

MERITUM PRAWO MEDYCZNE

MERITUM



Wolters Kluwer

MERITUM PRAWO MEDYCZNE

MERITUM PRAWO MEDYCZNE

MERITUM



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2016

Redaktor merytoryczny:
prof. nadzw. dr hab. nauk o zdrowiu, dr prawa Justyna Zajdel

Wydawca:
Magdalena Stojek-Siwińska

Redaktor prowadzący:
Beata Wawrzyńczak-Jędryka

Opracowanie redakcyjne:
Beata Wawrzyńczak-Jędryka

Autorzy:
dr Rafał Budzisz (Zakład Prawa Samorządu Terytorialnego WPiA UŁ) – rozdziały: IX, X, XI;
Aleksander Kaźmierski – rozdział XIII;
prof. nadzw. dr hab. Rafał Kubiak (Zakład Nauki o Przestępstwie WPiA UŁ) – rozdziały: III, V, VI, VIII;
prof. nadzw. dr hab. Agnieszka Liszevska (Zakład Prawa Karnego Materialnego WPiA UŁ) – rozdział VII;
r.pr. Agnieszka Pachciarz – rozdział XII;
dr hab. Monika Urbaniak (Zakład Prawa Medycznego UM w Poznaniu) – rozdział XII;
prof. nadzw. dr hab. nauk o zdrowiu, dr prawa Justyna Zajdel (Instytut Prawa SAN w Łodzi) – rozdziały: I, II;
prof. nadzw. dr hab. Radosław Zajdel (Oddział Zdrowia Publicznego, Wydział Nauk o Zdrowiu UM w Łodzi) – rozdział IV

© by Wolters Kluwer SA, Warszawa 2016

ISBN 978-83-8092-161-0

Wolters Kluwer SA
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. (centr.) 22 535 80 00, fax 22 535 80 01
infolinia 801 04 45 45
www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl
e-mail: zamowienia@wolterskluwer.pl

SPIIS TREŚCI

Strona		Numer
9	Słowo wstępne	
11	Wykaz skrótów	
15	Rozdział I. Zgoda i sprzeciw pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego	
16	1. Rozwój praw pacjenta	2
21	2. Podstawowe terminy	4
30	3. Podstawa podjęcia lub odstąpienia od udzielenia świadczenia zdrowotnego	12
41	4. Autonomia pacjenta w procesie leczenia	20
57	5. Systematyka relacji podmiotów na płaszczyźnie udzielania świadczeń zdrowotnych	25
62	6. Cywilnoprawny charakter zgody	27
88	7. Wady oświadczenia woli	47
115	8. Wzory dokumentów	56
121	Rozdział II. Informacja w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych	
122	1. Zakres autonomii informacyjnej	61
166	2. Odpowiedzialność za naruszenie prawa pacjenta do informacji	100
185	Rozdział III. Dokumentacja medyczna – podstawy prawne	
186	1. Funkcje dokumentacji medycznej. Źródła regulacji	115
189	2. Zasady prowadzenia dokumentacji medycznej i odpowiedzialność za jej nieprowadzenie (prowadzenie nieprawidłowe)	118
195	3. Przechowywanie dokumentacji medycznej	126
198	4. Udostępnianie dokumentacji medycznej	133
219	Rozdział IV. Zasady prowadzenia, udostępniania i archiwizowania dokumentacji medycznej – zagadnienia praktyczne	
221	1. Słownik terminologiczny	159
224	2. Akty normatywne	162

Strona		Numer
225	3. Podstawowe zasady dotyczące tworzenia dokumentacji medycznej ...	164
247	4. Zakończenie działalności przez podmiot leczniczy	195
250	5. Elektroniczna dokumentacja medyczna	200
256	6. Karta diagnostyki i leczenia onkologicznego	206
257	7. Charakterystyka dokumentacji medycznej prowadzonej przez szpital	207
261	8. Pozostałe podmioty lecznicze	217
270	9. Dokumentacja dotycząca szczepień ochronnych (obowiązkowych)	233
274	10. Dokumentacja medyczna prowadzona przez osoby wykonujące inne zawody medyczne	
274	11. Dokumentacja medyczna prowadzona w odniesieniu do świadczeń diagnostyki laboratoryjnej	239
281	Rozdział V. Obowiązek udzielania pomocy medycznej i jego ograniczenia. Odpowiedzialność karna za przestępstwa okołomedyczne	
282	1. Obowiązek udzielania pomocy medycznej	244
310	2. Odpowiedzialność karna za przestępstwa okołomedyczne	271
339	Rozdział VI. Obowiązek współdziałania pracowników medycznych z organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Karnoprawna ochrona pracowników medycznych	
340	1. Obowiązek współdziałania pracowników medycznych z organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości	308
357	2. Karnoprawna ochrona pracowników medycznych	326
387	Rozdział VII. Odpowiedzialność karna i zawodowa za błędy medyczne	
388	1. Uwagi wprowadzające. Pojęcie błędu medycznego	363
388	2. Przesłanki odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe przeciwko życiu i zdrowiu pacjenta	365
396	3. Pracownik medyczny jako gwarant nienastąpienia skutku	376
399	4. Naruszenie ostrożności wymaganej w postępowaniu medycznym	378
407	5. Skutek	383
412	6. Obiektywne przypisanie skutku	387
415	7. Kary i środki karne orzekane za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu człowieka popełnione na skutek błędu medycznego. Tryb ścigania	390
423	8. Odpowiedzialność karna pracownika medycznego za nieudzielenie pomocy	398
426	9. Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność zawodowa	400
437	Rozdział VIII. Przeprowadzanie zabiegów estetycznych (kosmetycznych)	
438	1. Wprowadzenie	407
440	2. Rodzaje zabiegów estetycznych (kosmetycznych). Uzasadnienie legalności interwencji czysto kosmetycznych	409
444	3. Przesłanki legalności czynności czysto kosmetycznych	414
461	4. Podsumowanie	438

Strona		Numer
463	Rozdział IX. Działalność lecznicza i jej rodzaje	
465	1. Pojęcie działalności leczniczej i jej rodzaje	439
474	2. Podmioty lecznicze	460
491	3. Indywidualne i grupowe praktyki lekarskie i pielęgniarские jako forma wykonywania zawodów medycznych	498
502	4. Rejestr podmiotów wykonujących działalność leczniczą	526
511	5. Przekształcenia własnościowe i organizacyjne w zakresie działalności leczniczej	550
520	6. Kontrola i nadzór w działalności leczniczej	566
531	Rozdział X. Ratownictwo medyczne	
532	1. Zagadnienia wstępne	588
534	2. Elementy składające się na system ratownictwa medycznego	590
534	3. Zadania podmiotów tworzących system ratownictwa medycznego	591
535	4. Wojewódzki plan działania systemu Państwowe Ratownictwo Medyczne	592
536	5. Rozmieszczenie jednostek systemu ratownictwa medycznego	594
537	6. Zabezpieczenie prawidłowej komunikacji, informacji i przetwarzania danych związanych z udzielaniem pomocy medycznej	595
538	7. Jednostki systemu ratownictwa	596
547	Rozdział XI. Administracja publiczna w sferze ochrony zdrowia	
548	1. Zagadnienia wstępne	608
550	2. Administracja rządowa	610
566	3. Administracja samorządowa	627
571	Rozdział XII. Uprawnienia Narodowego Funduszu Zdrowia wobec podmiotu leczniczego	
572	1. Wstęp	634
572	2. Pojęcie kontroli i podstawy prawne jej przeprowadzania	635
579	3. Kontrola a monitorowanie	639
581	4. Kontrola świadczeniodawców a ustawa o swobodzie działalności gospodarczej	642
582	5. Podsumowanie	643
585	Rozdział XIII. Usługi w zakresie opieki medycznej a VAT. Formy opodatkowania dochodów osób wykonujących wolny zawód – świadczących usługi w zakresie ochrony zdrowia	
586	1. Usługi w zakresie opieki medycznej a VAT	644
598	2. Dopuszczalne formy opodatkowania dochodów osób wykonujących wolny zawód – świadczących usługi w zakresie ochrony zdrowia	656
611	Indeks rzeczowy	

SŁOWO WSTĘPNE

Panta rhei – w ustach Heraklita maksyma ta miała konotację filozoficzną, odnoszącą się do natury bytu. W sensie dużo węższym, odniesiona do prawa, wskazuje na immanentną cechę natury prawa, jaką jest jego „stałość zmiany”. Z drugiej jednak strony warto pamiętać, że zarówno fundament, jak i główny zrąb konstrukcji systemu prawnego charakteryzuje się stabilnością i niezmiennością. Tym samym prawo posiada dwoistą naturę – trwałe „kręgosłup”, otoczony „płynnymi tkankami miękkimi” poszczególnych regulacji, a także zmieniającą się w czasie doktrynę i linią orzecznictwa. Wśród czynników modyfikujących, szczególnie klarownie wyróżnia się interpretacja, czyli stale żywy, chwilami wewnętrznie niespójny, a nawet sprzeczny, proces kształtujący „półtrwałą” konstrukcję, jaką jest doktryna. Z jednej strony jest istotnie trwalsza od poszczególnych regulacji, a z drugiej rzadko kiedy wpływa na stabilność „rdzenia” systemu prawnego.

Powyższa charakterystyka wskazuje na pewną unikatowość prawa jako dziedziny nauki oraz przedmiotu dydaktycznego. Wskazana wyżej niestabilność implikuje konieczność stałego śledzenia pojawiających się zmian. Proces obserwacji tych zmian ułatwiają bez wątpienia wszelkiego rodzaju komentarze, wyczerpujące opracowania oraz prace kompendialne. Potrzeba dostarczenia Czytelnikowi właśnie takiego wyczerpującego z jednej strony, a z drugiej kompendialnego opracowania w dziedzinie prawa medycznego, przyświecała autorom niniejszej publikacji.

Ułatwieniu procesu poznawczego oraz świadomej internalizacji wiedzy sprzyja także szata graficzna, zastosowanie elementów rozwiązań edytorskich, jak m.in. wskazanie podstawy prawnej dla omawianego tematu bądź instytucji, wyraźnie wyodrębnione w tekście przykłady czy wyróżnienia najistotniejszych kwestii, szczegółowy indeks rzeczowy odwołujący się do numerów bocznych, wewnętrzne odesłania umożliwiające szybkie odszukanie interesującego zagadnienia. Przystępna strukturalizacja tekstu z pewnością przyczyni się do łatwiejszej i szybszej percepcji lektury. Poręczny charakter formatu książki powinien także zachęcać do częstego kontaktu z publikacją.

Jako autorzy zadbaliliśmy o zgodność treści książki z aktualnie obowiązującym stanem prawnym w chwili przekazania jej do druku. Zdajemy sobie jednak sprawę z owej, wcześniej wspomnianej, „stałości zmiany”. Dlatego też, korzystając z możliwości, jakie stwarza formuła serii *Meritum*, przyszłe zmiany wynikające z nowelizacji aktów prawnych omówionych w książce przedstawimy i omówimy w ramach elektronicznej aktualizacji dostępnej dla Czytelników niemal natychmiast po ich opublikowaniu. Przede wszystkim jednak należy pamiętać, że zarówno doktryna, jak i sama „konstrukcja nośna” prawa medycznego pozostaje trwała.

Książce, po którą Państwo sięgacie, nadaliśmy charakter praktycznego przewodnika, opracowania zawierającego gotowe rozwiązania, stąd znajdziecie w nim Państwo np. schematy procedur, wzory dokumentów wykorzystywanych w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych. Mamy nadzieję, że zastosowanie również tego typu rozwiązań sprawi, iż publikacja będzie chętnie wykorzystywanym narzędziem, pomocą w Państwa pracy.

Marzec 2016 r.

Justyna Zajdel

WYKAZ SKRÓTÓW

1. Źródła prawa	
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
k.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
k.p.	ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 z późn. zm.)
k.p.a.	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 23)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.)
k.p.k.	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
k.r.o.	ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2082)
k.s.h.	ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 z późn. zm.)
k.w.	ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1094 z późn. zm.)
p.p.s.a.	ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.)
r.p.d.o.w.t.	rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz. U. Nr 100, poz. 1024)
r.r.z.w.d.m.	rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz. U. poz. 2069)
r.w.k.d.l.o.	rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 grudnia 2014 r. w sprawie wzoru karty diagnostyki i leczenia onkologicznego (Dz. U. poz. 1751)
r.z.t.u.i.	rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 17 maja 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i trybu udzielania zakładom ubezpieczeń przez podmioty wykonujące działalność leczniczą informacji o stanie zdrowia ubezpieczonych lub osób, na rzecz których ma zostać zawarta umowa ubezpieczenia, oraz sposobu ustalania wysokości opłat za udzielenie tych informacji (Dz. U. poz. 605)
u.d.l.	ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1384 z późn. zm.)

u.dz.l.	ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 618 z późn. zm.)
u.e.r.	ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 748 z późn. zm.)
u.i.l.	ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 651 z późn. zm.)
u.l.s.	ustawa z dnia 15 czerwca 2007 r. o lekarzu sądowym (Dz. U. Nr 123, poz. 849 z późn. zm.)
u.o.d.o.	ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 z późn. zm.)
u.o.z.p.	ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1375 z późn. zm.)
u.p.d.o.f.	ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 361 z późn. zm.)
u.p.e.	ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 262 z późn. zm.)
u.p.p.	ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 186)
u.p.t.u.	ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.)
u.ref.	ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 345 z późn. zm.)
u.s.d.g.	ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.)
u.s.i.o.z.	ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 636 z późn. zm.)
u.s.p.p.	ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz. U. Nr 174, poz. 1038 z późn. zm.)
ustawa o PRM	ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 757 z późn. zm.)
ustawa transplantacyjna	ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 793 z późn. zm.)
u.s.u.s.	ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 121 z późn. zm.)
u.ś.o.z.	ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 581 z późn. zm.)
u.z.ch.z.	ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 947 z późn. zm.)
u.z.f.	ustawa z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (Dz. U. poz. 1994)
u.z.l.	ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 464 z późn. zm.)
u.z.p.p.	ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1435 z późn. zm.)
2. Organy orzekające	
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
NSL	Naczelny Sąd Lekarski

SA	sąd apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	sąd okręgowy
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej [po przyjęciu Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z 13 grudnia 2007 r.; wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości]
WSA	wojewódzki sąd administracyjny
3. Czasopisma i publikatory	
Biul. SN	Biuletyn Sądu Najwyższego
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz.	Dziennik Urzędowy
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
LEX	System Informacji Prawnej „LEX Omega”
M.P.	Monitor Polski
M.Praw.	Monitor Prawniczy
NP	Nowe Prawo
OSN	Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa
OSNPG	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Prokuratura Generalna
OSNwSK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych
Pał.	Palestra
PiM	Prawo i Medycyna
PiP	Państwo i Prawo
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
PS	Przegląd Sądowy
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SC	Studia Cywilistyczne
SI	Studia Iuridica
SP	Studia Prawnicze
TPP	Transformacje Prawa Prywatnego
4. Inne	
art.	artykuł
ChPL	Charakterystyka Produktu Leczniczego
KEL	Kodeks Etyki Lekarskiej (uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r. z późn. zm.)
PKD	Polska Klasyfikacja Działalności
SIM	System Informacji Medycznej
SOR	szpitalny oddział ratunkowy
spzoz	samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej

WYKAZ SKRÓTÓW

ust.	ustęp
zd.	zdanie
z późn. zm.	z późniejszymi zmianami
ZUS	Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Zgoda i sprzeciw pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego

Justyna Zajdel

SPIS TREŚCI	
1. Rozwój praw pacjenta	2
2. Podstawowe terminy	4
A. Zawody medyczne	5
B. Informacja medyczna	10
a. Termin „informacja medyczna” rozumiany jako transformacja danych przekazywanych przez lekarza w informację stanowiącą podstawę podjęcia świadomej decyzji w procesie leczenia	11
3. Podstawa podjęcia lub odstąpienia od udzielenia świadczenia zdrowotnego	12
A. Zgoda na świadczenie zdrowotne a „przejęcie” ryzyka zdrowotnego	12
B. Zgoda świadoma a zgoda poinformowana	13
4. Autonomia pacjenta w procesie leczenia	20
A. Zakres autonomii pacjenta	20
a. Funkcjonalne ograniczenie autonomii	22
B. Kolidują dobra osobistych	23
5. Systematyka relacji podmiotów na płaszczyźnie udzielania świadczeń zdrowotnych	25
6. Cywilnoprawny charakter zgody	27
A. Zgoda jako czynność prawna	36
B. Milczenie jako akt zgody	41
7. Wady oświadczenia woli	47
A. Wadliwość oświadczeń woli w związku z niezdolnością do świadomego wyrażenia zgody	48
B. Wadliwość oświadczenia w związku z brakiem informacji	52
C. Wada oświadczenia woli ze względu na brak świadomości lub swobody	55
8. Wzory dokumentów	56

1 „Lekarz ma tylko jedno zadanie: wyleczyć chorego, jaką drogą tego dopnie jest rzeczą obojętną” [M. Schein, *Aforyzmy i cytaty dla chirurga*, Warszawa 2009, s. 122]. Słowa wypowiedziane przez Hipokratesa są aktualne również dzisiaj. Nie oznacza to jednak, że każdy sposób postępowania diagnostycznego lub terapeutycznego jest dopuszczalny i może przebiegać w swobodnie ukształtowany sposób.

Aktualnie przepisy prawa polskiego nakładają na osoby wykonujące zawody medyczne obowiązki, których realizacja zapewnia nie tylko prawidłowe (zgodne z zasadami sztuki medycznej) udzielanie świadczeń zdrowotnych, ale również poszanowanie praw pacjenta, w tym prawa do informacji i podjęcia świadomej i autonomicznej decyzji dotyczącej procesu leczenia.

Wśród obowiązków nałożonych na lekarza dużą rolę odgrywają **czynności lekarskie**, których wykonanie związane jest z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Na szczególną uwagę zasługują te, które zmierzają do realizacji **lekarskiego obowiązku udzielania informacji**, stanowiącej podstawę wyrażenia zgody lub sprzeciwu na proponowane świadczenia zdrowotne. Zainicjowanie procesu komunikacyjnego stanowi podstawę ostatecznej zmiany statusu chorego i nabycie praw dedykowanych pacjentom. Nawiązanie komunikacji werbalnej stanowi podstawę stworzenia prawidłowych relacji międzyludzkich, a także inicjuje realizację prawa do informacji i prawa do wyrażania autonomicznej decyzji w procesie leczenia.

Niniejszy rozdział został poświęcony **instytucji zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych**, jak również **prawa do informacji** skorelowanych z obowiązkiem lekarzy w tym zakresie. W treści odniesiono się między innymi do hierarchii dóbr osobistych i ich „szacowania” w przypadku niezłożenia pozytywnego oświadczenia przez podmiot uprawniony do jego wyrażenia. Jednocześnie dokonano rozróżnienia między zgodą świadomą a zgodą poinformowaną, które to pojęcia używane są wielokrotnie wymiennie w literaturze przedmiotu. Ponadto przeanalizowano zakres informacji koniecznej do wyrażenia świadomej zgody na udzielenie świadczenia, w tym zakres informacji w przypadku udzielania świadczeń zdrowotnych z pominięciem osobistego kontaktu lekarza z pacjentem. Kontynuując wcześniejsze rozważania, odniesiono się do zasad oceny istnienia lub braku wad oświadczeń o zgodzie lub sprzeciwie na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Chcąc połączyć elementy teoretyczne pracy z wymiarem praktycznym, w treści rozdziału zamieszczono graficzne algorytmy odnoszące się do wyrażania świadomej zgody na udzielanie poszczególnych świadczeń zdrowotnych.

1. Rozwój praw pacjenta

2 Jakkolwiek instytucja praw pacjenta ulega ciągłym przeobrażeniom i doskonaleniu, jej pierwotny rozwój sięga do początków medycyny. Podstawą ewolucyjnego rozwoju praw pacjenta była intuicyjnie zrozumiała podmiotowość bytu ludzkiego. Powstanie i rozwój praw pacjenta ma swoje źródło w najszerszym rozumieniu pojęcia „prawa do”, zgodnie z którym prawa to stosunki konieczne wypływające z natury rzeczy [Monteskiusz, *O duchu praw*, Kraków 2003 r., s. 1]. Naturą świadczeń zdrowotnych jest nawiązanie wielostronnej relacji między pacjentem, osobami wykonującymi zawody medyczne, świadczeniodawcą i płatnikiem, której podstawowym celem jest realizacja prawa do uzyskania świadczenia zdrowotnego odpowiadającego aktualnej wiedzy medycznej. Samo uzyskanie świadczenia stanowi prawo generalne, które implikuje powstanie praw powiązanych, mających bezpośredni związek z prawami człowieka. W czasach najdawniejszych, między innymi w przysiędze Hipokratesa (V wiek p.n.e.), przyrzeczeniu Majmonidesa (XII wiek) oraz przysiędze licencyjnej Akademii Krakowskiej (XV wiek), za najważniejszą uznawano zasadę, zgodnie z którą dobro chorego powinno być dobrem najwyższym – *salus aegroti suprema lex esto*.

W historii polskiej etyki medycznej najwcześniej znana przysięga pochodzi z XV wieku i składana była na Akademii Krakowskiej przez licencjuszy ubiegających się o stopień doktora medycyny. Odzwierciedlała ona wiernie treść „Przysięgi Hipokratesa”, wprowadzając jedynie na początku, w miejsce odniesienia do bogów, wezwanie Boga w duchu religii chrześcijańskiej. „Biorąc na świadków Boga Ojca, Syna i Ducha Świętego, że będę przestrzegał tego wszystkiego, co jest tą przysięgą objęte – na ile to będzie w mojej mocy, w takim stopniu, w jakim mi moje zdolności pozwolą. Wiedzę tę: wszystkie jej przepisy przekazywać będę otwarcie i rzetelnie uczniom moim, mojemu mistrza i pozostałym, którzy związali się moralnie przepisami medycyny” [A. Tulczyński, *Historia i ewolucja kodeksów etycznych (w:) Etyka i deontologia lekarska*, red. T. Kielanowski, Warszawa 1985, s. 195].

Pierwszym europejskim dokumentem odnoszącym się do praw pacjenta na szerszą skalę była Narodowa Konwencja Rewolucji Francuskiej z 1793 r., która stanowiła, że w jednym łóżku powinien przebywać jeden pacjent, a łóżko powinno mieć wymiar trzech stóp. Regulacja ta była szczególnie ważna i postępową, gdyż w tamtych czasach na jedno łóżko przypadało ośmiu pacjentów, którzy pozostawiali w pozycji siedzącej.

[E. Bandurska, *Ewolucja relacji lekarz – pacjent i jej wpływ na prawa przysługujące choremu w dobie dynamicznego rozwoju usług medycznych*, praca konkursowa nadesłana na II edycję Konkursu na najlepszy esej poruszający tematykę prawa medycznego, pełny tekst artykułu dostępny na stronie www.prawoimedycyna.pl]

W wieku XIX główna uwaga środowiska medycznego została poświęcona prawom i obowiązkom lekarzy, choremu zaś pozostawiono wyłącznie prawo do swobodnego wyboru lekarza. Wyjątkiem był Kodeks Warszawskiego Towarzystwa Medycznego z 1884 r. [J. Zajdel, *Prawa pacjenta kiedyś i dziś*, *Gazeta Lekarska* 2009, nr 1, s. 26–27], który w art. 9 upominał lekarza, aby ten nie wykorzystywał swojej przewagi nad pacjentem, natomiast art. 7 stanowił, że w razie niepomysłnych rokowań informację należy przekazać opiekunowi chorego, co w zasadach współczesnych należałoby uznać za niezgodne z prawem ograniczenie informacji. W 1907 r. na X Zjeździe Lekarzy i Przyrodników we Lwowie uchwalono Kodeks, którego § 3 stanowił, że udzielenie pomocy lekarskiej opiera się na swobodnej umowie między lekarzem a chorym lub jego prawnym zastępcą, z wyjątkiem przypadków nagłej potrzeby pomocy lekarskiej.

[W. Nasiłowski., *Zgoda na leczenie w rozwoju lekarskiej myśli etycznej*, *Wiadomości Lekarskie* 2007, LX, nr 3–4, s. 198.]

Wyraźne wyeksponowanie praw pacjenta nastąpiło dopiero w okresie powojennym.

[Z. Chłap, *Prawa pacjenta w europejskich kodeksach lekarskich. Prace Komisji Etyki Medycznej PAU*, Kraków 1996, nr 5, s. 33–41; K. Szewczyk, *Etyka i deontologia lekarska. Prace Komisji Etyki Medycznej PAU*, Kraków 1996, nr 2, s. 7–253.]

Punktem wyjścia do ukształtowania treści praw pacjenta w dokumentach międzynarodowych była definicja zdrowia podana w 1946 r. przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), zgodnie z którą zdrowie to stan całkowitego fizycznego, psychicznego i socjalnego dobrego samopoczucia, a nie tylko brak choroby lub inwalidztwa. Istotną rolę w kodyfikacji praw pacjenta odegrała Powszechna Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela przyjęta w Paryżu w 1948 r., której regulacje zostały poszerzone w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności podpisanej w Rzymie w 1950 r.

[*Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tekst jednolity (w:) M.A. Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do EKPCz*, Kraków 2006, s. 383; L. Zwaak, *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (w:) Prawa człowieka. Geneza, koncepcje, ochrona*, red. B. Banaszak, Wrocław 1993, 46.]

Mimo podjęcia licznych działań, polskie środowisko lekarskie nie przywiązywało dużej wagi do respektowania praw pacjenta, a w szczególności prawa chorego do informacji i podejmo-

wania świadomej decyzji. Przykładem takiego podejścia są ówczesne stanowiska lekarzy praktyków, którzy podkreślali, że ujawnienie całej prawdy, a nawet uprzedzenie pacjenta o niebezpieczeństwie zabiegu bądź wyrażenie przez lekarza wątpliwości co do wyniku leczenia lub operacji, może ujemnie wpłynąć na stan nerwowy chorego i w ten sposób mu zaszkodzić, a oprócz tego spowodować, iż z krzywdą dla siebie nie zgodzi się na leczenie lub zabieg.

[W. Grzywo-Dąbrowski, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem pracy zawodowej*, Warszawa 1958, s. 9.]

Ogólnie przyjętą zasadą było ograniczanie informacji na podstawie swobodnie podjętej przez lekarza decyzji. W literaturze z lat sześćdziesiątych podkreślano, że „z zasady zataja się wobec chorego rozpoznanie raka, ujawniając tę informację jedynie jego rodzinie, jeżeli jest sposobność, aby z nią o tym porozmawiać” [S. Nowicki, *Zabieg operacyjny, jako zagadnienie społeczne i prawne*, Polski Przegląd Chirurgiczny 1962, nr 9, s. 867–868].

Jednocześnie zaznaczano, że „nie uświadamia się szczegółowo chorego co do rodzaju zamierzanej operacji, co może wynikać z wątpliwego rozpoznania choroby przez lekarza lub troski o równowagę psychiczną pacjenta” [tamże, s. 868].

W Polsce kształtowanie praw pacjenta rozpoczęło się od projektu Kodeksu Deontologicznego prof. Kielanowskiego (1959) i Zbioru Zasad Etyczno-Deontologicznych uchwalonych w 1968 r. przez Polskie Towarzystwo Lekarskie, w których skodyfikowano zgodę pacjenta na leczenie oraz lekarski obowiązek udzielenia pacjentowi informacji w sposób jasny (zasada 12) [W. Nasiliowski, *Zgoda na leczenie...*, s. 189].

W 1989 r. została przywrócona Izba Lekarska, której działania doprowadziły do przyjęcia w 1991 r. treści Kodeksu Etyki Lekarskiej [tamże, s. 189]. Obecny kształt Kodeksu Etyki Lekarskiej w zakresie odnoszącym się do informowania chorego i wyrażania przez niego świadomej zgody został uchwalony przez VII Krajowy Zjazd Lekarzy w 2003 r. [obwieszczenie nr 1/04/IV Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej z 2 stycznia 2004 r., Biuletyn NRL 2004, nr 1(81)]. W myśl art. 13 ust. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej, obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia. Z kolei art. 15 ust. 1 KEL stanowi, że postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze wymaga zgody pacjenta (...).

Prawo do wyrażania zgody lub sprzeciwu na podjęcie czynności medycznych zostało uregulowane w wielu aktach międzynarodowych. Należą do nich m.in.: Deklaracja Lizbońska o prawach pacjenta z 1981 r. [WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient, adopted by the 34th World Medical Assembly, Lisbon, Portugal, September/October 1981 r., and amended by the 47th WMA General Assembly, Bali, Indonesia, September 1995 r., and editorially revised by the 171st WMA Council Session, Santiago, Chile, October 2005 r.]. Tekst w języku angielskim dostępny na stronie <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/14/>, Deklaracja Wenecka o stanach terminalnych z 1983 r., Deklaracja Helsińska o eksperymentach medycznych na ludziach z 1964 r., Międzynarodowy Kodeks Etyki Medycznej z 1949 r. [H.P. Dunn, *Etyka dla lekarzy, pielęgniarek i pacjentów*, Tarnów 1997, s. 49, n.; D. Małecka, *Prawna ochrona pacjenta na tle europejskiej konwencji biotycznej*, PiM 1999, t. I, nr 3, s. 84], Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie Karty Praw Pacjenta z 1984 r. oraz Deklaracja Praw Pacjenta przedstawiona przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) z 1994 r. [szerzej w tym zakresie M.J. Jarosz, A. Hadasik, *Osobowe dane medyczne w systemach informacyjnych*, Zdrowie Publiczne 2006, nr 116(4), s. 604 i n.].

3

Kluczowe założenia Światowej Organizacji Zdrowia opierają się na zasadzie poszanowania autonomii pacjenta w odniesieniu do własnej osoby. Zdaniem WHO, rozwój systemów opieki zdrowotnej, wzrost ich złożoności, coraz większe ryzyko zabiegów lekarskich, rozwój wiedzy i technologii medycznych, a także depersonalizacja i dehumanizacja leczenia wymagają szczególnego podkreślenia ważności samodecydowania pacjenta o własnym losie.

Ze względu na dynamiczny rozwój udzielania świadczeń zdrowotnych, prawa pacjenta stały się przedmiotem szczegółowych regulacji w wielu krajach. Krajem, który jako pierwszy wpro-

wadził do systemu prawnego regulację dedykowaną ochronie praw pacjenta, była Finlandia [M. Aarimaa, *Declaration or legislation on patients' rights?*, Le Nord Medical 1996, nr 3, s. 66]. Kwestie związane z prawem pacjenta do wyrażenia świadomej zgody zostały uregulowane w poszczególnych państwach w źródłach prawnych (np. Meksyk, Izrael) [L. de la Pena, *Informed consent in health legislation of Mexico*, Gaceta Medica de Mexico 1996, nr 5, s. 551–557; Z. Weil, *Informed consent to medical treatment – the Israeli experience*, Medicine and Law 1998, nr 2, s. 243–261], a nieliczne dokonały regulacji w tym przedmiocie w aktach pozanormatywnych (np. Chile) [H. Baeza, *Informed consent*, Revista Medica de Chile 1995, nr 12, s. 1525–1528].

Przed wejściem w życie ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, w ustawodawstwie polskim kwestie dotyczące wyrażania zgody na podjęcie czynności medycznych regulowane były z pominięciem obowiązku lekarza do udzielenia pacjentowi informacji dotyczącej czynności, na które ma on wyrazić zgodę (ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza, Dz. U. Nr 50, poz. 459 z późn. zm.). W okresie obowiązywania ustawy o zawodzie lekarza z 1950 r. wyrażenie przez pacjenta zgody wymagane było wyłącznie w przypadku wykonywania zabiegu operacyjnego.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza z dnia 28 października 1950 r.:

„dokonanie zabiegu operacyjnego wymaga zgody chorego, jeśli zaś chodzi o małoletnich i osoby dotknięte chorobą psychiczną lub niedorozwojem psychicznym zgody ustawowego przedstawiciela lub opiekuna faktycznego”.

Należy podkreślić, że w cytowanej ustawie był to jedyny przepis, który odnosił się do kwestii konieczności pobrania zgody na interwencję medyczną.

Jednocześnie ustawa nie zobowiązywała lekarza do udzielenia pacjentowi *a priori* informacji na temat planowanego zabiegu, jego negatywnych następstw i powikłań i alternatywnych metod postępowania.

Obecnie, w literaturze podkreśla się, że wyrażenie przez chorego świadomej zgody lub sprzeciwu powinno być poprzedzone poinformowaniem go o celu, potrzebie i sposobie przeprowadzenia zabiegu oraz ewentualnych zamierzonych i niezamierzonych jego skutkach nawet, jeśli występują one bardzo rzadko.

W literaturze brytyjskiej podnosi się, że realizacja obowiązku informacji powinna nastąpić w przypadku, gdy możliwe powikłania określa się zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej na poziomie wyższym niż 1 procent [R. Sells, *Informed consent from recipients of marginal donor organs*, Transplantation Proceedings 1999, nr 31, s. 1324 i n.].

Chory powinien być też **poinformowany o alternatywnych metodach leczenia**. Informacja w takim kształcie ma być przedstawiona rzetelnie, z uwzględnieniem tych wszystkich elementów, które mogłyby wpłynąć na podjęcie obiektywnej decyzji co do zabiegu, a jej zakres powinien w możliwie maksymalny sposób eliminować subiektywizm, zarówno ze strony chorego, jak i lekarza. Ten drugi ma bowiem zawsze możliwość takiego przedstawienia potrzeby dokonania zabiegu, że pacjent może skłonić się do zgody, bez poznania możliwości innych rozwiązań i ewentualnych niebezpieczeństw z tą zgodą związanych” [T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2002, s. 102–105]. Prawo do podjęcia autonomicznej decyzji dotyczącej udzielenia świadczenia zdrowotnego łączy się w sposób nierozdzielny z **prawem do informacji medycznej odnoszącej się bezpośrednio do specyfiki planowanych czynności**. Analizując kwestie dotyczące informacji niezbędnej do wyrażenia zgody lub sprzeciwu, należy podkreślić, że przekazanie informacji ma istotne znaczenie również z punktu widzenia podjęcia decyzji odnośnie do zawarcia lub realizacji samej umowy o udzielenie świadczenia zdrowotnego. Pozycja pacjenta zawierającego umowę o udzielenie świadczenia zdrowotnego ze świadczeniodawcą jest analogiczna do statusu konsumenta usług, który posiada prawo do pełnej informacji dotyczących udzielenia usługi. Przekazanie informacji pacjentowi – kon-

sumentowi usługi, umożliwia prawidłowe funkcjonowanie mechanizmów rynkowych, a także służy realizacji samodzielnego celu w postaci ochrony autonomii woli konsumenta w stosunkach kontraktowych.

Prawo do informacji w związku z zawarciem umowy kontraktowej o udzielenie świadczeń zdrowotnych z lekarzem będącym przedsiębiorcą wyrażone jest w treści art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym:

„każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”.

[P. Miklaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, wersja elektroniczna: LEX nr 90638.]

W literaturze podkreśla się, że pełna transparentność stanowi gwarancję efektywnej wolności decyzyjnej w warunkach rynkowych, ale także służy realizacji wartości leżących u podstaw autonomii woli jednostki [J. Coehlo, S. Ribeiro, *L'impératif de transparence* (w:) *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht. European Contract Law in Community Law. Droits des contrats à l'aune du droit communautaire*, red. H. Schulte-Nölke, R. Schulze, L. Bernardeau, Bundesanzeiger, Köln 2002, s. 218]. Etiologia ochrony autonomii woli ma swoje źródło w fundamentalnym znaczeniu wolności każdej osoby, przejawiającej się w możliwości rozwoju własnej osobowości, decydowaniu o swoich sprawach, stanowieniu o sobie samym i swoim życiu [M. Safjan, *Zasady prawa prywatnego* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 65 i n.].

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego:

„wyłącznie informacja wyczerpująca i precyzyjna może być uznana za odpowiadającą wymaganym standardom, a więc umożliwiającą świadome podejmowanie decyzji o celowości nawiązywanej transakcji, co stanowi konieczną przesłankę dla respektowania autonomii woli stron, wartości chronionej nie tylko na podstawie reguł prawa powszechnego, lecz także regulacji konstytucyjnych (...)” (wyrok TK z dnia 26 stycznia 2005, OTK-A 2005, nr 1, poz. 7).

Biorąc pod uwagę konsumencki charakter udzielania świadczeń zdrowotnych, przekazanie informacji pacjentowi-konsumentowi, stanowi **element należytego wykonania zobowiązania przez lekarza będącego przedsiębiorcą lub świadczeniodawcą** [B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Uwagi o zawodowym obowiązku udzielenia informacji* (w:) *Z zagadnień współczesnego prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tomasza Dybowskiego*, red. nauk. J. Bleszyński i in., SI 1994, t. 21, s. 51 i n.]. Jednocześnie, przekazanie informacji we właściwej formie, miejscu i czasie stanowi o poszanowaniu osobistych praw podmiotowych, których cechą (szczególnie w kontekście udzielania świadczeń zdrowotnych) jest istnienie uprawnień odnoszących się do jednostki, które muszą być respektowane przez grupę podmiotów, do których odnoszą się określone przepisy prawa (np. ze względu na wykonywany zawód). Ze względu na złożony charakter umowy o świadczenie usług zdrowotnych autorka przyjęła, że realizacja świadczeń zdrowotnych *sensu stricto* wypływa z natury stosunku cywilnoprawnego, którego podstawą są regulacje Kodeksu cywilnego odnoszące się do umowy zlecenia. Tym samym **skutki prawne zawartej umowy podlegają reżimowi odpowiedzialności kontraktowej**. Źródłem obowiązków związanych z realizacją przedmiotu umowy są zarówno regulacje kodeksowe, jak i pozakodeksowe, które związane są *stricto* z wykonywaniem zawodu medycznego. Kodeksowe obowiązki zawodowe wynikają *expressis verbis* z treści art. 355 § 1 k.c., natomiast obowiązki pozakodeksowe regulowane są przez ustawę o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Charakter umowy o świadczenie usług zdrowotnych pozwala na swobodne kształtowanie jej treści w oparciu o art. 353¹ k.c., który kształtuje autonomię woli stron, a jednocześnie wyznacza granice ich normotwórczej działalności.

2. Podstawowe terminy

W treści rozdziału użyto wielokrotnie terminów: „zawody medyczne” i „informacja medyczna”. Mając na uwadze fakt, że obydwa terminy mają kluczowe znaczenie na płaszczyźnie udzielania świadczeń zdrowotnych, poniżej odniesiono się do ich szczegółowego wyjaśnienia.

A. Zawody medyczne

Autorka z rozmysłem skoncentrowała się na obowiązku informacyjnym osób wykonujących zawód lekarza, co wynika z faktu, że obowiązek informacyjny odnosi się każdorazowo do czynności, których podejmowanie warunkowane jest nabyciem wysokiego poziomu wiedzy i kwalifikacji zawodowych.

Na potrzeby niniejszego rozdziału przyjęto definicję proponowaną przez S. Judyckiego, zgodnie z którą przez **wiedzę** należy rozumieć ogół wiarygodnych informacji o rzeczywistości wraz z umiejętnością ich wykorzystywania [S. Judycki, *Wiedza a priori-struktura problemu*, Roczniki Filozoficzne 1998/1999, nr 46–47, s. 1].

Obowiązek informacyjny ciążyący na osobach wykonujących zawody medyczne inne niż zawód lekarza, jest znacznie węższy, ponieważ istotnie węższy jest katalog czynności, do których wykonywania uprawnione są osoby wykonujące pozostałe zawody medyczne. Jednocześnie zakres pozyskiwanych informacji (ze względu na charakter podejmowanych czynności) i możliwości ich przekazywania innym osobom uczestniczącym w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych, są najszerze w odniesieniu do osób wykonujących zawód lekarza.

Zgodnie z aktualnie obowiązującymi regulacjami prawo do uzyskania informacji dotyczących pacjenta i wdrożonego procesu leczenia mają m.in. pielęgniarki i położne. Osoby, które wykonują wymienione zawody, mają prawo uzyskania od lekarza pełnych informacji o:

- stanie zdrowia pacjenta,
 - rozpoznaniu,
 - proponowanych metodach diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, zapobiegawczych i
 - dających się przewidzieć następstwach podejmowanych działań, w zakresie niezbędnym do udzielenia przez siebie świadczeń zdrowotnych
- art. 13 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej z dnia 15 lipca 2011 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1435 z późn. zm.); dalej: u.z.p.p.

W ostatnim czasie prawo do uzyskiwania informacji na temat pacjenta i udzielanych mu świadczeń zdrowotnych zostało wyartykułowane w ustawie z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (Dz. U. poz. 1994); dalej: u.z.f. Należy podkreślić, że zawód fizjoterapeuty zawsze należał do katalogu zawodów medycznych, jednak dopiero 30 listopada 2015 r. ogłoszono tekst ustawy o zawodzie fizjoterapeuty, który w sposób normatywny reguluje zasady wykonywania tego zawodu. W dniu wejścia w życie ustawy, tj. 31 maja 2016 r., Polska dołączyła do 27 państw, w których **zawód fizjoterapeuty jest zawodem regulowanym**. Zgodnie z art. 7 u.z.f.:

„fizjoterapeuta ma prawo wglądu do dokumentacji medycznej pacjenta oraz do uzyskania od podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych pełnej informacji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych metodach diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, zapobiegawczych i dających się przewidzieć następstwach podejmowanych działań, w zakresie niezbędnym do udzielanych przez siebie świadczeń zdrowotnych”.

Prawo dostępu do indywidualnej dokumentacji medycznej, jak również prawo do informacji ograniczone jest do danych, których uzyskanie jest niezbędne ze względu na świadczenia z zakresu fizjoterapii.

Regulacje tego rodzaju nie istnieją w odniesieniu do innych zawodów medycznych, np. logopedów, optometrystów, foniatorów, co należy traktować jako sztuczną barierę informacyjną, która nie może być zrealizowana, biorąc pod uwagę prawidłowe wykonanie świadczenia zdrowotnego. Regulacją zezwalającą *in genere* na przekazywanie informacji osobom trzecim biorącym udział w procesie terapeutycznym jest art. 40 ust. 2 u.z.l., zgodnie z którym tajemnica lekarska nie obowiązuje, jeżeli:

„zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń”.

Brak szczegółowych przepisów umożliwiających przekazanie informacji dotyczących pacjenta i udzielanych mu świadczeń zdrowotnych osobom wykonującym inne niż regulowane zawody medyczne powoduje, że informacje w wymienionym zakresie mogą być przekazywane przez personel lekarski wyłącznie w sytuacji, gdy ma to bezpośredni związek z udzielanym świadczeniem, a samo przekazanie informacji wpływa na prawidłowość udzielenia świadczenia zdrowotnego lub brak informacji wiązałby się z niemożliwością kontynuacji świadczenia. Należy jednocześnie podkreślić, że osoby wykonujące nieregulowane zawody medyczne nie mają prawa wglądu do dokumentacji medycznej pacjenta w celu pozyskania informacji, nawet w sytuacji, gdy brak informacji utrudniałby lub uniemożliwiałby prawidłowe udzielenie lub kontynuację świadczenia zdrowotnego.

Ponadto, w odniesieniu do wielu zawodów medycznych obowiązek udzielania informacji nie został wyartykułowany wprost w żadnym z obowiązujących aktów normatywnych i stanowi jedynie obowiązek wynikający z reguł sensu odnoszących się do zasad współżycia społecznego.

6

Należy podkreślić, że w Polsce **legalna definicja zawodu medycznego** została zamieszczona w ustawie z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 618 z późn. zm.); dalej: u.d.z.l. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 u.d.z.l.

„osoba wykonująca zawód medyczny to osoba uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymująca się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny”.

Zdaniem A. Kolosa, przez kwalifikacje należy rozumieć zasób wiedzy i umiejętności wymaganych do udzielania świadczeń zdrowotnych [A. Kolos, *Zdaniem Państwowej Inspekcji Pracy*, PiZS 2000, nr 7–8, s. 54]. Definicja proponowana przez A. Kolosa ma charakter bardzo ogólny i nie odnosi się do zmiennych stanowiących immanentny składnik „kwalifikacji zawodowych”, które mają często charakter niezależny od nabywającego kwalifikacje. Do takich należą m.in. predyspozycje psychiczne i fizyczne niezbędne do wykonywania danego zawodu. Na akceptację zasługuje pojęcie kwalifikacji zawodowych identyfikujące je ze strukturą powiązanych z sobą elementów składających się przede wszystkim z wykształcenia, wiedzy, umiejętności zawodowych, postaw, zachowań i innych predyspozycji psychologicznych [T. Oleksyn, *Praca i płaca w zarządzaniu*, Warszawa 1997, s. 17].

Ustawa o działalności leczniczej **nie zawiera jednak enumeratywnego wyliczenia zawodów należących do katalogu zawodów medycznych**. Jedynym aktem odnoszącym się pośrednio do klasyfikacji zawodów medycznych jest rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz. U. poz. 1145). Dział 22 rozporządzenia określa katalog specjalistów do spraw zdrowia, który nie ma charakteru zamkniętego. W dziale 22 nr 2299, wśród specjalistów do spraw zdrowia rozporządzenie wymienia „pozostałych specjalistów ochrony zdrowia gdzie indziej niesklasyfikowanych”.

W opinii autorki pojęcie „zawody medyczne” powinno być rozumiane dwojako.

1. Zawody *stricto* medyczne należy identyfikować z zawodami wykonywanymi przez osoby, które posiadają formalnie wymaganą wiedzę i kwalifikacje zawodowe i są zaangażowane bezpośrednio w udzielanie świadczeń zdrowotnych, o charakterze czynności leczniczych i zabiegów medycznych (diagnostycznych, terapeutycznych, operacyjnych, rehabilitacyjnych, kontrolnych).

2. W sensie *largo* zawody medyczne powinny być rozumiane, jako zawody, których wykonywanie związane jest jedynie pośrednio z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, w związku z czym mają one charakter zawodów pomocniczych.

Jakkolwiek wykonywanie zawodów pomocniczych ma istotne znaczenie z punktu widzenia funkcjonowania systemu ochrony zdrowia, czynności podejmowane przez osoby wykonujące zawody pomocnicze pozostają bez wpływu na prawidłowe rozpoczęcie, przeprowadzenie i zakończenie udzielania świadczeń zdrowotnych w sensie faktycznym.

Świadczenia zdrowotne rozumiane są w tym ujęciu jako świadczenia niematerialne, które nie mają charakteru świadczeń rzeczowych i świadczeń towarzyszących. Obydwa pojęcia definiowane są przez ustawę z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 581 z późn. zm.); dalej: u.ś.o.z. Zgodnie z art. 5 pkt 37 u.ś.o.z. przez świadczenia rzeczowe należy rozumieć świadczenia związane z procesem leczenia, leki, wyroby medyczne, w tym wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środki pomocnicze. Z kolei zgodnie z art. 5 pkt 38 u.ś.o.z. przez świadczenia towarzyszące należy rozumieć zakwaterowanie i wyżywienie w zakładzie opieki zdrowotnej całodobowej lub całodiennej oraz usługi transportu sanitarnego.

W związku z powyższym w niniejszym rozdziale użycie pojęcia zawodu medycznego należy identyfikować wyłącznie z rozumieniem *sensu stricto*. Jednocześnie należy podkreślić, że w opinii niektórych autorów pojęcie „zawody medyczne” **odnosi się do osób, które zajmują się zdrowiem w szerokim znaczeniu tego słowa**, w tym także leczeniem zwierząt i farmacją, w związku z czym „nie sposób ustalić za pomocą wymiernych kryteriów, które z zawodów zaliczyć do tej grupy” [Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 1999, s. 67].

Dla rozumienia pojęcia zawodu medycznego i związanych z nim obowiązków nie bez znaczenia pozostaje kwalifikacja zawodów medycznych do grupy wolnych zawodów.

W tekstach polskich ustaw, termin „wolny zawód” został zastosowany po raz pierwszy w prawie przemysłowym z 1927 r., jednak bez bliższego określenia treści tego pojęcia. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym, Dz. U. Nr 53, poz. 468. Z kolei zgodnie z art. 3 Kodeksu handlowego z 1934 r., „wykonywanie wolnego zawodu samo przez się nie jest przedsiębiorstwem zarobkowym”. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r., Dz. U. Nr 57, poz. 502. Obecnie w prawie polskim zakwalifikowanie zawodu lekarza i lekarza dentystry do grupy wolnych zawodów pojawia się na gruncie prawa podatkowego i handlowego. art. 88 k.s.h. i art. 4 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz. U. Nr 144, poz. 930 z późn. zm.).

W okresie dwudziestolecia międzywojennego wskazywano, że wolny zawód charakteryzuje się osobistym i samodzielnym wykonywaniem czynności zawodowych. Do wolnych zawodów medycznych zaliczano zawód lekarza i akuszerki [A. Kraus, F. Zoll, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Poznań 1919, s. 39–40].

Pojęciem **wolnego zawodu** ustawodawca posługiwał się już w Konstytucji kwietniowej z 1935 r., której art. 76 ust. 1 stanowił, że:

„dla poszczególnych dziedzin życia gospodarczego powołuje się samorząd gospodarczy, obejmujący izby rolnicze, przemysłowo-handlowe, rzemieślnicze, pracy, wolnych zawodów oraz inne zrzeszenia publiczno-prawne”.

W Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. zrezygnowano z pojęcia „wolny zawód”, zastępując go zwrotem „**zawody zaufania publicznego**” (art. 17 ust. 1).

W literaturze podkreśla się, że zawody zaufania publicznego wymagają spełniania co najmniej takich kryteriów, jak: regulowany charakter, posiadanie zdolności do Autoregulacji i do samo-regulacji środowiskowej, określenie standardów postępowania, posiadanie kodeksu etycznego oraz rzeczywiste funkcjonowanie zawodu w praktyce [H. Izdebski, *Stosowanie pieczy nad należyty wykonywaniem zawodu przez samorządy zawodowe (w:) Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2006, s. 34].

Kwestia wolnych zawodów została uznana za jeden z kluczowych elementów Strategii Lizbońskiej [*Przeptyw osób i świadczenia usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, red. S. Biernat, S. Dzudziak, Warszawa 2009, s. 114].

W wyroku z dnia 18 lutego 2004 r. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że wykonywaniu zawodu publicznego powinno towarzyszyć „realne zaufanie publiczne” (wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK 2004, nr 2, poz. 9). Zdaniem Trybunału, na zaufanie składa się kilka czynników, wśród których kluczowe znaczenie mają przede wszystkim przekonanie o istnieniu dobrej woli po stronie wykonującego zawód, odpowiednia motywacja, dołożenie należytej staranności podczas wykonywania czynności zawodowych i wiara w przestrzeganie wartości istotnych z punktu widzenia wykonywania danego zawodu.

Cechy wolnego zawodu uszczegółowiono w badaniach Instytutu Wolnych Zawodów przy Uniwersytecie Aleksandra w Norymberdze. Do **cech wolnego zawodu** zaliczono m.in. [J. Jacyszyn, *Pojęcie wolnego zawodu, analiza aktów prawnych i doktryny*, Przegląd Prawa Handlowego 2000 r., nr 10, str. 2. Informacje dotyczące specyfiki wolnych zawodów dostępne na stronie <http://www.ifb.uni-erlangen.de/62.0.html>]:

- wysokie kwalifikacje i kompetencje zawodowe poparte przygotowaniem praktycznym, osobiste wykonywanie czynności zawodowych, samodzielność i niezależność w podejmowaniu decyzji,
- obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej,
- osobistą odpowiedzialność za szkody powstałe w związku z czynnościami podejmowanymi w ramach wykonywanego zawodu (zarówno majątkową, jak i pracowniczą),

[J. Jończyk, *Odpowiedzialność personelu medycznego według kodeksu pracy*, PiM 2000, nr 5, s. 46.]

- szczególną więź o charakterze osobistym między wykonawcą, a odbiorcą świadczenia opartą na zaufaniu, a nie tylko na wiedzy i kompetencjach,
- wysoki poziom moralny wykonawcy, wynikający z etosu zawodowego.

Do kwestii wolnych zawodów odniósł się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 października 1999 r., w którym podkreślił, że w odniesieniu do wolnych zawodów treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której:

- a) każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, warunkowany tylko talentami i kwalifikacjami,
 - b) będzie istniała rzeczywista możliwość wykonywania swojego zawodu,
 - c) nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują świadczenie pracy (wyrok TK z dnia 19 października 1999 r., SK 4/99, www.trybunal.gov.pl).
- Jednocześnie Trybunał podkreślił rzecz oczywistą, mianowicie, że wolność wykonywania zawodu **nie może mieć charakteru absolutnego i musi być poddana reglamentacji**

prawnej, w szczególności gdy chodzi o uzyskanie prawa wykonywania określonego zawodu, wyznaczenie sposobów i metod (ram) wykonywania zawodu, a także określenie powinności wobec państwa czy samorządu zawodowego. Innymi słowy, konstytucyjna gwarancja „wolności wykonywania zawodu” nie tylko nie klóci się z regulowaniem przez państwo szeregu kwestii związanych tak z samym wykonywaniem zawodu, jak i ze statusem osób zawodów ten wykonujących, ale wręcz zakłada potrzebę istnienia tego typu regulacji zwłaszcza, gdy chodzi o zawód zaufania publicznego.

W Polsce wykonywanie wolnych zawodów nie doczekało się modelu normatywnego, który przyjęto m.in. Niemczech i w Austrii w ustawach zawodowych.

We Francji używany jest termin „wolna medycyna” (franc. *médecine libérale*), co identyfikowane jest z wykonywaniem zawodu lekarza niezależnie od pracodawcy i hierarchicznego podporządkowania w warunkach zatrudnienia [D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012, przyp. 753].

W opinii autorki zakres regulacji odnoszącej się do wykonywania wolnego zawodu powinien być zróżnicowany w zależności od jego przedmiotu. O ile regulacje odnoszące się do merytorycznych aspektów wykonywania zawodu lekarza wręcz powinny mieć charakter ogólny (elastyczny), chociażby ze względu na konieczność podążania za aktualną, stale zmieniającą się wiedzą, o tyle charakteru takiego nie mogą mieć regulacje dotyczące wykonywania czynności lekarskich mających na celu realizację praw pacjenta. Różnicowanie tego rodzaju znajduje swoje odzwierciedlenie w regulacjach Kodeksu Etyki Lekarskiej.

Kodeks Etyki Lekarskiej (tekst jednolity z dnia 2 stycznia 2004 r., zawierający zmiany uchwalone w dniu 20 września 2003 r. przez Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy, dostępny na stronie www.nil.org.pl). W przedmiocie ewolucji kodeksów etycznych zob. A. Tulczyński, *Historia i ewolucja kodeksów etycznych...*, s. 195 i n.

Zgodnie z art. 6 KEL:

„lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze”.

Literalne brzmienie art. 6 KEL daje podstawę do przyjęcia twierdzenia, że kompetencje wynikające z wykonywania wolnego zawodu dają lekarzowi prawo do podejmowania autonomicznych decyzji odnoszących się do sposobu i metod postępowania diagnostyczno-terapeutycznego. Należy podkreślić, że prawo do podejmowania autonomicznych decyzji w procesie diagnostyczno-terapeutycznym ma swoje źródło w charakterze prawnym standardów postępowania tworzonych przez grupy ekspertów, towarzystw naukowych itp.

Żaden z aktualnie obowiązujących przepisów prawa nie określa wprost jaka nazwa powinna określać wytyczne postępowania w danej dziedzinie medycyny. Oznacza to, że na określenie zasad postępowania mogą być stosowane wymiennie m.in. następujące terminy: „zasady postępowania”, „zalecenia”, „zarys postępowania”, „wytyczne”. Językowa wykładnia wymienionych wcześniej zwrotów pozwala przyjąć, że przez „zasady postępowania” należy rozumieć podstawę funkcjonowania, sposób postępowania w danych okolicznościach, normy postępowania. Termin „zalecenia” należy identyfikować wyłącznie ze wskazówkami określającymi sposób działania. Z kolei pojęcie „zarys postępowania” należy rozumieć, jako wstępny projekt lub plan działania lub zbiór elementarnych wiadomości z danej dziedziny. W judykaturze „wytyczne postępowania” nazywane są schematami praktycznego postępowania (wyrok SN z dnia 17 czerwca 1969 r., II CR 165/69, OSPiKA 1969, nr 7–8, poz. 155).

Zgodnie z art. 22 ust. 5 u.d.z.l. minister właściwy do spraw zdrowia może określić w drodze rozporządzenia standardy postępowania medycznego w wybranych dziedzinach medycyny (...), kierując się potrzebą zapewnienia odpowiedniej jakości świadczeń zdrowotnych. Obecnie standardy o charakterze aktu normatywnego obowiązują między innymi w przedmiocie anestezjologii i intensywnej terapii – rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia

2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii dla podmiotów wykonujących działalność leczniczą (Dz. U. z 2013 r. poz. 15), zasad stwierdzania śmierci mózgowej – obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M.P. Nr 46, poz. 547), zasad stwierdzania zatrzymania krążenia – obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzania nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M.P. Nr 59, poz. 784), dostępu do gwarantowanych świadczeń zdrowotnych w opiece paliatywnej i hospicyjnej – rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 października 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej (Dz. U. poz. 1347), oraz opieki okołoporodowej i opieki nad noworodkiem – rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 września 2012 r. w sprawie standardów postępowania oraz procedur medycznych przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, położu oraz opieki nad noworodkiem (Dz. U. poz. 1100 z późn. zm.).

Znikoma liczba standardów określonych w drodze aktów normatywnych daje podstawę do podejmowania autonomicznych decyzji przez lekarza w szeroko pojętym procesie leczniczym. W opinii autorki, tworzenie sztywnych regulacji dotyczących zasad postępowania prowadziłyby do obniżenia poziomu jakości usług zdrowotnych poprzez nieuwzględnienie indywidualnych potrzeb pacjenta lub specyficznego (nietypowego) przebiegu choroby. W literaturze pojawiają się głosy przeciwko katalogowaniu wiedzy medycznej w formie standardów (zasad), w związku z niebezpieczeństwem utrwalenia się automatyzmu w ramach podejmowanych czynności. Zdaniem przeciwników tworzenia sztywnych standardów medycznych, automatyzm i utrwalone schematy działania przyczyniają się między innymi do trudności z wyeliminowaniem błędów dotyczących wdrażanego postępowania [B. Kamiński, *Na marginesie reformy, standardów medycznych i Europejskiej Konwencji Bioetycznej – refleksje klinicysty*, PiM 1999, nr 3, s. 109].

W przeciwieństwie do braku bezwzględnie obowiązujących regulacji odnoszących się do merytorycznych aspektów wykonywania wolnego zawodu lekarza, sztywne ramy odnoszą się do wykonywania czynności lekarskich zmierzających do realizacji praw pacjenta w przedmiocie podejmowania świadomych decyzji dotyczących procesu leczenia. W opinii autorki oczywiste jest *ratio legis* takich rozwiązań prawnych. Dowolne kształtowanie np. obowiązku udzielania informacji i pobierania zgody lub sprzeciwu na proponowane świadczenia zdrowotne mogłoby skutkować jego zupełnym pominięciem lub nieuzasadnionym ograniczaniem jego zakresu. Ponadto należy podkreślić, że formalne ramy dotyczące wykonywania czynności lekarskich, identyfikowanych w tym przypadku z czynnościami pozamedycznymi, nie są zróżnicowane w zależności od formy wykonywania zawodu. Wykonywanie czynności zawodowych przez lekarza zarówno, jako pracownika w rozumieniu Kodeksu pracy, jak i lekarza jako przedsiębiorcy, stanowi o konieczności respektowania zasad określających formalne ramy czynności zawodowych, z jednoczesnym zachowaniem prawa do podejmowania autonomicznych decyzji dotyczących merytorycznych aspektów udzielanych świadczeń zdrowotnych.

Zgodnie z art. 2 k.p.:

„pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę”.

„Wolność wykonywania zawodu” ograniczona jest bez względu na formę jego wykonywania do podejmowania autonomicznych decyzji o charakterze merytorycznym.

W literaturze podkreśla się, że art. 17 ust. 1 Konstytucji RP odnosi się wyłącznie do wolnych zawodów, które wykonywane na własny rachunek w sensie gospodarczym lub deontologicznym [M. Kulesza, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (w:) Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolności wykonywania zawodu*, Materiały

z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka, 8 kwietnia 2002 r., Warszawa 2002, s. 26].

Stanowi to zabezpieczenie praw pacjenta będących elementem ogólnie pojętego interesu publicznego.

W opinii Trybunału Konstytucyjnego interesem publicznym jest dobro pacjenta w szerokim tego słowa znaczeniu oraz zapewnienie obywatelom wysokiej jakości usług medycznych, a także prawo wyboru przez pacjenta dobrego, godnego zaufania wykonawcy, stanowiące gwarancję odpowiedniej samoregulacji rynku usług medycznych; wyrok TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., OTK-A 2008, nr 3, poz. 45 [przyp. – J.Z.].

B. Informacja medyczna

Analizując kwestie związane z podejmowaniem decyzji w procesie leczenia, odrębnym aspektem jest analiza pozyskanych danych (wiadomości) i ich zrozumienia, czyli przekształcenia w informację. Dane przekazywane pacjentowi w procesie leczniczym przez uprawnione podmioty mają charakter komunikatu, który stanowi podstawę utworzenia kanału komunikacyjnego powstającego na poziomie lekarz-pacjent.

10

Przez komunikat należy rozumieć przekaz informacyjny, tj. przekaz z przyporządkowaną mu materialną realizacją w postaci procesu fizycznego (sygnału – np. wypowiedzi werbalnej), stanu układu fizycznego (zapisu) na nośniku danych (np. w formie pisemnej, elektronicznej), lub kontekstu sytuacyjnego (np. zachowania niebudzącego wątpliwości, co do jego treści) przekazany przez nadawcę komunikatu odbiorcy lub odebrany przez odbiorcę w jednym akcie komunikacji [Słownik encyklopedyczny informacji, języka i systemów informacyjno-wyszukiwawczych, oprac. B. Bojar, Warszawa 2002, s. 271]. Należy podkreślić, że w przypadku udzielania świadczeń zdrowotnych prawidłowy przebieg procesu komunikacyjnego uzależniony jest od otrzymania decyzji pacjenta powstającej w wyniku informacji wzajemnej [A.M. Jagłom, I.M. Jagłom, *Prawdopodobieństwo i informacja*, Warszawa 1963, s. 91].

Liczne badania mające na celu określenie stopnia zrozumienia przez pacjentów uzyskiwanych danych wykazały, że percepcja pacjentów jest niska.

[M. Bottrell, H. Alpert, R. Fischbach, L. Emanuel, *Hospital Informed Consent for Procedure Forms. Facilitating Quality Patient-Physician Interaction*, Archives of Surgery, Vol. 135, January 2000, s. 26–33.]

Należy przy tym podkreślić, że znaczący wpływ na zrozumienie i analizowanie informacji przekazywanej pacjentom przez lekarzy i osoby wykonujące inne zawody medyczne mają zmienne kliniczne i demograficzne, w tym wykształcenie i miejsce zamieszkania.

[Szeroko na ten temat J. Zajdel, P. Górski, *Analiza komunikacji lekarz-chory w świetle wybranych cech demograficznych i klinicznych*, Med. Pr. 2010, nr 61, s. 165–181.]

Zróznicowanie stanu polegającego na samym przekazaniu pacjentowi danych od stanu polegającego na ich analizie i zrozumieniu przez pacjenta ma swoje źródło w różnicy pojęciowej między terminami „dane” a „informacja”.

Informacja (łac. *informatio* – wyobrażenie, pojęcie) jest pojęciem definiowanym w różnych dziedzinach, wyróżnia się dwa zasadnicze znaczenia. Pierwsze, określane jako obiektywne, wywodzi się z matematyki i fizyki, gdzie informacja oznacza pewną własność fizyczną lub strukturalną obiektów. Drugie, subiektywne (kognitywistyczne) definiuje informację jako

wszystko to, co umysł jest w stanie przetworzyć i wykorzystać dla własnych celów. Na uwagę zasługuje definicja prezentowana przez Wienera, zgodnie z którą informacja jest nazwą treści pochodzącej ze świata zewnętrznego, w miarę jak do niego przystosowujemy swoje zmysły i dajemy im to odczuć [N. Wiener, *Cybernetics or the Control and Communication in the Animal and the Machine*, Wiley, New York 1948]. Informacja rozumiana jest także jako przekazywana odbiorcy treść będąca opisem, poleceniem, nakazem, zakazem bądź poleceniem [K. Krzakiewicz, *Teoretyczne podstawy organizacji i zarządzania*, Poznań 2008]. Inne rozumienie pojęcia informacji definiuje ją jako przyrost wiedzy, który może być uzyskany na podstawie danych [D.C. Tsitchizris, F.H. Lochovsky, *Data Models*, Englewood-Cliffs, Prentice-Hall 1982]. W ujęciu subiektywnym (kognitywistycznym) informacja to indywidualna lub grupowa interpretacja otrzymanego ciągu sygnałów optycznych, dźwiękowych i sensorycznych. **Kognitywistyczno-systemowa teoria definicja informacji** łączy pojęcie informacji z pojęciem danych. W najbardziej ogólnym systemowym sensie, dane są zdefiniowane jako to wszystko co jest/może być przetwarzane umysłowo lub komputerowo. W tym ujęciu dane są pojęciem względnym, istnieją tylko razem z pojęciem przetwarzania i mogą przyjmować takie postaci, jak: znaki, mowa, wykresy i sygnały.

Należy podkreślić, że różne dane mogą dostarczać tę samą informację, ale jednocześnie te same dane mogą dostarczać różnych informacji. Doskonałym przykładem jest postrzeganie tego samego rodzaju danych przez dwa różne podmioty, jakimi są lekarz i pacjent. Dla osoby nie mającej związku z medycyną lub naukami pokrewnymi wyniki badań diagnostycznych czy wyniki leczenia są najczęściej jedynie danymi w związku z faktem, że podmiot obserwujący nie wie, co oznaczają (nie potrafi ich zinterpretować), co powoduje, że nie dochodzi do przekształcenia ich w informację. Dla lekarza te same dane mają charakter informacji, ponieważ ze względu na posiadaną wiedzę i umiejętności dochodzi do automatycznego przekształcenia danych w informację.

Bez względu na definicję odzwierciedlającą istotę pojęcia, informację charakteryzują niżej wymienione cechy:

- a) jest niezależna od obserwatora,
- b) jest różnorodna,
- c) jest niewyczerpywalna,
- d) może być powielana w czasie i w przestrzeni,
- e) można ją przetwarzać, nie powodując jej zużycia,
- f) ma charakter subiektywny (ma inne znaczenie dla różnych odbiorców) oraz przejawia cechę synergii [R. Zajdel, B. Lis, *Dane, informacja, wiadomości (w:) Kompendium informatyki medycznej*, red. R. Zajdel, Bielsko-Biała 2003, s. 21 i n.]. Cecha ta powoduje, iż możliwe jest współdziałanie różnych czynników, przy czym efekt współdziałania jest o wiele silniejszy niż efekt, jaki wywołuje samodzielnie każdy z nich. Przykładowo, kluczowe informacje na temat stanu zdrowia skutkują powstaniem u pacjenta świadomości, która może być wykorzystywana nie tylko w odniesieniu do postaw zdrowotnych i profilaktyki, ale także do podejmowania decyzji w procesie leczenia.

U podstaw wymiany informacji leży zaistnienie relacji między dwoma obiektami, które określa się jako obiekt obserwowany i obserwujący. Relacja sprowadza się do powstania wiadomości [W.M. Turski, *Propedeutyka informatyki*, Warszawa 1989, s. 75], co jest najbardziej elementarnym zdarzeniem, u którego źródła leży percepcja danych, czyli przekazanie wiadomości w konkretnej postaci. Interpretacja wiadomości oraz gromadzenie wiedzy na podstawie uzyskanych informacji jest kolejnym etapem przeobrażenia danych w informację. Nagromadzona wiedza jest wykorzystywana później w procesie interpretacyjnym kolejnych danych. W momencie powstania relacji między obiektami dochodzi do przekazania spostrzeżenia, które jest projekcją rzeczywistości. Projekcje dotyczące cech, aspektów są natomiast danymi, które należy postrzegać jako niezinterpretowane obserwacje świata rzeczywistego. Sposób przekazania wiadomości (projekcji), jest niczym innym, jak wystąpieniem wiadomości w konkretnej postaci fizycznej, która nazywana jest komunikatem. Na poziomie intuicyjnym zrozumia-

Je jest, że komunikat uzyskujący postać fizyczną staje się obiektem niezależnym i jako taki może generować relacje z innymi obiektami. Powstające relacje można opisać następującym schematem: obiekt obserwujący pobiera dane i odczytuje komunikat. W kolejnym etapie dane podlegają interpretacji, co powoduje, że obiekt obserwujący uzyskuje informacje o „obiekcie obserwowanym”.

Z powyższego wyводу daje się prosto wywnioskować, że **komunikatem są dane podlegające przesyłaniu**. Przesyłanie danych może następować w bardzo różny sposób, w związku z czym należy przyjąć, że także wiadomości mogą być przesyłane różnorako. W świecie rzeczywistym bardzo często dochodzi do przekodowania informacji przy jej przekazaniu. Dane (wiadomości) są tym, co pozostaje niezmiennie przy przekodowywaniu komunikatów. Wydobywanie informacji z danych odbywa się w wyniku procesu interpretacyjnego, którego przeprowadzenie możliwe jest dzięki posiadaniu wiedzy *a priori* i znajomości kontekstu występowania danych. Jakość uzyskanej informacji zależy bezpośrednio od ilości i jakości posiadanej wiedzy, której istnienie jest często wynikiem samoczynnego procesu adaptacji organizmu lub wynika bądź to ze świadomego gromadzenia wiedzy, bądź też z celowego dostarczania jej z zewnątrz. Interpretacja w oparciu o zakres posiadanej i wykorzystanej wiedzy, stwarza możliwość pozyskania odmiennych jakościowo informacji. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że dla różnych osób ten sam komunikat oznacza coś innego, a co za tym idzie – niesie inną informację.

Dane medyczne stanowią źródło złożonego procesu wnioskowania opartego na zgromadzonej wiedzy. Wyciąganie wniosków prowadzi do powstania ciągu interpretacyjnego, w którym jeden wynik stanowi źródło dla drugiego. Uzyskanie informacji jest uzależnione od posiadania minimalnego zasobu wiedzy, która jest podstawą interpretacji. Im większy jest zasób zgromadzonej lub dostarczanej wiedzy, tym więcej informacji można uzyskać na podstawie danych, które z kolei powiększają zgromadzoną już wiedzę. Przykładem istnienia wskazanego mechanizmu jest proces leczenia. Pacjent, który ma elementarną wiedzę na temat istoty i przebiegu procesu leczenia, łatwiej przyswaja sobie kolejne, coraz trudniejsze informacje dotyczące sposobu, rodzaju i celowości wykonywania określonych czynności leczniczych.

Zróżnicowanie terminów podstawowych, takich jak dane (wiadomości) i informacja stanowi podstawę do zdecydowanego rozróżnienia pojęć „zgoda świadoma” a „zgoda poinformowana”. W praktyce pojęcia te stosowane są wymiennie, co wynika w dużej mierze z naturalnego zatarcia semantycznej różnicy między słowami „wiadomości” i „informacja” lub braku analizi w zakresie różnicy znaczeniowej obu pojęć [przyt. – J.Z.].

a. Termin „informacja medyczna” rozumiany jako transformacja danych przekazywanych przez lekarza w informację stanowiącą podstawę podjęcia świadomej decyzji w procesie leczenia

Jakkolwiek w niniejszej pracy odnoszę się do modeli przekazywania informacji, w rzeczywistości modele te należałoby odnieść do schematów przepływu danych. Jednocześnie należy podkreślić, że w okresie socjalistycznym prawo do uzyskania informacji przysługiwało na podstawie regulaminów szpitalnych jedynie osobom bliskim dla pacjenta, a nie samemu pacjentowi [D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2004, s. 192–193].

W praktyce termin „informacja medyczna” nie jest identyfikowany z prawem do informacji udzielanej przez lekarza, ale z możliwością uzyskania danych związanych z przebiegiem choroby, procesem leczenia lub miejscem, czasem i sposobem udzielania świadczeń zdrowotnych z pominięciem osobistego kontaktu z lekarzem (np. z wykorzystaniem narzędzi teleinformatycznych).

Warto podkreślić, że w literaturze zagranicznej termin informacja medyczna identyfikowany jest najczęściej z prawem do uzyskania informacji od osoby wykonującej zawód medyczny, a nie jak w Polsce z możliwością uzyskania danych mogących stać się jej podstawą.

[U. Glatz, *Medical information: the duty to inform lies with the physician*, Deutsch Med. Wochenschr. 2009, nr 134, s. 40; C. Brown, *Kant and therapeutic privilege*, J. Med. Philos. 2008, nr 33, s. 321–336; A. Wienke, *Probative value of a medical information form*, Laryngorhinootologie 2006, nr 85, s. 917 i n.; J. Loughrey, *Medical information, confidentiality and a child's right to privacy*, Leg. Stud. (Soc Leg Scholars) 2003, nr 23, s. 510–535.]

3. Podstawa podjęcia lub odstąpienia od udzielenia świadczenia zdrowotnego

A. Zgoda na świadczenie zdrowotne a „przejęcie” ryzyka zdrowotnego

12

Regulacje odnoszące się do udzielania świadczeń zdrowotnych zawierają naczelną zasadę, zgodnie z którą pacjent musi określić swoją wolę odnośnie do każdego świadczenia zdrowotnego w formie zgody lub sprzeciwu przed jego rozpoczęciem

Zgodnie z art. 32 ust. 1 u.z.l.:

„Lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta”.

Wyjątkiem są sytuacje, w których autonomia pacjenta jest ograniczona *ex lege*. W szczególności dotyczy to problematyki postępowania przymusowego w medycynie oraz postępowania wobec pacjentów, którzy ze względu na swój wiek lub stan zdrowia nie mają zdolności do podjęcia świadomej decyzji w procesie leczenia.

Ogólnie przyjęty jest pogląd, że zgoda pacjenta dotyczy wyłącznie wyspecyfikowanej czynności leczniczej, ale już nie osoby, która ma daną czynność wykonać. Podejście takie nawiązuje do nieaktualnego już systemu, w którym podstawą była paternalistyczna relacja na poziomie lekarz–pacjent, zaś lekarze wykonywali zawód wyłącznie na podstawie umowy o pracę co powodowało, że zadania z zakresu ochrony zdrowia realizowało za nich państwo. Odzwierciedleniem tego stanu była ustawa o zawodzie lekarza z 1950 r., która kwestie dotyczące zgody pacjenta regulowała w sposób szcątkowy.

Ustawa z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza (Dz. U. Nr 50, poz. 458). Artykuł 17 ust. 1 tej ustawy odnosił się tylko do wyrażania zgody na zabieg operacyjny, nie różniując formy zgody.

Szerzej, do kwestii tych odnosiły się regulaminy poszczególnych jednostek służby zdrowia.

Regulaminy wskazywały na konieczność uzyskania zgody pacjenta, a w razie jej braku, pisemnego oświadczenia pacjenta, że został poinformowany o negatywnych konsekwencjach odstąpienia od przeprowadzenia zabiegu. W przypadku, gdy nie można było uzyskać takiego oświadczenia, lekarz miał obowiązek poinformować o tym fakcie ordynatora, a ten z kolei dyrektora szpitala, który po telefonicznym kontakcie z lekarzem dyżurnym podejmował ostateczną decyzję [D. Karkowska, *Prawa pacjenta...*, s. 387].

Aktualnie pacjent ma nie tylko niekwestionowane prawo do wyrażenia zgody na konkretne świadczenia, ale także do podjęcia decyzji w zakresie wyboru podmiotu, który ma takie świadczenie wykonać.

WAŻNE! Prawo pacjenta do wyrażenia zgody lub sprzeciwu na podejmowane świadczenia zdrowotne jest jednym z elementów określających granice legalności podjętych czynności o charakterze medycznym.

W literaturze podkreśla się, że wykonując czynności medyczne, lekarz musi brać pod uwagę autonomię pacjenta i przysługujące mu prawo do samostanowienia [J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 157–158].

W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy podkreślił, że „życie każdego człowieka, niezależnie od wieku, stanu zdrowia, reprezentowanego poziomu wiedzy, stanu rodzinnego i realnej społecznej przydatności, jest wartością powszechną i podlega jednakowej ochronie prawnej. Udzielając zgody na interwencję medyczną, pacjent pozwala lekarzowi na naruszenie tej integralności w ustalonym zakresie, co stanowi przedmiot zgody” (wyrok z dnia 17 lutego 1989 r., OSNKW 1989, nr 5–6, poz. 42).

Prawo do wyrażania zgody ma charakter bezwzględny, co wynika z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdemu zapewnia się nietykalność i wolność osobistą, których ograniczenie może nastąpić wyłącznie na zasadach wskazanych w ustawie. Tym samym, prawa do samostanowienia nie należy identyfikować jedynie z instytucją, która respektowana jest ze względu na szacunek dla tego prawa i osoby, która nim dysponuje.

Zdaniem J. Sawickiego, „mimo kilku stworzonych możliwości pozwalających w jakiś sposób narzucić pacjentowi wolę leczącego, podstawową zasadą, którą powinien kierować się lekarz, pozostaje chyba nadal szacunek w stosunku do prawa osoby badanej do decydowania o swoim losie” [J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielenie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 74].

Podjęcie decyzji odnośnie do udzielenia lub zaniechania świadczeń zdrowotnych stanowi jedynie jeden z elementów legalizujących zachowanie lekarza. Kluczowym elementem staje się poprzedzenie decyzji pacjenta informacją na temat wdrożenia lub zaniechania planowanych czynności leczniczych. W literaturze podkreśla się, że ryzykiem przeprowadzenia czynności, pacjent obciążany jest wyłącznie wówczas, gdy wyrażona przez niego zgoda została poprzedzona informacją we właściwym zakresie.

[J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, MP 2003, nr 16, s. 742; P. Dzienis, *Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia*, PS 2001, nr 11–12, s. 77.]

Przeniesienie „ryzyka zdrowotnego” wynikającego z wykonania świadczenia zdrowotnego na podstawie zgody, było przedmiotem wielu orzeczeń Sądu Najwyższego.

PRZYKŁAD: W jednej ze spraw rozpatrywanych przez Sąd Najwyższy u powoda wykonano operację mózgu, w której wyniku powód doznał ciężkiego porażenia wzroku, będącego następstwem stosowania zbyt wysokiego napięcia prądu w toku operacji. Pozwana Akademia Medyczna wnosila o oddalenie powództwa twierdząc, że zabieg był przeprowadzony prawidłowo, wynikał zaś u powoda schorzenie wzroku mieści się w granicach ryzyka operacyjnego, które przy tego rodzaju zabiegach jest bardzo duże, o czym powód był uprzedzony. W toku postępowania dowodowego prowadzonego przed Sądem Wojewódzkim ustalono, że jakkolwiek oczywisty jest związek przyczynowy między przeprowadzeniem zabiegu a powstałą szkodą, tak operacja została wykonana prawidłowo przez wybitnych specjalistów, a negatywne następstwo powstałe wskutek zabiegu mieści się w granicach zwykłego ryzyka.

Rozpatrując rewizję od wyroku Sądu Wojewódzkiego, Sąd Najwyższy podkreślił, że jeśli rozstrój zdrowia mieści się w granicach ryzyka związanego z danym zabiegiem operacyjnym, o którym chory został uprzedzony, żądanie odszkodowania nie znajduje uzasadnienia w zasadach współżycia społecznego" [wyrok SN z dnia 25 września 1969 r., II CR 353/69, OSN 1970, nr 6, poz. 116 (nieaktualne)].

Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 sierpnia 1972 r., gdzie podkreślił, że:

„pacjent, który wyraża zgodę na dokonanie zabiegu operacyjnego, (...) bierze na siebie ryzyko związane z zabiegiem, to jest bezpośrednie, typowe, zwykłe skutki, o których możliwości powinien być stosownie do okoliczności pouczony” (wyrok SN z dnia 28 sierpnia 1972 r., II CR 296/72, OSNC 1986, nr 5, poz. 86).

Z kolei w wyroku z dnia 30 grudnia 2003 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że:

„pacjent powinien zostać poinformowany o mogących powstać skutkach zabiegu operacyjnego, zwłaszcza gdy zachodzi ryzyko powikłań. W przeciwnym razie, skoro powikłanie można było przewidzieć, odpowiedzialność za skutki zabiegu ponosi szpital” (wyrok SO w Krakowie z dnia 30 grudnia 2003 r., I C 110/02, PiM 2006, nr 1, s. 116).

Warto jednak podkreślić, że wyrażenie zgody poprzedzonej informacjami, nie może być identyfikowane z przeniesieniem na pacjenta wszelkiego ryzyka, jakie wiąże się z danym zabiegiem. W wyroku z dnia 19 października 1971 r., Sąd Najwyższy podkreślił, że:

„ryzyko operacyjne, jakie bierze na siebie pacjent, wyrażając zgodę na zabieg, obejmuje zwykle powikłania pooperacyjne, nie zaś komplikacje i szkody wynikłe z pomyłki lekarza (...)” (wyrok z dnia 19 października 1971 r., II CR 421/71, LEX nr 7000).

Bardzo podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 października 2003 r. (III CK 34/02, OSP 2005, z. 4, poz. 54), stwierdzając, że:

„ryzyko, jakie bierze na siebie pacjent, wyrażając zgodę na zabieg operacyjny, obejmuje tylko zwykle powikłania pooperacyjne. Nie można uznać, że taka zgoda obejmuje również komplikacje powstałe wskutek pomyłki lekarza”.

Wyrażając zgodę, pacjent nie może zostać obciążony odpowiedzialnością za wszelkie możliwe następstwa świadczenia zdrowotnego, a w szczególności następstwa, których etiologia wiąże się z nieprawidłowym lub wręcz błędnym działaniem lekarza lub osoby wykonującej inny zawód medyczny. W kwestii tej wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 grudnia 1970 r. (II CR 556/70, LEX nr 6838), w którym podkreślił, że:

„nie można aprobować poglądu, że ryzyko, na które godzi lub może zgodzić się pacjent poddając się operacji, obejmuje także to, że w polu operacyjnym pozostaną instrumenty operacyjne, serwety operacyjne lub w ogóle jakiegokolwiek przedmioty. Wspomniane ryzyko może obejmować jedynie samą dziedzinę interwencji lekarskiej. Odmienne poglądy oznaczałoby pozostawienie poza skuteczną kontrolą prawa uchybień związanych z niedostateczną starannością pracowników służby zdrowia”.

W literaturze podkreśla się również, że granicę dla akceptacji ryzyka wyznacza wina lekarza. Wynika to z faktu, że pacjent, który wyraża zgodę na przeprowadzenie interwencji medycznej, godzi się jedynie na działania obiektywnie prawidłowe z punktu widzenia aktualnej wiedzy medycznej i zasad staranności oraz ostrożności [M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1968, s. 64]. **Zgoda nie obejmuje** zatem ryzyka, które powstało w wyniku:

- niedbalstwa,
- lekkomyślności lub
- umyślnego działania lekarza [M. Nesterowicz, *Prawa pacjenta i zadośćuczynienie pieniężne za ich naruszenie w prawie medycznym i cywilnym*, PiM 2005, nr 2, s. 38 i n.].

Prezentowane wyżej treści pozwalają na przyjęcie twierdzenia, że każda interwencja medyczna (bez względu na jej rodzaj i zakres) musi zostać poprzedzona podjęciem decyzji w postaci zgody lub sprzeciwu i „przejęciem” hipotetycznego ryzyka związanego z wykonaniem czynności medycznej lub jej zaniechaniem. Ostateczne uznanie, że ryzyko zostało „przeniesione” w dopuszczalnym zakresie na pacjenta, uzależnione jest nie tyle od samego wyrażenia woli, ale od stwierdzenia, czy oświadczenie w tym zakresie nie jest obciążone wadą wynikającą z braku właściwego zakresu informacji. Jednocześnie, ograniczenie zakresu informacji eliminuje możliwość uznania zgody za niewadliwą, a co za tym idzie, legalizującą działania lekarza lub ich brak [M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna za interwencję lekarską bez zgody pacjenta* (w:) *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Alicji Grzeskowiak*, red. A. Dębiński i in., Lublin 2006, s. 393–395]. „Przejęcie ryzyka” na podstawie oświadczenia o zgodzie staje się podstawą do podjęcia rozważań na temat różnicy między zgodą informowaną a zgodą świadomą, wyrażoną w związku z prawidłowym przebiegiem procesu dedukcyjnego opartego na uzyskanych od lekarza danych.

B. Zgoda świadoma a zgoda poinformowana

W polskich przepisach odnoszących się do udzielania zgody na świadczenia zdrowotne, nie występują *expressis verbis* określenia „świadoma zgoda”, „zgoda „objaśniona” lub „zgoda poinformowana”.

13

Odniesienie do pojęcia „świadoma zgoda” występuje w Kodeksie Etyki Lekarskiej, którego art. 13 stanowi, że „obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia”.

Terminu „zgoda poinformowana” używają S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, cz. I, PiM 2005, nr 2, s. 53–64; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza* (w:) *Prawo medyczne*, red. L. Kubicki, Wrocław 2003, s. 49.

Należy jednak podkreślić, że wszelkie akty normatywne odnoszące się do uzyskania zgody, podkreślają, że jej prawidłowe wyrażenie uzależnione jest od wcześniejszego uzyskania informacji.

Przykładem jest ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, której art. 16 stanowi, że:

„pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu informacji w zakresie określonym w art. 9”.

W praktyce, coraz bardziej powszechne są formularze „świadomej zgody pacjenta na zabieg” [S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialnoprawne elementy aktu zgody...*, cz. I, s. 53], do czego przyczyniła się recepcja amerykańskiego pojęcia *informed consent* [przyp. – J.Z.], [P. Appelbaum, C. Lidz, A. Meisel, *Informed Consent. Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford 1987, s. 147].

Kwestie dotyczące pobierania od pacjenta zgody na planowane czynności medyczne nabrały istotnego znaczenia w Stanach Zjednoczonych już na początku dwudziestego wieku. W sprawie *Mohr v. Williams*, Sąd Najwyższy stanu Minnesota orzekł, że lekarz powinien konsultować się z pacjentką i uzyskać jej zgodę przed dokonaniem jakiegokolwiek dodatkowego zabiegu.

Sprawa *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N. W. 12 (1905). Powódka – pani Mohr – wyraziła zgodę na operację prawego ucha. W czasie przeprowadzania zabiegu, chirurg ocenił, że prawe

ucho nie było w aż tak złym stanie jak mu się uprzednio wydawało, za to stan lewego był poważny i dokonał operacji lewego zamiast prawego ucha. Pacjentka wniosła pozew przeciwko chirurgowi po tym, jak po operacji zdolność słyszenia znacznie się pogorszyła. Powódka twierdziła, że operacja, na którą się w rzeczywistości nie zgodziła, była bezprawna i stanowiła naruszenie jej integralności cielesnej – *assault and battery*.

W wydanym orzeczeniu Sąd podkreślił, że:

„pod wolnymi rządami, pierwsze i najważniejsze prawo wolnego obywatela, będące podstawą dla wszystkich innych praw – prawo do nietykalności cielesnej lub innymi słowy – prawo do samego siebie – nie jest przedmiotem ogólnego przyzwolenia i to prawo kategorycznie zakazuje lekarzowi lub chirurgowi, bez względu na to jak wykwalifikowanemu czy wybitnemu, którego poproszono o zbadanie, zdiagnozowanie czy zaopiniowanie (...), naruszania bez zgody, fizycznej integralności pacjenta poprzez przeprowadzenie poważnej operacji, wprowadzając go w tym celu pod działanie narkozy i operując bez jego zgody lub wiedzy”.

Na uwagę zasługuje również sprawa *Rolater v. Strain* [sprawa *Rolater v. Strain*, 39 Okla. 572, 137 (1913)], w której powódka wystąpiła przeciwko lekarzowi po tym, jak ten usunął z jej stopy kość. Powódka zgodziła się na zabieg, który miał na celu jedynie zlikwidowanie infekcji, zastrzegła jednak, że nie godzi się na usuwanie żadnej z kości. Złamanie zastrzeżenia uznała za naruszenie jej integralności cielesnej (*assault and battery*) i wystąpiła z powództwem o odszkodowanie za uszkodzenie ciała. Orzeczenie wydane w sprawie *Rolater* rozszerzyło prawo pacjenta do samodecydowania, przyznając mu możliwości udzielenia ograniczonej zgody. Pacjent może określić zakres interwencji, którego lekarz nie może przekroczyć nawet wtedy, gdy uzasadnione byłoby to z medycznego punktu widzenia. Momentem przełomowym stał się jednak dopiero wyrok Sądu stanu Kalifornia w sprawie *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* [*Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170, 173 (1957)]. W wydanym orzeczeniu po raz pierwszy użyto sformułowania *informed consent* i nadano obowiązкови lekarza zupełnie nowy wymiar. W cytowanej sprawie, powód wniósł pozew przeciwko lekarzowi, zarzucając mu niedbałość w przeprowadzeniu badania kontrastowego aorty, po którym powód doznał nieodwracalnego paraliżu. Powód twierdził, że lekarz nie poinformował go o możliwych powikłaniach, a w tym ryzyku wystąpienia paraliżu. Sąd Apelacyjny stanu Kalifornia uznał, że lekarz ponosi odpowiedzialność za nieprzekazanie istotnych informacji dotyczących proponowanego leczenia. Tym samym, sąd orzekający ustanowił precedens, który spowodował rozszerzenie lekarskiego obowiązku informowania pacjenta (*disclosure*).

W literaturze podkreśla się, że wydając orzeczenie tej treści, sąd uznał nie tylko konieczność uzyskania zgody pacjenta na leczenie, ale również prawo pacjenta do szerokiej informacji na temat planowanych czynności (M. Nowacka, *Autonomia pacjenta jako problem moralny*, Białystok 2005, s. 91). Od tej pory zgoda pacjenta powiązana została z koniecznością wcześniejszego przekazania odpowiednich informacji, w związku z czym w rozważaniach prawnych i etycznych używa się nie samego terminu „zgoda” lecz określenia „świadoma zgoda”. Konieczność uzyskania świadomej zgody wymagała określenia standardów przekazywania informacji. W literaturze amerykańskiej pojawiło się ich kilka [I. Adrych, *Informed consent – świadoma zgoda pacjenta na zabieg w prawie amerykańskim*, PiM 2009, nr 1, s. 27 i n.], spośród których szczególne znaczenie miał model profesjonalisty [U. Drozdowska, *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007, s. 115]. Wątpliwości dotyczące użyteczności standardu profesjonalisty, doprowadziły do powstania kolejnego, tzw. *lay standard* lub *reasonable patient standard*, zgodnie z którym przekazanie przez lekarza odpowiednich informacji we właściwy sposób, jest podstawą podjęcia przez pacjenta rozsądnej decyzji [W. Wadlington, J.R. Waltz, R.B. Dworkin, *Cases and Materials on Law and Medicine*, New York 1980, s. 489–490]. Obecnie żaden z przedstawionych modeli nie jest stosowany w praktyce w czystej postaci, co powoduje konieczność ich wzajemnego przenikania się i łączenia.

Również w prawie angielskim obowiązki lekarza w zakresie przekazywania informacji rozpatrywane są każdorazowo w aspekcie wzorca profesjonalisty. Ustalenie wymaganego poziomu staranności w przedmiocie przekazywania informacji odbywa się na podstawie opinii biegłych, których obowiązkiem jest wskazanie, jak w danej sytuacji powinien się zachować przeciętny profesjonalista [M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2008, s. 122]. W przypadku gdy na podstawie opinii biegłych sąd może ustalić, że typowy lekarz odstąpiłby w danej sytuacji od udzielenia informacji pacjentowi, odpowiedzialność podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych zostaje wyłączona.

[Szerzej na ten temat A. Grubb, *Special forms of Negligence* (w:) *Markesinis and Deakin's Tort Law*, red., S. Deakin, A. Johnstone, B. Markesinis, Oxford 2003, s. 315; por. M. Plaskacz, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy leczeniu w prawie angielskim*, PiM 2005, nr 1, s. 60.]

W systemach prawnych poszczególnych państw pobranie zgody na świadczenia zdrowotne stanowi podstawę ich udzielenia. W wielu systemach podkreśla się konieczność pobrania zgody świadomej. Zgodnie z **kanadyjską** linią doktryny, lekarz nie może leczyć, a nawet dotknąć pacjenta bez jego zgody [J.L. Baudouin, A.M. Linden, *Tort Law Canada International Encyclopedia of Laws*, New York 2002, s. 181], a obowiązek udowodnienia, że pacjent wyraził zgodę spoczywa na lekarzu (*Allan v. New Mount Sinai Hospital et al.*, 28 O.R. (3d) 356, 1980 r., *Malette v. Shulman*, 72 O.R. (2d) 417, 1990 r.). W prawie **niemieckim**, każda interwencja o charakterze medycznym musi zostać poprzedzona poinformowaną zgodą pacjenta [G. Schieman, *Country reports: Germany* (w:) M. Faure, H. Koziol (ed.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wien 2001, s. 123–145]. Na lekarzu spoczywa obowiązek udzielania pacjentowi odpowiedniej informacji mającej stanowić podstawę wyrażenia zgody [P. de Cruz, *Comparative Healthcare Law*, London 2000, s. 349–352].

W prawie **francuskim**, wymagane jest uzyskanie od pacjenta poinformowanej zgody przed wykonaniem jakiejkolwiek czynności o charakterze medycznym. Francuska ustawa o prawach pacjenta (...) i jakości opieki zdrowotnej stanowi, że wola pacjenta staje się wiążąca dla lekarza, po udzieleniu informacji na temat konsekwencji podjętej decyzji (ustawa o prawach pacjenta (...) i jakości opieki zdrowotnej z 4 marca 2002 r., art. L.1111-4.). Należy podkreślić, że ciężar udowodnienia, że odpowiednia informacja została przekazana przez lekarza przed wyrażeniem zgody, spoczywał niegdyś na pacjencie. Kierunki rozwoju doktryny i judykatury spowodowały, że ciężar dowodu został przeniesiony na lekarza, który obecnie musi udowodnić, że wywiązał się z obowiązku informacji [M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny w świetle orzecznictwa i ustawodawstwa francuskiego*, PiM 2003, nr 1 (13, vol. 5), s. 98 i n.]. Zarówno w systemie francuskim, jak i niemieckim naruszenie prawa pacjenta do informacji stanowi o błędzie jatrogennym, a odpowiedzialność uzależniona jest od udowodnienia przesłanek w postaci winy, szkody i związku przyczynowego.

Jatrogenia (*iatros* – lekarz, *genesis* – pochodzący) to oddziaływanie lekarza na pacjenta, które powinno prowadzić do poprawy stanu zdrowia osoby poddawanej leczeniu. **Błąd jatrogenny** (jatropatogenia) należy identyfikować ze szkodliwym wpływem lekarza na pacjenta. Wyróżnia się jatropatogenezę konieczną ze względu na standardy leczenia danego typu schorzenia oraz jatropatogenezę związaną zarówno z przebiegiem leczenia, jak i wynikającą z relacji lekarza z pacjentem, w tym relacji komunikacyjnej. Mając na uwadze powyższe, błąd jatrogenny należy identyfikować z błędem w sztuce *sensu stricto* [przyp. – J.Z.].

W aktualnym orzecznictwie niemieckim zaznacza się, że zachowanie prawa pacjenta do samostanowienia stanowi element lekarskiego obowiązku bez względu na stosunek prawny między lekarzem a pacjentem [D. Giesien, *The patient's right to know – a comparative law perspective*, Med. Law 1993, nr 12 (6–8), s. 553–565].

Większość modeli dotyczących wyrażania zgody zmierza do odejścia od modelu paternalistycznego na rzecz standardów partnerskich, gdzie pacjent uznawany jest za podmiot współuczestniczący czynnie w podejmowaniu decyzji dotyczących procesu leczenia.

W literaturze francuskiej już od dawna podkreśla się, że paternalistyczny model kontaktów stanowi przeżytek w relacji lekarz–pacjent [J. Montador, *La responsabilité des publics hospitaliers*, 2^e éd., Paris 1979, s. 84].

- 15** Ewolucję w tym zakresie przeszedł też polski system prawa. W literaturze podkreślane jest **prawo pacjenta do autonomii**, a sam pacjent nie jest identyfikowany z przedmiotem świadczenia zdrowotnego, ale ze stroną stosunku prawnego, której wola ma istotne znaczenie [P. Dzienis, *Zgoda pacjenta...*, s. 78]. Odnosząc się do relacji między profesjami medycznymi a społeczeństwem, zaznacza się, że:

„(...) jednostki nie są już pasywnymi pacjentami, którzy dają się nabrać ideologii medycznej” [S.J. Williams, M. Calan, *The Limits of Medicalization?: Modern Medicine and the Lay Populace in Late Modernity*, Soc. Sci. Med. 1996, nr 12, s. 1612 i n.].

Tym samym nastąpiło istotne przekształcenie w obrębie indywidualnego poziomu akceptacji profesjonalnej kompetencji. Podstawowe zmiany polegają na przeobrażeniu „(...) akceptacji nawykowo-naiwnej na akceptację przemyślano-refleksyjną. Pierwszy typ klienta całkowicie aprobuje polecenia profesjonalisty jako najodpowiedniejsze rozwiązania danego problemu. Drugi typ, coraz częściej przyjmuje postawę krytycznego klienta poddającego w wątpliwość podstawy kompetencji lub trafność konkretnych rozwiązań” [M. Pfadenhauer, *Crisis or Decline – Problem of Legitimation and Loss of Trust of Modern Professionalism*, Current Sociology 2006, nr 4, s. 565–578].

W Polsce wraz ze zmianą relacji lekarz–chory z paternalistycznej na partnerską, obowiązywały kolejno model „racjonalnego lekarza”, zwany też modelem profesjonalno-praktycznym, model „racjonalnego pacjenta” [N. Ross, *Improving surgical consent*, The Lancet 2004, nr 364, s. 813 i n.], zwany też modelem „rozumnego obserwatora”, a w końcu model subiektywistyczny, w którym ilość i charakter informacji kształtują indywidualne potrzeby pacjenta.

- 16** Modele informacji można aktualnie podzielić na:

1) modele paternalistyczne:

- model autorytatywny,

Przykładem jest model Parsona (1951), w którym lekarz ma pozycję zdecydowanie dominującą, a w działaniu kieruje się zasadami uniwersalizmu, emocjonalnej neutralności, specyfiki funkcji. Przedmiotem terapii jest choroba, a nie osoba. Lekarz autorytatywnie ustala i prowadzi terapię, decydując o tym, co jest dla pacjenta najlepsze [M. Mielnik-Błaszczak, A. Ziolo, E. Kawiak-Jawor, *Relacja lekarz-pacjent – od paternalizmu do partnerstwa*, Zdr. Publ. 2011, nr 121, s. 95–98; szeroko na ten temat J. Barański, *Interakcja lekarz-pacjent* (w:) *Zdrowie i choroba. Wybrane problemy socjologii medycyny*, red. J. Barański, W. Piątkowski, Wrocław 2002, s. 47–48].

- model oceny możliwości pacjenta,

Jako przykład należy podać model Szasza i Hollendra (1956), w którym relacja lekarz–pacjent uzależniona jest od stanu chorego, od jego zdolności do aktywnego uczestnictwa w terapii. Zachodzą tutaj trzy rodzaje interakcji: aktywność – bierność, kierowanie – współpraca, współuczestnictwo. Model ten dopuszcza w pewnych sytuacjach partnerstwo i współdziałanie, zakładając jednocześnie dominację lekarza [T.S. Szasz, W.F. Knoff, M.H. Hollender, *The doctor-patient relationship and its historical context*, Am J Psychiatry 1958, nr 115, s. 522–528; T.S. Szasz, M.H. Hollender, *A contribution to the philosophy of medicine; the basic models of the doctor-patient relationship*, AMA Arch Intern Med. 1956, nr 97, s. 585–592].

– model oparty na teorii konfliktu i

Przykładami są modele Freidsona (1960), Waitzkina (1983) i Navarro (1976). Modele te zakładają wpływ różnych interesów oraz różne pozycje w strukturze społecznej na relacje w ramach udzielanych świadczeń zdrowotnych. Dominująca pozycja lekarza wynika przede wszystkim z pełnej kontroli nad udzielanymi świadczeniami zdrowotnymi i zachowaniu profesjonalnej wiedzy na ich temat [E. Freidson, G.A. Silver, *Social science in family medical care*, Public Health Rep. 1960, nr 75, s. 489–493; E. Freidson, *The organization of medical practice and patient behaviour*, Am J Public Health Nations Health 1961, nr 51, s. 43–52; H. Waitzkin, *Doctor-patient communication. Clinical implications of social scientific research*, JAMA. 1984, nr 252, s. 2441–2446; H. Waitzkin, *Research on doctor-patient communication: implications for practice*, Internist. 1986, nr 27, s. 7–10; V. Navarro, *The crisis of the western system of medicine in contemporary capitalism*, Int J Health Serv. 1978, nr 8, s. 179–211; V. Navarro, *Social class, political power, and the state and their implications in medicine*, Int J Health Serv. 1977, nr 7, s. 255–292].

2) modele partnerskie:

– model konsumerystyczny,

Należy podkreślić, że model oparty na ideologii konsumeryzmu zakłada, że relacja lekarz-pacjent rozpatrywana jest z punktu widzenia konsumenta usług medycznych. W modelu tym następuje zerwanie z ignorancją potrzeb pacjenta i jego uzależnieniem od decyzji lekarza. Jednocześnie pacjent zyskuje rzeczywiste prawo do negocjowania usług, wyboru lekarza oraz oceny jakości świadczonych usług zdrowotnych [A.E. Beisecker, T.D. Beisecker, *Using metaphors to characterize doctor-patient relationship: paternalism versus consumerism*, Health Communication 1993, nr 5(1), s. 41–58].

– model promocji zdrowia [przyp. – J.Z.].

Model oparty na promocji zdrowia podkreśla wspierającą rolę opieki medycznej. Obok realizacji funkcji terapeutycznych, lekarz zajmuje się promocją zdrowia pacjenta i jego rodziny, ale nie sprawuje bezpośredniej władzy nad pacjentem.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego w sposób widoczny wyodrębnione zostały dwa modele. Pierwszy, w którym zakres informacji uzależniony jest od typu interwencji medycznej.

Wyrok SN z dnia 11 stycznia 1974 r., II CR 732/73, OSP 1975, z. 1, poz. 6. W cytowanym wyroku, Sąd Najwyższy podkreślił, że lekarski obowiązek informacji jest zróżnicowany w zależności od tego, czy chodzi o operację mającą na celu poprawę zdrowia, czy też o taką, która jest niezbędna dla ratowania życia. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 sierpnia 1973 r., I CR 441/73, OSPIKA 1974, z. 6, poz. 123. W opinii Sądu:

„(...) sposób pouczenia przy odbieraniu zgody na zabieg (operację, czy też badanie), uzależniony być musi od rodzaju zabiegu”.

Drugi, gdzie informacja modyfikowana jest w zależności od indywidualnych cech pacjenta.

Wyrok SN z dnia 20 listopada 1979 r., IV CR 389/79, OSNC 1980, nr 4, poz. 81, w którym Sąd Najwyższy podkreślił, że ze względu na samopoczucie i zdrowie pacjenta, lekarz nie powinien zapoznawać go z nietypowymi następstwami nieobjętymi normalnym ryzykiem podejmowanego zabiegu.

Niektórzy autorzy podkreślają, że w Polsce obowiązuje **model mieszany**, łączący w sobie elementy modelu subiektywistycznego z modelem racjonalnego pacjenta [M. Boratynska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 257–258]. Tworzenie modeli „informacji medycznej” ma charakter czysto formalny. Przekazywanie informacji w szeroko pojętym procesie leczenia stanowi obowiązek lekarza, który musi być realizowany z dołożeniem należytej

staranności. Nie sposób przyjąć, że zakres, czas i sposób przekazania informacji uzależniony jest od subiektywnej oceny lekarza. Tym bardziej niedopuszczalne jest uzależnianie zakresu informacji od „potrzeb pacjenta”, który w większości przypadków nie posiada bazowej wiedzy umożliwiającej zadanie pytań zmierzających do jej ukształtowania. Ponadto posługiwanie się modelem racjonalnego pacjenta zawiera w sobie silny element modelu profesjonalisty, który dokonuje oceny potrzeb pacjenta. Posłużenie się którymkolwiek z modeli w czystej postaci, a nawet modelem mieszanym, stanowi moim zdaniem naruszenie dóbr osobistych pacjenta w związku z ograniczeniem zakresu lub rodzaju informacji w zależności od zmiennych zewnętrznych (oceny lekarza lub oceny potrzeb pacjenta).

W procesie tworzenia się informacji konieczna jest ocena możliwości pacjenta w zakresie rozumienia przekazywanych mu treści. Negatywna ocena wyklucza konieczność przekazywania wiadomości, a poziom percepcji modyfikuje sposób ich przekazania.

Należy zaznaczyć, że treść art. 31 ust. 1 u.z.l. uniemożliwia ograniczenie zakresu informacji jedynie ze względu na niski poziom percepcji pacjenta. Zakres informacji ma charakter stały, co wynika z treści art. 31 ust. 1 u.z.l., a potencjalne zmiany dotyczące realizacji obowiązku określonego w cytowanym artykule, mogą wynikać z indywidualnych cech pacjenta, jak również ze stanu, w jakim się aktualnie znajduje. Powyższe prowadzi do przyjęcia twierdzenia, że indywidualne potrzeby pacjenta modyfikują nie zakres informacji, a jedynie sposób i czas jej przekazania przez uprawniony podmiot.

17

Jak wcześniej wspomniano, zróżnicowanie terminów podstawowych „dane” (wiadomości) i „informacja” stanowi podstawę do zdecydowanego rozróżnienia pojęć „zgoda świadoma” i „zgoda poinformowana”. Obowiązek przekazywania pacjentom wyczerpującej i zrozumiałej informacji na temat planowanych czynności medycznych przez personel medyczny, doprowadził do powstania pojęcia „zgody informowanej”.

W systemach prawnych poszczególnych państw używa się różnych określeń dotyczących zgody, jaką pacjent wyraża po uzyskaniu informacji na temat planowanych czynności medycznych. Wymienne używane są określenia: „zgoda świadoma”, „uświadomiona poinformowana”. W literaturze angielskojęzycznej stosowany jest termin *informed consent*, we francuskiej *consentement éclairé*, a w niemieckiej *Aufklärungspflicht*. Przykładem identyfikowania świadomej zgody (ang. *informed consent*) z obowiązkiem informowania (niem. *Aufklärungspflicht*) jest tytuł monografii M. Linzbach, *Informed consent: Die Aufklärungspflicht des Arztes im amerikanischen und im deutschen Recht*, Frankfurt am Men 1980.

W wytycznych British Medical Association i General Medical Council w Wielkiej Brytanii, pojawiło się pojęcie *informed consent*, co oznacza „zgodę świadomą”, czyli wyrażoną po uzyskaniu przez chorego wyczerpujących i rzetelnych wiadomości od lekarza.

W literaturze światowej wyróżnia się trzy pokrewne, ale nie jednoznaczne pojęcia dotyczące podejmowania decyzji w procesie leczenia. Tym samym należy wyróżnić pojęcie świadomego podejmowania decyzji przez chorego (*informed decision making* – IDM), podejmowanie decyzji przez chorego w warunkach ograniczonego dostępu do informacji (*shared decision making* – SDM) oraz świadomej zgody na propozycje lekarza (*informed consent* – IC) [B.K. Rimer, P.A. Briss, P.K. Zeller, E.C. Chan, S.H. Woolf, *Informed decision making: What is its role in cancer screening?*, Cancer 2004, nr 101, s. 1214–1228].

W literaturze polskiej wyróżnia się pojęcie „zgody świadomej” i „zgody informowanej” (zgody po poinformowaniu). Niektórzy autorzy postulują definitywne oddzielenie pojęcia „zgody świadomej” od pojęcia „zgody poinformowanej”, gdyż dochodzenie do zgody świadomej jest procesem dużo bardziej skomplikowanym, niż proces wyrażania zgody informowanej.

[K. Gibiński, J. Rybicka, *Dylematy świadomej zgody*, Pol. Tyg. Lek. 1994, nr 49, s. 599–602;

K. Gibiński, *Geneza i zasięg uświadomionej zgody*, Lek. Woj., 1998, nr 74, s. 495–500.

K. Szewczyk, który twierdzi, że proces dochodzenia do zgody poinformowanej jest znacznie

bardziej skomplikowany, niż proces wyrażania zgody świadomej; K. Szewczyk, *Troska, zaufanie i sprawiedliwość jako wartości ustanawiające w etyce medycznej* (w:) *Komunikowanie się lekarza z pacjentem*, red. J. Barański, E. Waszyński, A. Steciwo, Wrocław 2000, s. 168.]

Należy podkreślić, że pacjent udziela zgody świadomej tylko wówczas, gdy otrzymuje wiadomości, których zakres, treść i sposób przekazania w zależności od indywidualnych cech pacjenta umożliwia ich analizę i zrozumienie [U. Drozdowska, *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta...*, s. 115]. Do podobnych wniosków doszli inni autorzy, których zdaniem chory powinien podejmować decyzje dotyczące procesu leczenia z pełnym zrozumieniem i bez wpływu czynników zewnętrznych determinujących jego zachowanie [J. Bukowski, J. Kocur, *Świadoma zgoda-warunek legalności postępowania medycznego*, *Post. Psych. i Neurol.* 2000, nr 9, s. 129–131]. Samo przekazanie wiadomości nawet w bardzo szerokim zakresie stanowi jedynie podstawę do podjęcia decyzji, nie gwarantując jednocześnie poziomu zrozumienia ich treści i zakresu świadomości. W literaturze określa się warunki, których respektowanie przez lekarza daje podstawę do uznania zgody za świadomą [T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, wyd. 4, New York NY: Oxford University Press 1994; Ch. Braddock, *Advancing the cause of informed consent: from disclosure to understanding*, *Am. J. Med.* 1998, 105 (4), s. 266–274]. Do warunków tych należą:

- określenie kompetencji, czyli zdolności pacjenta do zrozumienia przekazywanych mu informacji, analizy i podjęcia świadomej zgody; do oceny kompetencji stosuje się obecnie różne kryteria merytoryczne,

Do najczęściej używanych należą modele stworzone przez L.H. Roth, A. Meisel, Ch.W. Lidz, *Tests of competency to consent to treatment*, *Am. J. Psychiatry*, 1977, 134, s. 279–284; T.G. Gutheil, H. Bursztajn, B. Brodsky, *The multidimensional assessment in patient care and liability prevention*, *Bull. Am. Acad. Psychiatry Law* 1986, 14, s. 126–129; P.S. Appelbaum, T. Grisso, *Assessing patients' capacities to consent to treatment*, *N. Engl. J. Med.* 1998, nr 319, s. 1635–1638; D. Brock, *Decision-making competence and risk*, *Bioethics* 1991, nr 5, s. 105–112. Wielu autorów przedstawia syntetyczne dane dotyczące kryteriów kompetencji [K.C. Glass, *Refining definitions and devising instruments: Two decades of assessing mental competence*, *Int J Law Psychiatry* 1997, nr 20, s. 5–33; A.A. Wyżyński, B. Wyżyński, *A Case Approach to Medico-Psychiatric Practice*, Am. Psychiatric Press, Washington D.C., London 1996, s. 404–407].

- przekazanie informacji na temat stanu zdrowia oraz dostępnych i alternatywnych metod leczenia,
- pozostawienie ostatecznej decyzji choremu,
- pobranie świadomej zgody.

Za rozdzieleniem pojęć „świadoma zgoda” i „zgoda poinformowana” przemawia stanowisko, w myśl którego skupienie głównej uwagi jedynie na przekazaniu informacji, wypacza ideę świadomej zgody.

[A. Meisel, L. Roth, *What We Do and Do Not Know about Informed Consent*, *Journal of American Medical Association* 1981, nr 21, s. 2473–2477; T.L. Beauchamps, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, tłum. W. Jacorzyński, Warszawa 1996 (oryg. *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, Oxford University Press 1979, 1983, 1989, 1994, 2001), s. 154–157.]

W literaturze podkreśla się, że rola lekarza w procesie uzyskiwania świadomej zgody na wykonanie czynności medycznej dotyczy:

- oceny stopnia świadomości pacjenta,
- właściwego poinformowania i
- odebrania zgody.

[S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materiałnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, PiM 2005, nr 2, s. 48–65. Podobnie twierdzi R. Deber, podkreślając, że obowiązek przekazania zrozumiałej informacji związany jest nierozdzielnie z możliwością wyrażenia zgody bądź sprzeciwu na proponowane leczenie. R.B. Deber, *Physicians in health care management: The patient-physician partnership: changing roles and the desire for information*, Can. Med. Assoc. J, 1994, nr 151, s. 423–427.]

Wielu autorów określa **zakres wiadomości będących podstawą świadomej decyzji**, stwierdzając, że niezbędne jest przekazanie danych na temat diagnozy, proponowanych i alternatywnych metod diagnostyki, leczenia i ewentualnej rehabilitacji, ryzyka związanego z podejmowanymi czynnościami leczniczymi oraz mogących wystąpić powikłań i następstw, które w przypadku zabiegów lekarskich i czynności leczniczych podwyższonego ryzyka, mogą okazać się nieodwracalne.

[J.A. Erlan, *Informed consent: The information component*, Orthop. Nurs 1994, nr 13, s. 75–78; M. Safjan, *Kilka aspektów prawnych odpowiedzialności lekarskiej*, Pol. Przegl. Radiol. 1996, nr 2, s. 100–102; E.A. Schulz, *Informed consent: an overview*, Crna 1998, nr 9, s. 2–9; A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, PiM 1999, nr 1, s. 29–39.] Zdaniem A. Przyłuskiej-Fischer zgodę można uznać za świadomie wyrażoną, jeśli uprzednio przekazane zostały wyczerpujące i rzetelne informacje na temat procedury, ryzyka i korzyści proponowanych i alternatywnych metod postępowania diagnostycznego, profilaktycznego i leczniczego [A. Przyłuska-Fischer, *Etyczne problemy genetyki – zarys problematyki*, PiM 1999, nr 4, s. 43].

19

Rozróżnienie pojęć „zgoda świadoma” i „zgoda poinformowana” jest uzasadnione, ponieważ samo przekazanie informacji nie jest wystarczające do wyrażenia przez chorego świadomej – niewadliwej zgody bądź sprzeciwu na świadczenia zdrowotne. Wyrażenie zgody wynikającej z odpowiedniego ukształtowania świadomości pacjenta i pełnego zrozumienia przez niego przekazywanych treści sprawia, że zgoda pacjenta staje się zgodą świadomą. W świetle tych rozważań wydaje się również oczywiste, że informowanie pacjenta musi być dostosowanie do możliwości i potrzeb konkretnej osoby, a same dane powinny zostać przekazane w odpowiednim czasie, co również ma istotny wpływ na ich przekształcenie w informację [G.H. Schlund, *Medical information has to be given in time*, Geburtshilfe Frauenheilkd. 1980, nr 40, s. 557 i n.]. Jak wcześniej wspomniano, wielu autorów utożsamia zgodę świadomą ze zgodą wyrażoną po udzieleniu informacji [D. Karkowska, *Prawa Pacjenta...*, s. 387; M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim...*, s. 133], przy czym informacja nie jest najczęściej odróżniania od danych (wiadomości). Przekazanie danych skutkuje jedynie podjęciem pozytywnej lub negatywnej decyzji, która nie może być identyfikowana ze świadomym wyrażeniem woli, co stanowi realizację niezależności pacjenta.

[Por. E. Etchells, G. Sharpe, P. Walsh, J.R. Williams, P.A. Singer, *Bioethics for clinicians: 1, Consent*. CMAJ, 1996, 155 (2), s. 177–180. Zdaniem A. Eser, lekarski obowiązek objaśnienia ma służyć nie tylko terapii, ale także realizować prawo pacjenta do samostanowienia. A. Eser, *Rechtfertigungs und Entschuldigungsprobleme bei medizinischer Tätigkeit* (w:) *Rechtfertigung und Entschuldigung...*, s. 1450.]

W literaturze podkreśla się, że zauważalne jest przeniesienie akcentu ze zgody „objaśnionej” – poinformowanej na rzecz zgody podzielonej [U. Drozdowska, W. Wojtal, *Zgoda i informowanie pacjenta*, Warszawa 2010, s. 16 i n.]. Wynika to między innymi z faktu, że pacjent przestaje być traktowany jedynie jako podmiot świadczeń o charakterze medycznym, a zaczyna być utożsamiany z podmiotem współdecydującym o sposobie i kształcie leczenia. Odzwierciedlenie tego stanu widoczne jest wyraźnie we Francji, gdzie pozycja pacjenta ewoluowała od biernego podmiotu pobierającego świadczenia zdrowotne do aktywnego użytkownika systemu zdrowia.

Zmiana pozycji pacjenta widoczna jest nawet w sformułowaniach używanych w aktach prawnych. Zamiast określenia *patient* lub *malade*, pojawia się zwrot, *usager du système de santé*.

Tym samym pacjent odpowiedzialny jest za swoje zdrowie nie tylko wobec samego siebie, ale również wobec innych użytkowników systemu zdrowia, w związku z czym pacjent nie może nadużywać swoich praw [F. Bellivier, J. Rochfeld, *Législation française*, RTD civ. 2002 r., juillet-septembre, s. 574–577].

4. Autonomia pacjenta w procesie leczenia

A. Zakres autonomii pacjenta

Na gruncie etyki, filozofii, medycyny i prawa występuje wiele modeli autonomii, które często wzajemnie się wykluczają. Na poziomie intuicyjnym, „autonomię” rozumiemy, jako **zdolność jednostki do kierowania własnym postępowaniem i rozporządzania posiadanymi dobrami, zarówno osobistymi, jak i majątkowymi**. W ujęciu filozoficznym „autonomia” to niezawisłość jakiejś dziedziny rzeczywistości lub działania od innej, w szczególności – niezależność porządku praktycznego (wartości, obowiązków) od porządku teoretycznego (bytowego), człowieka od społeczeństwa lub instytucji, jednych instytucji od innych, poszczególnych dziedzin kultury od siebie lub kultury od różnych instytucji oraz niezależność świata przyrodzonego od nadprzyrodzonego [Powszechna Encyklopedia Filozofii, t. I, red. S. Kamiński, Lublin 2000, s. 423].

Na gruncie normatywnym „autonomia” oznacza prawo do decydowania o sobie, czego podstawą jest nie tylko zdolność faktyczna, ale przede wszystkim spełnienie przesłanek formalnych (wiek, umiejętność kierowana własnym postępowaniem, właściwy poziom percepcji).

W prawie medycznym, „autonomia” przekłada się na możliwość podejmowania decyzji, czyli wyrażania zgody lub sprzeciwu na interwencję medyczną (wyrok SN z dnia 27 października 2005 r., III CSK 155/05, w którym Sąd podkreślił, że jednym z przejawów autonomii jednostki i swobody dokonywanych przez nią wyborów jest prawo do decydowania o samym sobie, w tym do wyboru metody leczenia. Refleksem tego prawa jest instytucja zgody na wykonanie zabiegu medycznego, stanowiąca jedną z przesłanek legalności czynności leczniczych).

Związki prawa i medycyny widoczne były w czasach najdawniejszych. Najstarsza kodyfikacja dotycząca wykonywania zawodu lekarza pochodzi z czasów Hammurabiego (rok 2200 p.n.e). Kodyfikacja odnosiła się między innymi do „błędów medycznych” i po raz pierwszy traktowała o odpowiedzialności cywilnej i karnej lekarza [S. Smith, *The history and development of legal medicine, in Legal Medicine*, St. Louis: CV Mosby, 1954, s. 1–19]. Pojęcie prawa medycznego należy rozumieć *sensu stricto* i identyfikować wyłącznie ze zbiorem przepisów z różnych dziedzin prawa odnoszących się do: relacji między uczestnikami procesu ochrony zdrowia, w tym do zasad wykonywania zawodów medycznych, zasad odpowiedzialności cywilnej, karnej, zawodowej i pracowniczej za niepożądane zdarzenia medyczne. Elementem prawa medycznego nie są moim zdaniem regulacje odnoszące się do zasad zakładania, funkcjonowania i likwidacji podmiotów leczniczych, które w części nie odnoszą się bezpośrednio do wzajemnych relacji podmiotów uczestniczących w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych.

Na pełną akceptację zasługuje twierdzenie M. Boratyńskiej, która podkreśla, że jakkolwiek instytucje prawa medycznego mają charakter cywilistyczny, wykazują duże odmienności w zakresie pojęć odnoszących się do wyrażania woli pacjenta [M. Boratyńska, *Wolny wybór, gwarancje i granice prawa pacjenta do samo decydowania*, Warszawa 2012, s. 9].

Prawo to łączone jest z prawem do poszanowania integralności [A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 123]. „Integralność fizyczna” oznacza autonomię jednostki, co do dysponowania ciałem oraz jej nietykalność osobistą i cielesną. Respektowanie prawa do integralności wymaga wyrażenia pozytywnej decyzji na każdą interwencję medyczną, bez względu na jej rodzaj i zakres. W doktrynie prawa karnego, prawo do wyrażenia zgody lub sprzeciwu identyfikowane jest z wolnością [A. Liszewska, *Kilka uwag na temat charakteru prawnego czynności leczniczych*, ZN UŁ, Folia Iuridica 1995, t. 63, s. 110–113], którą należy traktować, jako część prawa do życia prywatnego, zmierzającą do zapewnienia swobody decydowania o życiu osobistym [M. Safjan, *Wyzwania dla państwa i prawa*, Warszawa 2007, s. 147 i n.].

W literaturze podkreśla się, że trudno jest przyjąć jedną definicję prywatności [J. Holda, Z. Holda, D. Ostrowska, J.A. Rybczyńska, *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 114]. Na uwagę zasługuje definicja „prywatności” stworzona przez J. Thomsona, zgodnie z którą prawo do prywatności jest pochodną innych praw, tj. prawa do własności i nietykalności osobistej [J. Thomson, *The Right to Privacy*, Philosophy and Public Affairs 1975, t. 4, s. 308]. W opinii Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pojęcie „życie prywatne” należy identyfikować z fizyczną i psychologiczno-psychiczną integralnością osoby, które mogą odnosić się do fizycznej i społecznej tożsamości jednostki. sprawa *Pretty v. Zjednoczone Królestwo* (wyrok z 29 kwietnia 2002 r., skarga nr 2346/02; M. Balcerzak, S. Sykuna, *Leksykon ochrony praw człowieka*, Warszawa 2010, s. 562).

W doktrynie prawa cywilnego podkreśla się, że w przypadku braku zgody na interwencję medyczną dochodzi do jednoczesnego naruszenia dobra osobistego, jakim jest zdrowie i autonomia w zakresie dysponowania tą wartością.

[M. Wild, *Ochrona prywatności w prawie cywilnym (konceptja sfer a prawo podmiotowe)*, PIP 2001, z. 4, s. 67]. Autor artykułu podkreśla, że jakkolwiek dobra w postaci zdrowia i życia zasługują na samoistną ochronę, tak są jednocześnie przedmiotem autonomicznej dyspozycji jednostki.

Problem zakresu autonomii należy rozpatrzyć z punktu widzenia relacji lekarz–chory i lekarz–pacjent. Pojęcia „chory” i „pacjent” nie są tożsame, aczkolwiek w praktyce używane są wymiennie. Przez „chorego” należy rozumieć osobę, która znajduje się w stanie częściowej lub trwałej utraty zdrowia, co predestynuje ją do nawiązania kontaktu z osobą wykonującą zawód medyczny. W słowniku języka polskiego „chory” rozumiany jest jako osoba dotknięta chorobą lub dolegliwościami, które wpływają negatywnie na funkcjonowanie organizmu (hasło „chory”, www.sjp.pwn.pl). Rozumienie słowa „chory” pozwala przyjąć, że samo bycie chorym implikuje w większości przypadków potrzebę lub konieczność nawiązania kontaktu z lekarzem. Samo nawiązanie kontaktu i rozpoczęcie procesu diagnostyczno-terapeutycznego powoduje transformację „chorego” w „pacjenta”. W powszechnym rozumieniu „pacjent” jest osobą, która w związku z chorobą korzysta ze świadczeń zdrowotnych. Należy podkreślić, że uzyskanie statusu pacjenta nie jest uzależnione od wyrażenia zgody na interwencje medyczne, ale od rozpoczęcia czynności profilaktycznych, diagnostycznych, terapeutycznych lub rehabilitacyjnych w kontekście kontaktu nawiązanego ze świadczeniodawcą. Pacjentem jest bowiem zarówno osoba, która podjęła świadomą decyzję dotyczącą rozpoczęcia lub kontynuowania szeroko pojętego procesu leczenia, jak również osoba, u której uzasadniony przesłankami medycznymi proces leczenia rozpoczął się wbrew jej woli (przymus w medycynie) lub bez jej wiedzy (pacjent nieprzytomny, niezdolny do oceny własnej sytuacji). W słowniku języka polskiego, mianem „pacjenta” określana jest osoba chora, która zwróciła się o poradę do lekarza lub będąca pod jego opieką (hasło „pacjent”, www.sjp.pwn.pl).

W kontekście zakresu autonomii, nieograniczona jest autonomia osoby chorej. Nie można bowiem, z zastrzeżeniem ściśle określonych przez prawo wyjątków, zmusić osoby chorej do podjęcia leczenia. W przypadku pacjentów, zakres autonomii nie jest już tak pełny. Istotny

wpływ na zakres autonomii podczas udzielania świadczeń zdrowotnych ma możliwość wyrażenia świadomej zgody lub sprzeciwu w szeroko pojętym procesie leczenia.

W literaturze wyróżnia się dwa sensy świadomej zgody. Pierwszy, moralny, gdzie podstawowe znaczenie ma autonomiczna autoryzacja i drugi – legalny, który odnosi się do efektywności zgody, jako podstawy upoważnienia lekarza do podjęcia działań medycznych [R.R. Faden, T.L. Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent...*, s. 277–280]. Skupiając się na aspekcie legalnym, należy zauważyć, że na zakres autonomii ma wpływ realizacja lekarskiego obowiązku informacji i zdolność do świadomego podjęcia decyzji. O pełnej autonomii można mówić jedynie wówczas, gdy zachowanie osoby wyrażającej wolę jest wynikiem samodzielnie sporządzonego planu działania opartego o intencję (zamierzenie) i zrozumienie, przy czym plan działania nie może być uzależniony od manipulacji, przymusu czy kontroli. Kluczowe znaczenie ma rozróżnienie intencji i zrozumienia, szczególnie w odniesieniu do osób posiadających faktyczną i formalną zdolność do wygenerowania zamiaru, z jednoczesnym brakiem zdolności do zrozumienia jego źródła i skutków.

Rozbieżność między formalną zdolnością do podejmowania decyzji a zrozumieniem skutków jakie ona wywołuje, ma istotne znaczenie u osób będących pod wpływem substancji modyfikujących proces myślowy, osób z zaburzeniami psychicznymi i chorych psychicznie, wobec których nie zostało orzeczone ubezwłasnowolnienie. Powyższe wyliczenie nie ma charakteru enumeratywnego, a zmienną uzasadniającą przynależność do grupy są czynniki zewnętrzne (uraz, spożycie alkoholu, użycie narkotyków, środków działających podobnie, leków silnie działających) lub wewnętrzne (choroba, zaburzenie), które uniemożliwiają lub istotnie utrudniają przebieg procesu wolicjonalnego. U wymienionych osób widać wyraźną różnicę między autonomią zewnętrzną nadaną przez regulacje prawne i uzależnioną ściśle od spełnienia formalnych przesłanek (autonomia osoby), a autonomią wewnętrzną (autonomią działania), która uzależniona jest od prawidłowego (niezaburzonego) procesu intencyjnego i poznawczego. W przypadku wspomnianej grupy, dochodzi do swoistego konfliktu między autonomią zewnętrzną a autonomią wewnętrzną, co w konsekwencji może stanowić podstawę przyjęcia twierdzenia, że dana osoba nie jest zdolna do świadomego wyrażenia zgody, mimo faktycznej i formalnej zdolności w tym zakresie.

Zakres autonomii dotyczącej dysponowania dobrami osobistymi doznaje ograniczenia ze względu na brak koniunkcji między autonomią osoby i autonomią działania. Ze względu na istnienie przesłanek formalnych nie sposób odmówić osobie, której proces wolicjonalny jest zniekształcony na skutek czynników zewnętrznych lub wewnętrznych, prawa do wolności i prawa do samo decydowania. Formalna zdolność do podejmowania autonomicznych decyzji nie implikuje jednocześnie prawa do nieograniczonego dysponowania dobrami w postaci życia i zdrowia, w związku z brakiem autonomii działania. W przypadku udzielenia świadczenia zdrowotnego osobie, która wyraziła sprzeciw, nie mając autonomii działania, dochodzi do naruszenia wolności pacjenta i prawa do samo decydowania, co stanowi jednocześnie ochronę dóbr w postaci życia lub zdrowia [A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 16]. Ze względu na niemożność dokonania prawidłowej oceny skutków podejmowanych decyzji przez osoby znajdujące się w stanie modyfikującym proces intencyjny i wolicjonalny, ich formalna autonomia (autonomia osoby) powinna być ograniczona w oparciu o przesłankę niezdolności do wyrażenia świadomej zgody wymienioną w art. 32 ust. 2 u.z.l. Możliwość udzielenia świadczenia powinna wynikać z istnienia *sui generis* „stanu wyższej konieczności” rozumianego, jako konieczność ratowania dóbr osobistych w postaci zdrowia i życia, przy jednoczesnym braku świadomej zgody lub istnieniu nieświadomego sprzeciwu. W tym kontekście należy przyjąć istnienie „stanu wyższej konieczności”, mimo że pacjent, jako podmiot ratowanego dobra, nie życzy sobie jego utrzymania (przeciwnie stanowisko prezentowane jest na gruncie prawa karnego; J. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 171).

Należy podkreślić, że dopuszczalność powołania się na „stan wyższej konieczności” w rozumieniu kolokwialnym dotyczy wyłącznie sytuacji, w których pacjent nie wyraża świadomej zgody ze względu na okoliczności zewnętrznie uniemożliwiające świadome podjęcie decyzji lub wyraża sprzeciw, który nie nosi znamion świadomej odmowy. W przypadku podjęcia świadomej decyzji o zgodzie lub odmowie, decyzja o wykonaniu świadczenia ratującego życie i/lub zdrowie nie może mieć oparcia w prawie zwyczajowym, zasadach współżycia społecznego, itp. Kwestia ta była poruszana na gruncie prawa karnego, gdzie zdaniem A. Wąska „nie może być źródłem obowiązku gwaranta li tylko prawo zwyczajowe, normy moralne lub zasady współżycia społecznego” [*Kodeks karny. Komentarz*, t. I, *Część szczególna*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 75]. Przeciwnie wypowiadał się L. Kubicki, zdaniem którego „(...) jeśli obowiązek działania nie jest *expressis verbis* określony w dyspozycji przepisu karnego – to ustawodawca upoważnia sąd do poszukiwania źródeł tego obowiązku poza zespołem ustawowych znamion” [L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 157].

21

Wracając do ogólnych rozważań na temat rozróżnienia autonomii osoby i autonomii działania, należy zaznaczyć, że **możliwe jest poszanowanie autonomii działania przy jednoczesnym ograniczeniu autonomii osoby**. Konstrukcja taka ma zastosowanie do osób ubezwłasnowolnionych całkowicie, które posiadając wiedzę (rozeznanie) na temat własnej sytuacji, mają prawo do wyrażenia zgody na wykonanie badania lub innego świadczenia zdrowotnego. W przypadku osób ubezwłasnowolnionych, uznanie autonomii działania uzależnione jest każdorazowo od oceny stopnia świadomości dokonywanej *ad hoc*. Negatywna ocena w tym zakresie wyklucza przyznanie osobie ubezwłasnowolnionej autonomii działania, co w konsekwencji wyłącza jakąkolwiek możliwość wyrażania skutecznego oświadczenia dotyczącego udzielania lub zaniechania świadczeń zdrowotnych.

Pojęcie autonomii może być rozróżnianie z punktu widzenia:

- zdolności formalnych nazwanych wyżej autonomią osoby i
- możliwości wyrażenia woli w świadomy sposób określonej, jako autonomia działania.

Zastosowanie powyższego podziału porządkuje podejście do osób, które, posiadając formalną i faktyczną zdolność do wyrażenia zgody, nie są w stanie świadomie zinterpretować skutków wyrażonej woli. Warto nadmienić, że do tej pory nie powstały jasne regulacje prawne, który odnosiłyby się jednoznacznie do kwestii ważności zgody lub sprzeciwu wyrażanego przez osoby, które, posiadając pełną autonomię w rozumieniu prawa, nie są w pełni świadome, jakie skutki niesie ze sobą podjęta decyzja.

Należy podkreślić, że sama zdolność do podejmowania świadomych decyzji nie ma wpływu na ukonstytuowanie podmiotowości jednostki. Oczywiście jest, że:

„(...) każdy człowiek dysponuje własnością swej osoby. Nikt nie ma do niej żadnego uprawnienia poza nim samym” [J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, tłum. Z. Rau, Warszawa 1992, s. 181].

Trzeba jednak odróżnić prawo każdego człowieka istniejące w odniesieniu do własnej osoby i prawo do rozporządzania dobrami osobistymi, które danej osobie przysługują. Element prawa naturalnego w postaci własności osoby jest oderwany w sensie prawnym od możliwości nieograniczonego rozporządzania dobrami osobistymi. Na gruncie prawa, zakres autonomii osoby uzależniony jest ściśle od świadomości działania, której immanentną cechą jest pełna samoświadomość.

a. Funkcjonalne ograniczenie autonomii

22

Do *stricto* funkcjonalnego ograniczenia autonomii dochodzi w przypadku rozszerzenia lub zmiany zakresu zabiegu operacyjnego, czynności leczniczej lub diagnostycznej w trakcie jej trwania lub wykonania dowolnych badań z pobranego materiału biologicznego, o ile pobrania dokonano w celu zdiagnozowania nieznaney wcześniej choroby. We wszystkich przypadkach

konieczne jest wyrażenie zgody na samo podjęcie czynności medycznej, a do ograniczenia autonomii dochodzi w momencie rozpoczęcia czynności medycznej lub jej kontynuowania.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 u.z.l.:

„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 (...)”.

O ile literalna wykładnia cytowanego wyżej przepisu ogranicza istotnie autonomię pacjenta, w literaturze podkreśla się, że rozszerzenie lub zmiana zakresu interwencji medycznej jest dopuszczalna, niemniej lekarz powinien wziąć pod uwagę preferencje i życzenia pacjenta, o ile są mu znane [M. Safjan, *Prawo i medycyna – ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 59]. W mojej opinii nie można podzielić takiego stanowiska. Respektowanie prawdopodobnej woli pacjenta, prowadziłoby do przyjęcia twierdzenia, że mimo braku formalnego sprzeciwu, rozszerzenie lub zmiana zakresu zabiegu nie jest możliwa). Zgodnie z art. 35 ust. 1 u.z.l. ograniczenie autonomii pacjenta jest dopuszczalne, jeżeli rozszerzenie lub zmiana zakresu interwencji medycznej stanowi ochronę dla zdrowia lub życia pacjenta, a nieuwzględnienie nowo powstałych okoliczności może powodować realne i obiektywne niebezpieczeństwo, które wystąpi z największym prawdopodobieństwem [M. Kapko (w:) *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2008, s. 524]. Jednocześnie, ograniczenie autonomii w zakresie zamiany lub rozszerzenia zakresu zabiegu, nie może być usprawiedliwione istnieniem stanu wyższej konieczności.

[A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność w praktyce lekarskiej*, PiM 2005, nr 19, s. 15. Podobnie wypowiadają się M. Boratyńska, P.P. Konieczniak, *Prawa pacjenta...*, s. 291. Stanowisko przeciwne prezentuje K. Daszkiewicz, *Uchylenie odpowiedzialności lekarza za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Pal. 2002, nr 11–12, s. 31.]

Funkcjonalne ograniczenie autonomii pacjenta ma również miejsce w przypadku pobrania materiału biologicznego, który jest podstawą do przeprowadzenia dowolnych badań diagnostycznych. W wyroku z dnia 22 września 1967 r. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że:

„jeżeli lekarz pobrał określony materiał biologiczny celem zdiagnozowania choroby nierozpoznawalnej w momencie tego pobrania, może on prowadzić badania diagnostyczne tego materiału pod dowolnym uznanym przez siebie za właściwy kątem, z punktu widzenia postawienia prawidłowej diagnozy (...)” (wyrok SN z dnia 22 września 1967 r., I CR 188/67, PUG 1968, nr 6, s. 222).

W literaturze podkreśla się, że rozszerzenie zakresu badań diagnostycznych z pobranego materiału biologicznego nie może wynikać z celu innego niż leczniczy, a także nie może sprzeciwiać się interesom pacjenta [M. Filar, *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*, PiM 2003, nr 13, s. 47 i n.].

Należy podkreślić, że funkcjonalne ograniczenie autonomii pacjenta wynika ze specyfiki procesu leczenia. Pacjent decydujący się na wyrażenie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego wyraża pozytywną wolę odnośnie do zagospodarowania dobrami osobistymi, niemniej zakres ingerencji w te dobra może być ściśle określony w niewielu przypadkach. W sytuacji gdy pacjent nie wyraził jednoznacznego sprzeciwu, lekarz ma prawo dokonać czynności zmierzających do ochrony dóbr osobistych w postaci życia i zdrowia. Działanie lekarza stanowi swoistą hierarchizację dóbr osobistych. W przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 35 ust. 1 u.z.l. lub w sytuacji, gdy istnieje konieczność postawienia pierwszej diagnozy (na podstawie pobranego materiału biologicznego), lekarz działa na rzecz ochrony życia lub zdrowia, poświęcając jednocześnie dobro w postaci prawa do podejmowania autonomicznych decyzji.

Powyższe działania stanowią *sui generis* korzystanie z instytucji stanu wyższej konieczności w związku z wyborem jednej wartości i poświęceniem drugiej. Należy podkreślić, że stan wyższej konieczności ma w analizowanym przypadku bardzo specyficzny charakter, ponieważ ocena wartości (autonomii decydowania i ochrony życia oraz zdrowia) odbywa się w wyłącznie w odniesieniu do jednego podmiotu. Fakt ten powoduje, że stan wyższej konieczności ma charakter wewnętrzny, a wybór jednej z wartości nie powoduje naruszenia dóbr osobistych innych podmiotów związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych.

Na marginesie należy podkreślić, że ograniczenie autonomii w przypadku zmiany lub rozszerzenia zakresu zabiegu lub wykonania dowolnych badań laboratoryjnych z pobranego materiału biologicznego, ma istotnie różny charakter. W przypadku „rozszerzenia pola operacyjnego” zmiana lub rozszerzenie zakresu zabiegu zmierza bezpośrednio do wyczerpania przesłanek określonych w art. 35 ust. 1 u.z.l., a co za tym idzie, do ratowania życia i/lub zdrowia pacjenta. Jednocześnie, z powodów obiektywnych nie istnieje najczęściej możliwość uzyskania decyzji pacjenta w przedmiocie rozszerzenia lub zmiany zakresu zabiegu. W przypadku wykonywania badań laboratoryjnych stanowiących element wstępnego procesu diagnostycznego, w większości przypadków istnieje możliwość pobrania od pacjenta zgody na wykonanie badań, z jednoczesnym przekazaniem informacji na temat specyfiki każdego z nich bądź przynajmniej ich poszczególnych kategorii.

W Rekomendacji Nr R(89)14 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie etycznych problemów zakażenia HIV w zakładach służby zdrowia i placówkach społecznych podkreśla się, że automatyczne prowadzenie badań przesiewowych bez świadomej zgody osób im poddawanych stanowi lekceważenie zasad poszanowania autonomii i integralności fizycznej, godzi w prywatność jednostek i może pociągać za sobą konsekwencje natury psychologicznej, socjalnej i finansowej [T. Jasudowicz, *HIV/AIDS. Standardy europejskie. Wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 19].

Wykonanie dowolnych badań z pobranego materiału biologicznego stanowi wyraz paternalistycznej postawy lekarza jedynie w niektórych przypadkach (np. w sytuacji podjęcia przez lekarza dowolnej decyzji o wykonaniu badania w kierunku HIV) i powoduje naruszenie autonomii decydowania.

Biorąc pod uwagę dane statystyczne odnoszące się do nosicielstwa HIV w populacji polskiej, badania w tym kierunku wykonywane są na wstępnym etapie diagnostyki i należy je postrzegać raczej jako badania, których celem jest podwyższenie ochrony personelu medycznego udzielającego świadczeń zdrowotnych, a nie postawienie diagnozy. W latach 1985–2012 zakażenie wirusem HIV stwierdzono u 15 724 osób (dane epidemiologiczne Polskiego Zakładu Higieny, www.pzh.gov.pl). W literaturze podkreśla się, że niedopuszczalne jest wykonanie badania w kierunku nosicielstwa wirusa HIV pod pozorem wykonania badań niezbędnych do postawienia diagnozy w celu ochrony personelu medycznego przed potencjalnym zakażeniem [J. Zajdel, *Kompedium prawa medycznego*, Łódź 2008, s. 44].

Szczególne znaczenie ma to w przypadku, gdy badanie wykonywane jest w celu ustalenia istnienia nieuleczalnej choroby zakaźnej. Wyjątek stanowią sytuacje, w których przeprowadzenie tego rodzaju badania jest konieczne ze względu na aktualny stan pacjenta uniemożliwiający podjęcie świadomej decyzji, a jego wykonanie jest niezbędne do potwierdzenia wstępnego rozpoznania. Dopuszczenie wykonywania dowolnych badań z materiału biologicznego pobranego od pacjenta jako zasady, stanowiłoby o naruszenia autonomii pacjenta i zewnętrznym ograniczeniu procesu wolicjonalnego. Wynika to z faktu, że samo pobranie materiału biologicznego wymaga zgody pacjenta, co teoretycznie pociąga za sobą konieczność przekazania pacjentowi informacji na temat rodzaju i celu badań, ich zakresu i następstw, jakie mogą wynikać w związku z ich przeprowadzeniem lub zaniechaniem. Ograniczenie autonomii w związku z przeprowadzeniem dowolnych badań z pobranego materiału biologicznego, powinno znaleźć odzwierciedlenie w formalnych przesłankach uzasadniających dopuszczalność tego rodzaju postępowania [przyp. – J.Z.]. W związku z ich brakiem, za zasadne należy przyjąć, że wykonanie dowolnych badań z pobranego materiału biologicznego uzależnione jest od spełnienia wymagań analogicznych do

przesłanek wymienionych w art. 35 u.z.l. z jednoczesnym zmodyfikowaniem ich podstawowej treści, co wynika ze specyfiki podejmowanych czynności.

Specyficzne ograniczenie autonomii przewiduje art. 33 ust. 1 u.z.l., zgodnie z którym:

„badanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody (...)”.

W literaturze podkreślano wielokrotnie, że cytowany przepis odnosi się również do sytuacji, gdy jedyną osobą uprawnioną do wyrażenia zgody jest pełnoletni i nieubezwłasnowolniony pacjent [M. Filar, *Postępowanie lecznicze...*, s. 45; J. Kulesza, *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, PiM 2005, nr 2, s. 69]. W doktrynie dominuje pogląd, zgodnie z którym art. 33 ust. 1 ma zastosowanie wyłącznie do sytuacji, gdy zachodzi konieczność wykonania zwykłych czynności medycznych, czyli czynności nie należących do grupy podwyższonego ryzyka [T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, PiM 2000, nr 6–7, s. 94 i n.; A. Suchocka, *Zakres działań...*, s. 50; M. Filar, *Postępowanie lecznicze...*, s. 44]. Bez względu na rodzaj czynności, które mogą być podjęte w trybie art. 33 u.z.l., konstrukcja przepisu pozwala na ograniczenie autonomii pacjenta, o ile nie doszło do wyrażenia sprzeciwu w sposób niebudzący wątpliwości. Ograniczenie autonomii dopuszczalne na zasadzie art. 33 ust. 1 jest charakterystyczne ponieważ dotyczy sytuacji, gdy proces leczenia się nie rozpoczął, a podjęcie jakichkolwiek czynności medycznych stanowi zagospodarowanie dóbr osobistych w postaci wolności, życia i zdrowia oraz autonomii decydowania.

W sytuacji, gdy pacjent jest nieprzytomny, nie wyraził sprzeciwu *pro futuro*, a istnieją wątpliwości co do woli pacjenta, **lekarz powinien podjąć niezbędne działania medyczne**. Pogląd taki podzielany jest przez wielu autorów, którzy podkreślają, że „wątpliwości w tym zakresie należy rozstrzygać na korzyść ratowania życia i zdrowia, narażając się nawet na zarzut nieuwzględnienia woli pacjenta. W sytuacji gdy nie ma absolutnej pewności, że pacjent w danym momencie nie wyraziłby zgody na leczenie (nawet jeśli wcześniej był temu przeciwny) lekarz nie może zrezygnować z udzielenia mu pomocy medycznej” [A. Zoll, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, PiM 2000, nr 5, s. 31]. Tym samym, nawet w sytuacji, gdy pacjent złożył oświadczenie dotyczące postępowania leczniczego, lekarz nie zawsze ma obowiązek postępować zgodnie z jego życzeniem.

Autor odnosi się przede wszystkim do sytuacji, gdy oświadczenie dotyczące udzielania świadczeń zdrowotnych w przyszłości zostało złożone dawno temu, a sytuacja mogła zmienić się na tyle, że pacjent wyraziłby zgodę na udzielenie świadczenia, chociażby ze względu na rozwój wiedzy medycznej [R. Citowicz, *Spory wokół testamentu życia*, PiP 2007, z. 1, s. 34 i n.].

Należy podkreślić, że w sytuacji, gdy pacjent złożył jednoznaczny i wyraźny sprzeciw *pro futuro* na udzielenie określonego świadczenia zdrowotnego, wykonanie świadczenia wbrew jego woli pociąga za sobą skutki prawne, w tym odpowiedzialność majątkową za straty psychiczne wywołane w związku z podjęciem działań naruszających dobra osobiste pacjenta (prawo do poszanowania przekonań konfesyjnych, ideologicznych, prawo do autonomii decydowania).

PRZYKŁAD: Przykładem jest sytuacja, w której pacjent będący Świadkiem Jehowy wyraża jednoznaczny sprzeciw na przetoczenie krwi na wypadek utraty przytomności. W takim przypadku udzielenie świadczenia zdrowotnego stanowi naruszenie prawa pacjenta do autonomicznego decydowania, a co za tym idzie, stanowi działanie wbrew jego woli. Zupełnie odmiennie kształtuje się sytuacja, w której lekarz wie, że nieprzytomny pacjent jest Świadkiem Jehowy, ale nie dysponuje jednoznacznym sprzeciwem na udzielenie świadczeń zdrowotnych na wypadek utraty przytomności. W takiej sytuacji odstąpienie od udzielenia świadczenia zdrowotnego wiązałoby się z poniesieniem przez lekarza odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej.

Zasadność podjęcia przez lekarza działań w oparciu o art. 33 ust. 1 u.z.l. ma swoje podłoże w ocenie, które dobro osobiste ma charakter dominujący, co implikuje powołanie się na „stan wyższej konieczności” [A. Liszewska, *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, PiM 1999, nr 1, s. 95]. Swoista hierarchizacja dóbr osobistych jest konieczna ze względu na legalizację podjęcia interwencji medycznej, która ma na celu ochronę życia lub zdrowia chorego. Jednocześnie nie do zaakceptowania jest pogląd, zgodnie z którym lekarz nie zawsze ma obowiązek respektować uprzednio wyrażoną wolę chorego [przyp. – J.Z.]. Powołanie się na stan wyższej konieczności ma w tym przypadku odniesienie do wewnętrznej kategoryzacji dóbr, które odnoszą się do jednego i tego samego podmiotu.

PRZYKŁAD: Podczas wypadku drogowego poszkodowane zostały trzy osoby. Dwie z nich znajdują się w stanie agonalnym, natomiast trzecia w stanie ciężkim. Zespół ratownictwa medycznego, który dociera na miejsce, składa się z jednego lekarza i dwóch ratowników medycznych. Pod dokonaniem medycznej oceny stanu pacjentów lekarz stwierdza, że w istniejących w danych warunkach możliwościach jego działania nie ma żadnej szansy na udzielenie pomocy i uratowanie życia dwóm osobom znajdującym się w stanie agonalnym. W takiej sytuacji lekarz podejmuje decyzję o odstąpieniu od udzielenia świadczeń zdrowotnych tym osobom i koncentruje się na udzieleniu pomocy osobie znajdującej się w stanie ciężkim, dla której istnieją szanse na uratowanie jej życia i zdrowia. W tym przypadku dobro poświęcone (życie dwóch osób w stanie agonalnym) stanowi wartość niższą od dobra ratowanego (życia osoby, dla której istnieją szanse skutecznego udzielenia pomocy). W opisanej sytuacji odstąpienie od udzielenia pomocy dwóm uczestnikom wypadku drogowego nie będzie stanowiło czynu bezprawnego.

Na gruncie prawa cywilnego instytucja stanu wyższej konieczności ma diametralnie różne znaczenie. Zgodnie z art. 424 k.c.:

„Kto zniszczył lub uszkodził cudzą rzecz albo zabił lub zranił cudze zwierzę w celu odwrócenia od siebie lub od innych niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio od tej rzeczy lub zwierzęcia, ten nie jest odpowiedzialny za wynikłą stąd szkodę, jeżeli niebezpieczeństwa sam nie wywołał, a niebezpieczeństwu nie można było inaczej zapobiec i jeżeli ratowane dobro jest oczywiście ważniejsze aniżeli dobro naruszone”.

Stosując szeroką *analogia legis* (analogia z przepisu prawa, w której określa się skutki prawne nieuregulowanego przez prawo stanu faktycznego, poprzez odwołanie się do przepisu prawa, który reguluje podobny, bądź jedynie zbliżony do niego stan faktyczny), do części cytowanego przepisu, który odnosi się do hierarchizacji dóbr, można przyjąć, że cywilistyczny stan wyższej konieczności ma zastosowanie na gruncie prawa medycznego [przyp. – J.Z.].

PRZYKŁAD: W sytuacji gdy rodzic dziecka poniżej 16. roku życia podejmuje negatywną decyzję dotyczącą leczenia, którego niezwłoczne podjęcie jest konieczne ze względu na ratowanie życia lub zdrowia dziecka, dobro osobiste w postaci autonomii decydowania rodzica powinno zostać w ramach stanu wyższej konieczności odrzucone na rzecz dobra w postaci życia i zdrowia. W opinii autorki, dobrem ratowanym, które ma istotnie większą wartość, jest dobro osobiste dziecka (życie i zdrowie), natomiast dobro poświęcane w postaci autonomii decydowania rodzica ma w tym przypadku wartość oczywiście mniejszą.

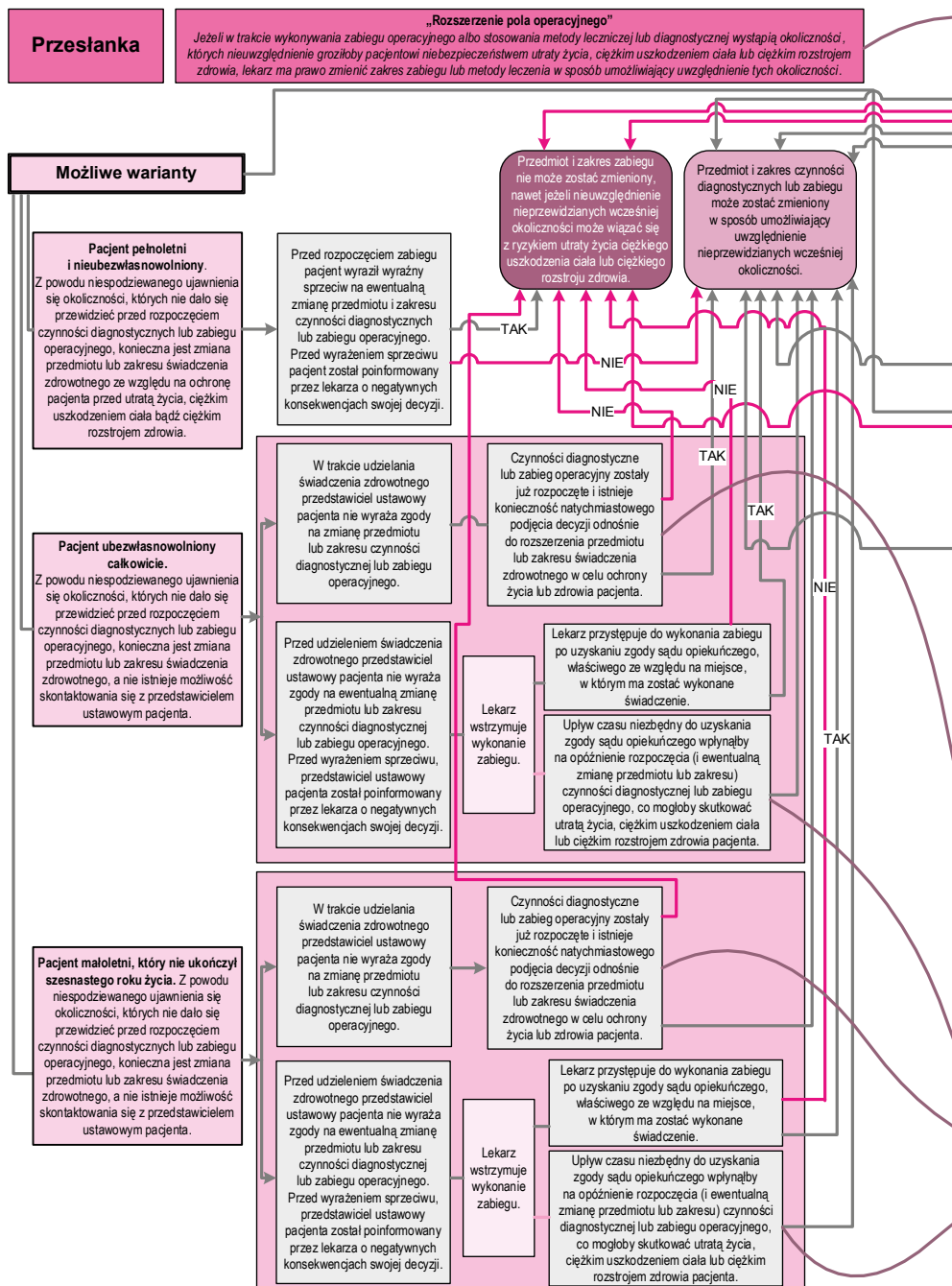
Na szczególną uwagę zasługuje sytuacja, w której negatywną wolę odnośnie do potencjalnego, przyszłego świadczenia wyraża chory, czyli osoba, która nie nawiązała kontaktu z podmiotami uczestniczącymi w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych. W takiej sytuacji hierarchizacja dóbr osobistych odnosi się do jednego podmiotu, ale na gruncie dwóch odmiennych płaszczyzn. Niedopuszczalne jest dokonywanie oceny dóbr osobistych w odniesieniu do dwóch różnych płaszczyzn, ponieważ świadczyłoby to o konieczności zastosowania instytucji stanu

wyższej konieczności na zasadach ogólnych [przyp. – J.Z.]. Dobro ratowane w postaci życia i zdrowia pacjenta stanowiłoby wartość nadrzędną w stosunku do autonomii woli chorego, jako podmiotu posiadającego pełnię praw do kształtowania swojej sytuacji. Wola chorego, jako podmiotu niezależnego od systemu ochrony zdrowia i zasad udzielania świadczeń zdrowotnych, ma w tym przypadku wartość oczywiście większą od zdrowia i życia jednostki chronionych w związku z transformacją semantyczną i zmianą statusu chorego na status pacjenta. W tym przypadku szczególne znaczenie ma sam fakt wyrażenia woli przed zmianą statusu i określenie jej negatywnie w stosunku do przyszłych świadczeń, co znajduje swoją gwarancję w przepisach Konstytucji, której art. 31 ust. 1 i 2 stanowi, że:

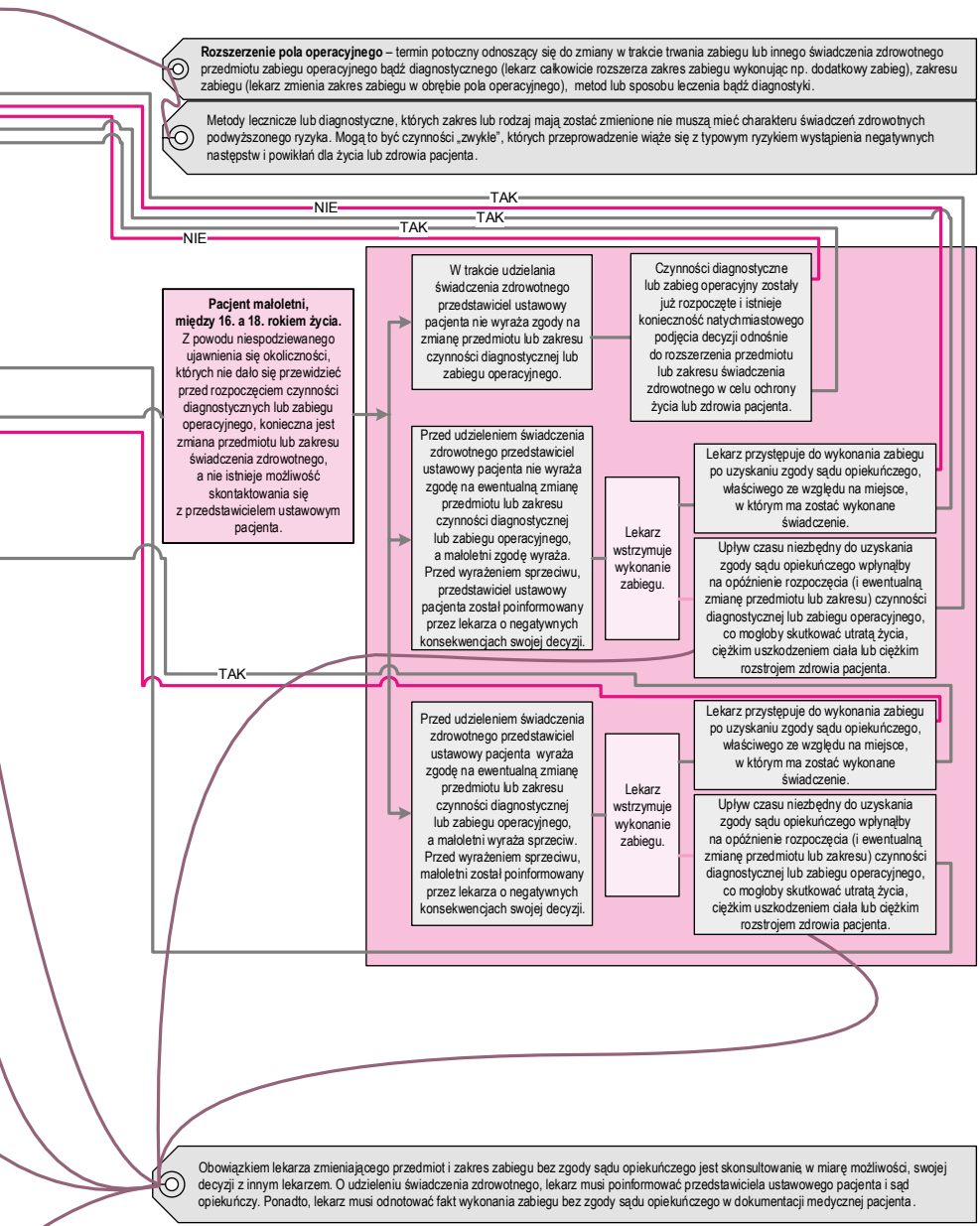
„wolność człowieka podlega ochronie prawnej. (...), nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje”.

Odrzucenie woli podmiotu określającego negatywnie swój stosunek do pojęcia lub zaniechania określonych czynności stanowiłoby na gruncie prawa prywatnego odstępianie od poszanowania autonomii decydowania w sensie ogólnym.

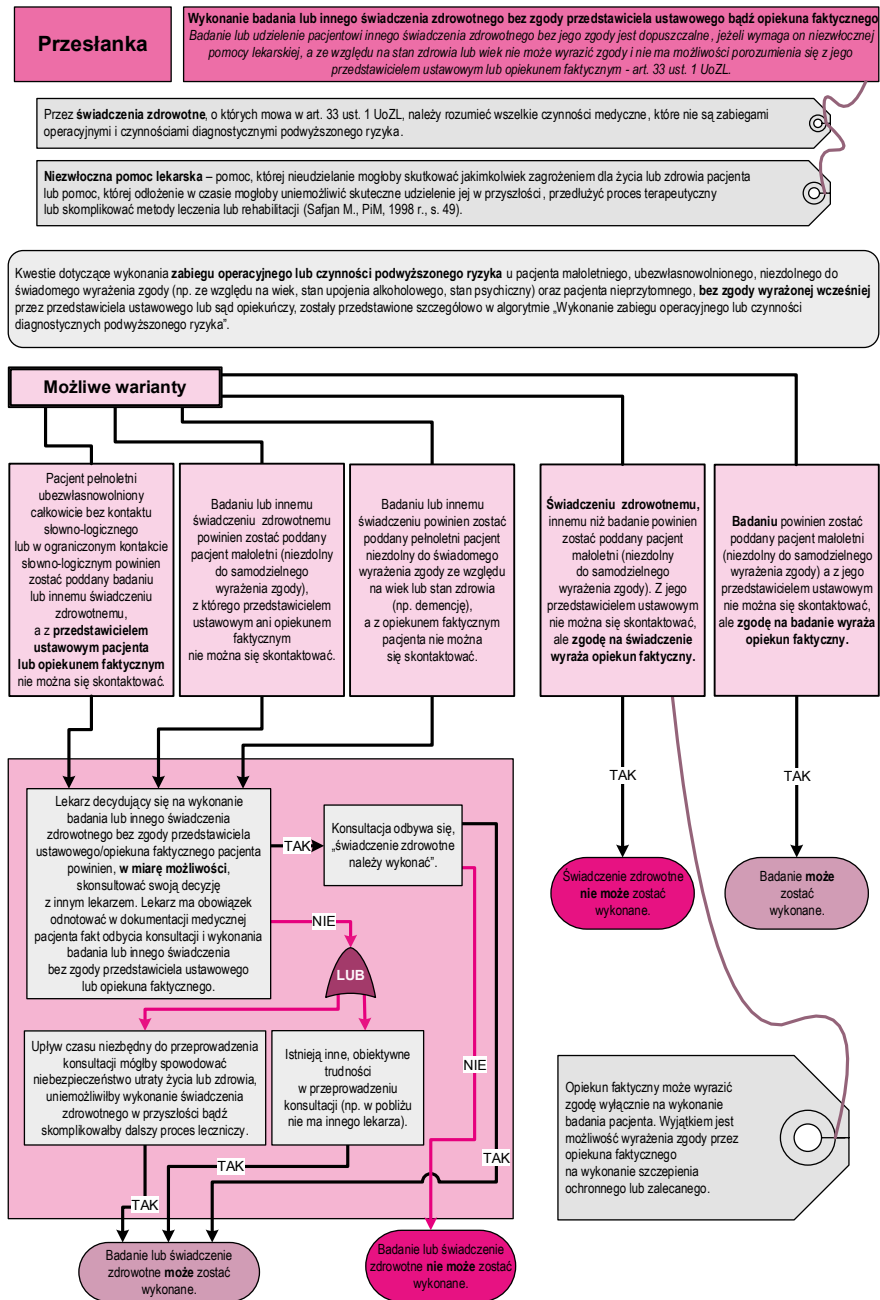
Schemat 1. Rozszerzenie pola operacyjnego



Źródło: Opracowanie własne.



Schemat 2. Wykonanie badania lub innego świadczenia zdrowotnego bez zgody przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego



UoZL – ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz 464 z późn. zm.)

Źródło: opracowanie własne.

B. Kolizja dóbr osobistych

23

Europejski kierunek rozważań prawno-etycznych zmierza do uznania woli pacjenta, jako podstawowego elementu modelującego zakres i rodzaj czynności podejmowanych w szeroko pojętym procesie diagnostyczno-terapeutycznym [U. Chmielewska, A. Karnas, *Głos w sprawie uznania wyroku Apelacyjnego Trybunału Administracyjnego (Copr. Administrative d. Appe; de Paris) z dnia 9.06.1998 r., jako wyznacznika kierunku przemian polskiego prawa medycznego*, PiM 2000, nr 5, s. 156].

W polskiej doktrynie podkreśla się, że lekarz nie ma prawa poświęcać prawa człowieka do samostanowienia na rzecz ratowania jego życia lub zdrowia [A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 95]. Powyższe stanowisko znajduje akceptację innych autorów, którzy zaznaczają, że poza wyjątkami wyraźnie wskazanymi w ustawie, nie można zmusić nikogo do poddania się czynnościom medycznym powołując się na jego dobro [M. Safjan, *Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 61], a decyzje pacjenta powinny być w pełni respektowane, gdy pacjent jest przytomny i odmawia on jakiegokolwiek pomocy nawet, jeśli zagrożone jest jego życie [M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza...*, s. 149].

W kontekście zakresu autonomii wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27 października 2005 r. (postanowienie SN z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC 2006, nr 7–8, poz. 137). Zdaniem Sądu,

„w demokratycznym państwie prawnym wolność jest chroniona w sposób szczególny, w tym także wolność życia prywatnego oraz autonomia dokonywanych wyborów (...).”

Jednocześnie Sąd podkreślił, że:

„jednym z przejawów autonomii jednostki i swobody dokonywanych przez nią wyborów jest prawo do decydowania o samym sobie, w tym do wyboru metody leczenia (...).”

oraz że:

„zasada poszanowania autonomii pacjenta nakazuje respektowanie jego woli, niezależnie od motywów (konfesyjnych, ideologicznych, zdrowotnych itp.), toteż należy przyjąć, że brak zgody pacjenta na określony zabieg (rodzaj zabiegów) jest dla lekarza wiążąca”.

W literaturze podkreśla się, że identyfikowanie woli pacjenta z najwyższym dobrem, jakie posiada, jest subiektywne, a stawianie woli pacjenta ponad normami konstytucyjnymi dotyczącymi ochrony zdrowia, może prowadzić do naruszenia porządku prawnego [J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003, s. 38]. Powyższe stanowisko znajduje akceptację wielu autorów, którzy stoją na stanowisku, że:

„obowiązek lekarza w zakresie poszanowania woli pacjenta, który jest w stanie ją wyrazić, znajduje granice w obowiązku, który ma lekarz, to jest ochrony życia i zdrowia jednostki” [M. Nesterowicz, *Wyrok Copr. Administrative d. Appel de Paris z 9.06.1998 (D. 1999.J.277)*, PiM 2000, nr 5, s. 153].

W literaturze istnieją również poglądy, że poszanowanie autonomii pacjenta z jednoczesnym poświęceniem dóbr w postaci życia lub zdrowia jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego [J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta...*, s. 36].

Charakterystyczne w tym przedmiocie jest orzecznictwo francuskie, w którym przez długi okres dominował pogląd, że zasada ratowania życia stanowi wartość nadrzędną nad wolą pacjenta. W sprawie z dnia 9 czerwca 1998 r. (D.1999. J. 277) pacjentka będąca świadkiem Jehowy żądała od szpitala zadośćuczynienia za szkodę moralną, którą poniosła na skutek transfuzji krwi

dokonanej wbrew jej woli podczas operacji chirurgicznej. Sąd I instancji powództwo oddalił. Powódka wniosła apelację, która również została oddalona. Sąd Apelacyjny w pełnym składzie przyjmując, że obowiązkiem lekarza jest poszanowanie woli pacjenta i nienaruszanie integralności ciała ludzkiego, orzekł, iż nie można kwalifikować jako zawinione postępowania 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, co usprawiedliwia działania podjęte przez lekarza. aprobującą głos M. Nesterowicza, PiM 2000, nr 5, s. 51 [U. Chmielewska, A. Karwas, *Głos w sprawie uznania wyroku Apelacyjnego Trybunału Administracyjnego (Cour d'Administrative d'Appel de Paris) z dnia 9.06.1998 r. jako wyznacznika kierunku przemian polskiego prawa medycznego*, PiM 2000, nr 5, s. 155].

W kontekście przedstawionego stanowiska powstaje pytanie, czy czynienie użytku z prawa do samo decydowania i wyrażania sprzeciwu na świadczenia zdrowotne jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a co za tym idzie, nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony (wyrok SN z dnia 10 marca 2011 r., V CSK 298/2010, LexPolonica nr 2490407).

Za stosowaniem art. 5 k.c. do kwestii oceny zgody i sprzeciwu wypowiada się M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, ZNUJ, Kraków 1959, z. 6, s. 155 i n. Przeciwnie twierdzi P. Sobolewski, *Zgoda na zabieg medyczny*, Warszawa 2009, s. 184 i n.

Odnosząc się do powyższej kwestii, autorka przyjęła, że przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, stanowią *lex specialis* w stosunku do ogólnych norm prawa cywilnego, co uniemożliwia zastosowanie przepisów art. 5 i 58 § 2 k.c., do sprzeciwu pacjenta na świadczenia zdrowotne i udzielenia świadczenia w oparciu o prymat dóbr w postaci życia i zdrowia. Nawet jeśli zaryzykować twierdzenie, że sprzeciw pacjenta stanowi naruszenie wyżej wymienionych przepisów Kodeksu cywilnego, nadal nie istnieje upoważnienie do interwencji medycznej, co uniemożliwia lekarzowi podjęcie koniecznych czynności.

24

Analizując tematykę kolizji dóbr osobistych, należy odnieść się do uregulowań obcych systemów prawnych, jak również stanowiska doktryny i judykatury. Szczególnie szeroka ochrona praw pacjenta została wyrażona w Ustawie Human Rights Act z 1998 r.

Pełny tekst Ustawy na stronie <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Jednocześnie szeroko na temat pochodzenia i założeń ustawy w: *A Guide to the Human Rights Act 1998, Questions and Answers*, Justice 2000.

Do katalogu praw pacjenta zalicza się prawo do autonomii, prawo do godności i prawo do życia, przy czym prawo do autonomicznego decydowania stanowi fundamentalną zasadę brytyjskiego prawa medycznego [J. Herring, *Medical Law and Ethics*, Oxford 2008, s. 133 i n.]. Jakkolwiek za oczywisty należy przyjąć fakt, że każda czynność medyczna wymaga zgody pacjenta, tak sprzeciw może zostać wyrażony w odniesieniu do każdej czynności, bez względu na jej cel medyczny i zasadność wdrożenia ze względu na ochronę życia lub zdrowia. Wynika stąd wprost, że autonomia decydowania przeważa nad ochroną dóbr w postaci życia i zdrowia (orzeczenie SA w Wielkiej Brytanii w sprawie *R. v. GMC* (2005), 3, FCR 169).

Na gruncie prawa francuskiego, usystematyzowanie praw pacjenta miało miejsce w 2002 r., kiedy weszła w życie ustawa o ochronie praw pacjentów i jakości systemu ochrony zdrowia (ustawa Kouchnera z dnia 4 marca 2002 r. o ochronie pacjentów i systemie jakości w ochronie zdrowia zmieniająca Kodeks Zdrowia Publicznego, pełny tekst dostępny na stronie <http://legifrance.gouv.fr>). Do fundamentalnych zasad związanych z ochroną zdrowia zaliczono m.in.: ochronę godności człowieka, ochronę integralności cielesnej, prawo do informacji, zgodę na zabieg medyczny [M. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 1 ere, éd. 2009,

s. 301–674]. Istotne znaczenie w systemie francuskim odgrywa autonomia woli, przy czym nie ma ona charakteru bezwzględnie nadrzędnego nad innymi dobrami osobistymi, tak jak to ma miejsce w systemie brytyjskim. Zgodnie z art. L1111-4 kodeksu zdrowia publicznego, pacjent podejmuje decyzje dotyczące swojego zdrowia wraz z lekarzem na podstawie przekazanych przez niego informacji i zaleceń. W systemie francuskim wyraźny akcent położono na współdecydowanie na płaszczyźnie udzielania świadczeń zdrowotnych, co w oczywisty sposób wyklucza nadrzędne znaczenie ochrony dobra w postaci autonomii woli na rzecz ochrony życia i zdrowia.

Jakkolwiek kwestie związane z uznaniem autonomii osób przytomnych zdolnych do podjęcia świadomej decyzji nie budzi wątpliwości [przyp. – J.Z.], tak w doktrynie polskiej nie istnieje jednolite stanowisko dotyczące zakresu autonomii w przypadku, gdy osoba wymagająca świadczeń zdrowotnych jest nieprzytomna, a sprzeciw na podjęcie jakichkolwiek lub wybranych czynności medycznych został wyrażony *pro futuro*. W omawianym przedmiocie, widoczna jest wyraźna rozbieżność poglądów. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem wolę pacjenta w postaci sprzeciwu należy preferować bezwzględnie w sytuacji, gdy pacjent zdolny do świadomego wyrażenia woli podtrzymuje ją będąc przytomnym [M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza...*, s. 149]. Z kolei w odniesieniu do pacjentów nieprzytomnych można przyjąć domniemanie, że zmieniliby swoją wolę dotyczącą sprzeciwu, gdyby byli przytomni [M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 1996, s. 98]. Mając na uwadze powyższe, za dopuszczalne uważa się wykonanie uzasadnionej medycznie interwencji, mimo wyrażonego wcześniej sprzeciwu. Zdaniem autorów prezentujących drugie stanowisko, zabieg może zostać wykonany bez zgody pacjenta, który nie jest w stanie jej wyrazić jedynie w przypadkach, gdy wykonanie zabiegu nie sprzeciwia się woli chorego [E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, PiM 2000, nr 5, s. 75]. Nierespektowanie woli wyrażonej *pro futuro* wpływa na ograniczenie skuteczności sporządzania takich oświadczeń, a co za tym idzie powoduje brak zaufania do prawa [A. Kobińska, *Zakres autonomii pacjenta na przykładzie niewyrażenia zgody na zastosowanie preparatu krwi podczas ewentualnej interwencji medycznej w bliżej nieokreślonej przyszłości*, TPP 2006, nr 3–4, s. 43].

W postanowieniu z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/05, Sąd Najwyższy podkreślił, że oświadczenie *pro futuro* na wypadek utraty przytomności jest wiążące jeżeli „zostało złożone w sposób wyraźny, jednoznaczny i nie budzi innych wątpliwości”. Sąd odniósł się także do charakteru prawnego tych oświadczeń, stwierdzając, że „nie sposób formułować jakiegokolwiek zakazu ich składania oraz, że z punktu widzenia prawa cywilnego są one klasycznymi oświadczeniami woli”. W literaturze podkreśla się, że stanowisko takie może budzić wątpliwości ze względu na brak szczegółowego uzasadnienia takiej tezy oraz brak szerszej cywilnoprawnej analizy tego problemu, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę, że charakter prawny oświadczeń *pro futuro* oceniany jest w piśmiennictwie niejednolicie, a rozstrzygana przez sąd sprawa miała charakter precedensowy [M. Syska, *Medyczne oświadczenia woli pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013, s. 235].

Stanowisko Sądu Najwyższego znajduje potwierdzenie w Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny, której art. 9 stanowi, że „należy brać pod uwagę wcześniej wyrażone życzenia osoby zainteresowanej, co do interwencji medycznej, jeżeli w chwili jej przeprowadzenia nie jest ona w stanie wyrazić swej woli”. W kwestii prawnego charakteru oświadczeń woli składanych *pro futuro* – K. Poklewski-Koziełł, *Oświadczenie woli pro futuro pacjenta jako instytucja prawna*, PiP 2000, z. 3, s. 5.

Analizując powyższe, należy podkreślić, że zastosowanie art. 31 ust. 3 u.z.l. i art. 38 Konstytucji RP wydaje się dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy ograniczenie autonomii do samodecydowania o rozpoczęciu procesu diagnostyczno-terapeutycznego będzie miało istotny wpływ na wyeliminowanie ryzyka epidemiologicznego lub umożliwi wykonanie czynności medycznych wobec osób, których zdolność do podejmowania świadomych decyzji jest ograni-

czona lub wyłączona. W szerszym ujęciu ograniczenie prawa do podejmowania autonomicznych decyzji ma uzasadnienie w przypadku, gdy pełna dowolność prowadziłaby do popełnienia czynu zabronionego lub w sytuacji, gdy prawo do wolności zostało ograniczone czasowo w związku z prowadzonym lub zakończonym postępowaniem karnym.

Autonomia pacjenta jest wyraźnie ograniczona np. w odniesieniu do zabiegów przerwania ciąży, czynności zmierzających do eutanazji, świadczeń zdrowotnych oczywiście zbędnych, których podstawą jest życzenie lub żądanie pacjenta.

Do ograniczenia autonomii w zakresie decydowania o podjęciu czynności leczniczych lub zabiegów lekarskich dochodzi również na gruncie prawa karnego w odniesieniu do osób podejrzanych, oskarżonych i osadzonych.

Wymienione wyżej przepisy nie są podstawą do wprowadzenia ograniczeń dotyczących dysponowania dobrami osobistymi przez osoby, które nie stwarzając zagrożenia epidemiologicznego i posiadając pełną świadomość do podjęcia decyzji, rozporządzają swoimi dobrami osobistymi w niekorzystny dla siebie sposób. Niemożliwe wydaje się ustalenie hierarchii dóbr osobistych i oceny, które z nich stanowi dobro najwyższe, co wynika między innymi z subiektywnego podejścia do dóbr należących do zasadniczo innych kategorii.

Swoistą hierarchię dóbr osobistych przyjął SN w wyroku z dnia 5 maja 1978 r., IV CR 82/78, w którym Sąd podkreślił, że naruszenie jednego dobra nie jest bezprawne wówczas, gdy zostało dokonane w celu ochrony innego dobra o wielkiej doniosłości społecznej. Należy jednak zaznaczyć, że Sąd Najwyższy odniósł się do wartościowania dóbr osobistych przez osobę trzecią, a nie samego pacjenta, który dokonuje „rozporządzenia” przysługującymi mu dobrami osobistymi poświęcając jedno na rzecz drugiego [Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych w praktyce sądowej* (w:) *Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym. Zagadnienia wybrane*, red. J. Piątkowski, Wrocław 1986, s. 33].

O swoistej hierarchii dóbr osobistych można mówić jedynie w przypadku, gdy pacjent zdolny formalnie i faktycznie do wyrażenia woli odnośnie do proponowanych świadczeń zdrowotnych, nie jest jej w stanie wyrazić świadomie [przyp. – J.Z.]. W takich przypadkach można przyjąć, że najwyższym dobrem jest życie i zdrowie, co nie wynika jednak z subiektywnej oceny, ale wyłącznie z faktu, że „zarządzanie” dobrem w postaci autonomii decydowania nie może zostać zrealizowane nie tyle ze względu na brak świadomości, co niemożność przeanalizowania skutków i konsekwencji podjętej decyzji. W pozostałych przypadkach nie sposób przyjąć obiektywnych kryteriów, na podstawie których można byłoby ocenić, które dobro ma wartość oczywiście wyższą i które należy uznać za dominujące w kontekście udzielania świadczeń zdrowotnych.

Na pełną akceptację zasługuje stanowisko A. Zolla, zgodnie z którym gdyby lekarz mógł, powołując się na stan wyższej konieczności, poświęcać prawo do samostanowienia w celu ratowania życia lub zdrowia pacjenta, przekreślone byłoby w ogóle znaczenie wyrażenia zgody przez pacjenta na przeprowadzenie zabiegu i jedynym decydem pozostawałby lekarz [A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz do art. 117–277*, Kraków 1999, s. 474–475].

Jak przyjęto wyżej, w przypadku osób posiadających zdolność do świadomego podjęcia decyzji (przy jednoczesnym posiadaniu formalnych i faktycznych zdolności w tym zakresie) nie można jednoznacznie ustalić hierarchii dóbr ani też wykazać istnienia stanu wyższej konieczności w przypadku kolizji między tymi dobrami. Takie stanowisko implikuje przyjęcie twierdzenia, że brak pozytywnej decyzji na udzielenie świadczenia zdrowotnego nie powinien być postrzegany, jako sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Należy podkreślić, że dotyczy to nie tylko sytuacji, gdy sprzeciw wyrażany jest *ad hoc*, ale również gdy wyrażany jest w formie oświadczenia woli składanego *pro futuro*. Respektowanie sprzeciwu na udzielenie świadczenia zdrowotnego ratującego życie lub chroniącego przed ciężkim rozstrojem zdrowia

lub uszkodzeniem ciała nabiera szczególnego znaczenia, gdy osoba mająca zostać poddana czynnościom medycznym jest chorym, a nie pacjentem. Jak wcześniej wspomniano, transformacja chorego w pacjenta ma istotne znaczenie z punktu widzenia zakresu autonomii. Podtrzymując to stanowisko, należy podkreślić, że w kontekście udzielania świadczeń zdrowotnych największym dobrem osobistym chorego jest autonomia decydowania, a nieudzielenie ochrony prawnej naruszonemu dobru i tolerowanie bezprawności postępowania mającego postać przełamania sprzeciwu na rzecz ratowania życia lub zdrowia jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

Wyrok SN z dnia 2 czerwca 1977 r., I CR 184/77, LexPolonica nr 318247. Podobne stanowisko przedstawia M. Safjan, twierdząc, że poza wyraźnie wskazanymi wyjątkami, nie można nikogo zmusić do poddania się czynnościom medycznym, powołując się na dobro pacjenta czy też ewentualnie zasady współzycia społecznego [M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 61]. Przeciwnie twierdzi J. Ignaczewski, który podkreśla, że sprzeciw na czynności zmierzające do ratowania życia i zdrowia stanowi nadużycie prawa, które jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego [J. Ignaczewski, *Zgoda...*, s. 36].

W przypadku kolizji między dobrem w postaci życia lub zdrowia, a dobrem do samodecydowania, wyrażającym się w sprzeciwie na udzielenie świadczenia zdrowotnego, można podjąć próbę zastosowania instytucji stanu wyższej konieczności. Należy zaznaczyć, że określenia, które dobro ma większą wartość, można dokonać, kierując się położeniem uczestników procesu leczenia. W związku z pełnieniem określonej funkcji i związanym z nią zakresem obowiązków, dla każdej ze stron szeroko pojętego procesu leczniczego inne dobro będzie dobrem najwyższym. Dla personelu medycznego będzie to każdorazowo życie i zdrowie, dla osoby wyrażającej sprzeciw – prawo do swobodnego decydowania o sobie. W tej sytuacji wydaje się, że jedyną przesłanką systematyzującą hierarchię wartości jest zdolność osoby, u której mają zostać udzielone świadczenia zdrowotne, do świadomego podjęcia decyzji. Brak lub ograniczenie zdolności w tym zakresie przemawia za przyjęciem twierdzenia, że prawo do autonomii decydowania jest *sui generis* ograniczone na rzecz prawa do życia i zdrowia. Uznanie, że obydwa dobra są tak samo ważne, ich wartość zależy od zdolności ich oceny i możliwości świadomego rozporządzenia jednym z dóbr na niekorzyść drugiego. Brak lub ograniczone zdolności w zakresie świadomego wyrażenia woli powodują, że osoba, której przysługują owe dobra, nie jest w stanie świadomie rozporządzić żadnym z nich. Mając na uwadze ustawowe obowiązki lekarza, „równoległa” hierarchia dóbr osobistych ulega przemodelowaniu polegającemu na ograniczeniu prawa do autonomii decydowania na rzecz ochrony życia i zdrowia.

5. Systematyka relacji podmiotów na płaszczyźnie udzielania świadczeń zdrowotnych

Jakkolwiek tematyka systematyki relacji podmiotów wykracza poza zakres niniejszego rozdziału, to podstawowe zagadnienia związane z omawianą kwestią zostały przedstawione dla potwierdzenia ostatecznej konkluzji odnoszącej się do wyrażania zgody i sprzeciwu na świadczenia zdrowotne.

W zależności od tego, czy świadczenia zdrowotne finansowane są ze środków publicznych, czy też ich realizacja jest finansowana w całości przez pacjenta, relacja na płaszczyźnie udzielania świadczeń zdrowotnych ma charakter dwu- lub trójstronny. Jakkolwiek umowa w przedmiocie realizacji świadczenia zdrowotnego zawierana jest w każdym przypadku między dwoma podmiotami, tak w zależności od udziału środków publicznych lub prywatnych, realizacja umowy następuje na rzecz jednej ze stron lub na rzecz podmiotu niebędącego stroną umowy.

Odnosząc się do relacji pacjent–płatnik (Narodowy Fundusz Zdrowia), należy podkreślić, że dokonanie oceny stosunku łączącego te dwa podmioty uzależnione jest od statusu ubezpieczeniowego pacjenta. W odniesieniu do pacjentów nieubezpieczonych, relacja na płaszczyźnie pacjent–płatnik (NFZ) nie istnieje, co wynika z nienawiązania stosunku obligacyjnego między tymi podmiotami.

W relacji pacjent ubezpieczony (uprawniony do świadczeń finansowanych ze środków publicznych) – płatnik dochodzi do połączenia elementów cywilnoprawnych z administracyjnoprawnymi, a ostateczne rozstrzygnięcie dotyczące charakteru relacji, wymaga ustalenia pozycji podmiotów względem siebie. Biorąc pod uwagę fakt, że Narodowy Fundusz Zdrowia nie sprawuje wobec pacjenta ubezpieczonego żadnych funkcji władczych, relacja między oboma podmiotami ma charakter cywilnoprawny [przyp. – J.Z.]. Za poparciem takiego stanowiska przemawia równorzędny status stron (pacjenta i płatnika) w przedmiocie uprawnień i zobowiązań, co jest charakterystyczne dla stosunków cywilnoprawnych.

W literaturze podkreśla się, że stosunek między płatnikiem a ubezpieczonym ma **odrębną naturę prawną o charakterze zobowiązania ubezpieczeniowego**, co wiąże go bezpośrednio z prawem zabezpieczenia społecznego [W. Santera, *Stosunki z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego – jedność w różnorodności*, Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych 2001, nr 3, s. 16]. W opinii autorki, relacja prawna na płaszczyźnie płatnik – pacjent ma wyraźny charakter zobowiązania cywilnoprawnego, którego źródłem jest ustawa (w uchwale z dnia 9 czerwca 1995 r., III CZP 72/95, OSP 1996, z. 1, poz. 2, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że zobowiązania mogą powstać z umów (czynności prawnych), z innych zdarzeń, a także z ustawy), nie zaś umowa ubezpieczenia zawierana między pacjentem a płatnikiem. Wyłączenie umowy jako źródła stosunku zobowiązaniowego wynika z faktu, że w odniesieniu do enumeratywnie określonych podmiotów, ubezpieczenie zdrowotne ma charakter obligatoryjny (katalog podmiotów podlegających obowiązkowemu ubezpieczeniu zdrowotnemu został wymieniony w art. 66 ust. 1 pkt 1–36 u.s.o.z.), a żadna ze stron nie ma możliwości negocjowania warunków zawieranej umowy i modyfikacji jej założeń w odniesieniu do poszczególnych świadczeń zdrowotnych. Płatnik nie ma ponadto możliwości odmowy zawarcia umowy i jej wypowiedzenia.

Zgodnie z art. 67 ust. 4 u.s.o.z.:

„prawo do świadczeń opieki zdrowotnej osób, o których mowa w ust. 2 i 3, ustaje po upływie 30 dni od dnia wygaśnięcia obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego”.

Przedmiotem umowy jest każdorazowo kompleksowe udzielanie świadczeń zdrowotnych w oparciu o dolożenie należytej staranności, w rozumieniu art. 355 k.c.

[Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie dolożenia należytej staranności*, Pal. 2002, nr 7–8, s. 12]. Przy ocenie należytej staranności, stosowane są zarówno w odniesieniu do odpowiedzialności *ex contractu*, jak i *e delicto* mierniki zobiektyzowane i abstrakcyjne, co jest charakterystyczne dla konstrukcji cywilistycznych [M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności, czy winy*, PiP 1997, z. 10, s. 32 i n.].

Należy przy tym zaznaczyć, że udzielenie świadczeń zdrowotnych, które identyfikowane jest przez autorkę ze stosunkiem kontraktowym, nie zostało określone wyraźnym wzorcem normatywnym.

Poziom należytej staranności w stosunkach tego rodzaju wyznaczany jest przez odwołanie się do kryterium, którym jest interes podmiotu (pacjenta), na rzecz którego świadczenie ma zostać spełnione [przyp. – J.Z.].

W judykaturze podkreśla się, że dłużnik zobowiązany jest do dolożenia należytej staranności zarówno w ramach czynności nieodpłatnych, jak i odpłatnych. Wyrok SN z dnia 11 grudnia 1986 r., IV CR 424/86, niepubl. Fakt ten ma istotne znaczenia w odniesieniu do pacjentów, którym

świadczenia zdrowotne zostały udzielone w trybie art. 750 k.c., w związku z istnieniem stanu nagłego lub w sytuacji niecierpiącej zwłoki.

W odniesieniu do płaszczyzny płatnik–świadczeniodawca należy przyjąć, że relacja między tymi podmiotami ma charakter typowej umowy dwustronnie zobowiązującej. Każda ze stron umowy jest zarówno dłużnikiem, jak i wierzycielem. Płatnik (Narodowy Fundusz Zdrowia) zajmuje pozycję wierzyciela w stosunku do świadczeniodawcy w odniesieniu do realizacji zakontraktowanych świadczeń zdrowotnych, a jednocześnie pozycję dłużnika w związku z istnieniem zobowiązania do zapłaty za zrealizowane świadczenia. Analogiczna sytuacja dotyczy świadczeniodawcy (np. podmiotu leczniczego), który jest jednocześnie wierzycielem i dłużnikiem. Oczywiście staje się zatem, że umowa między płatnikiem a świadczeniodawcą ma charakter cywilnoprawny.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości cywilnoprawny charakter tych umów. Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2004 r., III CK 134/04, OSP 2005, z. 6, poz. 79, i z dnia 16 lutego 2005 r., IV CK 541/04, OSP 2006, z. 1, poz. 3.

Do umów o świadczenie zdrowotne stosuje się ogólne przepisy ustawy – Kodeks cywilny, co wynika bezpośrednio z treści art. 155 ust. 1 u.ś.o.z., zgodnie z którym

„do umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

Należy podkreślić, że jakkolwiek do umowy o świadczenia zdrowotne zastosowanie mają ogólne przepisy Kodeksu cywilnego to, mając na uwadze specyfikę udzielanych świadczeń, odpowiednio zastosowanie znajdują również przepisy regulujące umowę zlecenia i umowę o dzieło.

Jednocześnie umowę o świadczenie usług zdrowotnych należy identyfikować z umową nazwaną ze względu na jej szczegółową typizację na płaszczyźnie systemu ubezpieczenia zdrowotnego.

W judykaturze potwierdzono, że umowa o świadczenia zdrowotne jest umową nazwaną (wyrok SN z dnia 10 grudnia 2004 r., III CK 134/04, OSP 2005, z. 6, poz. 79).

Normatywny wzorzec umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych został zawarty w dziale VI u.ś.o.z. (art. 132–161). Kompleksowe ujęcie zasad regulujących zawieranie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych i nadanie im swoistego reżimu prawnego (odmiennego od ogólnego wzorca umów) powoduje, że umowy tego rodzaju nie można identyfikować z umową nienazwaną [B. Gawlik, *Pojęcie umowy nienazwanej*, SC 1971, t. XVIII, s. 32 i n.].

Przeciwnie przyjmuje M. Nestorowicz, identyfikując umowę o świadczenie usług zdrowotnych z umową nienazwaną [M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych...*, s. 162].

Podobnie, umowy zawierane między świadczeniodawcami a „podwykonawcami” realizującymi poszczególne umowy, należy identyfikować z umowami nazwanymi, co wynika z faktu, że ustawodawca wyczerpująco określił cechy takiej umowy, co implikuje powstanie stosunku zobowiązaniowego [R. Trzaskowski, *Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów*, KPP 2000, nr 2, s. 382 i n.].

Zasady zawierania umów o dzielenie zamówienia na realizację świadczeń zdrowotnych określają szczegółowo art. 26 i 27 u.d.z.l.

Kolejnym zagadnieniem jest analiza trójstronnej relacji łączącej ubezpieczonego pacjenta, świadczeniodawcę i płatnika. Rozważania w tym przedmiocie należy rozpocząć od stwierdzenia, że pacjent nie jest podmiotem będącym bezpośrednią stroną umowy o realizację świadczeń zdrowotnych, w związku z czym jego uczestnictwo w relacji ma charakter „pozakontraktowy”.

W literaturze podkreśla się, że jakkolwiek pacjent nie jest bezpośrednią stroną umowy, tak staje się jej uczestnikiem, jeśli złoży oświadczenie, że chce skorzystać ze świadczenia, w przedmiocie którego została zawarta umowa [M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2001, s. 284].

Istota świadczeń zdrowotnych wiąże się z wykonaniem czynności leczniczych przez osoby wykonujące zawody medyczne w odniesieniu do osób fizycznych ze względu na ich aktualny stan zdrowia. Z punktu widzenia prawa oznacza to, że jakkolwiek umowa o realizację świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych ma charakter umowy dwustronnie zobowiązującej, której stronami są wyłącznie świadczeniodawca i płatnik, tak brak podmiotu w postaci pacjenta uniemożliwia realizację przedmiotu umowy.

Umowa zawarta między świadczeniodawcą a płatnikiem rodzi skutki prawne wyłącznie w odniesieniu do stron umowy, jednak w przypadku pacjenta żądanie realizacji przedmiotu umowy na jego rzecz wynika z uprawnień przyznanych mu w związku z zawarciem umowy ubezpieczenia z płatnikiem. Zgodnie z art. 393 k.c., osobą trzecią jest osoba uprawniona ze stosunku obligacyjnego zawartego między innymi stronami.

Zgodnie z treścią art. 393 k.c.,

„jeżeli w umowie zastrzeżono, że dłużnik spełni świadczenie na rzecz osoby trzeciej, osoba ta, w braku odmiennego postanowienia umowy, może żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia”.

Należy podkreślić, że zobowiązanie dłużnika wygasa z chwilą, gdy osoba trzecia nie spełni warunków określonych w umowie lub ustawie (wyrok SN z dnia 30 marca 1983 r., I CR 344/82, OSNC 1983, nr 11, poz. 184). Niespełnianie warunków określonych w umowie i w ustawie, skorelowane jest z posiadaniem statusu ubezpieczeniowego.

Wskazanie osoby trzeciej może nastąpić poprzez oznaczenie indywidualizujące lub też przez wskazanie cech lub okoliczności, które indywidualizują tę osobę najpóźniej w chwili spełnienia świadczenia (wyrok SN z dnia 30 marca 1981 r., I CR 344/82, OSN 1983, nr 11, poz. 184). Indywidualizacja osoby trzeciej, na rzecz której ma zostać spełnione świadczenie, odbywa się poprzez określenie przymiotów stanowiących realizację warunku koniecznego do uzyskania świadczenia, to jest posiadania przez pacjenta aktualnego tytułu ubezpieczenia zdrowotnego. Indywidualizacja *sensu stricto* (personalna) odbywa się **na etapie udzielenie świadczenia**, kiedy to pacjent zobowiązany jest do przedstawienia dokumentu tożsamości, który stanowi podstawę do zweryfikowania aktualności ubezpieczenia zdrowotnego, a w razie jego braku lub niemożności dokonania weryfikacji – do złożenia oświadczenia o posiadaniu takiego tytułu (art. 50 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 u.s.o.z.).

Na uwagę zasługuje fakt, że wcześniejsze przepisy odnoszące się do weryfikacji aktualności tytułu ubezpieczenia nie zobowiązywały pacjenta w sposób wiążący do okazania dokumentu tożsamości, a jedynie do przedstawienia aktualnego dokumentu ubezpieczenia w rozumieniu ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Zgodnie ze stanowiskiem przyjętym przez Sąd Najwyższy:

„osoba trzecia realizuje w imieniu własnym roszczenie o spełnienie tego świadczenia, o ile istnieje po jej stronie uprawnienie do żądania od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia, (...) omawiana umowa (porozumienie) stanowi jednolitą czynność prawną, której elementem jest zastrzeżenie o spełnieniu świadczenia na rzecz innej niż wierzyciel osoby, które to zastrzeżenie powinno stanowić jedną z okoliczności objętych zgodnymi oświadczeniami obu stron” (wyrok SN z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 786/00, LEX nr 54363; wyrok SN z dnia 5 lipca 2000 r., I CKN 711/00, OSNC 2000, nr 7–8, poz. 161).

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że jakkolwiek ubezpieczony pacjent nie jest stroną umowy o świadczenia zdrowotne, posiada on roszczenie o zrealizowanie zakontraktowanych świadczeń zgodnie z aktualną wiedzą medyczną.

Chory, który zdecyduje się na skorzystanie ze świadczenia zdrowotnego będącego przedmiotem umowy między NFZ (płatnikiem) a świadczeniodawcą, zyskuje prawo do żądania, aby świadczenie zostało spełnione na jego rzecz (wyrok SA w Łodzi z dnia 4 października 1996 r., IACr 401/96, OSA 1997, z. 7–8, poz. 44). W judykaturze podkreśla się, że żądanie osoby trzeciej w przedmiocie spełnienia świadczenia na jej rzecz ma charakter samodzielny (wyrok SN z dnia 7 lipca 2000 r., I KKN 711/00, OSNC 2000, nr 7–8, poz. 151).

Odmienne przedstawia się sytuacja pacjentów, którzy nie podlegają obowiązkowemu ubezpieczeniu zdrowotnemu i nie zawarli fakultatywnej umowy w tym zakresie, jak również pacjentów korzystających z komercyjnych świadczeń zdrowotnych.

W przypadku pacjentów nieubezpieczonych i osób finansujących świadczenia zdrowotne z własnych środków, pacjent jest stroną dwustronnie zobowiązującej umowy o udzielenie świadczenia zdrowotnego. W wyroku z dnia 10 grudnia 2004 r. (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 2004 r., III CK 134/04, OSP 2005, z. 6, poz. 79), Sąd Najwyższy podkreślił, że umowa zlecenia charakteryzuje się, w przeciwieństwie do umowy o świadczenia zdrowotne, realizacją jej przedmiotu bezpośrednio na rzecz jednej ze stron umowy, a nie na rzecz osoby trzeciej, która posiada jedynie roszczenie o zrealizowanie świadczenia będącego przedmiotem umowy zawartej między płatnikiem a świadczeniodawcą.

W judykaturze podkreśla się, że biorąc pod uwagę fakt, że ubezpieczony pacjent nie może modyfikować dowolnie treści umowy, ani też nie ma wpływu na negocjowanie jej warunków, treść umowy nie może ingerować niekorzystnie w sferę jego interesów, a w szczególności nie może ograniczyć jego ustawowych uprawnień (uzasadnienie do wyroku z dnia 17 czerwca 1985 r., I CR 149/85, OSNCP 1986, nr 3, poz. 38). Szczególne znaczenie ma to na gruncie praw podmiotowych, w tym prawa do autonomii decydowania o realizacji świadczeń zdrowotnych w oparciu o informację w zakresie określonym w art. 31 ust. 1 u.z.l.

Powyższe pozwala na przyjęcie twierdzenia, że umowy o świadczenia zdrowotne realizowane w systemie ochrony zdrowia finansowanego ze środków publicznych stanowią umowy o charakterze samodzielnym, bez względu na procedurę ich zawierania.

Zamówienie na świadczenia zdrowotne realizowane w ramach art. 26 ust. 1–5 u.d.z.l., stanowią również umowy samodzielne, do których mają zastosowanie ogólne przepisy Kodeksu cywilnego.

Z kolei do umów o świadczenia zdrowotne realizowane na zasadzie umowy między pacjentem będącym jednocześnie płatnikiem a podmiotem realizującym świadczenia zdrowotne, **zastosowanie mają przepisy o zleceniu lub odpowiednie przepisy odnoszące się do umowy o dzieło** (dotyczy świadczeń o charakterze estetycznym i kosmetycznym), co wynika z charakteru umowy, jej przedmiotu (usługi zdrowotnej) i sposobu realizacji świadczenia. Jednocześnie, bez względu na fakt, czy umowa o świadczenie zdrowotne realizowana jest na rzecz osoby trzeciej, na zasadach określonych w art. 393 k.c., czy też realizacja następuje na rzecz pacjenta będącego stroną umowy, założenia umowy o świadczenie zdrowotne wynikają z regulacji pozakodeksowych, których fragmentaryczne braki pozwalają na zastosowanie ogólnych zasad prawa zobowiązań. Jakkolwiek sposób realizacji umowy uzależniony jest od statusu pacjenta, to bez zmian pozostaje ogólny przedmiot umowy i zasady jego realizacji w oparciu o należytą staranność w stosunkach danego rodzaju.

Bez względu na rodzaj relacji łączącej pacjenta z podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych, kwestie zgody i sprzeciwu na świadczenia zdrowotne uregulowane zostały w identyczny sposób. Podstawą realizacji obowiązku pobierania od pacjenta oświadczenia o zgodzie lub

sprzeciwie, są **przepisy normujące zasady wykonywania regulowanych zawodów medycznych**, a także ogólne przepisy regulujące prawa osób korzystających ze świadczeń zdrowotnych, tj. przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Jakkolwiek przepisy prawa nie odnoszą się do takich kwestii wprost, to za oczywiste należy przyjąć, że sama treść zgody modyfikowana jest w zależności od charakteru podejmowanej czynności, a co za tym idzie, kwalifikacji świadczenia jako umowy starannego działania lub umowy starannego działania i rezultatu. W odniesieniu do umów, których prawidłowa realizacja zależy zarówno od starannego działania, jak i od osiągnięcia rezultatu oczekiwanego przez pacjenta (świadczenia estetyczne i kosmetyczne), **treść informacji zamieszczonej w formularzu zgody powinna mieć zakres szerszy, niż wynika to z treści art. 31 ust. 1 u.z.i.** Przykładowy formularz zgody na świadczenia starannego działania i rezultatu, do których odpowiednie zastosowanie mają przepisy umowy o dzieło, zostanie przedstawiona w dalszej części rozdziału – zob. nr 60.

6. Cywilnoprawny charakter zgody

27

Podstawą udzielenia każdego świadczenia zdrowotnego jest zawarcie umowy, której strony są różne w zależności od udziału środków publicznych w finansowaniu świadczeń zdrowotnych. Bez względu na określenie stron umowy jej przedmiotem jest:

- objęcie chorego opieką medyczną, co implikuje transformację „chorego” w „pacjenta”,
- wybór podmiotu, a niejednokrotnie ścisłe określenie osoby, która wykona świadczenie,
- dłożenie należytej staranności podczas udzielania świadczeń zdrowotnych, których cel zmierza do poprawy stanu zdrowia lub wyleczenia (cel leczniczy) lub
- dłożenie należytej staranności i osiągnięcie określonego celu podczas udzielania świadczeń zmierzających do poprawy bądź zmiany wyglądu, co nie ma związku z poprawą zdrowia w znaczeniu medycznym (cel estetyczny – pozaleczniczy).

Zawarcie umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych **nie ma bezpośredniego związku z wyrażaniem zgody** lub sprzeciwu na przeprowadzenie interwencji medycznej.

WAŻNE! Samo zawarcie umowy w przedmiocie usługi zdrowotnej nie implikuje przyjęcia twierdzenia, że została wyrażona zgoda na poszczególne elementy świadczenia zdrowotnego.

Świadczeniodawca nie może odstąpić od pobrania zgody na poszczególne świadczenia zdrowotne, powołując się na łączący go z pacjentem stosunek obligacyjny [H.J. Leenen (w:) E. Deutsch, H.L. Schreiber, *Medical Responsibility in Western Europe – Research Study of European Science Foundation*, Berlin–Heidelberg–Nowy York–Tokio 1985, s. 427]. Jakkolwiek umowę o udzielanie świadczeń zdrowotnych należy traktować jako dwustronną czynność prawną zobowiązującą, tak klasyfikacja ta nie ma zastosowania do zgody wyrażanej przez uprawniony podmiot.

Zgoda wyrażana na świadczenia zdrowotne traktowana jest jako odrębny byt prawny w związku z faktem, że istnienie lub brak zgody nie wpływa w żaden sposób na zawarcie umowy o świadczenie zdrowotne, ani też na jej realizację na rzecz podmiotu niebędącego stroną umowy. Zgoda wyrażona przez uprawniony podmiot może zostać cofnięta (odwołana) w każdym czasie, bez jednoczesnego rozwiązania umowy. Podobnie zgoda może zostać wyrażona bez nawiązania jakiegokolwiek umowy ze świadczeniodawcą. Wynika stąd, że **zgoda nie jest czynnością prawną zobowiązującą** [podobnie M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim...*, s. 128]. Zgodę uprawnionego podmiotu należy uznać za funkcjonalnie powiązaną z umową o świadczenie usług medycznych, ale i w tym przypadku zgoda nie stanowi niezbędnego elementu umowy.

Należy zaznaczyć, że zgoda nie ma również charakteru czynności *stricte* rozporządzającej. Jakkolwiek dobra osobiste pozostają do wyłącznej dyspozycji określonej jednostki, to roz-