Nr 29, poz. 195), wykonawczego względem rozporządzenia z 1928 r., które odnosząc się do przepisów rozporządzenia z 1928 r. używało pojęcia ustępów.

⁸ Pojęcie to było jednak w orzecnictwie ujmowane szeroko; zob. np. wyr. SN z 25.3.1981 r., II CR 74/81, niepubl., w którym stwierdzono, że „badania naczyniowe stanowią fazę wstępną do podjęcia właściwego zabiegu operacyjnego i należy je zaliczyć (...) również do zabiegów wymagających zgody pacjenta”. Ponadto zasady związane z wyrażaniem zgody były stosowane do zabiegów wprawdzie nieoperacyjnych, lecz wiążących się ze zwiększonym ryzykiem; w tej kwestii orz. SN z 8.5.1934 r., C II Rw. 3048/33, OSP 1934, Nr 7, poz. 316.

⁹ Analiza wypowiedzi pochodzących z okresu międzywojennego (a nie później ogłoszonych stanowisk odnoszących się do unormowań międzywojennych) prowadzi do wniosku, że przekonanie o potrzebie wyrażenia zgody było zasadniczo związane z wykonywaniem operacji. W przypadku natomiast pozostałych zabiegów nie zawsze rysowało się wyrażenie. Jak stwierdził SN w wyr. z 28.2.1935 r. (za B. Wertheimem, Kilka zagadnień z dziedziny odpowiedzialności cywilnej lekarzy, Pal. 1936, Nr 5, s. 373; Autor nie podaje sygnatury i miejsca publikacji orzeczenia), powołując się na treść art. 37 rozporządzenia z 1928 r. i art. 12 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 25.9.1932 r. o wykonywaniu praktyki lekarskiej (Dz.U. Nr 81, poz. 712 ze zm.), lekarz co do sposobu leczenia ma „pełną swobodę i ma prawo korzystać ze wszystkich tych środków leczniczych, które według stanu wiedzy lekarskiej i nabytego doświadczenia uważa za odpowiednie, z zastrzeżeniem tylko że niektóre zabiegi w pewnych warunkach może podjąć za zgodą pacjenta” (tamże, s. 373–374). Sam B. Wertheim (tamże, s. 374) wskazuje natomiast, że „lekarz przy wyborze środków leczenia i zabiegów winien być zupełnie wolny i nieskrępowany”. Ujęcie obu tych wypowiedzi sprawia wrażenie, że tylko w przypadku operacji jednoznacznie dostrzegano potrzebę uzyskania zgody pacjenta.

¹⁰ Przepis art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r. był zamieszczony w Rozdziale II „Szpitale publiczne”, podrozdziale „Stosunek szpitala do chorych”. Ustęp 1 art. 37 stanowił, że „leczenie chorych może być powierzone tylko lekarzom, mającym prawo praktyki w Państwie Polskim”. Wprowadzał tym samym gwarancję, że ta kategoria czynności leczniczych będzie wykonywana wyłącznie przez osoby wykwalifikowane, zawodowo przygotowane do leczenia.

¹¹ Przepisy rozporządzenia z 1928 r., dotyczące wprost hospitalizacji w szpitalach publicznych (m.in. art. 37 i 38), na podstawie art. 53 rozporządzenia z 1928 r., zamieszczonego w Rozdziale III

O potrzebie wykonania zabiegu decydował wówczas dyrektor szpitala (art. 37 ust. 3 rozporządzenia z 1928 r.)¹².

Fakt przeprowadzenia operacji bez zgody chorego lub jego prawnego zastępcy był odnotowywany w historii choroby i opatrywany uzasadnieniem potrzeby i nagłości zabiegu. W razie niewyrażenia przez chorego zgody na operację, którą lekarz uznał za konieczną, możliwe stawało się wypisanie pacjenta ze szpitala publicznego (art. 39 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r.)¹³. Przedwczesne zakończenie hospitalizacji mogło także nastąpić na żądanie chorego lub jego prawnego zastępcy. Należało jednak wówczas zwrócić uwagę tych osób na możliwe niekorzystne skutki i zaznaczyć to w historii choroby (art. 39 ust. 3 rozporządzenia z 1928 r.).

2. Analiza przepisów rozporządzenia z 1928 r. skłania do przedstawienia kilku uwag o przyjętych w nim rozwiązaniach normatywnych.

Podstawowe znaczenie ma konstatacja, że uzyskanie zgody chorego („tylko za zgodą chorego”), a w wypadkach określonych w art. 37 ust. 2 *in medio* rozporządzenia z 1928 r. – jego prawnego zastępcy, było niezbędne do legalnego przeprowadzenia operacji. Doniosłość wymagania zgody pacjenta podkreślało skonkretyzowanie i wąskie ujęcie okoliczności, w których zgodę mógł wyrazić prawny zastępca osoby chorej. Przesłanką odjęcia dorosłemu pacjentowi możliwości decydowania o operacji była wyłącznie niemożność dokonania przez niego oceny potrzeby przeprowadzenia zabiegu, wywołana jednak nie dowolnymi, lecz normatywnie określonymi przyczynami: niedojrzałością umysłową lub stanem zdrowia pacjenta. Dopiero w razie spełnienia tych kryteriów uzasadnione stawało się działanie prawnego zastępcy¹⁴.

pt. „Szpitale bez prawa publiczności”, znajdowały także zastosowanie do przypadków podejmowania operacji w szpitalach tej kategorii.

¹² Do tego rozporządzenia zostało wydane rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 14.2.1931 r. o zakładach leczniczych, w którego § 11, odwołującym się do art. 37 rozporządzenia z 1928 r., wskazano, że: „W szczególności dyrektor szpitala: (...) m) decyduje o potrzebie wykonania zabiegów operacyjnych w wypadkach, wskazanych w ustępie trzecim art. 37 (...)”.

¹³ W rozporządzeniu z 1928 r. nie przewidziano takiej możliwości w odniesieniu do „szpitali bez prawa publiczności”; zawarte w art. 53 rozporządzenia z 1928 r. odesłanie nie obejmowało bowiem stosowania art. 39 rozporządzenia z 1928 r. Należy natomiast wnosić, że skutki odmowy zgody na poddanie się zabiegowi mogły być określone w statutach szpitali bez prawa publiczności. Przywołane unormowanie było w nauce prawa (zob. *J. Sawicki*, Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczeł w świetle prawa, Warszawa 1966, s. 107) uznawane za potwierdzenie zasady dobrowolności (a nie przymusowego charakteru) leczenia. Jak wskazuje *J. Sawicki*: „O żadnym przymusie nawet dla dokonania zabiegu »koniecznego« z medycznego punktu widzenia nie ma mowy. Ewentualna korzyść dla pacjenta ustępuje jego wyraźnej woli” (tamże).

¹⁴ Przepisy rozporządzenia z 1928 r. nie precyzowały, kto może być uznany za „prawnego zastępcę” osoby chorej. W piśmiennictwie pojęciem tym obejmowano rodziców (należy przyjąć, że tych rodziców, którym przysługiwała władza rodzicielska), opiekunów i kuratorów pacjenta. Po wejściu w życie dekretu z 29.8.1945 r. – Prawo osobowe (Dz.U. Nr 40, poz. 223), termin ten mógł być rozumiany

Moim zdaniem, z przepisów rozporządzenia z 1928 r. nie wynikało, by oświadczenie o zgodzie na wykonanie zabiegu miało być odbierane zarówno od chorego, jak i od jego prawnego zastępcy¹⁵. W odróżnieniu zatem od obecnego stanu prawnego, nie mogła powstać sytuacja (w sensie prawnym) współwystępowania oświadczeń tych podmiotów¹⁶. W konkretnym przypadku, pod-

jako odnoszący się do kategorii „przedstawicieli ustawowych”. Ustanawianie takich przedstawicieli w odniesieniu do osób dorosłych (a ta kategoria była istotna z punktu widzenia stosowania art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r.) mogło jednak nastąpić dopiero w przypadku ubezwłasnowolnienia. Tymczasem zakres działania zastępcy prawnego był w świetle art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r. znacznie szerszy. Obejmował bowiem także sytuacje, w których z powodu „stanu swego zdrowia” – w tym incydentalnych, okresowych przyczyn (np. utraty przytomności) – chory nie mógł wypowiedzieć się w sprawie poddania się operacji. Ponieważ jednocześnie zgłaszano wątpliwości, czy zgoda pacjenta powinna być oceniana w perspektywie cywilnoprawnej, czy prawnokarnej, zaproponowano m.in., by pojęcie prawnego zastępcy było rozumiane w sposób określony w art. 62 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Kodeks postępowania karnego z 19.3.1928 r. (Dz.U. z 1950 r. Nr 40, poz. 364) (*T. Cyprian*, [w:] *T. Cyprian, P. Aslanowicz*, Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza, Kraków 1949, s. 24–29 oraz 37 i n.). Sam natomiast art. 37 rozporządzenia z 1928 r. miał być uzupełniany o opis stanów uzasadniających, w świetle przepisów obowiązującego ówczesnie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.7.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571 ze zm.), niepodleganie karze (art. 17 KK z 1932 r.) lub zaliczenie do kategorii osób o zmniejszonej poczytalności. Rozważania te prowadziły do wniosku, że prawnym zastępcą osoby ubezwłasnowolnionej oraz młodszej niż 17 lat byłby ojciec, matka, opiekun lub osoba, pod której stałą pieczęć pacjent pozostaje. Wskazany krąg osób odpowiadał treści art. 62 KPK z 1928 r., w brzmieniu ustalonym 24.5.1949 r. Wprawdzie *T. Cyprian* swoje wywody podsumował stwierdzeniem, że „to są tylko dedukcje” (*T. Cyprian*, [w:] *T. Cyprian, P. Aslanowicz*, Karna i cywilna, s. 39), jednak nietrudno dostrzec, że w tym kierunku zmierzały niektóre z późniejszych rozwiązań ustawodawczych (m.in. w zakresie uprawnień faktycznego opiekuna).

¹⁵ W piśmiennictwie na tle wykładni art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r. podejmowana była jednak kwestia kolizji oświadczeń pacjenta i jego prawnego zastępcy (zob. m.in. *S. Popower*, [w:] *W. Makowski* (red.), Encyklopedia podręczna prawa karnego, t. II, Warszawa 1938, hasło „Lekarz”, s. 821–822). Odwoływano się bowiem w tym punkcie do unormowań obowiązującego ówczesnie Kodeksu postępowania karnego z 1928 r., który uprawniał (m.in. w zakresie wniesienia aktu oskarżenia, ale i sprzeciwienia się wniesieniu takiego aktu przez rodziców lub opiekunów) przydawał już osobie, która ukończyła 17 lat, a nie osiągnęła wieku 21 lat życia (tak art. 64 według stanu na 10.5.1932 r.). *T. Cyprian* (*T. Cyprian, P. Aslanowicz*, Karna i cywilna, s. 29) natomiast, także opierając się na ówczesnych regulacjach prawnokarnych, pytanie o skutki kolizji oświadczeń stawiał już w przypadku operacji u 12-letniego dziecka, a podsumował je stwierdzeniem, że „(...) decyzja w tych sprawach z reguły jest wynikiem pewnego kompromisu i oparta jest raczej na wyczuciu, niż na absolutnych i niewzruszalnych przesłankach” (tamże). Wnioskowanie oparte na takich spostrzeżeniach, jeśli miałyby być uzasadnieniem pominięcia treści przepisów rozporządzenia z 1928 r., określających strukturę podmiotową decydowania o zgodzie na operację, nie mogłoby zostać zaaprobowane.

¹⁶ Wcześniej wskazywano jednak, że w piśmiennictwie z okresu obowiązywania rozporządzenia problem kolizji oświadczeń („kolizji woli”), jak to ówczesnie określano, *T. Cyprian*, [w:] *T. Cyprian, P. Aslanowicz*, Karna i cywilna, s. 39) był rozważany. *T. Cyprian* (tamże, s. 40) wskazuje, że w takiej sytuacji pierwszeństwo powinna mieć wola prawnego zastępcy, skoro „właśnie po to jest zastępca, by dbał o interesy zastąpionego, który o nie sam dbać należycie nie potrafi”. Pomimo to Autor stwierdza, że w razie odmowy ze strony prawnego zastępcy zgody na zabieg, na którego wykonanie godzi się sam pacjent, w przypadkach pilnej potrzeby operacji lekarz może wykonać ją, powołując się na stan wyższej konieczności. W przypadkach natomiast niecechujących się nagłością powinien „zawiadomić

dawanym ocenie prawnej, tylko jedna z osób (z zachowaniem wskazanej wyżej kolejności) była bowiem uprawniona do wyrażenia zgody na przeprowadzenie zabiegu. Nawet zatem jeśli pacjent i jego prawny zastępca wyrazili odmienną wolę w sprawie operacji, w ujęciu art. 37 rozporządzenia z 1928 r. prawnie doniosłe było jedynie oświadczenie tego z podmiotów, który w badanych okolicznościach spełniał przesłanki stosowania art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r. Współwystępowanie oświadczeń mogło więc mieć wymiar faktyczny, lecz nie zachodziło w znaczeniu prawnym.

II. Ocena potrzeby operacji

Przepis art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r. dawał podstawy do wywodzenia dwóch typów przesłanek prawnie doniosłej zgody chorego: formalnej, odwołującej się do wieku pacjenta (ukończenia 21. roku życia), oraz „materiałnej”, ujętej negatywnie, a dotyczącej niemożności dokonania przez pacjenta oceny potrzeby operacji. Analiza drugiego z kryteriów pozwala na sformułowanie kilku szczegółowych uwag.

Po pierwsze, z użycia słów „(chory) nie może (ocenić potrzeby zabiegu)” wynika, że miarodajne było badanie „niemożności” w czasie, w którym aktualizowała się konieczność uzyskania zgody. Nie zachodziła potrzeba ustalenia, czy niemożność ta ma cechę trwałości¹⁷. Czynniki uniemożliwiające pacjentowi ocenę potrzeby operacji mogły utrzymywać się w czasie (niedojrzałość umysłowa) lub mieć charakter przemijający, a nawet krótkotrwały (stan zdrowia).

o konflikcie władzę opiekuńczą sprawującą nadzór nad zastępcą prawnym i oczekiwać odpowiednich zarządzeń” (tamże, s. 40). W odmienniej sytuacji – sprzeciwu pacjenta, zdaniem *T. Cypriana*, lekarz powinien przedsięwziąć środki ostrożności (zwołać konsylium, dokonać kontroli diagnozy) oraz oddziaływania na pacjenta (przez „odpowiednie przedstawienie sprzeciwiającemu się pacjentowi jego stanu zdrowia, konieczności zabiegu, sposobu jego dokonania, użycia wpływu rodziny”, tamże, s. 42). Miało to pozwolić na zmianę stanowiska pacjenta i uniknięcie przemocy w doprowadzeniu do operacji (tamże, s. 41–42). W odróżnieniu od *S.A. Glasera* (*tenże*, Kilka uwag o podstawie prawnej działalności lekarskiej, Lwów 1920, s. 2), który uzasadnienia legalności wszystkich zabiegów lekarskich upatrywał w stanie wyższej konieczności, a jednocześnie nie przywiązywał wagi do „zezwolenia pacjenta”, *T. Cyprian* (tamże, s. 40) odwołanie się do stanu wyższej konieczności wiązało jedynie z niektórymi przypadkami koniecznej potrzeby udzielenia pomocy medycznej. Później ogłoszone stanowiska *T. Cypriana* i *P. Aslanowicza*, dotyczące rozstrzygnięcia kolizji oświadczeń małoletniego pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego, zostaną przedstawione w dalszych fragmentach opracowania.

¹⁷W praktyce stosowania art. 37 rozporządzenia z 1928 r. istotne było jedynie, czy pacjent w czasie właściwym (w którym z uwagi na stan pacjenta powinno nastąpić rozstrzygnięcie, czy operacja zostanie za jego zgodą przeprowadzona) był w stanie wypowiedzieć się w przedmiocie zgody na dokonanie zabiegu chirurgicznego. Decydujące zatem dla określenia, czy zostały spełnione przesłanki legalnego przeprowadzenia operacji, było ustalenie na ten (w założeniu – poprawnie określony przez lekarza) moment, czy pacjent może ocenić potrzebę operacji, a jeśli nie – kto wobec tego jest uprawniony do zdecydowania o zabiegu.

Takie określenie przyczyn, pomimo z natury rzeczy szerokiego ujęcia, wykluczało uznanie, że pacjent tracił możliwość podjęcia decyzji o zabiegu, gdy z innych powodów (np. snu) nie mógł dokonać oceny potrzeby przeprowadzenia interwencji chirurgicznej.

Po drugie, chory¹⁸ przed wypowiedzeniem się co do zgody na zabieg powinien być poinformowany o medycznych uwarunkowaniach wykonania operacji¹⁹. Dopiero bowiem dysponując stosownymi danymi mógł ocenić potrzebę poddania się zabiegowi²⁰. Lekarz natomiast w związku z udzielaniem informacji uzyskiwał możliwość sprawdzenia, czy pacjent jest w stanie samodzielnie dokonać takiej oceny²¹. W razie spełnienia negatywnie ujętej przesłanki stosowania art. 37 ust. 2 rozporządzenia z 1928 r. uprawnionym do wyrażenia zgody stawał się prawny zastępca chorego. W pewnych natomiast okolicznościach, w sytuacji groźby „niebezpieczeństwa dla życia”, podjęcie decyzji o zabiegu chirurgicznym należało do dyrektora szpitala.

Po trzecie, powiązanie podjęcia decyzji o zgodzie z koniecznością oceny „potrzeby zabiegu operacyjnego” świadczy o tym, że w zamyśle ustawodawcy pozostawało wyrażenie zgody na konkretny zabieg – ten, którego potrzeba była poddana ocenie pacjenta. W taki sam sposób powinny być więc dobierane

¹⁸ Uwaga ta dotyczy odpowiednio także prawnego zastępcy pacjenta poddawanego operacji.

¹⁹ Tak m.in. SN w powołanym wcześniej orz. z 8.5.1934 r. (C II Rw. 3048, OSP 1934, Nr 7, poz. 316), w którym wskazano na konieczność uzyskania zgody pacjenta także przed przedsięwzięciem nieoperacyjnego zabiegu lekarskiego, jeśli może on wywołać skutki szkodliwe dla zdrowia pacjenta. W okolicznościach sprawy przedmiotem oceny były skutki badania zanieczyszczonymi instrumentami do cystoskopii. W uzasadnieniu orzeczenia SN wskazał, że przepisy ustaw (m.in. art. 37 rozporządzenia z 1928 r.) „należy przyjąć za wskazówkę, że i w tym przypadku (badania cystoskopem) lekarz ordynujący powinien być podobnie postąpić, a mianowicie pouczyć pacjenta o ewentualnej szkodliwości zabiegu i uzyskać zgodę jego na przedsięwzięcie tego zabiegu”. Wbrew jednak stanowisku SN, trudno przyjąć, by lekarz miał informować o ryzyku związanym z wykonaniem zabiegu zanieczyszczonymi urządzeniami medycznymi.

²⁰ Wykonywane przez lekarza czynności były często podejmowane w związku z zawartą umową zlecenia, która w świetle art. 498 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm., dalej: KZ) odnosiła się do „dokonania określonej czynności dla dającego zlecenie”; w odróżnieniu od obecnego stanu prawnego, nie musiała to być czynność prawna. Artykuł 498 § 2 KZ, znajdujący zastosowanie w przypadku leczenia, stanowił, że „umowy o świadczenie usług, nieuregulowane jako szczególny rodzaj umowy, podlegają przepisom o zleceniu”. W piśmiennictwie zatem obowiązek informowania pacjenta wiązano również z powinnościami powstającymi w ramach wykonywania przez lekarza (jako zleceniobiorcę) obowiązków wynikających ze stosunku zlecenia. Lekarz miał bowiem udzielać drugiej stronie stosunku prawnego „potrzebnych wiadomości o stanie sprawy” (*P. Aslanowicz*, [w:] *T. Cyprian*, *P. Aslanowicz*, *Karna i cywilna*, s. 184 i 185).

²¹ Obowiązek „przedstawienia pacjentowi stanu jego zdrowia, rodzaju proponowanego zabiegu i stopnia jego konieczności” w piśmiennictwie (*T. Cyprian*, [w:] *T. Cyprian*, *P. Aslanowicz*, *Karna i cywilna*, s. 35) był traktowany jako jedno z zadań lekarza, towarzyszących uzyskaniu zgody, zwłaszcza na poważniejsze w skutkach zabiegi (tamże, s. 36).