

REDAKCJA

Dr Ewa Kujawa (redaktor naczelny), Dr Maria Boratyńska (sekretarz redakcji),
Mgr Piotr Trocha

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prawo

Prof. Margaret Brazier (GB), Adw. Czesław Jaworski, Prof. Leszek Kubicki,
Prof. Eugeniusz Kowalewski, Prof. Zdzisław Kubot, Dr Ewa Kulesza,
Prof. Mirosław Nesterowicz, Dr Dorota Safjan, Prof. Marek Safjan,
Prof. Eleonora Zielińska, Prof. Andrzej Zoll

Medycyna

Dr Marek Balicki, Prof. Krzysztof Czajkowski, Prof. Jan Doroszewski,
Dr Krzysztof Madej, Dr Krzysztof Makuch,
Dr Janusz Opolski, Prof. Jadwiga Słowińska-Srzednicka,
Prof. Tadeusz Tołoczko, Prof. Piotr Zaborowski, Prof. Marian Zembala

Adres redakcji:

ul. Astronomów 3 pok. 424, 01-450 Warszawa
tel. 0-22 836 04 16
e-mail: redakcja@prawoimedycyna.pl
www.prawoimedycyna.pl

Wydawca:

ABACUS Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.
ul. Astronomów 3 pok. 424, 01-450 Warszawa
tel. 0-22 836 04 16
e-mail: abacus@abacus.edu.pl
www.abacus.edu.pl

Prenumerata:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o.
ul. Pawińskiego 5a Blok D, 02-106 Warszawa
Bank BPH w Warszawie, numer rachunku: 17 1060 0076 0000 3200 0107 1958
tel. 0-22 668 71 85 fax. 0-22 668 71 89

Współpraca, opracowanie graficzno-techniczne:

Borgis[®] Sp. z o.o. Wydawnictwo Medyczne
02-739 Warszawa, ul. Wałbrzyska 3/5
tel./fax 22 836 96 69
e-mail: wydawnictwo@borgis.pl
www.borgis.pl

Spis treści

<i>Dr hab. n. hum. Paweł Łuków</i> <i>Szkoła Zdrowia Publicznego CMKP w Warszawie</i> Etyczne podstawy świadomej zgody na postępowanie medyczne w Europejskiej Konwencji Bioetycznej	5
<i>Dr n. prawn. Beata Janiszewska</i> <i>Uniwersytet Warszawski</i> Uwagi o charakterze prawnym odmowy zgody na interwencję medyczną	23
<i>Adwokat Robert Karcz</i> <i>Kancelaria Adwokacka w Kielcach</i> Obrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej	36
<i>Dr hab. n. med. Stanisław Niemczyk, Prof. dr hab. n. med. Kazimierz Niemczyk</i> <i>Akademia Medyczna w Warszawie</i> <i>Mgr prawa Aneta Łazarska</i> <i>Sąd Rejonowy Warszawa-Wola</i> O granicach zgody pacjenta na czynność medyczną podwyższonego ryzyka	50
<i>Dr n. prawn. Piotr Wiatrowski</i> <i>Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie</i> Prawokarne znaczenie zakłóceń czynności psychicznych sprawcy czynu zabronionego	61

<i>Lek. Izabela Sakowska</i> <i>Państwowy Zakład Higieny w Warszawie</i> Zgoda na wykonanie czynności medycznych wobec osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa	79
<i>Mgr prawa Anna Zaremba</i> <i>Uniwersytet Jagielloński</i> Rola modelowego wzorca osobowego dla przypisania odpowiedzialności karnej za błąd lekarski w prawie polskim i angloamerykańskim – analiza prawnoporównawcza	89
MISCELANEA	
<i>Prof. dr hab. n. med. Tadeusz Tolłoczko</i> <i>Akademia Medyczna w Warszawie</i> Czy lekarz prawy musi znać prawo – refleksje praktyka	105
<i>Mgr prawa Wioletta Witoszko</i> <i>Uniwersytet w Białymstoku</i> Umowa o staż podyplomowy lekarza	118
ORZECZNICTWO	
<i>Prof. dr hab. n. prawn. Mirosław Nesterowicz</i> <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie, I wydział Cywilny z dnia 21. lutego 2006 r., IA Ca 69/06	130
<i>Dr n. prawn. Stanisław M. Przyjemski</i> <i>Emerytowany Sędzia Sądu Najwyższego</i> Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2005 r. (II KK 2/05)	141

Paweł Łuków

Etyczne podstawy świadomej zgody na postępowanie medyczne w Europejskiej Konwencji Bioetycznej

Ujednolicanie międzynarodowych standardów etycznych w medycynie i badaniach naukowych z udziałem człowieka stało się w ostatnich latach koniecznością. Poszczególne organizacje i państwa przystępują do międzynarodowych porozumień bioetycznych z wielu powodów, wśród których wysuwają się dwa na plan pierwszy.

Po pierwsze, działania podejmowane przez lekarzy i badaczy zajmujących się naukami medycznymi mają w ostatnich dziesięcioleciach coraz większy zasięg. Na coraz większą skalę dokonuje się międzynarodowy transfer technologii medycznych i badawczych. Z jednej strony, technologie diagnostyczne i terapeutyczne oraz badawcze rozwijane w jednych krajach udostępnia się specjalistom w innych regionach świata. Z drugiej, badania naukowe często przyjmują charakter wielośrodkowy z poszczególnymi zespołami badaczy pracującymi w różnych państwach. To rozprzestrzenianie się technologii medycznych i badawczych powoduje potrzebę ujednolicania standardów nie tylko metodologicznych i dotyczących procedur, ale też i standardów etycznych. Projekty badawcze, których elementy są wykonywane w różnych krajach, muszą być zgodne z prawnymi i etycznymi normami wszystkich tych krajów.

Po drugie, na wciąż większą skalę dokonuje się migracja lekarzy i naukowców, co możemy obserwować w ostatnich dwóch latach w Polsce. Migracje te związane są zarówno z dążeniem poszczególnych lekarzy i badaczy do poprawienia swoich warunków materialnych i szans rozwoju zawodowego, jak i z międzynarodowym zasięgiem działania wielu ośrodków medycznych i badawczych. Pracownicy ponadnarodowego ośrodka naukowego bywają przenoszeni do oddziałów działających w innych regionach świata. W rezultacie pojawia się potrzeba dys-

ponowania w miarę jednolitym zespołem norm etycznych dla całego ośrodka, bez względu na miejsce jego działania.

Ujednolicanie standardów bioetycznych za pomocą regulacji międzynarodowych może ponadto skutkować usuwaniem najpoważniejszych różnic pomiędzy systemami prawa poszczególnych państw i w ten sposób sprzyjać rozwojowi nauki i medycyny. Równocześnie może zapobiegać powstawaniu swoistych „enklaw niegodziwości” w krajach, w których nie wprowadzono w życie prawnych instrumentów chroniących standardy bioetyczne, lub w których nie akceptuje się norm etycznych szeroko podzielanych w większości krajów świata.

Jedną z najważniejszych prób ujednolicania standardów bioetycznych w medycynie i badaniach naukowych związanych z medycyną jest *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w Kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny: Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie* podpisana 4 kwietnia 1997 roku w Oviedo w Hiszpanii¹. Jest to najwyższej rangi dokument europejskiego prawa bioetycznego. Konwencja ma status traktatu międzynarodowego, a w Preambule odwołuje się wprost m.in. do *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka* ONZ z 10 grudnia 1948 r. oraz do *Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, będącej traktatem między krajami członkowskimi Rady Europy z 4 listopada 1950 r. Po ratyfikowaniu Konwencja stanie się częścią prawa państwa ratyfikującego i w tym zakresie nakłada na nie konkretne obowiązki prawne.

Konwencja ta bywa nazywana *Europejską Konwencją Bioetyczną* ze względu na miejsce jej powstania i organizację patronującą – Radę Europy. Przystąpienie do Konwencji jest jednak otwarte nie tylko dla państw członkowskich Rady Europy, ale też dla pozostałych państw, które uczestniczyły w jej tworzeniu oraz dla Unii Europejskiej (art. 33) i innych państw zaproszonych przez Komitet Ministrów Rady Europy (art. 34). W jej opracowaniu brały udział delegacje krajów pozaeuropejskich, jak np. Kanady czy USA².

W związku z zamierzonym światowym zasięgiem Konwencji nasuwa się pewna wątpliwość. Do tego, aby obowiązywała ona w danym kraju,

¹ Tekst Konwencji znajduje się w T. Jasudowicz, tłum. i red.: *Europejskie standardy bioetyczne: wybór materiałów*, Toruń, TNOiK 1998 oraz w *Prawo i medycyna*, Nr 3 (Vol. 1) 1999 r.: 140-151.

² Powstanie i status prawny Konwencji omawia M.A. DeWachter w artykule pt. „The European convention on bioethics,” *Hastings Center Report*, Jan/Feb 97; 27(1): 13.

niezbędne jest jej ratyfikowanie. Do tej pory jednak niewiele krajów to uczyniło. Co ważniejsze, wśród krajów, które nadal nie ratyfikowały Konwencji są takie potęgi w biomedycynie jak Wielka Brytania, Stany Zjednoczone czy Francja. Nie ratyfikowała jej również Polska. Także zaznajamianie się z takimi regulacjami może w obecnej chwili wydawać się przedwczesne.

Fakt, że niewiele państw ratyfikowało Konwencję może kazać po wątpiewać w celowość tworzenia tego typu regulacji. W odpowiedzi należy wskazać, że Konwencja nie pozbawia państw ich suwerenności w tworzeniu i przyjmowaniu regulacji prawnych. Nikt nie może zmusić poszczególnych państw do nałożenia swoim obywatelom i działającym w nich instytucjom ograniczeń prawnych. Konwencja ma nadawać standardom bioetycznym różnych państw w miarę jednolity kształt i wyznaczać kierunek legislacji, a nie narzucać im takich czy innych regulacji. Konwencja tworzy klimat sprzyjający ujednocnieniu standardów etycznych w biomedycynie, co daje podstawy przypuszczać, że ratyfikacja Konwencji i powstanie w poszczególnych państwach prawa zgodnego z jej duchem jest kwestią czasu.

Dużo bardziej doniosła jest w tej sprawie inna okoliczność. Art. 29 Konwencji stanowi, że instytucją odpowiedzialną za interpretację jej zapisów jest Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. Można zatem przyjąć, że obecne postanowienia Trybunału zapadają z myślą o ich zgodności z zapisami Konwencji w celu uniknięcia niezgodności z nią w chwili jej ratyfikowania przez kolejne państwa. Ponieważ Trybunał jest uznaną instytucją prawną, której orzecznictwo ma konsekwencje prawne dla państw-członków Rady Europy, wydaje się, że Konwencja w pewnym stopniu już dziś wpływa na prawo międzynarodowe.

W niniejszym opracowaniu przedstawię główną kwestię regulowaną w Konwencji, tj. rozwiązania dotyczące świadomej zgody na leczenie lub udział w badaniach naukowych. Nie jest moim zamiarem analiza prawna Konwencji, ani relacja jej zapisów do prawa w Polsce³. Zamierzam omówić zagadnienie zgody na leczenie lub udział w eksperymencie naukowym z punktu widzenia etyki. Przedstawiając zatem treść Konwencji w zakresie zgody, zrekonstruuje etyczne podstawy tych zapisów, wskazując na obecne w nich trudności.

³ Te sprawy omawia M. Safjan, „Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna,” *Prawo i Medycyna*, Nr 5 (vol. 2) 2000 r.: 5-18.

Konwencja stanowi specyficzny dokument i pod pewnymi względami nowość. Normuje szeroki zakres zagadnień, ponieważ obejmuje zarówno postępowanie w medycynie, jak i w badaniach naukowych z udziałem ludzi. Podmiotami, do których jest adresowana, są państwa ratyfikujące. To one mają, zgodnie z Konwencją, obowiązki prawne zapewnienia respektowania pewnych norm. Normy te regulują postępowanie w medycynie i badaniach naukowych w sposób ogólny, szczegółowe unormowania pozostawiając (zgodnie z art. 31) protokołom dodatkowym oraz państwom ratyfikującym (art. 27). Jak dotąd podpisano trzy protokoły dodatkowe: Protokół Dodatkowy o zakazie klonowania z 12 stycznia 1998 r., Protokół Dodatkowy o przeszczepach organów i tkanek z 24 stycznia 2002 r., Protokół Dodatkowy o badaniach biomedycznych z 21 stycznia 2005 r.

Ogólne normy Konwencji zawierają wymagania minimalne, jakie muszą spełnić państwa ratyfikujące ją, co zostało zawarte w art. 27 i wyraża się także np. w operowaniu pojęciem „każdy” (*everyone*) w art. 1. Uregulowania w poszczególnych krajach mogą być surowsze niż te, które znalazły się w Konwencji, nie mogą jednak być bardziej łagodne od nich. Jednym z powodów takiego postępowania jest zapewne dążenie do uzyskania jak najszerszej akceptacji przez państwa ratyfikujące, a także do pozostawienia tym państwom możliwie największej swobody w kształtowaniu standardów bioetycznych zgodnie z lokalną kulturą i dominującymi w niej poglądami moralnymi. W celu zapobieżenia dowolności w przekładaniu zapisów Konwencji na normy ustawodawstwa poszczególnych państw i decyzje w nich podejmowane, wspomniany już art. 29 oddaje kwestie interpretacji tych zapisów w ręce Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Tym samym Konwencja zostaje włączona w już istniejący system prawa i orzecznictwa europejskiego.

Z punktu widzenia rekonstrukcji etycznych podstaw Konwencji, na uwagę zasługuje zawarty w art. 28 postulat demokratyzacji procesu legislacyjnego. Artykuł ten wymaga poprzedzania bioetycznych propozycji ustawodawczych publiczną debatą. *Sprawozdanie wyjaśniające*⁴ (S. 164) wskazuje na edukacyjne uzasadnienie tego zapisu oraz doniosłość

⁴ Jest to dokument dołączony do Konwencji. Jego zadaniem jest rozjaśnianie zapisów Konwencji i wskazywanie intencji jej autorów odnośnie do poszczególnych zapisów. Tekst sprawozdania dostępny jest w T. Jasudowicz, dz. cyt. Odsyłacze do *Sprawozdania* będą znajdowały się w tekście artykułu ze skrótem S. z numerem akapitu, w którym znajduje się dane objaśnienie.

zagadnień z zakresu biomedycyny dla całego społeczeństwa, co wymaga znajomości opinii publicznej o tych kwestiach. Istnieją podstawy by domniemywać, że postulat ten powstał ze względu na to, że zagadnienia z zakresu bioetyki często nie mają historycznych precedensów, co powoduje, że można żywić uzasadniony sceptycyzm co do możliwości rozstrzygnięcia tych zagadnień na podstawie tradycyjnych norm moralnych, bądź co do możliwości ustalenia, jaki jest rezultat stosowania tych norm do tych nowych zagadnień. W rezultacie, nie można oczekiwać, że legislatury krajów ratyfikujących Konwencję oraz członkowie powoływanych przez nie zespołów do opracowania ustaw z zakresu bioetyki będą w stanie z dużą trafnością ustalić, jakie standardy bioetyczne będą zgodne z przekonaniem obywateli i lokalną kulturą moralną. Odwołanie się do publicznej debaty ma (obok niewątpliwego aspektu edukacyjnego) służyć ustaleniu dominujących w danym społeczeństwie poglądów na te nowe zagadnienia, a tym samym wzmocnić wpływ społeczeństwa demokratycznego na kształt obowiązującego w nim prawa.

Pierwsze cztery artykuły Konwencji ujęte w Rozdziale I pt. „Postanowienia ogólne” zawierają kluczowe ideały moralne przyświecające jej autorom. Art. 1 deklaruje ochronę godności i integralności wszystkich istot ludzkich. Jak stwierdzono w akapicie 18 *Sprawozdania wyjaśniającego*, określenie „istota ludzka” nie zostało w Konwencji zdefiniowane ze względu na brak jednomyślności wśród państw członkowskich Rady Europy odnośnie do właściwego rozumienia tego terminu i pozostawione do decyzji ustawodawców poszczególnych państw. Jednocześnie artykuł ten zobowiązuje każdą ze stron Konwencji do zapewnienia skuteczności jej postanowień, co sugeruje, że jedną z intencji autorów Konwencji było nakłonienie państw do regulacji biomedycyny. Tam, gdzie zapisy Konwencji nie wymagają do funkcjonowania ustaw krajów ratyfikujących Konwencję, jako traktat międzynarodowy Konwencję stosuje się bezpośrednio.

W art. 2 Konwencję charakteryzuje indywidualizm polegający na uznaniu priorytetu ochrony jednostki przed wykorzystaniem jej dla wyłącznych celów społeczeństwa lub nauki. Oznacza to, że w przypadku konfliktu interesu jednostki z interesem zbiorowości lub postępu naukowego interes zbiorowości lub nauki może być wspierany pod warunkiem zapewnienia ochrony interesom jednostki.

W art. 3 Konwencji postuluje sprawiedliwy (*equitable*) dostęp do właściwej jakości opieki zdrowotnej biorąc pod uwagę potrzeby zdrowotne i dostępne zasoby. W artykule tym na uwagę zasługują cztery rzeczy. Po pierwsze, jak wyjaśnia ak. 25 Sprawozdania, sprawiedliwy dostęp do opieki zdrowotnej oznacza przede wszystkim dostęp wolny od dyskryminacji i przeszkód. Zapis ten nie żąda jednak absolutnej równości w dostępie do opieki zdrowotnej, co zdaje się oznaczać, że dążenie do równości w tej sferze winno uwzględniać praktyczne możliwości jej zapewnienia. Po drugie, dostępna opieka zdrowotna winna uwzględniać potrzeby zdrowotne, co z punktu widzenia braku definicji tego pojęcia, nie pozwala na precyzyjne określenie zakresu opieki zdrowotnej dostępnej obywatelom. Można się domyślać, że pojęcie to zachęca do poszerzania tego zakresu. Czynnikiem ograniczającym zakres opieki zdrowotnej postulowany przez pojęcie potrzeby jest, po trzecie, nakaz uwzględniania dostępnych zasobów, co stanowi odejście od rozpowszechnionych w Europie maksymalistycznych żądań zapewnienia obywatelom dostępu do pełnego zakresu opieki zdrowotnej. Po czwarte, wymóg sprawiedliwego dostępu do opieki zdrowotnej ma charakter dość ostrożnego postulatu. Artykuł używa określenia: „Strony będą podejmowały środki właściwe dla zapewnienia”, co w świetle akapitów 26 i 27 Sprawozdania wskazuje, że Konwencja przedstawia nie bezwzględne zobowiązanie, lecz wyznacza cel działań państw po wzięciu pod uwagę pozostałych wymienionych w tym artykule warunków.

Ostatnia z podstaw normatywnych Konwencji znajduje się w art. 4. Jest to nakaz postępowania w leczeniu i badaniach naukowych w sposób zgodny z mającymi zastosowanie obowiązkami i standardami zawodowymi. Jak głosi *Sprawozdanie wyjaśniające* (ak. 28, 30), zapis ten z jednej strony ma wskazywać, że przestrzeganie standardów dotyczy osób zawodowo wykonujących czynności z zakresu opieki zdrowotnej (a więc nie dotyczy np. świadków wypadku udzielających pomocy ofiarom), a z drugiej – że standardy te dotyczą nie tylko skuteczności w opiece zdrowotnej, ale też względów moralnych. W ten sposób Konwencja nakłada na Państwa obowiązek dbałości o odpowiednie kwalifikacje etyczne i – pośrednio – wspierania tworzenia unormowań etycznych takich jak np. kodeksy etyki zawodów medycznych.

W Rozdziale II zawarto unormowania dotyczące zgody na postępowanie zarówno badawcze jak i medyczne. W tym też sensie Rozdział II

zawiera najogólniejsze unormowania w sprawie zgody. Bardziej szczegółowe regulacje odnośnie do zgody zawarto w Rozdziale V poświęconym eksperymentom naukowym oraz w Rozdziale VI dotyczącym pobierania od żywych dawców organów i tkanek do przeszczepów.

Charakterystyczną cechą Konwencji jest posługiwanie się pojęciem zdolności do wyrażenia zgody, a nie np. zdolności do czynności prawnych. Z punktu widzenia Konwencji status prawny jednostki poddawanej interwencji w dziedzinie zdrowia ma drugorzędne znaczenie. Ważniejsza jest faktyczna zdolność do wyrażenia zgody. W konsekwencji, sama małoletniość lub utrata zdolności do czynności prawnych nie stanowią o niezdolności do wyrażenia zgody lub sprzeciwu i ich ważności. Uzasadnieniem tej decyzji autorów Konwencji jest zapewne obserwacja, że różne rodzaje interwencji mogą wymagać różnych kompetencji do wyrażenia na nie zgody lub sprzeciwienia się im, co oznacza, że zbiór osób zdolnych do wyrażenia zgody lub sprzeciwu odnośnie do interwencji w zakresie zdrowia może być liczniejszy od zbioru osób mających zdolność do czynności prawnych.

W art. 5 zawarto ogólną regułę, która głosi, że wszelka interwencja w dziedzinie zdrowia jest dopuszczalna po spełnieniu trzech warunków równocześnie. Osoba poddawana interwencji: 1) wyraża świadomą zgodę na tę interwencję na podstawie 2) informacji o celu, naturze, konsekwencjach tej interwencji oraz związanym z nią ryzyku, i 3) ma zapewnioną swobodę wycofania zgody w każdej chwili. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest zawarty w art. 8 przepis dopuszczający odstępianie od zabiegania o zgodę pacjenta w wypadkach nagłych. Wypadki te obejmują (S. 57) osoby zarówno zdolne jak i pozbawione (prawnie lub faktycznie) zdolności wyrażenia zgody, a także sytuacje, gdy nie można uzyskać odpowiedniej zgody przez przedstawiciela ustawowego. Konwencja zobowiązuje pracowników służby zdrowia do podejmowania środków, których pacjent życzyłby sobie, gdyby mógł taką zgodę wydać. Dodatkowo, (S. 58) środki te winny obejmować interwencje nie cierpiące zwłoki lub niezbędne do przeżycia pacjenta.

Zgodnie z dominującym we współczesnej bioetyce stanowiskiem, podstawą etyczną wymogu uzyskania zgody jednostki na dotyczącą ją interwencję medyczną jest poszanowanie jej autonomii oraz dążenie do ograniczenia paternalizmu pracowników służby zdrowia (S. 34).

Konwencja nie precyzuje, jaką formę (wyraźna, dorozumiana, pisemna, ustna) zgoda winna przyjąć, lecz pozostawia to do rozstrzygnięcia przez zainteresowanych w zależności od specyfiki interwencji (S. 37). Zgoda na interwencję pociąga też za sobą prawo do wycofania jej w każdej chwili (S. 38 i 67).

Na uwagę zasługuje komentarz zawarty w akapicie 38 *Sprawozdania*, który głosi, że cofnięcie zgody czasem można zignorować, gdyby jego honorowaniu w danym przypadku sprzeciwiały się obowiązki i standardy zawodowe. Ograniczenie to może sugerować np., że w pewnych sytuacjach zasady zawarte w lekarskim kodeksie etycznym mogą zobowiązywać lekarza do kontynuowania interwencji w celu uniknięcia poważnego ryzyka. Biorąc pod uwagę istniejące rozbieżności odnośnie opinii w kwestiach moralnych (na co zwrócono uwagę w akapicie 31 *Sprawozdania*), uwaga ta może być istotnym ograniczeniem możliwości korzystania przez pacjenta z prawa do decydowania o sobie. Zgodnie z tym komentarzem w pewnych okolicznościach postępowanie zgodne z normami ustanowionymi przez organizację zawodową lekarzy musi mieć priorytet względem woli pacjenta.

Poszanowanie autonomii uzasadnia też obowiązek informowania osób poddawanych interwencjom medycznym w sposób wolny od nacisku. Lista elementów informacji wymienionych w art. 5 nie wyczerpuje tego, które mogą być niezbędne w konkretnym przypadku, zaś to, który z dodatkowych elementów informacji winien być przekazany, ma zgodnie ze *Sprawozdaniem wyjaśniającym* (ak. 35) zależeć od okoliczności, podobnie jak forma informacji, która winna być dostosowana do zdolności zrozumienia przez konkretną jednostkę.

Zdaniem autorów Konwencji prawo pacjenta do informacji pociąga za sobą prawo do niewiedzy o swoim stanie zdrowia lub cechach biologicznych, które zostało zawarte w art. 10 poświęconym ochronie prywatności. Określenie „prawo do niewiedzy” jako konsekwencja prawa do informacji wydaje się jednak problematyczne, ponieważ mnoży prawa ponad potrzebę. Szczęśliwszym rozwiązaniem byłoby sformułowanie wskazujące na to, że jednostka może nie zechcieć skorzystać ze swego prawa do wiedzy o stanie własnego zdrowia i takie jej postępowanie należy uszanować.

Bardziej problematyczną sprawą pozostaje to, w jaki sposób prawo do niewiedzy należałoby respektować. W terapeutycznej relacji z leka-

rzem pacjent może z góry zastrzec, że nie chce znać pewnych typów informacji w wypadku, gdyby stały się one dostępne lekarzowi. Mogą jednak wystąpić okoliczności, w których lekarz wchodzi w posiadanie wiedzy o stanie zdrowia lub cechach biologicznych jednostki nie pozostającej z nim w relacji terapeutycznej lub badawczej. Próba uzyskania informacji, czy jednostka ta chce skorzystać ze swego prawa do niewiedzy może sama przez się stanowić pogwałcenie tego prawa. Np. próba ustalenia, czy jednostka blisko spokrewniona z uczestnikiem badań naukowych z zakresu genetyki, chce mieć wiedzę o zagrożeniu chorobą uwarunkowaną genetycznie, może naruszać prawo tej jednostki do niewiedzy, gdyby się okazało, że nie chce ona znać tego rodzaju informacji. Sam fakt zapytania o to, czy jednostka taka chce uzyskać tego rodzaju informację, może być odczytany przez nią jako spowodowany istnieniem takiej wiedzy. W konsekwencji zostałaaby ona poinformowana o czymś, czego nie chce wiedzieć. Uzyskiwanie tego rodzaju informacji reguluje art. 12 Konwencji, który przewiduje, że powinno ono służyć celom zdrowotnym zarówno w leczeniu jak i w badaniach naukowych. Artykuł ten nie został jednak powiązany z art. 10 i nie przewiduje postępowania w sytuacjach opisanych powyżej.

W art. 6 zawarto warunki dopuszczalności interwencji u osoby niezdolnej wyrazić zgody. Należy do nich to, że interwencję podejmuje się tylko dla bezpośredniej korzyści tych osób i zapobieżenia szkodom dla nich (art. 7). W przypadku osób niepełnoletnich Konwencja wymaga zgody przedstawiciela ustawowego lub odpowiedniej instytucji przewidzianej prawem, przy czym niezbędne jest wzięcie pod uwagę opinii nieletniego stosownie do jego wieku i dojrzałości. Zastrzeżenie to jest zgodne z zasadą, zgodnie z którą pierwszorzędne znaczenie przysługuje faktycznym zdolnościom wydania zgody, względnie niezależnie od statusu prawnego jednostki.

Rozwiązanie opierające ważność zgody na faktycznych zdolnościach wydaje się zasadne głównie dlatego, że uwzględnia fakt, że różne decyzje mogą wymagać odmiennych zdolności, które niekoniecznie korelują ze statusem prawnym jednostki. Może zatem być tak, że zgoda niezbędna w danej interwencji nie wymaga znacznych zdolności decyzyjnych, a wobec tego można o nią zabiegać u osoby względnie niedojrzałej i nie mającej pełnej zdolności do czynności prawnych. Należy

ponadto zwrócić uwagę, że Konwencja mówi o braniu pod uwagę opinii, co w zależności od sytuacji może oznaczać jedynie zmodyfikowanie decyzji opiekuna ustawowego lub odpowiedniej instytucji bądź też dokładne dostosowanie decyzji i stosownych działań do tej opinii.

Ważnym elementem regulacji Konwencji jest wymóg brania pod uwagę wcześniej wyrażonych życzeń (zgody lub sprzeciwu) osób niezdolnych w chwili interwencji do wyrażenia zgody (art. 9). Uregulowanie to dotyczy nie tylko sytuacji nagłych, lecz także dającej się przewidzieć niezdolności do wyrażenia zgody (S. 61). Wzięcie pod uwagę nie oznacza jednak z konieczności spełnienia tych życzeń. Jak się wydaje istotne tu jest, aby wcześniej wyrażone życzenia mogły być wykonane zgodnie z ich intencją. Dlatego ak. 62 *Sprawozdania* wskazuje, że przy podejmowaniu decyzji zastępczej należy uwzględnić okres czasu dzielący wyrażenie przez pacjenta życzenia, a chwilą interwencji oraz postęp technik medycznych, jaki się dokonał od czasu sformułowania życzenia. Sugestią tego zastrzeżenia jest jak się zdaje to, że w długim czasie między decyzją a chwilą interwencji może nastąpić zmiana woli chorego, co czyni tę decyzję nieważną oraz że postęp techniczny może sprawić, iż zło, przed którym decyzja pacjenta miała chronić, daje się uniknąć w sposób mniej radykalny niż ten, którego sobie życzył pacjent.

W związku z tym zapisem nasuwają się dwie uwagi. Po pierwsze, ani Konwencja, ani *Sprawozdanie* nie określa, na czym polega wpływ różnicy między chwilą sformułowania życzenia a chwilą interwencji. Można domniemywać, iż niewielki odstęp czasu dzielący wydanie życzenia a interwencję nie powinien mieć wpływu na decyzję o jej kształcie. W takim przypadku „uwzględnienie” tego życzenia polegałoby na spełnieniu go w granicach możliwości medycyny. Bardziej problematyczne jest uwzględnienie wcześniejszych życzeń pacjenta, gdy dzieli je znaczny odstęp czasu. Chociaż jasne jest rozumowanie autorów Konwencji, że znaczny odstęp czasu nasuwa podejrzenie, że wyobrażenie, jakie w chwili wydawania swego życzenia pacjent miał o swojej sytuacji w chwili jej realizacji, jest mało miarodajne, to rozumowania tego nie należy przeceniać. W kontekstach nie medycznych podejmujemy ważne decyzje, które w chwili ich zapadania uważamy za nieodwracalne (np. zaciągamy wieloletnie kredyty hipoteczne, zawieramy związki małżeńskie), mimo że mamy zarazem świadomość, że nie jesteśmy w stanie wyobrazić sobie swej sytuacji w wiele lat po zapadnięciu tych decyzji.

Po drugie, wpływ zmian w technologiach medycznych wydaje się dotyczyć przede wszystkim życzeń, w których pacjent wyraża żądanie, aby *odstąpić* od opieki lub leczenia. Racją wydawania takich życzeń wydaje się być chęć uniknięcia postępowania medycznego, które pacjent uważa za szczególnie uciążliwe lub nie do zniesienia. Powodem niespełnienia życzenia pacjenta może być zatem przekonanie, iż nowe technologie medyczne nie są tak uciążliwe lub nie do zniesienia, jak pacjent sądził w chwili wydawania dyspozycji. Choć takie rozumowanie wydaje się poprawne, to nie musi być przekonujące. Aby być rozstrzygające, rozumowanie to musiałoby korzystać z jasnych kryteriów porównania uciążliwości nowych technologii medycznych z uciążliwością starych. Te jednak nie tylko nie są dostępne, ale też wymagałyby konsultacji z pacjentem, która jest niemożliwa z powodu natury okoliczności, w których wcześniej wyrażone życzenia miałyby być realizowane.

W obliczu wskazanych wyżej argumentów i z punktu widzenia wyjaśnień zawartych w Sprawozdaniu, wydaje się, że stanowisko Konwencji w kwestii wcześniej wyrażonych życzeń broni się przed typowymi zarzutami.

Szczegółowe rozwiązania dotyczące zgody znajdują się w Rozdziale V poświęconym eksperymentom naukowym z udziałem ludzi oraz w Rozdziale VI dotyczącym pobierania od dawców żywych organów i tkanek do przeszczepów. W odniesieniu do osób zdolnych wyrazić zgodę Konwencja wymaga stosowania w badaniach naukowych rygorów zawartych w art. 5. Konwencja dopuszcza udział ludzi w eksperymencie pod warunkiem, że nie ma bardziej efektywnego źródła poszukiwanej informacji, ryzyko dla uczestników badań nie jest nieproporcjonalnie duże w porównaniu z potencjalnymi korzyściami z badań, kompetentny i niezależny organ zaaprobował projekt badań pod względem przestrzegania standardów etycznych i metodologicznych, a potencjalni uczestnicy zostali poinformowani o swoich prawach i prawnych zabezpieczeniach ich interesów (art. 16, pkt i-iv). Konwencja zezwala na pobieranie narządów i tkanek do przeszczepu tylko dla leczniczych korzyści biorcy i gdy nie ma innej porównywalnie skutecznej metody leczniczej.

Zarówno w przypadku udziału w badaniach naukowych, jak i w dawstwie tkanek i narządów Konwencja nakłada, oprócz warunków wymienionych wyżej, dodatkowe rygory na zgodę na poddanie się stosow-

nym interwencjom i wymaga wyraźnej i konkretnej, tj. wydanej na daną interwencję w ramach określonego postępowania medycznego (S. 103) zgody, (nie wystarcza zatem zgoda dorozumiana) z tą różnicą, że zgoda na uczestnictwo w eksperymencie musi zostać udokumentowana (art. 16, par. v), tj. potwierdzona na piśmie (S. 103), zaś zgoda na dawstwo musi mieć formę pisemną lub zostać wyrażona wobec organu (art. 19, pkt 2) takiego jak sędzia czy notariusz (S. 121).

Oddzielne regulacje dotyczą zgody osób niezdolnych do wyrażenia zgody na udział w eksperymencie lub dawstwo tkanek lub narządów. Art. 17 przewiduje, że, oprócz warunków z art. 16, pkt i-iv, muszą istnieć bezpośrednio i realnie korzyści dla uczestników badań, nie ma osób zdolnych wyrazić zgodę, które można by poddać porównywalnie efektywnym badaniom naukowym, uzyskano pisemną zgodę na uczestnictwo w badaniach na warunkach z art. 6, a osoba biorąca udział w badaniach nie wyraża sprzeciwu wobec uczestnictwa. Konwencja dopuszcza też wyjątkowe prowadzenie eksperymentów na osobach niezdolnych do wyrażenia zgody na udział w eksperymencie, który nie przyniesie im bezpośredniej korzyści leczniczej wtedy, gdy badanie może przyczynić się do uzyskania wiedzy naukowej na temat stanu, choroby lub zaburzenia jednostki w celu osiągnięcia ostatecznych wyników zdolnych przynieść korzyści tej jednostce lub innym osobom z tej samej kategorii wiekowej, lub chorobowej, lub znajdujących się w takim samym stanie zdrowia, a sam eksperyment wiąże się z minimalnym ryzykiem dla swych uczestników (art. 17, pkt 2). Zgodnie z komentarzem *Sprawozdania wyjaśniającego* (ak. 104-115) intencją tego zapisu było umożliwienie postępu naukowego w badaniach nad dziećmi i chorobami ograniczającymi lub pozbawiającymi zdolności wyrażania zgody (ak. 105). Zezwolenie na takie badania uzasadnia się tym, że nie ma możliwości uzyskania odpowiedniej wiedzy z żadnych innych źródeł. Warunek braku sprzeciwu osoby niezdolnej wyrazić zgody, poddawanej badaniom na udział w nich sugeruje, że celem przepisu jest zapobieżenie stosowaniu przymusu wobec tej kategorii osób.

Dawstwo organów od osób niezdolnych wyrazić zgody zostało w Konwencji zakazane (art. 20, pkt 1). Dopuszczono jedynie dawstwo tkanek odnawialnych pod warunkiem, że nie ma dostępu do odpowiedniego dawcy zdolnego do wyrażenia zgody, biorca jest bratem lub siostrą

dawcy, podanie tkanki dawcy służy ratowaniu życia biorcy, uzyskano zgodę odpowiednio upoważnionego przedstawiciela dawcy oraz odpowiedniego organu, którym może być np. komitet etyczny (S. 130), a sam dawca nie zgłasza sprzeciwu. Zgodnie ze Sprawozdaniem wyjaśniającym, obostrzenia dotyczące pokrewieństwa stanowią kompromis między zasadą wzajemności między bliskimi (S. 126) a „zaciekłością” w poszukiwaniu dawcy (S. 129), zaś obostrzenia dotyczące zgody zastępczej – wyrażają dążenie do uniknięcia stronniczości w wydawaniu zgody na pobranie tkanki od członka rodziny niezdolnego wyrazić zgody. Wykorzystanie organów i tkanek do celów innych niż ten, dla którego je pierwotnie pobrano, jest w Konwencji dozwolone tylko po spełnieniu zasad informowania i świadomej zgody (art. 22). Bardziej szczegółowe regulacje zawiera Protokół Dodatkowy o przeszczepach organów i tkanek z 24 stycznia 2002 r.

Rozwiązania dotyczące zgody na udział w badaniach naukowych i dawstwo tkanek oraz organów przez osoby niezdolne do wyrażenia zgody budzą istotne wątpliwości, ponieważ ograniczają troskę o interesy tych osób w porównaniu z troską o interesy osób zdolnych taką zgodę wyrazić. Art. 1 Konwencji zabrania dyskryminacji istot ludzkich, a art. 2 przyznaje dobru i interesom jednostek pierwszeństwo względem wyłącznego interesu naukowego lub społeczeństwa. Tym samym Konwencja przyznaje zgodzie priorytet moralny. Priorytet ten w istotny sposób podważa jednak art. 17, pkt 2i, który dopuszcza poddanie osoby niezdolnej wyrazić zgody eksperymentowi, o ile może on przyczynić się do uzyskania wiedzy naukowej na temat stanu, choroby lub zaburzenia jednostki w celu ostatecznego osiągnięcia wyników zdolnych przynieść korzyści tej jednostce lub innym osobom z tej samej kategorii wiekowej lub chorobowej. Podobną niespójność zawiera art. 20, pkt 1, który zezwala na pobranie tkanek odnawialnych od osoby niezdolnej do wyrażenia zgody na dawstwo, jeżeli tkanki te mają być przeznaczone dla jej rodzeństwa.

Obydwa powyższe unormowania są niezgodne z centralną ideą Konwencji, w której o dopuszczalności interwencji decyduje między innymi zgoda i służyć interesom jednostki. W artykułach dotyczących udziału w eksperymencie oraz dawstwa tkanek odnawialnych interesy osób niezdolnych do wyrażenia zgody zostają ograniczone przez

odpowiednio: interesy grupy wiekowej lub chorobowej oraz solidarność rodzinną. Tym samym ochrona, jaką za pośrednictwem zgody Konwencja gwarantuje osobom zdolnym wyrazić zgodę, jest silniejsza od ochrony osób niezdolnych wyrazić zgodę. Sytuację tę można interpretować jako bliską lub identyczną z dyskryminacją, a wobec tego jako pogwałcenie art. 3 Konwencji.

Europejska Konwencja Bioetyczna opiera się na fundamentalnej zasadzie etycznej: poszanowaniu autonomii, lecz nie definiuje tego pojęcia ani jego powiązania z figurującą w art. 1 godnością. Na pierwszy rzut oka idea godności wydaje się odgrywać w Konwencji istotną rolę, co sugeruje zawarte w Preambule odwołanie do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, której podstawą moralną jest przyrodzona godność człowieka. Nigdzie w Konwencji nie ma jednak definicji pojęcia godności, co utrudnia wskazanie, jakie konkretnie działania Konwencja uznaje za pogwałcenie tej wartości. Z punktu widzenia etycznego jest to istotna słabość, ponieważ brak definicji pojęcia godności nie pozwala na nazwanie zła, jakim jest naruszenie tej wartości. Ta niejasność staje się szczególnie istotna, jeśli wziąć pod uwagę ostrożne stanowisko Konwencji w kwestii podmiotów otaczanych jej ochroną, co wyraża się, jak wskazano wyżej, w operowaniu słowem „każdy” jako równoważnikiem „istota ludzka”. Brak wyjaśnienia wartości, jaka według Konwencji przysługuje każdej istocie ludzkiej, wraz z pozostawieniem państwom ratyfikującym decyzji odnośnie do definicji tej istoty, sprawia, że ochrona godności może sprawiać wrażenie iluzorycznej.

Pewną pomocą w rozjaśnieniu tej kwestii może być zawarty w art. 1 obowiązek poszanowania integralności i innych praw i podstawowych wolności. Nakaz ten sugeruje, że ochrona godności i integralności jednostki wiąże się z przestrzeganiem norm Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (zwłaszcza norm art. 2-18), na którą powołuje się Preambuła Konwencji. Jeśli domysł ten jest trafny, to za podmioty objęte ochroną Konwencji należałoby uznać ludzi dorosłych i (zapewne) dzieci. Prawa człowieka – w postaci, jaką otrzymały w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – przysługują bowiem jednostkom czy osobom w potocznym rozumieniu tego słowa. Pewną trudność sprawiałoby w tej interpretacji natomiast to, że prawa człowieka

dotyczą ochrony jednostek przed przemocą polityczną⁵. Niezbędne byłoby zatem wyjaśnienie, w jaki sposób z praw chroniących jednostki w kontekstach politycznych można wywieść prawa chroniące w biomedycynie. Nawet jednak, gdyby ta teoretyczna trudność została przezwyciężona, nierozstrzygniętą pozostałaby kwestia ochrony takich form biologicznego życia ludzkiego jak embriony, które często znajdują się w kręgu zainteresowań biologii i medycyny. Konwencja wydaje się zapewniać znaczną ochronę ludziom dorosłym i dzieciom, nie zajmując jasnego stanowiska w bardziej kontrowersyjnych kwestiach.

Powyższej interpretacji sprzeciwia się jednak ak. 19 *Sprawozdania wyjaśniającego*, który głosi, że „powszechnie przyjęta jest zasada, zgodnie z którą godność ludzka oraz tożsamość gatunku ludzkiego powinny podlegać poszanowaniu od zapoczątkowania życia.” Obecność tej tezy w *Sprawozdaniu* zaskakuje, ponieważ nie tylko błędnie stwierdza, że zasada poszanowania ludzkiej godności obejmująca ludzkie życie od jego początku przyjęta jest powszechnie, ale też sugeruje, że Konwencja chroni również najwcześniejsze etapy ludzkiego życia, podczas gdy, jak pisałem powyżej, kwestię definicji podmiotu podlegającego ochronie *Sprawozdanie wyjaśniające* pozostawia do rozstrzygnięcia państwowemu ratyfikującemu. Oznacza to, że wbrew deklarowanemu pierwotnie minimalizmowi i ostrożności w określaniu standardów bioetycznych, autorom Konwencji nie udało się zachować neutralności w tak kontrowersyjnych sprawach. Ta rozbieżność między tekstem Konwencji a *Sprawozdaniem* dodatkowo utrudnia jednoznaczną interpretację.

Ze względu na to, że w centrum zainteresowań Konwencji znajduje się świadoma zgoda na interwencje medyczne i badawcze, można domniemywać, że – zgodnie z upowszechniającym się od lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku i obecnie dominującym stanowiskiem w bioetyce – kluczową ideą moralną Konwencji jest autonomia czy prawo jednostek do decydowania o sobie. Przyznając priorytet świadomej zgodzie i poszanowaniu autonomii, a jednocześnie w sposób niespójny powołując się na ideę godności, Konwencja wydaje się być świadectwem ewolucji w myśleniu bioetycznym polegającej na odchodzeniu od zakotwiczenia regulacji bioetycznych w godności (lub w innych warto-

⁵ Sprawę niezgodności perspektywy Konwencji a filozofią praw człowieka szczególnie podkreśla G. Hottos w „A philosophical and critical analysis of the European Convention of Bioethics”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 2000, 25: 133-146.

ściach uznawanych za obiektywne) i na wysuwaniu na plan pierwszy wolności osób zainteresowanych⁶. Zarazem jednak w pewnych kwestiach Konwencja pozostaje wierna zakorzenianiu swych norm w idei godności, co widać w zakazie czerpania korzyści finansowych z ciała ludzkiego i jego części (art. 21). Tutaj znaczenie zgody dla dopuszczalności interwencji zostaje ograniczone troską o godność istoty ludzkiej (S. 132), co oznacza, że np. dobrowolne sprzedanie własnego organu do przeszczepu zostaje zakazane, nawet jeśli spełnia wszystkie rygory świadomej zgody.

Przejsie od idei godności do prawa jednostek do decydowania o sobie (i stosowne do niego zmiany w Konwencji) wydaje się pożądane, po pierwsze ze względu na to, że w przeciwieństwie do idei prawa decydowania o sobie, pojęcie godności nie ma jednego ustalonego znaczenia ani w języku potocznym, ani w opracowaniach bioetycznych⁷. Ten brak jasności odnośnie do znaczenia pojęcia godności ujawnia niespójność Konwencji, która poszanowaniem godności istoty ludzkiej uzasadnia zakaz czerpania korzyści finansowych z ciała ludzkiego i jego części, a zarazem odwołuje się do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, która prawa uzasadnia ludzką godnością. Zakaz wskazuje na konflikt między prawem jednostki do decydowania o sobie a godnością, podczas gdy Deklaracja na godności opiera ochronę wolności, której wyrazem jest to prawo⁸. Niespójność ta dowodzi, że w Konwencji funkcjonują co najmniej dwa niezgodne znaczenia pojęcia godności, lub – co gorsza – że to pojęcie jest obciążone niespójnością, tylko w tych wypadkach bowiem możliwe jest wyprowadzanie niespójnych konkluzji z przesłanki zawierającej pojęcie godności.

Po drugie, nacisk na prawa i wolności jednostek lepiej wiąże Konwencję z ideami moralnymi, na których ufundowano Powszechną Deklarację Praw Człowieka i Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i

⁶ Powyższa interpretacja względnie niewielkiej roli idei godności w odróżnieniu od idei zgody jako świadectwa ewolucji w myśleniu o regulacji bioetycznej w zgodzie z ideami praw człowieka stoi w opozycji do interpretacji, zgodnie z którą ta różnica akcentów świadczy o zasadniczej rozbieżności między ideologią Konwencji a ideologią praw człowieka oraz o nieuzasadnionym powoływaniu się Konwencji na prawa człowieka; por. Hottois, dz. cyt. s. 138.

⁷ Por. R. Macklin, "Dignity is a Useless Concept," *British Medical Journal* 2003, 327: 1419-20. Naturalnie, z powyższych uwag nie wynika, że pojęcie autonomii jest niekontrowersyjne. Szczegółowo omówiłem je w pracy *Granice zgody: autonomia zasad i dobro pacjenta*, Wydawnictwo Naukowe „Scholar” 2005, ss. 126-165.

⁸ C. Delkeskamp-Hayes, "Respecting, Protecting, Persons, Humans, and Conceptual Muddles in the Bioethics Convention," *Journal of Medicine and Philosophy* 2000, 25: 147-180, ss. 162-164.

Podstawowych Wolności⁹. Konwencja w niewielkim stopniu rozstrzyga, co stanowi dobro konkretnych jednostek, pozostawiając zadanie określenia tego dobra im samym. Można więc domniemywać, że za główną formę poszanowania autonomii jednostki Konwencja uznaje zapewnienie jednostce wolności wyboru dokonywanej u niej interwencji medycznej lub badawczej.

Rozwiązanie to spotkało się z uznaniem wielu prawników upatrujących w nim postępu w dążeniu do zbieżności między normami prawnymi a normami etycznymi. Te opinie należy jednak traktować z dystansem, ponieważ wydają się one nie dostrzegać faktu, że Konwencja jest dokumentem prawnym. W Konwencji mamy próbę uzgodnienia norm prawnych z prawnymi, a z etycznymi tylko w takim zakresie, w jakim te ostatnie leżą u podstaw tych pierwszych. O ile więc systemy prawne państw demokratycznych gwarantują jednostce prawo do decydowania o sobie, rzeczą naturalną i oczekiwaną jest podkreślanie tego prawa w Konwencji.

Pojawiały się jednak i głosy krytyczne, wedle których lokując świadomą zgodę w swym centrum aksjologicznym Konwencja zakłada, iż istotą człowieczeństwa jest zdolność wyboru połączona z nieomylnością jednostki w kwestii oceny tego, co jest dla niej dobre¹⁰. Krytyki tego rodzaju należy uznać za oparte na nieporozumieniu. Z tego, że w dokumencie prawnym na pierwszym miejscu umieszcza się prawo jednostki do samostanowienia nie wynika, że jednostka jest w nim pojmowana jako *jedynie* istota wybierająca, ani, że jest w tych wyborach nieomylna. Co więcej, Konwencja jest regulacją *prawną*, której celem jest zapewnienie jednostkom nie dobra (w każdym razie nie wprost), lecz warunków do osiągnięcia go. Zakładając demokratyczny porządek prawny, Konwencja przyjmuje, że nie sposób sformułować koncepcji dobra jednostki, na którą zgodziliby się wszyscy obywatele społeczeństw demokratycznych, lub której można by przypisać status obiektywności i narzucić ją wszystkim obywatelom.

Z powodu umieszczenia w centrum swej aksjologii prawa jednostki do decydowania o sobie Konwencję należałoby widzieć raczej jako re-

⁹ Por. Hottois, dz. cyt., s. 137.

¹⁰ Ch. Hennau-Hublet, "Le projet de Convention de Bioethique du Conseil de l'Europe: L'espoir d'une protection elevee des droits de l'homme," *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht/Revue du Droit de Sante* (1995/1996): 25-50. cyt za DeWachter, dz. cyt.

prezentującą w swej warstwie etycznej minimalizm polegający na odejściu od tradycyjnych obiektywistycznych koncepcji etycznych na rzecz stanowiska pozostawiającego jednostkom jak największą swobodę wyboru dóbr, do których zmierzają. Minimalizm ten nie postuluje nieomyślności jednostki w kwestii jej własnego dobra, lecz raczej brak takiej nieomyślności u kogokolwiek. W obliczu braku jednej, obiektywnej wizji dobra jednostki, demokratyczne systemy prawne muszą pozostawić samej jednostce określenie tego, co na to dobro się składa, wyznaczając jedynie ogólne ramy dla dążeń jednostek, co widać także w art. 27, który zastrzega, że Konwencja zawiera wymagania minimalne, które państwa ratyfikujące mogą zwiększyć we własnych systemach prawa oraz w art. 28 postulującym demokratyzację procesu stanowienia prawa.

Konwencja jest dokumentem niedoskonałym, co widać w trudnościach obecnych w centralnej dla niej kwestii świadomej zgody na interwencję. Problemy te wynikają, jak się wydaje, z jednej strony z faktu, że jest ona kompromisem między różnymi oczekiwaniami jej autorów, a z drugiej – tego, że w czasie jej powstawania w bioetyce zachodziła ewolucja, w wyniku której priorytetem etycznym stała się troska o autonomię pacjenta i potencjalnego uczestnika badań naukowych. Równocześnie w przekonaniach bioetycznych żywa jest idea godności, w której brak jednej wyraźnej definicji będącej przedmiotem powszechnej zgody. Mimo tych niedoskonałości Konwencja stanowi ważny krok w kierunku ujednolicenia standardów bioetycznych w Europie i poza nią oraz wzmacniania demokratycznych tendencji w regulacji prawnej w medycynie i badaniach naukowych z udziałem człowieka. Należy oczekiwać, że w nieodległej przyszłości Konwencja zostanie znowelizowana tak, aby opierać się na spójnym fundamencie aksjologicznym.

Beata Janiszewska

Uwagi o charakterze prawnym odmowy zgody na interwencję medyczną

Uwagi wstępne

W jednym z poprzednich numerów kwartalnika „Prawo i Medycyna” opublikowane zostało postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 roku¹, dotyczące prospektywnej (na przyszłość) odmowy udzielenia przez pacjenta zgody na przetoczenie krwi. Orzeczenie to podejmuje zasadniczo kwestię tzw. oświadczeń *pro futuro*, czyli oświadczeń w przedmiocie podjęcia lub niepodjęcia leczenia, składanych przez pacjenta na wypadek utraty przytomności. Można mieć jednak nadzieję, że otworzy ono także nowy etap w dyskusji o zgodzie pacjenta na interwencję medyczną, wzbogacając dotychczasowe rozważania o pojęciu zgody szerszą analizą odmowy zezwolenia na udzielenie pomocy lekarskiej.

Problematyka ta pozostawała zwykle w cieniu zagadnienia zgody, chociaż o jej istotnym znaczeniu można wnioskować już z brzmienia art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej², w którym odmowa zgody powoływana jest tuż obok zgody, uznawanej za fundament systemu udzielania świadczeń medycznych. Jak stanowi powołany wyżej przepis, „Pacjent ma prawo do (...) 3) wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji”³. Sens zgody jako przesłanki le-

¹ III CZP 155/05, Prawo i Medycyna 2006, nr 25 (vol. 8).

² Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz. U. Nr 91, poz. 408, ze zm..

³ Wprost o odmowie udzielenia zgody była mowa w pierwotnym brzmieniu art. 19 pkt 2 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, który stanowił, że „Pacjent ma prawo do (...) 2) wyrażania zgody lub odmowy jej udzielenia na określone świadczenia – po uzyskaniu odpowiedniej informacji”.

galnego leczenia ujawnia się (oprócz spójności systemowej, wymagającej, aby ingerencja w sferę dóbr osobistych następowała dopiero po uzyskaniu zgody) w tym, że pacjentowi pozostawiona jest swoboda w zajęciu stanowiska „w przedmiocie wyrażenia zgody”, łącznie z możliwością podjęcia decyzji o odmowie zezwolenia. Przesłanka zgody nie mogłaby potwierdzać przyrodzonej człowiekowi zdolności do samostanowienia, gdyby stosownie dużego znaczenia nie przypisywać odmowie zezwolenia. Skoro więc dopuszczalność udzielenia pomocy medycznej oparta jest na konstrukcji zgody człowieka, w każdym przypadku – nawet w sytuacjach decydujących o zdrowiu i życiu pacjenta – nie można wykluczyć, że zgoda nie zostanie wyrażona. Potwierdzają to głośne obecnie przypadki nieudzielenia zgody na leczenie, które w praktyce stają się powodem inicjowania postępowań sądowych.

W świetle tych spostrzeżeń niezbędne wydaje się zbadanie, jaki jest – w ujęciu teoretycznym – charakter prawny oświadczenia o odmowie zgody. Wyniki tej oceny mają bowiem podstawowe znaczenie dla ustalenia kiedy i po spełnieniu jakich przesłanek, lekarz może zgodnie z prawem odstąpić od udzielenia pacjentowi pomocy medycznej. Cenne uwagi poświęcone zagadnieniu odmowy zgody na leczenie przedstawił Sąd Najwyższy stwierdzając w motywach postanowienia z 27 października 2005 roku, że oświadczenie *pro futuro* jest oświadczeniem woli w rozumieniu art. 60 k.c.. Bliższe wyjaśnienie tego stanowiska było ograniczone przedmiotem sprawy i ramami uzasadnienia, należy jednak oczekiwać, że znaczenie zarysowanej tu problematyki skłoni orzecznictwo i naukę prawa do kontynuowania analizy charakteru prawnego odmowy zezwolenia na interwencję medyczną. Mam nadzieję, że przyczynkiem do rozważenia tej kwestii będzie także niniejsze opracowanie.

Odmowa zezwolenia na leczenie na tle zasad ochrony dóbr osobistych

1. Stosownie do treści art. 60 k.c., „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonywającej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej

wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)”. W ujęciu cytowanego przepisu oświadczenie woli prowadzi do wywołania określonego skutku prawnego w postaci ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku cywilnoprawnego. Jeśli więc odmowa zezwolenia na interwencję medyczną miałaby być uznana za oświadczenie woli, ona także powinna powodować jeden z poprzednio wymienionych skutków. Właśnie w tej kwestii powstają jednak istotne wątpliwości: o ile bowiem jest oczywiste, że odmawiając zgody na leczenie pacjent ujawnia swoją wolę, o tyle na tle zasad ochrony dóbr osobistych *prima facie* trudno jest tak ujawnioną wolę powiązać z powstaniem, ustaniem lub zmianą stosunku cywilnoprawnego.

Podstawową konstrukcję ochrony dóbr osobistych⁴ w prawie polskim określa art. 24 k.c., który w § 1 zd. 1 stanowi, że „ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne”. Zarówno zagrożenie cudzego dobra osobistego, jak i wkroczenie w sferę dóbr osobistych innej osoby jest więc dopuszczalne tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z okoliczności wyłączających bezprawność naruszenia (tzw. kontratypów). Taką okolicznością może być prawnie skuteczna zgoda podmiotu, działanie na podstawie przepisu prawa⁵, wykonywanie własnego prawa podmiotowego⁶ lub działanie w celu ochrony uzasadnionego interesu społecznego⁷. Dopiero w razie zaistnienia jednego z tych kontratypów dopuszczalna jest ingerencja w cudze dobra osobiste, natomiast w innych przypadkach taka ingerencja powinna być uznana za bezprawną.

2. Zawężając dalsze uwagi do kwestii zgody można więc stwierdzić, że skoro odmowa udzielenia zezwolenia ma podmiotowi prawa zagwarantować nienaruszenie jego dóbr osobistych, jej celem nie jest powstanie, lecz wykluczenie powstania stosunku cywilnoprawnego między tym podmiotem i ewentualnym naruszcycielem. Ponadto, w celu uniknięcia

⁴ Art. 23 k.c. wymienia natomiast przykładowo, że dobrami osobistymi człowieka są „w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska (...)”.

⁵ Np. pozbawienie wolności osoby, skazanej wyrokiem Sądu na karę pozbawienia wolności.

⁶ Np. wejście na cudzą nieruchomość, stanowiące naruszenie miru domowego, może mieć podstawę w przepisach tzw. prawa sąsiedzkiego, uprawniających do zerwania owoców z gałęzi własnego drzewa, zwieszających się nad gruntem sąsiada.

⁷ Np. opublikowanie w prasie artykułu o nadużyciach władzy, zmierzające do wyeliminowania patologii w życiu politycznym i społecznym.

naruszenia dóbr osobistych człowiek nie ma obowiązku składania jakiegokolwiek oświadczenia, które miałyby wykluczyć zagrożenie lub naruszenie jego dobra osobistego. W braku regulacji szczególnej nie musi więc wyrażać swego „protestu” przeciwko mogącemu nastąpić naruszeniu, a w szczególności nie musi odmawiać zgody na wkroczenie w sferę swych dóbr osobistych. Jeśli bowiem w sposób wyraźny lub dorozumiany nie zezwoli na ingerencję, dla innych będzie to jednoznaczne z niedopuszczalnością podejmowania działań naruszających jego zdrowie, nietykalność cielesną, prywatność, godność itd. Taki skutek wywoła zarówno wyraźne stwierdzenie „odmawiam”, jak i samo milczenie – chyba że z uwagi na zachowanie się podmiotu prawa będzie można uznać, że milcząc w sposób dorozumiany wyraził on zgodę. Rzecz jednak w tym, że milczenie nie musi oznaczać odmowy; wystarczające jest, że nie oznacza zgody, bo dopiero ona zezwalałaby na wkroczenie w sferę cudzych dóbr osobistych.

W kategoriach prawnych można powiedzieć, że występuje tu podział dychotomiczny (czyli podział na dwa uzupełniające się w sposób kompletny zbiory), w ramach którego wyrażeniu zgody przeciwstawiony jest „brak zgody”, zachodzący w przypadku wyraźnej odmowy lub niewypowiedzenia się przez osobę zainteresowaną „w przedmiocie zgody”, tzn. w sprawie jej udzielenia lub nieudzielenia. Oba te zachowania wykluczają zgodną z prawem ingerencję w sferę dóbr osobistych innego podmiotu, tyle że w sytuacji wyraźnej odmowy rozwiewane są ewentualne wątpliwości, które wyjątkowo mogłyby powstać w związku z interpretacją „milczenia”. W konsekwencji może więc budzić zastrzeżenia dopatrywanie się w odmowie zgody cech oświadczenia woli, skoro np. nieważność tego oświadczenia, spowodowana brakiem świadomości lub swobody (art. 82 k.c.) i tak nie wpływałaby na ocenę prawną ingerencji w dobra osobiste człowieka, lecz stwarzałaby jedynie inną podstawę uzasadnienia niedopuszczalności takiej ingerencji. Nadal zachodziłby tu stan „braku zgody”, tyle że wynikającego nie z odmowy zgody (jak wcześniej wskazano, to oświadczenie woli byłoby dotknięte nieważnością), ale z braku ważnego oświadczenia zezwalającego na wkroczenie w sferę cudzych dóbr osobistych.

3. Jeśli te ogólne spostrzeżenia odnieść do sytuacji pacjenta, można byłoby twierdzić, że skoro interwencja medyczna wiąże się z narusze-

niem dóbr osobistych zasadniczo wymagającym zgody pacjenta, dla skutecznego wyłączenia legalności udzielenia pomocy pacjentowi wystarczający byłby brak jakiegokolwiek oświadczenia w przedmiocie zgody. Nawet w sytuacji, w której pacjent nie wypowiada stanowczego „odmawiam”, ale po prostu zachowuje milczenie, lekarz nie byłby uprawniony do podjęcia względem niego działań medycznych. Z punktu widzenia oceny charakteru prawnego zgody na interwencję lekarską pod znakiem zapytania stawałaby zatem celowość wyróżniania odmowy wyrażenia zgody jako jednej z postaci szerszej rozumianego „braku zgody”. Skoro bowiem samo milczenie wyłącza legalność interwencji medycznej, jakim szczególnym skutkiem (oprócz osiągnięcia jasności sytuacji) służyłaby odmowa zezwolenia na leczenie? Uzasadnione byłyby także sygnalizowane wcześniej wątpliwości: czy oświadczenie o odmowie udzielenia zgody na leczenie można uznać za oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 k.c., skoro wbrew istocie oświadczenia woli, mającego prowadzić do powstania, ustania lub zmiany stosunku cywilnoprawnego, celem odmowy zezwolenia jest wykluczenie ingerencji lekarza, zapewniające niepowstanie takiego stosunku prawnego.

Potwierdzeniem tych zastrzeżeń byłaby także podnoszona wcześniej okoliczność, że w świetle modelu ochrony dóbr osobistych po stronie zainteresowanego podmiotu nie istnieje obowiązek składania jakiegokolwiek oświadczenia, aby uzyskać skutek niedopuszczalności ingerencji w sferę dóbr osobistych tego podmiotu. Ingerencja jest bezprawna w każdej sytuacji braku zgody, zarówno w razie odmowy zezwolenia, jak i niewypowiedzenia się w przedmiocie zgody. Takie wnioskowanie skłaniałoby do konkluzji, że odmowa zgody na leczenie, chociaż niewątpliwie wyraża wolę pacjenta, nie stanowi oświadczenia woli w ujęciu prawa cywilnego.

4. Wydaje się, że mimo tych wątpliwości, w prawnej ocenie relacji lekarz – pacjent odmowa zezwolenia ma znaczenie, które nie ogranicza się jedynie do uzyskania wyrazistego stanowiska pacjenta w przedmiocie leczenia. Wprawdzie przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁸ (powoływanej dalej jako ustawa) posługują się zasadniczo pojęciem zgody, a nie braku zgody, jednak z ich wykładni można,

⁸ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jednolity, Dz.U. z 2005 r., Nr 226, poz. 1943).

jak myślę, wnosić, że w pewnej kategorii sytuacji „medycznych” (zagrożenia życia lub zdrowia oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki) ustawodawca sprawę dopuszczalności interwencji lekarskiej, obiektywnie stanowiącej formę ingerencji w sferę dóbr osobistych pacjenta, kształtuje inaczej niż w pozostałych, „niemedycznych” przypadkach naruszenia tych dóbr.

Odmowa wyrażenia zgody na leczenie a zasady wykonywania zawodu lekarza

1. Z punktu widzenia dalszych rozważań podstawowe znaczenie należy przypisać analizie unormowań zawartych w rozdziale 5. ustawy, zatytułowanym „Zasady wykonywania zawodu lekarza”. Wśród tych zasad na szczególną uwagę zasługują dwie fundamentalne reguły określające prawne ramy działania lekarzy: obowiązek niesienia pomocy oraz konieczność uzyskania zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych.

Pierwsza z tych zasad została wyrażona w art. 30 ustawy, który stanowi, że „lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”. Unormowanie to nakłada na lekarza ustawowy obowiązek udzielenia pomocy w razie zaistnienia opisanych w nim sytuacji. Jednocześnie – stosownie do drugiej zasady – w szeregu innych przepisów stawiane jest wymaganie, aby wykonywanie świadczeń zdrowotnych następowało po wyrażeniu zgody przez pacjenta. Ogólną regułą wyraża w tej materii art. 32 ust. 1 ustawy, głoszący, że „lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta”. O znaczeniu zgody świadczy dobitnie fakt, że nawet przypadek opisany w art. 30 ustawy nie jest „wyjątkiem przewidzianym w ustawie” w rozumieniu art. 32 ust. 1 ustawy, czyli wyjątkiem zwalniającym lekarza z obowiązku uzyskania zgody pacjenta. Zatem również w sytuacji niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia albo w innych przy-

padkach niecierpiących zwłoki lekarz co do zasady musi uzyskać zgodę pacjenta na udzielenie mu pomocy.

2. Zestawiając obie te reguły odnosi się wrażenie, że realizują one przeciwstawne tendencje: z jednej strony – zapewnienia ratowania życia i zdrowia człowieka (art. 30 ustawy), a z drugiej – poszanowania jego decyzji w sprawie leczenia poprzez uzależnienie interwencji medycznej od zezwolenia pacjenta (art. 32 ust. 1 ustawy). Jednak bliższa analiza przepisów regulujących zasady wykonywania zawodu lekarza pozwala, moim zdaniem, stwierdzić, że cytowanym unormowaniom towarzyszą zbieżne założenia ustawodawcy, nadające spójność całemu systemowi udzielania świadczeń medycznych.

Prawodawca dostrzegł odmienną sytuację niesienia pomocy lekarskiej od innych przypadków wkroczenia w sferę cudzych dóbr osobistych. Działanie lekarza, chociaż obiektywnie stanowi ingerencję w takie dobra, podejmowane jest przecież w celu ochrony życia lub zdrowia człowieka, a co więcej – zwykle jest pożądane przez pacjenta oczekującego udzielenia mu pomocy medycznej. Te spostrzeżenia nie pozostały bez znaczenia dla oceny charakteru, a wręcz specyfiki relacji zachodzących między lekarzem i pacjentem.

W ukształtowaniu przepisów rozdziału 5. ustawy ustawodawca oparł się bowiem, moim zdaniem, na niewyrażonym wprost, generalnym założeniu, że życie i zdrowie ludzi trzeba ratować i chronić. W bardziej indywidualnej płaszczyźnie założenie to przybrało postać pewnej supozycji, że pacjent dążąc do ratowania swego życia lub zdrowia będzie raczej wyrażał zgodę na podjęcie względem niego działań medycznych, niż odmawiał udzielenia takiego zezwolenia. Normatywne odzwierciedlenie tych idei w przepisach ustawy z jednej strony przybrało postać bezwarunkowego, niedoznającego wyjątków nakazu udzielenia przez lekarza pomocy, w razie gdy „zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki”. Interwencję w tych sytuacjach może powstrzymać tylko wola pacjenta, który nie wyrazi zgody na udzielenie mu pomocy. Z drugiej strony natomiast, te same idee zdecydowały o tym, że w wyjątkowych okolicznościach działanie lekarza nie wymaga zezwolenia pacjenta na podjęcie interwencji medycznej.

Sprzycaniem postawie niesienia pomocy lekarskiej (przy jednoczesnym honorowaniu znaczenia zgody pacjenta) nalezy chyba tłumaczyc fakt, ze mimo wielokrotnego odwoływania się do konieczności uzyskania zgody, w przepisach ustawy prawie całkowicie pominięta została kwestia odmowy zezwolenia na leczenie⁹. Także ze sposobu formułowania poszczególnych regulacji można wnosić, jak ustawodawca postrzega zależność między obowiązkiem niesienia pomocy i koniecznością uzyskania zgody pacjenta. Tytułem przykładu warto przytoczyć treść art. 33 ust. 1 ustawy, stosownie do którego „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 i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym”. Charakterystyczne jest tu sformułowanie „nie może wyrazić zgody” (a nie np. „nie może wypowiedzieć się w przedmiocie zgody”), wskazujące, że konstruowaniu przepisu towarzyszyło przekonanie, iż zgoda byłaby zapewne udzielona przez samego pacjenta, gdyby tylko był on zdolny do wypowiedzenia się w przedmiocie zezwolenia na interwencję medyczną, tzn. gdyby nie zachodziły przeszkody wynikające ze stanu jego zdrowia lub z wieku.

3. Zarysowane wyżej ukształtowanie relacji między lekarskim obowiązkiem niesienia pomocy a obowiązkiem uzyskania zgody pacjenta może być podstawą do wywodzenia wniosków o charakterze prawnym odmowy zezwolenia na leczenie. Fundamentalne znaczenie należy tu wiązać z faktem, że z treści art. 30 ustawy można wywodzić nie tylko konkluzje o zawodowych powinnościach lekarza, ale także prawny, wynikający z ustawy obowiązek działania. Przepis ten określa elementy normy prawa, nakładającej na lekarza obowiązek niesienia pomocy medycznej. Hipoteza tej normy została zarysowana szeroko: obejmuje ona wszystkie przypadki, w których zwłoka w udzieleniu pomocy mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz inne przypadki niecierpiące zwłoki. Stosownie do dyspozycji art. 30 ustawy, w takich sytuacjach lekarz „ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej”.

⁹ Tych spostrzeżeń nie podważa fakt, że w jednym, wąsko ujętym przypadku uregulowano wprost sytuację sprzeciwu wobec czynności medycznych, przewidując zresztą możliwość „przełamania” go orzeczeniem sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 6 ustawy).

4. Z brzmienia omawianego przepisu można zatem wnosić, że obowiązek lekarza powstaje z mocy prawa już w chwili zaistnienia okoliczności wymienionych w hipotezie art. 30 ustawy. Chociaż więc obowiązek ten nie uchyla konieczności uzyskania zezwolenia na interwencję medyczną, jednak jego powstanie nie powinno być wiązane dopiero z momentem wyrażenia zgody przez pacjenta – tak, jakby do tej pory art. 30 ustawy nie znajdował zastosowania do oceny sytuacji prawnej lekarza. Kwestia zgody, decydującej o możliwości udzielenia pomocy, rozstrzygana jest w związku z istniejącym już obowiązkiem, a wręcz – właśnie dlatego, że ten obowiązek powstał.

Za takim stanowiskiem przemawia kilka argumentów. Po pierwsze, umiejscowienie art. 30 ustawy, czyli pierwszego przepisu rozdziału 5 (Zasady wykonywania zawodu lekarza), wskazuje na podstawowe znaczenie tego unormowania wśród wszystkich innych prawnych regulacji działania lekarzy. Po drugie, obowiązek niesienia pomocy został w art. 30 ustawy wyrażony w sposób bezwarunkowy i jednoznaczny, a wydzźwięk tego przepisu jest dodatkowo wzmacniany brakiem jakiegokolwiek wzmianki o konieczności uzyskania zgody pacjenta na udzielenie mu pomocy lekarskiej. Po trzecie, wprawdzie z kolejnych przepisów ustawy wynika wspomniane ostatnio wymaganie uzyskania zezwolenia, ale powinno być ono traktowane jako wymaganie odrębne, aktualne w każdym przypadku interwencji medycznej, także nieobjętym działaniem art. 30 ustawy. Po czwarte, formuła art. 30 jest uniwersalna i obejmuje wszystkie przypadki konieczności niesienia pomocy, także te, w których zezwolenie pacjenta nie jest potrzebne, aby doszło do działań medycznych. Zgoda nie mogłaby tu zatem „warunkować” powstania lekarskiego obowiązku udzielenia pomocy. Co więcej, stosunkowo często przypadki takie mają miejsce właśnie w okolicznościach objętych działaniem art. 30 ustawy, czyli wtedy, gdy zwłoka w udzieleniu pomocy może spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki.

Podsumowując, na lekarzu, który w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia człowieka zwraca się do pacjenta z pytaniem o udzielenie zgody na interwencję medyczną, ciąży już, jak się wydaje, obowiązek niesienia pomocy, tyle że dopełnienie się wszystkich elementów legalnego wkro-

czenia w sferę dóbr osobistych pacjenta wymaga uzyskania jego zgody. Jednak zarówno zwrócenie się do pacjenta o wyrażenie zgody, jak i samodzielne podjęcie działań medycznych w sytuacjach uprawniających do leczenia bez uzyskania zezwolenia pacjenta, następuje w ramach ciężącego na lekarzu ustawowego obowiązku udzielenia stosownego świadczenia medycznego. Dla dalszej analizy charakteru prawnego odmowy zgody oznacza to, że istnieje stosunek prawny, na którego byt może wpłynąć odmowa zezwolenia na podjęcie interwencji medycznej.

5. Ocena odmowy zezwolenia na udzielenie pomocy lekarskiej wymaga analizy jeszcze jednej kwestii – jak w sytuacji konieczności ratowania życia lub zdrowia człowieka powinien być rozumiany „brak zgody”, czyli stan przeciwny wyrażeniu zgody na wkroczenie w sferę dóbr osobistych pacjenta. Wcześniej wspomniano, że w systemie ochrony dóbr osobistych „zgodzie”, jako okoliczności wyłączającej bezprawność naruszenia tych dóbr, przeciwstawiany jest „brak zgody”, na który składają się przypadki wyraźnej odmowy zezwolenia na ingerencję w cudze dobra osobiste oraz przypadki, w których zainteresowany podmiot w ogóle nie wypowiada się w sprawie udzielenia lub odmowy zgody.

Jak się wydaje, inaczej kwestia ta została ujęta w przepisach ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Na tle tych przepisów można wyróżnić trzy sytuacje, decydujące o powinym zachowaniu się lekarza w razie konieczności interwencji medycznej (art. 30 ustawy): (1) niezdolności pacjenta do świadomego wyrażenia zgody, a w razie zachowania takiej zdolności – (2) wyrażenia zgody albo (3) odmowy udzielenia zezwolenia na interwencję medyczną. Jeśli chory nie jest przytomny albo mimo przytomności nie istnieje możliwość porozumienia się z nim na tyle, żeby w sposób dostateczny ujawnił swą wolę w przedmiocie leczenia, zgodnie z art. 32 ust. 2 ustawy uzasadnione byłoby podjęcie przez lekarza interwencji (w razie potrzeby natychmiastowego świadczenia pomocy) lub zwrócenie się do Sądu o udzielenie zastępczego zezwolenia na leczenie.

Jeśli natomiast pacjent jest zdolny do świadomego wypowiedzenia się w przedmiocie zgody, można reprezentować stanowisko, że w bezpośrednim kontakcie z pacjentem lekarz każdorazowo powinien wprowadzić wniosek o jakimś stanowisku pacjenta „w przedmiocie” zgody na leczenie, tzn. o wyrażeniu zgody lub o odmowie jej udzielenia. W

sytuacji konieczności niesienia pomocy każde zachowanie takiego „świadomego” pacjenta pytanego o wyrażenie zgody (także milczenie) powinno być rozważone z uwzględnieniem wszystkich okoliczności i stosownie do tego uznane za – choćby dorozumianą – zgodę albo odmowę zgody. Trudno byłoby bowiem zaaprobować takie postępowanie, dopuszczalne w zwykłych, „niemedycznych” sytuacjach, stosownie do którego brak „pozytywnego” oświadczenia o zgodzie uprawniającej lekarza do udzielenia pomocy powodowałby, iż lekarz nie wnikając w przyczyny milczenia odstępowałby od chorego uznając, że istotna jest jedynie zgoda, a każde inne zachowanie pacjenta wyłącza prawo (i obowiązek) lekarza udzielenia pomocy choremu.

6. Uwzględniając wnioski, wynikające z dwu ostatnio rozważanych wątków (punkty 4 i 5) można ostrożnie zaprezentować pogląd, że w sytuacjach uregulowanych w art. 30 ustawy odmowa wyrażenia zgody na interwencję medyczną może być uznana za oświadczenie woli. Złożenie tego oświadczenia prowadziłoby do skutku prawnego w postaci ustania stosunku prawnego, który z mocy art. 30 powstał w związku z ustawowym, lekarskim obowiązkiem niesienia pomocy medycznej.

Przeciwko temu stanowisku nie powinien także przemawiać fakt, że w modelu ochrony dóbr osobistych już brak jakiegokolwiek oświadczenia w przedmiocie zgody wyklucza ingerencję w sferę cudzych dóbr osobistych – co poddawałoby w wątpliwość celowość wyróżniania odmowy zgody jako podkategorii „braku zgody”. W przypadkach uregulowanych w art. 30 ustawy, w bezpośrednim kontakcie lekarza z pacjentem, nie powstaje bowiem, jak się zdaje, pole do takiego „milczenia”, które mogłoby nie oznaczać ani zgody, ani odmowy zezwolenia na udzielenie pomocy¹⁰. Jeśli pacjent jest świadomy i zdolny do wypowiedzenia się w przedmiocie zgody, z jego zachowania (nawet milczącego) lekarz powinien wywieść wnioski o stanowisku pacjenta w sprawie zezwolenia na leczenie. Przepisy przewidują bowiem stan wyrażenia zgody lub odmowy jej udzielenia (w obu przypadkach – wyraźnie lub w sposób dorozumiany) oraz stan braku możliwości świadomego wyrażenia woli. W odróżnieniu od przedstawionego wyżej ogólnego modelu zezwalania na wkroczenie w sferę cudzych dóbr osobistych,

¹⁰ Taka sytuacja zachodziłaby, jak myślę, tylko wtedy, gdy pacjent wyraził zgodę lub odmówił jej wyrażenia, ale oświadczenie w tym przedmiocie było dotknięte nieważnością lub było nieskuteczne.

nie powstawałby tu zatem stan „braku zgody”, blokujący legalne udzielenie pomocy, a rozumiany jako niewypowiedzenie się pacjenta w przedmiocie zgody¹¹.

Uznanie, że odmowa zgody na udzielenie pomocy stanowi oświadczenie woli, ułatwia określenie sytuacji prawnej lekarza i pacjenta. Z punktu widzenia obu tych podmiotów podstawowe znaczenie uzyskuje bowiem ustalenie, czy pacjent zdolny do świadomego wypowiedzenia się w przedmiocie zgody „ujawnił swą wolę w sposób dostateczny”, a w dalszej kolejności – czy to oświadczenie jest ważne i skuteczne. Dążenie do takiej klarowności wydaje się bardzo cenne. Ustawodawca system świadczeń medycznych oparł na konieczności uzyskania zgody, a jednocześnie w art. 30 ustawy nałożył na lekarza ustawowy obowiązek niesienia pomocy, dając wyraz niejako bezwarunkowemu nakazowi ratowania życia i zdrowia człowieka. W wykładni przepisów określających zasady wykonywania zawodu lekarza powinno się zatem, moim zdaniem, poszukiwać jasnego, czytelnego systemu legalnego udzielenia pomocy lub legalnego zaniechania leczenia pacjenta. Elementem takiego systemu może być także przyjęcie, że w sytuacjach objętych działaniem art. 30 ustawy odmowa zgody na interwencję medyczną jest oświadczeniem woli.

Podsumowanie

Analiza przepisów normujących zasady wykonywania zawodu lekarza skłania do zaprezentowania stanowiska, że w przypadkach, w których na lekarzu ciąży ustawowy obowiązek udzielenia pomocy medycznej, odmowa wyrażenia zgody na interwencję może być uznana za oświadczenie woli w ujęciu art. 60 k.c.. W świetle tego zapatrywania do odmowy zgody (podobnie jak do zgody) powinny być zatem stosowane przepisy o składaniu oświadczeń woli oraz o ważności i skuteczności tych oświadczeń. Pozwalałoby to uprościć ocenę prawną odmowy zgody i zapewniałoby pewną symetrię w obu możliwych zachowaniach świa-

¹¹ Podobne spojrzenie na tę kwestię można także ostrożnie wywodzić z brzmienia przytoczonego wcześniej art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, w którym mowa o wyrażeniu zgody lub odmowie, z pominięciem przypadku niewypowiedzenia się w ogóle w przedmiocie zgody.

domego pacjenta: zezwoleniu na leczenie i odmowie udzielenia takiego zezwolenia. W każdej z tych sytuacji oświadczeniu pacjenta stawiane byłyby jednakowe wymagania ujawnienia woli w sposób dostateczny, niewadliwy i oparty na zrozumiałej, przystępnej informacji o stanie zdrowia pacjenta oraz potrzebie podjęcia działań medycznych.

Przedstawiony wyżej model oceny zachowania pacjenta pozwoliłby także na uzyskanie klarowności w stosunkach lekarza i pacjenta. Lekarz, który w związku z realizacją ustawowego obowiązku niesienia pomocy musi ustalić, czy chory wyraża zgodę na świadczenie medyczne, koncentrowałby się bowiem na zbadaniu „dostatecznego ujawnienia woli” (art. 60 k.c.), rozstrzygającego o wiążącym stanowisku pacjenta w przedmiocie leczenia. Natomiast pacjent, który takie oświadczenie niewadliwie złożył, miałby zagwarantowaną możliwość honorowania jego woli w przedmiocie podjęcia lub niepodjęcia leczenia.

Robert Karcz

Obrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na praktyczne problemy pojawiające się w postępowaniu sądowym w sprawach dotyczących wyrażenia zgody przez sąd opiekuńczy – w miejsce dorosłego pacjenta – na określony sposób jego leczenia (art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty; dalej: „u.z.l.”). Omówione trzy sprawy dotyczą dorosłych pacjentów, posiadających pełną zdolność do czynności prawnych, zdrowych psychicznie, którzy powołując się na swoje przekonania religijne jako Świadkowie Jehowy odmawiali w pisemnych oświadczeniach zgody na transfuzję krwi. Sprawy te przedstawiają walkę, jaką musieli oni toczyć zarówno z publicznymi zakładami opieki zdrowotnej, jak i sądami, aby szanowano ich prawo odmowy wyrażenia zgody na zabieg transfuzji.

Z art. 34 ust. 1 i 3 u.z.l. wynika, że pacjent ma prawo do decydowania o tym, czy wykonać u niego określony zabieg, oraz że sąd opiekuńczy nie może orzekać w sprawie zgody na zabieg u pacjenta posiadającego pełną zdolność do czynności prawnych, chyba że pacjent jest „niezdolny do świadomego wyrażenia pisemnej zgody”. Niestety, brak w u.z.l. przepisu rozstrzygającego, czy pacjent może zawczasu, na wypadek utraty przytomności, a więc na wypadek „niezdolności do świadomego wyrażenia pisemnej zgody” wyrazić zgodę na zabieg albo jej odmówić. W praktyce sądowej okazało się, że szereg kwestii jest różnie interpretowanych przez sądy, co będzie uwypuklone przy omówieniu przebiegu tych spraw.

2. Sprawa Tomasza M.

W piśmie, które wpłynęło do Sądu Rejonowego dnia 11.6.2002 r. publiczny zoz¹ wystąpił o wyrażenie zgody na przetoczenie krwi dorosłemu pacjentowi sprzeciwiającemu się temu zabiegowi². Tego samego dnia Sąd Rejonowy w składzie zawodowym 3 sędziów³ przeprowadził rozprawę, z której sporządził protokół podpisany przez protokolanta i przewodniczącego. W protokole zapisano, że stawili się „Dr Tadeusz N. – wnioskodawca”⁴ oraz „Uczestnik Tomasz M.”⁵ Po odebraniu oświadczenia od wnioskodawcy o stanie zdrowia pacjenta Sąd dopuścił dowód z opinii biegłych 3 lekarzy obecnych na posiedzeniu, w tym ordynatora Tadeusza N, który występował jako wnioskodawca⁶. Z opinii biegłych wynikało, że pacjentowi trzeba podać krew. Natomiast co do sprzeciwu pacjenta wobec transfuzji biegli wyrażali wątpliwości, czy sprzeciw ten był świadomy⁷. Po zamknięciu rozprawy Sąd natychmiast ogłosił postanowienie o wyrażeniu zgody na transfuzję krwi⁸. Pacjent

¹ W dalszej części będę używał nazwy „szpital”.

² Treść wniosku: „Uprzejmie proszę o wyrażenie zgody na przetoczenie krwi u pacjenta przyjętego na Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii w ... Tomasza M. ... ur. 26.09.1968 r. zam. ... Pacjent uległ wypadkowi komunikacyjnemu, w wyniku którego doszło do licznych obrażeń W chwili przyjmowania na oddział jako Świadek Jehowy nie wyrażał zgody na przetoczenie krwi i preparatów krwiopochodnych. Od pół godziny chory jest nieprzytomny, podłączony do respiratora. Stan zdrowia pacjenta pogarsza się. Jeżeli nie zostanie przetoczona krew choremu leczenie stosowane do tej pory nie przyniesie pozytywnego efektu. Prawdopodobnie nastąpi zgon pacjenta. Z poważaniem Ordynator Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii dr n. med. ...”.

³ Wyznaczenie składu zawodowego 3 sędziów nastąpiło zarządzeniem wiceprezesa Sądu Rejonowego na podstawie art. 47 § 4 kpc.

⁴ Z oznaczenia stron sprawy w protokole wynikało, że wnioskodawcą jest „Ordynator Oddziału Intensywnej Terapii i Anestezjologii ... Tadeusz N.

⁵ Wzmianka o stawiennictwie uczestnika – pacjenta była o tyle zaskakująca, że pacjent był w tym czasie nieprzytomny i podłączony do respiratora.

⁶ Okoliczność, że wnioskodawca miałby być jednocześnie biegłym i że obowiązuje zasada, iż nie można być powołanym na biegłego we własnej sprawie, uszła jak widać uwadze Sądu.

⁷ Opinia ordynatora: „Ja pytałem pacjenta, czy wyraża zgodę na ewentualną transfuzję. On odpowiedział mi, że nie wyraża zgody. Nie wyraził zgody na przetoczenie krwi i preparatów krwiopochodnych. Motywował to swoimi przekonaniami religijnymi, jako świadek Jehowy. Sens wypowiedzi uczestnika jeśli chodzi o wyrażenie zgody na transfuzję nie był dla mnie jasny i oczywisty, czy rzeczowy, miałem wątpliwości co do tego, czy on świadomie nie wyraża zgody na ewentualną transfuzję krwi. W mojej ocenie świadome wyrażenie zgody było niemożliwe z uwagi na stan zdrowia pacjenta, mając na względzie jego doznane obrażenia w chwili odbierania od niego oświadczenia. W chwili obecnej stan się pogorszył i systematycznie pogarsza się, nie mamy możliwości uzyskania od niego zgody na przetoczenie krwi w zw. z powyższym zwróciliśmy się z takim wnioskiem do Sądu.” Istotną będzie uwaga, że biegły (a jednocześnie wnioskodawca) później podał istotny fakt, który zeznał na rozprawie odbytej na skutek skargi o wznowienie postępowania: „uczestnikowi podaliśmy oświadczenie do podpisania, że jest świadomy, iż nie przetoczenie krwi grozi pozbawieniem życia i uczestnik podpisał to oświadczenie”.

⁸ Treść orzeczenia z 11.6.2002 r. III RNs 253/02: „I. Wyrazić zgodę w miejsce niezdołnego do świadomego wyrażenia zgody uczestnika Tomasza M. ur. ... na przetoczenie krwi i preparatów krwiopochodnych. II. Kosztami postępowania obciążyć Skarb Państwa”.

odzyskał zdrowie i opuścił szpital. Po dowiedzeniu się, że przetoczono mu krew, przez adwokata pismem z dnia 19.8.2002 r. wniósł skargę o wznowienie postępowania, opartą na podstawie pozbawienia uczestnika możliwości działania w sprawie⁹, z wnioskiem o zmianę zaskarżonego postanowienia przez stwierdzenie braku podstaw do wyrażania zgody na leczenie pacjenta. Ponadto adwokat złożył wniosek o sprostowanie protokołu rozprawy przez wykreślenie zdania, że na posiedzenie stawił się uczestnik, i wpisanie, że nie stawił się ani nie został o posiedzeniu powiadomiony¹⁰. W uzasadnieniu skargi podniesiono, że pacjent wyraził stanowczo sprzeciw wobec transfuzji krwi¹¹. Wniosek o sprostowanie protokołu rozprawy został załatwiony odmownie¹². Wydawało się wówczas, że skarga o wznowienie postępowania zostanie odrzucona, albowiem skoro uczestnik (pacjent) był obecny na rozprawie (w protokole zapisano, że się stawił na rozprawę, a wniosek o sprostowanie protokołu oddalono), to nie był pozbawiony możliwości obrony. Złożonego przez adwokata wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadków m.in. sędziów orzekających w sprawie oraz lekarzy w szpitalu w celu wykazania nieprawdziwości zawartego w protokole zapisu, że uczestnik stawił się na rozprawę, ewentualnie celem wyjaśnienia, że użyte w protokole pojęcie „stawiennictwa na rozprawę” sędziowie rozumieją inaczej, niż wynika to ze słownika języka polskiego,

⁹ Art. 401 pkt. 2 w zw. z art. 13 § 2 kpc. W uzasadnieniu skargi napisano, że rozprawa odbyła się pod nieobecność uczestnika (wbrew treści protokołu rozprawy, w którym stwierdzono, że uczestnik się stawił), albowiem uczestnik był w czasie rozprawy nieprzytomny.

¹⁰ W uzasadnieniu wniosku powołano się na oczywiście znany Sądowi fakt, że w czasie rozprawy pacjent był nieprzytomny i podłączony do respiratora, oraz na to, że nie doręczono uczestnikowi wezwania na rozprawę.

¹¹ Skarga wskazywała ponadto na liczne uchybienia Sądu, w szczególności przesłuchanie wnioskodawcy w charakterze biegłego, błędne uznanie ordynatora za wnioskodawcę, chociaż nie posiada on interesu prawnego, pominięcie, że pacjent wyraził sprzeciw wobec transfuzji nie tylko ustnie, ale także w formie pisemnego oświadczenia sporządzonego przed wypadkiem na sytuację utraty przytomności. Nadto po przesłuchaniu na rozprawie okazało się, że pacjent w obecności ordynatora podpisał drugie pisemne oświadczenie o braku zgody na transfuzję krwi.

¹² Najpierw zarządzeniem z dnia 2.9.2002 r. przewodniczący oddalił wniosek, uzasadniając odmowę następująco: „Zawnioskowany sposób sprostowania protokołu rozprawy z dnia 11 czerwca 2002 r. nie ma żadnego uzasadnienia, gdyż rozprawa w przedmiotowej sprawie została wyznaczona w tym samym dniu poza siedzibą Sądu, w miejscu pobytu uczestnika w ww. Szpitalu”. Po złożeniu odwołania od tego zarządzenia, Sąd Rejonowy postanowieniem z dnia 20.9.2002 r. „oddalił zażalenie” (choćby środek zaskarżenia, zgodnie z art. 160 kpc, nie był zażaleniem, lecz odwołaniem), uzasadniając rozstrzygnięcie następująco (cytuję pełną treść uzasadnienia, bez żadnych skrótów): „Zarządzeniem z dnia 2 września 2002 r. oddalony został wniosek o sprostowanie protokołu rozprawy z dnia 11 czerwca 2002 r. Uczestnik złożył zażalenie na ww. orzeczenie negując wszystkie argumenty przytoczone w uzasadnieniu zarządzenia. Sąd nie podzielił stanowiska uczestnika zawartego w zażaleniu z dnia 16 września 2002 r. i orzekł jak w sentencji postanowienia”.

Sąd nie uwzględnił, albowiem – po przeprowadzeniu rozprawy dnia 18.12.2002 r. i przesłuchaniu wnioskodawcy oraz uczestnika – Sąd Rejonowy postanowieniem z dnia 30.12.2002 r. wprawdzie oddalił skargę o wznowienie postępowania, ale przyjął, że spełniona została przesłanka wznowienia – pacjent był pozbawiony możliwości działania w sprawie. W pisemnym uzasadnieniu Sąd wskazał, że stan zdrowia pacjenta w chwili wyrażenia odmowy zgody w szpitalu uniemożliwił mu wyrażenie woli¹³; chociaż pacjent sporządził pisemne oświadczenie o odmowie zgody na transfuzję, to mógł zmienić zdanie¹⁴; Państwo ma prawo do ograniczenia wolności wyznania uczestnika¹⁵.

Postanowienie uprawomocniło się bez jego zaskarżenia.

3. Sprawa Bogusławy Ł.

Szczegółowe omawianie tej sprawy nie jest konieczne, ponieważ dotyczy jej postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27.10.2005 r. III CK 155/05, OSNC 2006, z 7-8, poz. 137. Jedyne celem przypomnienia należy podać, że u pacjentki wykonano na podstawie postanowienia Sądu Rejonowego transfuzję krwi mimo jej pisemnego sprzeciwu. Sprzeciw ten Sąd Rejonowy uznał za niewiążący¹⁶. Sąd Rejonowy orzekał na posiedzeniu niejawnym, nikogo nie przesłuchał, a jedynym materiałem dowodowym było pismo szpitala. Sąd Rejonowy nie uznał szpitala za wnioskodawcę, lecz jedynie za osobę zawiadamiającą o potrzebie wszczęcia postępowania z urzędu. Po wniesieniu apelacji przez syna pacjentki Sąd Rejonowy uznał go za uczestnika, obok samej pacjentki. Sąd Okręgowy po rozpoznaniu apelacji pacjentki i jej syna uchylił postanowienie Sądu Rejonowego i umo-

¹³ „W chwili bowiem przyjęcia do szpitala uczestnik był nieświadomy, nie zdawał sobie sprawy ze swojego stanu zdrowia, nie wiedział, że znajduje się w sytuacji zagrażającej jego życiu”.

¹⁴ „Wprawdzie podjął decyzję odmawiającą leczenia krwią, jednakże – Sąd uznał, że taką decyzję zawsze mógł odwołać będąc świadomy skutków podjętej decyzji”.

¹⁵ „Niemniej jednak wolność w uzewnętrznianiu religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy gdy jest to konieczne dla ochrony bezpieczeństwa państwa ... zdrowia ... osób (art. 53 ust. 1 i 5 Konstytucji...) ... Taka sytuacja ma właśnie miejsce w przedmiotowej sprawie ...”.

¹⁶ Stanowisko o braku mocy wiążącej sprzeciwu Sąd Rejonowy uzasadnił następująco: „Wobec nadrzędnej – w systemie społecznych wartości – potrzeby ratowania życia ludzkiego, zgoda sądu opiekuńczego na poddanie poszkodowanej czynnościom medycznym wskazanym przez lekarza specjalistę anestezjologii i intensywnej terapii była konieczna i w pełni uzasadniona”.

rzył postępowanie, uznając orzekanie za zbędne wobec opuszczenia szpitala przez pacjentkę, ale jednocześnie zaaprobował stanowisko Sądu Rejonowego, że sprzeciw pacjentki był niewiążący¹⁷. Sąd Najwyższy na skutek kasacji pełnomocnika pacjentki uchylił postanowienie Sądu Okręgowego i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania, uznając, że orzekanie nie stało się zbędne po wyzdrowieniu pacjenta¹⁸, a sprzeciw pacjenta przygotowany na piśmie zawczasu na wypadek utraty przytomności wiąże lekarza i uniemożliwia dokonanie zabiegu wbrew woli pacjenta, nawet gdyby pacjent miał – w ocenie lekarza, bez kwestionowanego zabiegu – umrzeć. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy uchylił postanowienie Sądu Rejonowego i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania. Sąd Rejonowy po przesłuchaniu lekarza¹⁹ postanowieniem z dnia 11.5.2006 r. III RNs 19/06 orzekł: „stwierdzić brak podstaw do wyrażenia zgody na wykonanie czynności medycznych u uczestniczki postępowania Bogusławy Ł”. W pisemnym uzasadnieniu Sąd Rejonowy oparł się na stanowisku Sądu Najwyższego o wiążącej mocy sprzeciwu dorosłego pacjenta wyrażonego zawczasu na wypadek utraty przytomności. Sąd Rejonowy uznał również dokument sprzeciwu pacjentki za wiarygodny. Postanowienie uprawomocniło się bez jego zaskarżenia.

4. Sprawa Danuty B.

Tym razem dorosła pacjentka była cały czas przytomna. Zarówno ustnie, jak i na piśmie oświadczyła, że nie zgadza się na transfuzję krwi.

¹⁷ Bez bliższego uzasadnienia Sąd Okręgowy stwierdził, że: „Jak wynikało z powyższych informacji Szpital nie dysponował także wiarygodnym oświadczeniem pacjentki, z którego wynikałoby, iż nie wyraża ona zgody na przeprowadzenie zabiegów lekarskich wymagających przetoczenia krwi czy materiałów krwio pochodnych”. Tak więc, inaczej niż Sąd Rejonowy, który odmowę uwzględnienia sprzeciwu pacjentki tłumaczył nadrzędną nad jego wolą potrzebą ratowania jej życia, Sąd Okręgowy uznał, że pisemny sprzeciw pacjenta znaleziony przy nim w chwili udzielania mu pomocy medycznej nie jest wiarygodny, jednak ani sposób rozumienia pojęcia „wiarygodność”, ani przyczyny uznania oświadczenia za niewiarygodne nie zostały nawet jednym zdaniem wyjaśnione w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego.

¹⁸ Argumenty Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu postanowienia są oczywiście trafne. Dodać należy, że podobne zagadnienie pozornej dezaktualizacji orzekania występuje także w postępowaniu karnym (por. uchwałę Sądu Najwyższego z 27.2.2007 r. I KZP 37/06 dotyczącą rozpoznawania zażaleń na postanowienia o przedłużeniu okresu tymczasowego aresztowania po upływie tego okresu).

¹⁹ Lekarz zeznała: „Z prokuratury otrzymałam faxem: kserokopię oświadczenia pacjentki oraz informację od prokuratora, że te dokumenty nie są poświadczane notarialnie i w związku z tym nie sposób stwierdzić, że to oświadczenie pochodzi od pacjentki i że jest przez nią podpisane. W tej sytuacji uznałam, że powinnam wystąpić do Sądu z takim wnioskiem, jaki znajduje się w aktach”.

Szpital skierował do Sądu Rejonowego wniosek o wyrażenie zgody na transfuzję²⁰. Na rozprawę w dniu 5.12.2006 r. stawili się ordynator oddziału szpitala, radca prawny szpitala oraz pełnomocnik pacjentki. Uznanym za wnioskodawcę szpital popierał wniosek, a pełnomocnik pacjentki oponował wnioskowi, powołując się na stanowisko zajęte w postanowieniu Sądu Najwyższego omówionym w sprawie Bogusławy Ł. Jak wynikało z rozmów z przedstawicielami szpitala przed salą rozpraw, nie było im w ogóle znane postanowienie Sądu Najwyższego ani przepisy u.z.l. gwarantujące pacjentowi prawo do decydowania o sposobie swego leczenia. Z kolei z przebiegu rozprawy wynikało, że przepisy tej ustawy oraz powołane orzeczenie Sądu Najwyższego nie są również znane Sądowi Rejonowemu. Pełnomocnik pacjentki kwestionował udział szpitala w postępowaniu w charakterze wnioskodawcy, zarzucając mu brak interesu prawnego i twierdząc, że postępowanie powinno się toczyć z urzędu, tak jak w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy. Po odroczeniu rozprawy Sąd Rejonowy wydał w dniu 12.12.2006 r. postanowienie uwzględniające stanowisko pacjentki²¹. Postanowienie to uprawomocniło się bez zaskarżenia go. W pisemnym uzasadnieniu Sąd oparł się na stanowisku Sądu Najwyższego z 27.10.2005 r.²². Szpital zastosował leczenie nieoperacyjne, po czym pacjentka została zoperowana w innym szpitalu bez przetaczania krwi i wypisana do domu.

5. Kwestie sporne

Wskazane na wstępie kwestie sporne w mojej ocenie powinny być rozstrzygnięte następująco.

²⁰ Uzasadnienie wniosku brzmiało następująco: „Pacjentka jest Świadkiem Jehowy, przedstawiła stosowne oświadczenie, w którym odmawia przyjęcia wszelkich preparatów krwi. Mimo poinformowania o bezpośrednim zagrożeniu życia nadal nie wyraża zgody na przetoczenie krwi i krwawi. Przetoczenie krwi jest warunkiem wykonania zabiegu operacyjnego, a tym samym uratowania jej życia. Prosimy o potraktowanie sprawy jako pilnej”.

²¹ Treść sentencji postanowienia z 12.12.2006 r. II RNs 580/06: „I. uznać Szpital ... za podmiot zawiadamiający o potrzebie wszczęcia z urzędu postępowania o wyrażenie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego i odmówić temu podmiotowi dalszego udziału w sprawie w charakterze wnioskodawcy; II. Dopuszczyć Szpital ... do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika; III. Stwierdzić brak podstaw do wydania postanowienia w przedmiocie wyrażenia zgody na udzielenie uczestniczce Danucie B. świadczenia zdrowotnego w postaci przetoczenia krwi przez uczestnika Szpital ...”.

²² Sąd Rejonowy uzasadnił odmowę szpitalowi przymiotu wnioskodawcy tym, że postępowanie toczy się z urzędu. Natomiast przymiot uczestnika uzasadnił posiadaniem „zainteresowania wynikiem postępowania”.

5.1. Status szpitala

Moim zdaniem szpital nie może być uznany za wnioskodawcę ani uczestnika postępowania prowadzonego na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. Postępowanie w sprawach z art. 34 ust. 3 u.z.l. sąd wszczyna z urzędu²³. Trafne było zatem stanowisko Sądu Rejonowego wyrażone w sprawie Bogusławy Ł., że postępowanie zainicjowane pismem szpitala toczy się z urzędu. Nietrafne zatem było podejście Sądu Rejonowego w sprawie Tomasza M., albowiem po pierwsze, za wnioskodawcę należałoby raczej uznać szpital, a nie ordynatora, który podpisał się pod pismem do Sądu, a po drugie, ordynator ten nie miał interesu prawnego w sprawie. Nietrafne było także stanowisko Sądu Rejonowego w sprawie Danuty B. Z jednej strony Sąd nie uznał szpitala za wnioskodawcę, a z drugiej dopuścił go do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika, uznając że szpital posiada interes prawny, albowiem postępowanie wszczynane z urzędu może toczyć się także na wniosek. Sztuczne jest uznanie wnoszącego pismo do sądu za osobę zawiadamiającą sąd o potrzebie wszczęcia postępowania z urzędu oraz jednocześnie dopuszczanie go do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Szpital ma interes faktyczny w wyniku sprawy, ale sama potencjalna możliwość pociągnięcia szpitala do odpowiedzialności cywilnej za błąd w leczeniu nie uzasadnia przypisania szpitalowi interesu prawnego w sprawie, w której chodzi o podjęcie za pacjenta decyzji o zgodzie na zabieg (art. 34 ust. 3 u.z.l.). Szpital ma obowiązek podać sądowi wszystkie znane mu istotne okoliczności sprawy, ale nie czyni to z niego zainteresowanego prawnie wynikiem sprawy. Sprawa zgody na zabieg to osobista sprawa pacjenta. Z kolei sprawa z art. 34 ust. 3 u.z.l. należy do kategorii spraw z zakresu prawa osobowego²⁴. W osobistych sprawach udział innych osób w postępowaniu sądowym musi mieć wyraźną podstawę prawną, która występuje w niektórych regulacjach prawnych²⁵. Nigdzie ustawodawca

²³ Art. 570 kpc. Dodać należy, że w art. 34 ust. 3 u.z.l. nie przewiduje się, żeby sąd miał orzekać na czyjś wniosek. Z inicjatywą wszczęcia postępowania z urzędu może wystąpić każdy, ale nie daje mu to jeszcze statusu wnioskodawcy (art. 572 kpc).

²⁴ Dlatego też możliwe było wniesienie w sprawie Bogusławy Ł. kasacji, ponieważ z art. 5191 § 1 kpc wynika, że w sprawach z zakresu prawa osobowego skarga kasacyjna (poprzednio kasacja) jest dopuszczalna, w przeciwieństwie do spraw opiekuńczych, w których skarga kasacyjna jest niedopuszczalna (art. 5191 § 2 kpc). Stanowisko, że sprawy dotyczące leczenia należą do kategorii spraw z zakresu prawa osobowego wyrażał już Sąd Najwyższy (orzec. z 19.12.2001 r. IV CZ 207/01, LEX nr 52756).

²⁵ Np. art. 25 ustawy z dnia 19.8.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. nr 111, poz. 535 ze zm.), art. 30 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (nr 14, poz. 1475 ze zm.), art. 545 i 546 kpc (orz. SN z dnia 30.4.1965 r. II CZ 23/65, OSNC 1966/2/24).

nie przewiduje udziału szpitala w postępowaniu dotyczącym zgody na leczenie pacjenta, co potwierdza tezę, że nie posiada on interesu prawnego w sprawach z art. 34 ust. 3 u.z.l. Możliwość jego odpowiedzialności deliktowej za wadliwe leczenie pacjenta nie daje mu majątkowego interesu prawnego w sprawach z art. 34 ust. 3 u.z.l. dotyczących tego, czy w ogóle pacjenta leczyć oraz jaką metodą. Szpital oraz lekarz jako związani postanowieniem sądu wydanym na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. i nie będą ponosić odpowiedzialności za decyzję, czy i jaką metodą leczyć pacjenta. Sam fakt moralnego zainteresowania lekarza losem pacjenta nie może dawać podstawy do przypisania lekarzowi interesu prawnego w sprawie, w której chodzi o podjęcie decyzji określonej w art. 34 ust. 3 u.z.l. albowiem byłaby to niedopuszczalna ingerencja w cudze prawa osobiste.

5.2. Wiążąca moc sprzeciwu a rzekoma zasada nadrzędności ratowania życia pacjenta

Sąd Rejonowy w sprawie Bogusławy Ł. uznał jej pisemny sprzeciw za niewiążący wobec nadrzędnej zasady ratowania życia dorosłego pacjenta, górującej nad zasadą poszanowania jego woli. Jednak Sąd nie wskazał przepisu prawa, z którego taka zasada by wynikała. Stanowisko tego Sądu było nietrafne przede wszystkim dlatego, że sprzeciw pacjenta wobec konkretnej metody leczenia połączony z prośbą o zastosowanie innej metody leczenia nie może być stawiany na równi z prawem do eutanazji albo z zakazem ratowania samobójcy²⁶. Każdy ma prawo do wyboru metody leczenia, przy czym nikt nie może zagwarantować, że metoda leczenia mająca abstrakcyjnie większe szanse powodzenia w konkretnym przypadku uratowałaby pacjenta, który na nią się nie zgadza i prosi o zastosowanie innej metody leczenia. Prawo do życia nie pozostaje w kolizji z prawem do wyboru metody leczenia. Można natomiast mówić o kolizji stanowisk lekarza i pacjenta, jednak zgodnie z art. 34 ust. 1 u.z.l. zdanie lekarza wobec woli pacjenta się nie liczy. Ponadto w przypadkach określonych w art. 34 ust. 1 u.z.l. nie chodzi o to, aby pacjent – laik decydował o metodzie leczenia, o czym może nie mieć pojęcia, lecz o to, aby nikt nie decydował o sprawach osobistych człowieka bez jego woli, a tym bardziej wbrew jego woli. Gdyby

²⁶ W niniejszym artykule nie wypowiadam się w ogóle na temat prawa do eutanazji ani prawa do nieprzeszkadzania w zamachu samobójczym.

rzecz miała się sprowadzać do wyboru metody leczenia o większym prawdopodobieństwie uratowania pacjenta, to należałoby zrezygnować z wiążącego lekarza głosu pacjenta. W art. 34 ust. 1 u.z.l. chroni się nie życie pacjenta, lecz jego wolność i godność²⁷.

5.3. Sprzeciw pacjenta jako nadużycie wolności wyznania

W sprawie Tomasza M. odmowę respektowania sprzeciwu pacjenta Sąd Rejonowy uzasadnił prawem Państwa do ograniczenia wolności wyznania przesłanką w postaci „ochrony ... zdrowia ... osób” (zob. przypis 21). Nasuwa się tu kilka uwag krytycznych. Po pierwsze, prawo pacjenta do sprzeciwu na zabieg nie wynika z wolności wyznania, lecz z wolności przed zmuszaniem go do tego, czego prawo mu nie nakazuje, z zasady godności człowieka, z zasady ochrony nietykalności cielesnej oraz ochrony życia prywatnego (art. 30, 31 ust. 2, 40 ust. 1 i 47 Konstytucji). Po drugie, nie istnieje ustawowe ograniczenie prawa do wolności wyznania rozumianego przez Sąd Rejonowy w sprawie Tomasza M. jako prawo do wyboru lub sprzeciwu wobec metody leczenia zgodnej albo niezgodnej z wyznawaną religią. Po trzecie, pacjent nie musi uzasadniać odmowy zgody na zabieg, a jeśli nawet to uczynił, to argumenty pacjenta w ogóle nie podlegają ocenie sądu w sprawach z art. 34 ust. 3 u.z.l. Po czwarte, organ władzy państwowej jakim jest sąd nie może oceniać światopoglądu jednostki. Po piąte, zastosowanie art. 53 ust. 5 Konstytucji jest nietrafne także dlatego, że przepis ten daje ustawodawcy prawo do ograniczenia uprawnienia do uzewnętrzniania religii, a nie wyboru metody leczenia, a ponadto wybór metody leczenia przez pacjenta nie zagraża zdrowiu innych osób, przez co nie może być ograniczony przez ustawę wobec braku konstytucyjnego upoważnienia określonego w art. 53 ust. 5 Konstytucji.

5.4. Forma sprzeciwu pacjenta

Zagadnienie formy sprzeciwu pacjenta pojawiło się w sprawie Bogusławy Ł., albowiem szpital skierował wniosek do Sądu Rejonowego na podstawie sugestii prokuratora, że pisemne oświadczenie pacjentki

²⁷ Wartości te zostały słusznie wyeksponowane w uzasadnieniu postanowienia Sadu Najwyższego wydanego w tej sprawie.

o sprzeciwie wobec transfuzji krwi, znalezione w rozbitym w wypadku samochodzie, nie jest poświadczony notarialnie, stąd nie wiadomo, czy rzeczywiście pochodzi od pacjentki²⁸. Tak jak zgoda, o której mówi art. 34 ust. 1 u.z.l., nie musi być zamieszczona na piśmie z notarialnym poświadczeniem podpisu, tak samo sprzeciw nie wymaga takiej formy. W kwestii formy należy odwołać się do zasad: bez normy nie ma formy²⁹ oraz jeżeli zgoda wymaga określonej formy, to brak zgody nie wymaga żadnej formy (arg. z art. 63 § 2 kc). Zatem sprzeciw pacjenta nie wymaga żadnej formy, może być złożony ustnie albo np. konkludentnie przez odmowę podpisania dokumentu wyrażającego zgodę, wymaganego przez art. 34 ust. 1 u.z.l. Zatem bez względu na to, czy pisemna forma zgody wymagana jest przez art. 34 ust. 1 u.z.l. pod rygorem nieważności czy nie³⁰, sprzeciw nie wymaga żadnej formy.

5.5. Wiarygodność sprzeciwu pacjenta

Zachowanie formy pisemnej stanowi dowód złożenia oświadczenia woli. Sąd, dysponując dowodem złożenia oświadczenia woli przez pacjenta, nie może orzekać na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. Forma pisemna została w art. 34 ust. 1 u.z.l. zastrzeżona dla wyrażenia zgody, a nie sprzeciwu, i dlatego w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. nie istnieją ograniczenia w dowodzeniu złożenia sprzeciwu zeznaniami świadków i pacjenta na okoliczność, czy pacjent wyraził sprzeciw, zanim utracił przytomność. Natomiast negacja wiarygodności pisemnego oświadczenia woli pacjenta wymaga przedstawienia konkretnych okoliczności wzbudzających wątpliwość co do tego, czy podpis pacjenta nie został sfałszowany. Sam brak notarialnego poświadczenia podpisu nigdy nie może być argumentem za podważeniem wia-

²⁸ We wniosku do Sądu Rejonowego szpital napisał: „Z informacji od syna Tadeusza i znalezionej w samochodzie oświadczenia (nie potwierdzonego notarialnie) wiadomo, że pacjentka jest Świadkiem Jehowy i nie życzy sobie przetaczania krwi i preparatów krwiopochodnych. Syn podpisał w historii choroby oświadczenie tej treści, jednak nie mamy żadnego prawnie wiarygodnego dokumentu, stwierdzającego prawdziwość oświadczenia”.

²⁹ a więc, że wymóg formy musi wynikać z wyraźnej podstawy prawnej (art. 60, 73 i 76 kc).

³⁰ Z wyroku Sądu Najwyższego z 11.4.2006 r. I CSK 191/05, Biul.SN 2006/6/9 wynika, że: „Niezachowanie pisemnej formy oświadczenia pacjenta wyrażającego zgodę na zabieg operacyjny (art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jedn. tekst: Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943) nie powoduje nieważności samej zgody. Skutki niezachowania wymaganej formy określa art. 74 k.c.”.

rygodności oświadczenia³¹. Po drugie, pacjenci Świadkowie Jehowy trzymają oświadczenia razem z dokumentami tożsamości przy sobie, stąd też nie wiadomo, dlaczego pacjent miałby nosić przy sobie sfałszowane oświadczenie rzekomo pochodzące od niego. Po trzecie, lekarz, sanitariusz, policjant ani prokurator znajdujący przy pacjencie albo przy jego rzeczach osobistych oświadczenie o sprzeciwie wobec transfuzji nie mają interesu w tym, aby je fałszować. Z zasady więc nie powstaną żadne wątpliwości co do wiarygodności pisemnego oświadczenia pacjenta.

5.6. Dopuszczalność sprzeciwu *pro futuro*

Dopuszczalność sprzeciwu *pro futuro* przyjął i uzasadnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27.10.2005 r. III CK 155/05. Można dodać, że zgoda wymagana przez art. 34 ust. 1 u.z.l. jest z istoty zgodą *pro futuro*, ponieważ jest zgodą uprzednią na wykonanie zabiegu w bliższej albo dalszej przyszłości. Ustawodawca nie przyjął w art. 34 ust. 1 u.z.l. jakiegoś okresu czasu, po którym zgoda traci moc (ulega dezaktualizacji). Skoro zgoda nie traci mocy tylko z powodu upływu czasu od chwili jej złożenia do chwili wykonania zabiegu, to również sprzeciw pacjenta wobec zabiegu nie powinien tracić mocy z powodu upływu czasu między jego wyrażeniem a zabiegiem. Okoliczność, że pacjent nosi przy sobie, przy dokumentach tożsamości, pisemne oświadczenie o sprzeciwie wobec transfuzji krwi, tylko potwierdza, że uznaje on swoje oświadczenie za nadal aktualne, w przeciwnym razie by je po prostu podarł i wyrzucił. Argument, że zmienił zdanie, ale z lenistwa nie chciał mu się wyrzucić oświadczenia albo że o tym zapomniał, jest po prostu niepoważny ze względu na wagę sprawy i silne motywy, jakimi kieruje się pacjent, sporządzając takie oświadczenie. Ponadto negacja składania oświadczeń *pro futuro* oznaczałaby, że i wymóg zgody określony w art. 34 ust. 1 u.z.l. traci swoje znaczenie, ponieważ zabiegi wymagające pisemnej zgody to najczęściej zabiegi połączone z uśpieniem pacjenta. Gdy pacjent jest uśpiony, to nie może wyrazić świadomie woli, a wtedy lekarz mógłby wystąpić do sądu na

³¹ Nie miał więc racji ani lekarz, ani prokurator, ani Sąd Okręgowy w sprawie Bogusławy Ł. kwestionując wiarygodność pisemnego oświadczenia pacjentki z powodu braku notarialnego poświadczenia podpisu. Idąc tym tokiem rozumowania żaden własnoręczny testament nie mógłby być wiarygodny z braku notarialnego poświadczenia podpisu, ponieważ nawet opinie biegłych grafologów nie dają pewności co do autentyczności podpisu.

podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. albo wykonać zabieg na podstawie art. 34 ust. 7 u.z.l. Wynika z tego, że jeśli pacjent mógł wyrazić wolę przed utratą świadomości, to jego wola jest wiążąca. Jeśli pacjent wyrazi zgodę, to lekarzowi wolno dokonać zabiegu, ale jeśli pacjent odmówi zgody, to wtedy lekarzowi nie wolno postąpić wbrew woli pacjenta. Nie wolno również tej woli naruszyć przez sąd na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. Orzekanie na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. może mieć miejsce w przypadku dorosłego pacjenta tylko wtedy, gdy nie wyraził on żadnej woli, to znaczy ani nie zgodził się na zabieg, ani się mu nie sprzeciwił. Niesłusznie przeciwko sprzeciwowi *pro futuro* wystąpił Sąd Okręgowy w sprawie Tomasza M, podkreślając że pacjent może zawsze zmienić zdanie i sprzeciw odwołać, a akceptacja sprzeciwu i zaniechanie zabiegu pozbawić go może – z powodu zwłoki i zgonu – możliwości zmiany zdania. Stanowisko to jest nietrafne, ponieważ pacjent ma prawo do zmiany zdania, ale do momentu zmiany zdania wiąże jego wyrażona wola³².

5.7. Uprawomocnienie się postanowienia o wyrażeniu zgody na zabieg

Sąd Rejonowy w sprawie Tomasza M. uznał, że postanowienie o wyrażeniu zgody na transfuzję krwi uprawomocniło się z upływem terminu do jego zaskarżenia liczonego od ogłoszenia postanowienia wydanego na rozprawie, chociaż pacjent nie brał udziału w rozprawie ani nie był o niej zawiadomiony, gdyż był nieprzytomny. Dlatego miał prawo wnieść skargę o wznowienie postępowania. W sprawach z art. 34 ust. 3 u.z.l. sąd orzeka, gdy nie zachodzi natychmiastowa konieczność wykonania zabiegu (por. art. 34 ust. 7 u.z.l.). Z art. 34 ust. 3 u.z.l. wynika, że sąd opiekuńczy może orzekać w postępowaniu bez udziału pacjenta i nie przewiduje się instytucji kuratora dla reprezentowania praw pacjenta, na wzór kuratora dla osoby mającej być ubezwłasnowolnioną

³² Tak samo możliwość odwołania testamentu przez spadkodawcę nie może być argumentem przeciwko prawu do sporządzenia testamentu, ponieważ czynności tej spadkodawca może dokonać wyłącznie za życia. Analogicznie tylko za życia pacjent może wyrażać wolę co do swego leczenia, stąd też argument, że po śmierci woli wyrazić już nie będzie mógł, nie może pozbawić go prawa do decydowania o sposobie swego leczenia.

(art. 547 kpc)³³. Jednak niesłuszne byłoby przyjęcie, że postanowienie sądu o zgodzie na leczenie może się szybko uprawomocnić. Gdyby miało być wydane na rozprawie, musiałaby być ona odroczone z powodu przeszkody w stawiennictwie nieprzytomnego pacjenta (art. 214 kpc), a gdyby zostało wydane na posiedzeniu niejawnym, to zbyt daleko idzie pogląd, że można go doręczyć nieprzytomnemu pacjentowi. Skoro art. 214 kpc zabrania w takim przypadku przeprowadzenia rozprawy, a art. 379 pkt. 5 kpc wprowadza nieważność postępowania prowadzonego z pozbawieniem strony możliwości obrony jej praw, to moim zdaniem doręczenie byłoby wadliwe. Nie wiadomo także, czy postanowienie to jest skuteczne z chwilą jego wydania³⁴. Gdyby sąd naruszył prawo i wydał postanowienie, to pacjentowi przysługuje skarga o wznowienie postępowania, co zaaprobował Sąd w sprawie Tomasza M.

6. Wnioski *de lege ferenda*

Wobec tego, że szpital nie ma statusu uczestnika postępowania prowadzonego na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l., do art. 34 ust. 3 u.z.l. można by dodać zdanie: „Postępowanie prowadzone jest z urzędu; zawiadamiający sąd o potrzebie wydania postanowienia nie jest z tego tytułu wnioskodawcą ani uczestnikiem”.

Aby podkreślić, że sprzeciw pacjenta sporządzony przed utratą przytomności wyłącza prawo lekarza określone w art. 34 ust. 7 u.z.l. oraz

³³ W uchwale składu 7 sędziów z 12.12.1960 r. I CO 25/60, OSNCK 1961/2/32 Sąd Najwyższy przyjął, że: „Jeżeli sąd dojdzie do przekonania, że strona w procesie – ze względu na jej stan psychiczny – znajduje się w stanie trwale wyłączającym świadome i swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli, a stan ten zagraża jej interesom, powinien uznać udział prokuratora w sprawie za potrzebny i zawiadomić go o tym (art. 92 k.p.c.). W razie wystąpienia przez prokuratora z wnioskiem o ubezwłasnowolnienie tej strony, sąd zawieszając postępowanie w procesie (art. 191 pkt 1 k.p.c.)”. Postanowienie SN z 26.8.1970 r. I CZ 84/70, OSNC 1971/5/90 z tezą: „Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 1960 r. – głosząca, że osoba pełnoletnia nie ubezwłasnowolniona ma pełną zdolność procesową, choćby nawet była chora psychicznie (I CO 25/60 – OSN z 1961 r. z. II, poz. 32) – zachowała aktualność pod rządami obowiązującego obecnie kodeksu postępowania cywilnego”. Wyrok SN z 23.9.1999 r. II UKN 131/99, OSNP 2001/3/77 z tezą: „Choroba i leczenie w poradni zdrowia psychicznego nie uzasadniają przyjęcia braku zdolności strony do czynności procesowych (art. 65 § 1 KPC). Choroba taka bowiem nie unicestwia zdolności do czynności prawnych (art. 12 i 13 KC)”.

³⁴ Art. 578 kpc: „Postanowienia sądu opiekuńczego są skuteczne i wykonalne z chwilą ich ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania”. Stosowanie art. 578 kpc nie jest jednak oczywiste. W postanowieniu z dnia 30.4.1997 r. III CKU 22/97, OSNC 1997/9/139, Sąd Najwyższy przyjął, że „Do postanowień sądu opiekuńczego co do istoty sprawy, zapadłych w sprawach dotyczących ochrony zdrowia psychicznego, nie ma zastosowania art. 578 k.p.c.”

prawo sądu określone w art. 34 ust. 3 u.z.l., w art. 34 ust. 1 można by dodać: „W razie sprzeciwu wobec określonej metody leczenia przez pacjenta posiadającego pełną zdolność do czynności prawnych oraz zdolnego do świadomego wyrażenia woli, wyrażonego w szczególności w chwili sporządzenia pisemnego oświadczenia na wypadek utraty przytomności, nie stosuje się ust. 3 ani ust. 7³⁵.”

Aby zapewnić nieświadomemu pacjentowi obronę, w art. 34 ust. 3 u.z.l. można by dodać: „W razie orzekania wobec pacjenta posiadającego pełną zdolność do czynności prawnych, lecz niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, sąd ustanawia kuratora dla reprezentowania pacjenta w osobie wskazanej na taki przypadek przez pacjenta, a w dalszej kolejności spośród jego najbliższych albo w osobie adwokata lub radcy prawnego. Pacjent po odzyskaniu zdolności do świadomego działania może zaskarżyć prawomocne postanowienie skargą o wznowienie postępowania w terminie 3 miesięcy od dnia, gdy dowiedział się o wydaniu postanowienia” (por. art. 64 § 2 kro).

Aby rozstrzygnąć, czy postanowienie wydane na podstawie art. 34 ust. 3 u.z.l. jest natychmiast skuteczne, w art. 34 ust. 3 można by dodać: „Postanowienie sądu jest skuteczne po uprawomocnieniu się, chyba że sąd w tym postanowieniu albo w odrębnym postanowieniu nada mu wcześniejszą skuteczność”.

³⁵ Pomocne byłoby uregulowanie kwestii oświadczeń *pro futuro* odrębnym aktem prawnym. Regulacje takie istnieją w innych krajach europejskich. W Austrii z dniem 1 czerwca 2006 roku wprowadzono w życie Patientenverfügungsgesetz – PatVG. Akt ten odróżnia oświadczenia wiążące od nie wiążących, które jednak mogą być wzięte pod uwagę przy rekonstruowaniu woli pacjenta. W oświadczeniu wiążącym czynności medyczne objęte sprzeciwem muszą być konkretnie opisane i niedwuznacznie wyróżniać się z całego tekstu dokumentu. Z treści dokumentu musi wynikać, że pacjent właściwie ocenia konsekwencje jego wystawienia. W chwili jego sporządzania pacjent musi posiadać zdolność rozeznania i oceny sytuacji. Podpisanie dokumentu przez pacjenta powinno być poprzedzone konsultacją lekarską, w której lekarz poinformuje go, jakie następstwa dla leczenia będzie miało wystawienie dokumentu, oraz potwierdzi własnym podpisem i podaniem nazwiska i adresu, że takich informacji udzielił i że pacjent posiada zdolność rozeznania i oceny sytuacji. Prócz tego, aby oświadczenie było wiążące, musi być sporządzone w obecności adwokata lub notariusza, który potwierdza, iż pacjent został poinformowany o konsekwencjach wystawienia oświadczenia oraz o możliwości odwołania go w każdym czasie. On również poświadczają to własnoręcznym podpisem i podaje swoje nazwisko i adres. Sporządzone w ten sposób oświadczenie woli *pro futuro* zachowuje ważność przez 5 lat, chyba że pacjent poda krótszy termin jego wygaśnięcia. Oświadczenia nie spełniające powyższych wymagań nie są wiążące, ale można je uwzględniać. (Federal Law Gazette of the Republic of Austria. May 8, 2006, Part I).

Stanisław Niemczyk, Aneta Łazarska, Kazimierz Niemczyk

O granicach zgody pacjenta na czynność medyczną podwyższonego ryzyka

1. Przyczyny przekroczenia zgody pacjenta

Zgoda pacjenta na konkretną i dostatecznie zindywidualizowaną czynność medyczną wyznacza zakres dopuszczalnej interwencji lekarskiej, której granic lekarz nie może w sposób dowolny przekroczyć. Gdyby bowiem lekarz miał prawo do zmiany rodzaju i zakresu zabiegu czy stosowanych metod bez wiedzy i zgody pacjenta, wówczas znacznie zgody świadomej byłoby iluzoryczne. Regułą jest więc zakaz zmiany kierunku działania diagnostyczno – leczniczego, ustalonej metody leczenia, przedmiotu zabiegu, czy też poszerzania pola operacyjnego bez zgody pacjenta¹. W praktyce medycznej, zwłaszcza w dziedzinie chirurgii, nie zawsze jednak możliwe jest urzeczywistnienie tej zasady. W sytuacji gdy lekarz może jednoznacznie postawić diagnozę, określić schorzenie pacjenta, wskazać właściwą metodę leczenia, niewątpliwie możliwe jest zachowanie ustalonych zasad postępowania. Jednakże w pewnej części przypadków zachodzi konieczność przekroczenia zakresu zgody pacjenta wskutek wystąpienia czynników zależnych bądź też niezależnych od postępowania lekarskiego.

W pierwszym rzędzie należy wprowadzić dystynkcję sytuacji, w których może nastąpić przekroczenie zakresu zgody pacjenta, wyróżniając zdarzenia zależne i niezależne od prawidłowości postępowania lekarskiego. I tak wśród zdarzeń niezależnych od prawidłowości postępowania lekarskiego wskazać należy nieprzewidziane komplikacje, będące

¹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 1998r, s.70, M. Nesterowicz, *Zabiegi lekarskie w świetle orzecznictwa SN*, Paestra 1976\1, s. 31.

następstwem np. nietypowych cech anatomicznych pacjenta, nieprzewidziane komplikacje zdrowotne, np. wystąpienie zagrożenia, które wcześniej w ogóle nie było diagnozowane, czy też wystąpienie nieprzewidywanych trudności technicznych, niekoniecznie będących następstwem błędu człowieka. Zaliczyć można do nich przede wszystkim nie spodziewane reakcje organizmu, rozległość nacieku nowotworowego uniemożliwiająca resekcję z marginesem zdrowych tkanek czy bez istotnego okaleczenia, czy też powstanie krwawienia będącego następstwem choroby, a niemożliwego do przewidzenia przed operacją, mimo właściwego procesu diagnostycznego.

Z kolei do zdarzeń zależnych od prawidłowości postępowania lekarza zaliczyć należy:

- 1) błąd diagnostyczny negatywny, gdy lekarz nieprawidłowo rozpoznał schorzenie i z tego powodu wybrał nieodpowiednią metodę leczenia,
- 2) błąd diagnostyczny pozytywny, gdy lekarz rozpoznał schorzenie, pomimo iż pacjent jest faktycznie zdrowy, a także
- 3) błąd terapeutyczny, gdzie przy prawidłowej diagnozie lekarz zastosował niewłaściwą metodę leczenia. Należą tu także przypadki „*overtreatment*”, gdy metoda leczenia jest zbyt agresywna.

Istnieją sytuacje, w których przy obecnym stanie medycyny nie można z góry wyznaczyć zakresu zabiegu, gdyż w istocie jest on uzależniony od faktycznego zaawansowania schorzenia, możliwego do oceny dopiero w trakcie zabiegu operacyjnego, mimo doskonałości metod diagnostycznych. Warunkiem legalności działań lekarza jest poinformowanie chorego, że decyzje rozstrzygające co do danego zabiegu, tj. jego zakresu, są uwarunkowane wynikami oceny uzyskanej po lub w toku interwencji chirurgicznej. Zatem zgoda pacjenta ma charakter dorozumianego przyzwolenia chorego na wszelkie medycznie konieczne zabiegi, zaś jej fundamentem niewątpliwie jest obustronne zaufanie stron procesu leczenia.

2. Przekroczenie zgody pacjenta w praktyce medycznej

W praktyce medycznej, głównie w specjalnościach zabiegowych, występują sytuacje, w których dopiero w czasie zabiegu operacyjnego

lekarz stwierdza np. konieczność poszerzenia pola operacyjnego i zo-perowania innego organu, resekcji większej części lub też nawet innego organu. W tych sytuacjach lekarz postępując *lege artis* powinien przerwać operację, aby odebrać zgodę od pacjenta. Uzyskanie zgody pacjenta musi być również poprzedzone informacją i odebrane od pacjenta, który dysponuje pełną świadomością i zdolnością rozeznania. Zatem dopiero w jakiś czas po wybudzeniu pacjenta po operacji, po upływie czasu niezbędnego dla zniwelowania skutków działania narkozy i leków uspokajających, ewentualnie nasennych, można byłoby taką zgodę pacjenta uzyskać.

Należy jednak zważyć, iż każdy zabieg operacyjny wiąże się dla pacjenta z podwyższonym ryzykiem. Powstaje zatem pytanie, czy stopień zagrożenia, wynikający z przerwania zabiegu i z konieczności późniejszego jego ponowienia, nie może uzasadnić w tej szczególnej sytuacji przekroczenia zakresu zgody pacjenta. Wydaje się, iż należałoby w tym zakresie wyróżnić trzy sytuacje faktyczne:

1. stan bezwzględnej konieczności. Wykonywany zabieg jest związany z dużym ryzykiem, nie jest możliwe jego przerwanie i ewentualne późniejsze kontynuowanie za zgodą pacjenta ze względu na stan bezpośredniego zagrożenia dla życia pacjenta.

2. zabieg jest co prawda ryzykowny, ale jego ponowienie nie wiąże się z bezpośrednim zagrożeniem dla życia, choć nie można wykluczyć zaistnienia zagrożenia dla zdrowia pacjenta.

3. dana czynność medyczna nie jest na danym etapie bezwzględnie konieczna i możliwe jest przeprowadzenie kolejnego zabiegu za zgodą pacjenta.

Dla lekarza podstawowymi elementami oceny stanu medycznej konieczności jest oczywiście stopień zagrożenia dla życia i zdrowia pacjenta. Poza tym należy również uwzględnić ekonomiczną opłacalność ponownego zabiegu, jak też faktyczną możliwość wykonania w najbliższym czasie określonego zabiegu, zwłaszcza przy obecnym systemie opieki zdrowotnej. Lekarz w rzeczywistości kieruje się szeroko rozumianym dobrem pacjenta. Z punktu widzenia pacjenta podstawowym kryterium oceny jest oczywiście zakres przedmiotowy przekroczenia zgody. To, czy pacjent zostanie pozbawiony ważnego dla życia narządu, czy też będzie to usunięcie tkanek nie mających większego znaczenia

dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania organizmu, ma oczywiście niebagatelne znaczenie dla późniejszej oceny pacjenta. Kryteria dopuszczalnego przekroczenia zakresu zgody pacjenta formułuje *expressis verbis* dyspozycja art. 35 ustawy o zawodzie lekarza z dnia 26 marca 1997 r.², stanowiąc, iż jeśli 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 rozstrojeniem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznego uzyskania zgody pacjenta lub jego przedstawiciela, lekarz ma prawo bez uzyskiwania zgody zmienić zakres zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki, w sposób umożliwiający uwzględnienie tych okoliczności.

Warto wskazać, iż w polskiej judykaturze Sąd Najwyższy, odnosząc się do problematyki przekroczenia zgody pacjenta na gruncie ustawy o zawodzie lekarza z dnia 28 października 1950 r.³ wskazał, że jeżeli lekarz operujący stwierdzi po otwarciu jamy brzusznej inny stan niż ten, który wynikał z badań klinicznych, może on w pewnych wypadkach przekroczyć zakres zgody na zabieg udzielony przez pacjenta. Może to jednak nastąpić tylko w wypadkach szczególnych, gdy nieprzeprowadzenie koniecznego zabiegu groziłoby życiu pacjenta albo gdy chodzi o nieznaczną korekturę projektowanego zabiegu⁴. W konsekwencji Sąd Najwyższy dopuścił odstępstwo od ustawowej zasady zgody pacjenta, wywodząc, iż przekroczenie zakresu udzielonej zgody możliwe jest tylko w dwóch przypadkach, a mianowicie: 1) gdy zaniechanie takiego zabiegu groziłoby życiu pacjenta, bądź 2) w sytuacji, gdy zabieg ten stanowiłby „nieznaczną a niezbędną” korekturę projektowanej czynności medycznej. Tego rodzaju interpretacja zawęziła zatem zakres dopuszczalnej interwencji w zasadzie tylko do stanu zagrożenia życia, pomijając inne sytuacje dotyczące zagrożenia zdrowia, mniejszego ryzyka, mogącego przynieść negatywne konsekwencje dla pacjenta. Poza tym wykładnia ta koncentruje się wyłącznie na określeniu przedmiotowym zakresu zgody, tj. rodzaju zabiegu, czy też rodzaju organu, który jest poddany zabiegowi. Natomiast nie obejmuje zmian metod postępowania terapeutycznego przez lekarza.

² Dz. U. Nr 28, poz. 152, dalej jako ustawa.

³ Dz. U. Nr 50, poz. 458.

⁴ Orzeczn. SN z 29.12.1966 r., II CR 551/69, OSPIKA 1971 r., poz. 118.

W świetle obecnej regulacji ustawowej naszym zdaniem przekroczenie zakresu zgody pacjenta może zatem dotyczyć:

– przedmiotu zabiegu, np. zgoda pacjenta dotyczy konkretnego organu, a lekarz decyduje się na operowanie także innego organu (np. w trakcie operacji żołądka usunięcie śledziony).

– granic zabiegu. Dotyczy to sytuacji, gdy zostały one wyraźnie zakreślone, np. operacja miała polegać na resekcji części organu, a lekarz podejmuje decyzję o usunięciu całości danego organu (np. operacja guza nerki, płuca).

– metody leczenia lub diagnostyki. Może ono polegać na modyfikacji pierwotnej metody leczenia lub na jej całkowitej zmianie, np. w trakcie operacji tarczycy okazuje się śródoperacyjnie, że zmiana ma charakter nowotworowy, co skutkuje usunięciem całego gruczołu.

– zarówno poszerzenia pola operacyjnego, jak i jednocześnie zmiany metody leczenia.

Oczywiście najistotniejsze zmiany z punktu widzenia interesów pacjenta dotyczą niewątpliwie poszerzenia pola operacyjnego. Jednakże należy zaznaczyć, iż zmiany mogą także dotyczyć metod leczenia lub diagnostyki. Odnosi się to zarówno do konkretnego zabiegu i jednej wybranej metody, jak też wszystkich innych niezbędnych, uzupełniających interwencji medycznych. Przed operacją pacjent składa przykładowo oświadczenie o zgodzie na planowany rodzaj znieczulenia, np. ogólne, podpajęczynówkowe, zewnątrzoponowe, blokadę nerwów obwodowych lub splotu nerwowego, itd. W trakcie zabiegu operacyjnego może się okazać, iż zachodzi również konieczność zmiany sposobu znieczulenia pacjenta. W tej sytuacji należy uznać, iż art. 35 ustawy ma bezpośrednie zastosowanie.

3. Ustawowe upoważnienie do przekroczenia zgody pacjenta

Zgodnie z art. 35 ustawy o zawodzie lekarza, jeśli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego lub stosowania metody leczniczej lub diagnostycznej wystąpią nieprzewidziane okoliczności, to lekarz może zmienić zakres zabiegu lub zastosować inną metodę. Podstawowymi

przesłankami warunkującymi możliwość przekroczenia zgody pacjenta są więc: zgoda pacjenta na pierwotną czynność, wystąpienie niebezpieczeństwa dla pacjenta, niemożność uzyskania zgody pacjenta lub zgody zastępczej.

Granice przedmiotowe przekroczenia zakresu zgody pacjenta są więc niewątpliwie implikowane medyczną koniecznością. A zatem rodzaj organu, jego znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania organizmu, nie ograniczają lekarza w interwencji medycznej, jeśli w grę wchodzi ratowanie życia i zdrowia pacjenta. Choć należy zaznaczyć, iż ustawodawca zawęża zakres zastosowania art. 35 ustawy do ewentualności wystąpienia skutków w postaci utraty życia, ciężkiego uszkodzenia lub rozstroju zdrowia. Oznacza to, że jeżeli zwłoka groziłaby jedynie średnim uszczerbkiem na zdrowiu, to wówczas lekarz nie mógłby przekroczyć zakresu zgody. Ponadto należy zaznaczyć, iż sprecyzowane powyżej niebezpieczeństwo musi zaistnieć w trakcie zabiegu i w związku z jego przebiegiem.

W kontekście powyższego należy wskazać, iż ustawodawca nie wprowadza wymogu, aby niebezpieczeństwo zagrażające było bezpośrednie. Jednakże w szczególności tam, gdzie rozszerzenie zabiegu dotyczy ważnych organów lub łączy się ze znacznym ryzykiem, stopień bliskości tego niebezpieczeństwa należy brać pod uwagę⁵. A zatem tylko medyczna konieczność niezwłocznego wykonania zabiegu upoważnia do przekroczenia zakresu zgody pacjenta.

Dyspozycja art. 35 ustawy może mieć zastosowanie w razie wystąpienia „okoliczności”, których nieuwzględnienie mogłoby stwarzać dla pacjenta zagrożenie. Okoliczności te mogą być przewidywalne, czyli wynikać z rodzaju zabiegu, np. gdy wcześniejsze pełne zdiagnozowanie jest niemożliwe i następuje jego uzupełnienie w trakcie czynności medycznej, bądź też nieprzewidywalne, a będące następstwem komplikacji medycznych danego zabiegu. Analizując literalnie dyspozycję art. 35 ustawy wskazać należy, iż ustawodawca nie wprowadza wymogu, aby owe szczególne okoliczności były nieprzewidywalne. Wystarczającym warunkiem, aby wdrożyć tryb postępowania z art. 35 ustawy, jest jedynie zaistnienie okoliczności grożących niebezpieczeństwem. Natomiast nieprzewidywalność wystąpienia takich okoliczności należałoby niewąt-

⁵ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, s. 271.

pliwie powiązać z przepisami dotyczącymi informowania pacjenta. Jeśli zatem dane okoliczności były możliwe wcześniej do przewidzenia, to lekarz – zgodnie z dyspozycją art. 31 ustawy – powinien powiadomić pacjenta, iż z uwagi na trudności diagnostyczne możliwa jest zmiana w trakcie planowanego zabiegu. Pominięcie tak istotnej informacji można uznać za naruszenie obowiązku zgody poinformowanej. Poza tym lekarze powinni mieć świadomość wagi aspektów terapeutycznego poinformowania pacjenta, który lepiej zrozumie wcześniej chociażby zasygnalizowane zmiany niż nagłą i niespodziewaną informację o np. całkowitym usunięciu innego organu. Oczywiście te uwagi dotyczą tylko tych przypadków, gdy wystąpienie owych okoliczności jest w mniejszy lub większy sposób przewidywalne. W innych sytuacjach uprzedzenie pacjenta o wszelkich możliwych niebezpieczeństwach, także następstwach błędów technicznych, byłoby niekorzystne dla pacjenta i mogłoby zniechęcać pacjenta do zabiegu.

W większości przypadków stan niemożności uzyskania zgody pacjenta dotyczyć będzie pacjentów nieprzytomnych lub z zaburzeniami świadomości, znieczulonych w trakcie operacji. Zaburzenia świadomości mogą też być następstwem niespodziewanych komplikacji medycznych.

4. Stopień ryzyka zabiegu a kwestia przekroczenia zgody pacjenta

W doktrynie prawa wskazuje się, że wytworzył się pewien kanon, który legalizuje przekroczenie zgody, m.in. w sytuacji, gdy zabieg operacyjny podjęty w wyniku rozszerzenia działań pierwotnych nie przedstawia większego ryzyka dla pacjenta i nie dotyczy organów szczególnie ważnych⁶. Mieczysław Sośniak wyraził pogląd, iż zgoda udzielona na pierwotny zabieg dotyczy także nowego i legalizuje go tylko wówczas, gdy ten zabieg nie przedstawiał większego ryzyka dla chorego od pierwotnie zezwolonego. Choć dalej podnosi również, że poszerzenie pola operacyjnego nie powinno dotyczyć organów szczególnie ważnych, chyba że wyjątkowo uzasadnia to dobro chorego⁷. Do tezy, iż legaliza-

⁶ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, s. 270; M. Filar, *Postępowanie lecznicze (świadczenia zdrowotne w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody)*, *Prawo i Medycyna* nr 13/2003, s. 49.

⁷ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1968 r., s. 51.

cja zabiegu jest zależna od stopnia ryzyka, polemicznie wówczas odniósł się Mirosław Nesterowicz wskazując, iż co prawda stopień ryzyka pomiędzy operacją i wycięciem lewych czy prawych przydatków jest może i ten sam, ale jest to de facto inny zabieg, inna operacja⁸. W późniejszym okresie Mieczysław Sośniak zrewidował swój pogląd wskazując, iż również wyjątkowo lekarz może podjąć, poszerzyć dawny zabieg bez względu na ryzyko w sytuacji, gdy zwłoka w podjęciu nowego zabiegu zagraża pacjentowi niebezpieczeństwem ciężkiego pogorszenia życia lub nawet utraty życia⁹.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, iż aktualnie przepis art. 35 ustawy nie różnicuje sytuacji w zależności od tego, czy zabieg podjęty w wyniku rozszerzenia działań pierwotnych nie przedstawia większego ryzyka dla pacjenta. Każdy zabieg operacyjny wiąże się z podwyższonym ryzykiem, słusznie zatem ustawodawca wskazuje, iż zawsze wtedy, gdy zaniechanie poszerzenia pola operacyjnego groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem, dopuszczalne jest jego wykonanie. Można jednak wywodzić, iż ocena tego ryzyka jest jednak niejako pośrednio dokonywana poprzez porównanie skali ewentualnego zagrożenia dla pacjenta wynikającego z wykonania zabiegu i skutków ziszczenia się niebezpieczeństwa w razie jego nie podjęcia.

Ustawa o zawodzie lekarza nie różnicuje przesłanek upoważniających do przekroczenia zgody pacjenta w zależności od rodzaju organu, jakiego zabieg dotyczy. Zdaniem S. Rutkowskiego poszerzenie pola operacyjnego nie powinno dotyczyć organów szczególnie ważnych. Jeśli np. lekarz poinformował pacjenta, że zachodzi potrzeba usunięcia części jelita (rak jelita) i na to tylko pacjent wyraził zgodę, a lekarz w toku operacji uznał, iż należy także usunąć całkowicie odbytnicę i założył sztuczny odbyt, to poszerzenie operacji dotyczącej tak ważnego organu można uznać za niedopuszczalne przekroczenie przez lekarza uprawnień wynikających ze zgody¹⁰. Wbrew jednak tezie autora należy wskazać, że art. 35 ustawy nie przewiduje takiego zróżnicowania. A zatem nie ma bezpośredniego uwarunkowania, że jeżeli np. organ jest ważny dla prawidłowych funkcji organizmu (jelito, nerka), to nie

⁸ M. Nesterowicz, glosa do wyr. SN z 19.12.1969 r., II CR 551/69, OSPIKA nr 6/1971, s. 261.

⁹ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989 r., s. 147.

¹⁰ S. Rutkowski, *Zgoda na zabieg leczniczy w ujęciu art.192 kk*, Prokuratura i Prawo nr 2/2000 r, s. 29.

można w żadnym wypadku przekroczyć zakresu zgody, a w odniesieniu do mniej ważnych narządów (wyrastek robaczkowy, itd.), swobodnie można przekraczać granice zgody. Należy wskazać też na znaczną płynność owego zróżnicowania i tej oceny dla każdego pacjenta. Niewątpliwie inne znaczenie będzie miała operacja amputacji macicy dla 70-letniej pacjentki, a inne dla młodej bezdzietnej kobiety, podobnie jak np. amputacja kończyny dla starszej osoby, a dla czynnego zawodowo sportowca. Indywidualizm tych trudnych wyborów musi być pozostawiony w gestii każdego człowieka, zaś decydowanie w tej materii przez lekarza wydaje się być nieuprawnione. Wyznacznikami postępowania są dla lekarza li tylko wskazania medyczne, wynikające bezpośrednio z art. 35 ustawy, które go legitymują nawet do usunięcia ważnych dla pacjenta organów, jeśli zachodzi zagrożenie dla życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała pacjenta.

5. Dopuszczalne granice poszerzenia bądź zmiany zakresu zabiegu operacyjnego

Należy zauważyć, iż art. 35 ustawy o zawodzie lekarza nie reguluje sytuacji przekroczenia zakresu zgody, gdy zabieg ten jest w istocie tylko korekturą właściwego zabiegu. Taką możliwość dopuszcza jednak judykatura¹¹. Powstaje jednak pytanie, na czym polegać ma ta korektura. Czy jest nią np. wycięcie nie 10 cm, a np. 20 cm jelita, amputacja większej części kończyny, czy też usunięcie części lub całego narządu?

Jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia, to lekarz zawsze może dokonać takiej korektury. Natomiast w sytuacji braku takiego niebezpieczeństwa zakres tej dopuszczalnej zmiany powinna wyznaczać relacja pomiędzy narażeniem pacjenta na kolejne niebezpieczeństwo (w sytuacji gdyby i tak w najbliższym czasie konieczny był następny zabieg), a rodzajem owej korektury (gdyby np. mogła spowodować u pacjenta zakłócenie czynności funkcjonowania organizmu, długi okres rehabilitacji). Istotna jest też ocena, czy w razie zaniechania zabiegu ryzyko późniejszego zabiegu nie byłoby dużo większe dla

¹¹ Cytowane orzeczenie SN z 29.12.1969 r., II CR 551/69.

pacjenta niż w danej chwili. Gdyby zatem pomiędzy tymi dwoma współczynnikami zachodziła znaczna dysproporcja, w naszej ocenie konieczna byłaby decyzja pacjenta, zwłaszcza gdy kolejny zabieg nie byłby konieczny, ale tylko np. prawdopodobny, w zależności od badań histopatologicznych.

Zabieg wykonywany ponad zgodę chorego ma być – stosownie do orzeczenia Sądu Najwyższego – „nieznaczna a niezbędną korekturą”. I ten zapis należy interpretować restryktywnie, poprzez akcentowanie medycznej konieczności takiego zabiegu, jak i jego granic przedmiotowych, tylko w niewielkim stopniu wykraczających poza planowaną operację. Zatem usunięcie innego organu, niezależnie czy prawego, czy lewego, jest w istocie inną operacją, a nie jego korekturą. W tej sytuacji mamy do czynienia nie z przekroczeniem zgody, ale z działaniem poza zgodą chorego.

6. Obowiązek zasięgnięcia opinii lekarskiej

Stosownie do dyspozycji art. 35 ustawy, gdy lekarz przewiduje konieczność przekroczenia zakresu zgody pacjenta, powinien, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności.

Ustawowy obowiązek zasięgnięcia opinii ma obligatoryjny charakter, nie jest to więc li tylko kwestia powinności zależna od uznania lekarza. Jedynym dopuszczalnym odstępstwem od zasięgania opinii jest sytuacja niemożliwości jej uzyskania. Wykładnia tego przepisu powinna być zawężająca, tak aby w istocie przepis ten nie był upoważnieniem dla lekarzy do podejmowania wyłącznych decyzji. Obowiązek zasięgnięcia opinii w tych szczególnych wypadkach, gdzie z reguły zachodzą nieprzewidywalne okoliczności, ma bowiem charakter gwarancyjny. Zabieg operacyjny ze swej istoty jest związany z podwyższonym ryzykiem, wystąpienie nieprzewidzianych zdarzeń zwiększa dodatkowo stopień zagrożenia dla pacjenta, a od lekarza wymaga dużej wiedzy i odpowiedzialności. Nie ma bowiem czasu na przemyślenie podejmowanych działań, a decyzję należy podjąć w ciągu kilku, kilkunastu, kilkudziesięciu minut.

Istnieje w medycynie pojęcie „*point of no return*”, czyli punkt od którego nie ma odwrotu i gdzie jakakolwiek opóźniona reakcja może okazać się nieskuteczną¹². Dlatego też jeżeli jest to możliwe, co należy interpretować jako „jeżeli jest czas na zasięgnięcie opinii”, zawsze lekarz powinien zwrócić się o nią. Tylko konieczność natychmiastowej decyzji, gdy zwłoka mogłaby spowodować zagrożenie dla życia lub zdrowia, w naszej ocenie mogłaby zwalniać lekarza z tego obowiązku.

Dodać też należy, iż ustawodawca uwzględniając szczególny charakter zabiegów dopuszcza również możliwość opinii lekarza innej specjalności. Czyli jako zasadę należy uznać obowiązek opinii lekarza tej samej specjalności, zaś ze względu na brak czasu możliwe są dwa odstępstwa: bądź brak uzyskania opinii w ogóle, bądź też uzyskanie opinii, ale od lekarza innej specjalności.

W doktrynie prawa trafnie wskazuje się, iż lekarz przy podejmowaniu decyzji na podstawie art. 35 ustawy powinien w maksymalnym stopniu dążyć do wypełnienia ustawowego obowiązku zasięgnięcia opinii drugiego lekarza. W toku zabiegu operacyjnego jest to z natury rzeczy możliwe i lekarz kierujący zabiegiem obowiązek ten spełnić powinien w każdym przypadku. Wypełnienie tego obowiązku pozwoli bowiem na kontrolę decyzji lekarskich w aspekcie czy występują wskazania lekarskie lub etyczne dla ewentualnego poszerzenia zakresu zgody pacjenta¹³.

Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, iż podstawowymi przesłankami poszerzenia zakresu interwencji są, rzecz jasna, wskazania medyczne. Obowiązek zasięgnięcia opinii pozwala na obiektywizację tych zaleceń przez innego lekarza. Norma ta ma zatem charakter gwarancyjny dla pacjenta, a i dla samego lekarza jest zabezpieczeniem prawidłowości postępowania medycznego.

¹² T. Tołłoczko, *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny – refleksje klinicysty*, Prawo i Medycyna z 1999 r., s. 93.

¹³ L. Kubicki, *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna, nr4/1999r, s. 9 i 11.

Prawnokarne znaczenie zakłóceń czynności psychicznych sprawcy czynu zabronionego

1. Wprowadzenie

W starożytności już Hipokrates odrzucał pogląd, że chory psychicznie jest opętany przez demony (jak często uważano w średniowieczu)¹, a w prawie rzymskim szaleni (*furiosi*) i umysłowo upośledzeni (*fatui*) nie podlegali karze z uwagi na niezdolność podjęcia zamiaru popełnienia przestępstwa². W Polsce procesy o czary były rzadsze niż na zachodzie Europy, a w prawie miejskim choroba umysłowa wyłączała odpowiedzialność karną, podobnie jak, z wyjątkiem *crimen laese maiestatis*, w prawie ziemskim³. Zasadniczo wszędzie jednak aż do początków XIX w. sądzono, że choć sprawca nie odpowiada za swój czyn zabroniony, to ponosi winę za chorobę psychiczną, która miała być rezultatem niewłaściwego sposobu życia⁴.

Kodeks Karny z 1997 r.⁵ nie określa pojęcia poczytalności. Poczytalność według przedstawicieli szkoły klasycznej zależy od zdolności poznania, czyli świadomości i od autonomii woli. Należy ją ustalać dopiero, gdy w konkretnej sytuacji rodzi się uzasadniona wątpliwość, np. sprawca popełni czyn wyraźnie kolidujący ze swym dotychczasowym postępowaniem⁶. Współcześnie w Polsce obowiązuje regulacja

¹ Bardziej wyrozumiale odnoszono się do chorych psychicznie w wiekach średnich w krajach arabskich.

² M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977, s. 10-11.

³ *Ibidem*, s. 17.

⁴ *Ibidem*, s. 13.

⁵ Dalej jako k.k.

⁶ A. Jastrzębska, *Poczytalność, niepoczytalność i poczytalność ograniczona w świetle odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa – zagadnienia wprowadzające*, EP 1994, nr 9, s. 195-196.

art. 31 § 1 k.k. stanowiąca, że nie popełnia przestępstwa, kto z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem. W § 2 tego przepisu ustawodawca postanowił, że jeżeli w czasie popełnienia przestępstwa zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona, sąd może, z uwagi na zmniejszony stopień winy, zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Dla możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary nie wystarczy, że poczytalność sprawcy była ograniczona, gdyż ograniczenie to musi wykazywać w czasie czynu znaczny stopień. Nawet jednak gdy sąd nie stosuje nadzwyczajnego złagodzenia kary mimo znacznego ograniczenia poczytalności u sprawcy w chwili czynu, powinien powołać art. 31 § 2 k.k. jako element podstawy prawnej orzeczenia, gdyż kwalifikacja prawna czynu ma odzwierciedlać jego kryminalną zawartość i wskazywać wszystkie elementy czynu przestępnego, które mają prawne znaczenie⁷. Zakłócenia psychiczne sprawcy czynu zabronionego mają bowiem znaczenie chociażby przy wykonywaniu orzeczonej kary pozbawienia wolności, tj. dla wyboru określonego rodzaju zakładu karnego i typu rygoru⁸. Ograniczenie poczytalności sprawcy w stopniu znacznym, jeżeli nie zostało uwzględnione jako wystarczająca podstawa do nadzwyczajnego złagodzenia kary, stanowi przy wymiarze kary okoliczność łagodzącą w ramach tzw. zwyczajnego wymiaru kary⁹. Podobnie jeżeli zdolność sprawcy do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem była ograniczona w stopniu mniejszym niż znaczny, to nie wskazuje to – wbrew pozorom – jednoznacznie na jego poczytalność, a powinno być wzięte pod uwagę w analizie okoliczności podmiotowych czynu i w szczególności może stanowić zwykłą okoliczność łagodzącą¹⁰.

⁷ A. Zoll, Głosa do wyroku SN z 11 października 1985 r., III KR, 290/85, PiP 1987, nr 8, s. 149. Autor krytycznie odnosi się do tezy wyroku w którym SN uznał, że wystąpienie okoliczności wymienionych wg aktualnie obowiązującego k.k. w art. 31 § 3 wyłącza określenie w przypisanym oskarżonemu czynnie, że działał w stanie ograniczającym w stopniu znacznym zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem. Autor aprobuje natomiast rozstrzygnięcie zawarte w orzeczeniu SN z 5 grudnia 1985 r., Rw 1090/85.

⁸ H. Gajewska, Głosa do wyroku SN z 28 czerwca 1979 r., II KR 171/79, PiP 1981, nr 1, 148-149.

⁹ Wyrok SSN z 10 sierpnia 1976 r., II KR 186/76, OSNKW 1976, nr 10-11, poz. 126.

¹⁰ E. Habzda-Siwek, *Diagnoza stanu psychicznego sprawcy a rozstrzygnięcia w procesie karnym*, Zakamycze, Kraków 2002, s. 134.

Niepoczytalność i odpowiednio poczytalność ograniczoną należy ustalać w czasie czynu (nie skutku¹¹) i w odniesieniu do danego czynu, a nie abstrakcyjnie, gdyż sprawca może nie być w stanie rozpoznać znaczenia konkretnego czynu, np. kradzieży w przypadku kleptomanii¹², albo jest w stanie rozpoznać znaczenie kradzieży, a nie jest w stanie rozpoznać bardziej skomplikowanego przestępstwa, np. fałszu materialnego dokumentu¹³. W przypadku jednak chorób psychicznych, np. paranoi, należy przyjąć niepoczytalność chorego nawet gdy popełni przestępstwo nie pozostające w związku z jego systemem urojeniowym, co wynika z niepodzielności funkcji psychiki¹⁴. Często bowiem pozornie logiczny i zrozumiały czyn okazuje się realizacją pobudek patologicznych, np. kradzież roweru w celu śledzenia partnerki podejrzanej o niewierność, włamanie z chęci ukrycia się przed prześladowcami itp.¹⁵. Nie można także uzależniać oceny poczytalności od rozległości ujawnionych zmian psychicznych, gdyż objawy kliniczne często nie są związane z nimi w stosunku wprost proporcjonalnym¹⁶. Niepoczytalność z uwagi na wyłączenie winy daje możliwość zastosowania jedynie środków zabezpieczających w postaci np. umieszczenia sprawcy w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, jeżeli popełnił czyn zabroniony o znacznej szkodliwości społecznej i zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że popełni taki czyn ponownie (art. 94 § 1 k.k.).

2. Przyczyny uzasadniające przyjęcie niepoczytalności na gruncie kodeksu karnego

Określenie niepoczytalności (poczytalności ograniczonej) w k.k. nastąpiło według metody mieszanej – psychiatryczno-psychologicznej po-

¹¹ Wystarcza bowiem świadomość możliwości jego wystąpienia w czasie czynu.

¹² W przypadku kleptomanii przywłaszczony przedmiot nie stanowi dla zabierającego istotnej wartości, czyn zostaje popełniony mimo znacznego prawdopodobieństwa ujęcia sprawcy, przed czynem sprawca przeżywa stan przykrego napięcia psychicznego.

¹³ OSNPG 1978, poz. 76 i 133.

¹⁴ M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, op.cit., s. 356.

¹⁵ J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym*, Toruń 2003, s. 116.

¹⁶ Ibidem, s. 129.

przez wskazanie jej biologicznych źródeł i psychologicznych następstw w postaci niemożności (i odpowiednio ograniczenia w znacznym stopniu) rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania postępowaniem, przy czym do stwierdzenia niezdatności podmiotu do zawinienia nie wystarczy sama choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe czy inne zakłócenia czynności psychicznych, ale wymaga się ich powiązania przy czynowego z następstwami.

K. Buchała przez niemożność rozpoznania znaczenia czynu rozumie dwie jego warstwy – ontologiczną i aksjologiczną, gdyż sprawca może nie rozpoznawać albo następstw określonych zachowań w świecie zewnętrznym, albo etycznego wartościowania określonego zachowania¹⁷. Oczywiście w konkretnym przypadku może zdarzyć się niemożność rozpoznania znaczenia w obu warstwach. Niemożność kierowania postępowaniem zachodzi, gdy sprawca nie ma możliwości społecznie adekwatnego zachowania się po wcześniejszym podjęciu świadomej i swobodnej decyzji, zgodnie z prawidłowo rozpoznaniem znaczeniem czynu; w konsekwencji niemożność rozpoznania znaczenia czynu z reguły pociąga za sobą niemożność społecznie adekwatnego zachowania¹⁸. Wyjątkowo w przypadku działań o charakterze popędowym przy rozpoznawalności znaczenia czynu możemy mieć do czynienia z brakiem możliwości kierowania postępowaniem, np. przy kleptomani i czy zбочonych zachowaniach o charakterze seksualnym. Odwrotna sytuacja może zaistnieć w przypadku cierpiących na paranoję (obłąd), kiedy sprawca nie rozpoznaje znaczenia czynu, a zdolność kierowania postępowaniem zostaje zachowana adekwatnie do nieprawidłowo pojętej rzeczywistości.

Inne zakłócenia czynności psychicznych mogą być spowodowane zatruciem organizmu, infekcją, gorączką, lekami, niedoborem witamin, niedoborem tlenu, długotrwałym bólem w chorobie przewlekłej, urazem mechanicznym czaszki, padaczką i in.¹⁹. W padaczce może pojawić się u sprawcy nowa osobowość o przestępczych cechach, występująca na przemian z dotychczasową, bez uświadamiania sobie tego przez sprawcę. Padaczka może wywoływać też zespół pomroczny, przejawia-

¹⁷ K. Buchała (w:) K. Buchała, Ż. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 201.

¹⁸ Ibidem, s. 202.

¹⁹ M. Jarosz (red.), *Podstawy psychiatrii*, Warszawa 1988, s. 202 i nast.

jący się w zachowaniach agresywnych i innych gwałtownych działaniach. Szczególny przebieg ma zespół pomroczny jasny, w którym choremu zdarza się popełnić przestępstwo bez obserwowalnych na zewnątrz zaburzeń psychicznych, mimo rzeczywistego zawężenia świadomości i całkowitej niepamięci wstecznej. Dla padaczki skroniowej charakterystyczne są kryptomnezje, tj. powtarzanie zasłyszanych tematów nieświadomie jako własnych, co w innych okolicznościach mogłoby mieć w przypadku twórcy cechy plagiatu²⁰. W padaczce i w pewnych psychopatiach może wystąpić drażliwość powodująca nieproporcjonalnie agresywne reakcje do powodującej je przyczyny oraz afekt przetrwały charakteryzujący się trudnym do opanowania gniewem oraz niespotykane długą pamiętliwością drobnych psychicznych urazów z przeszłości²¹. Przy padaczce mogą się pojawić uszkodzenia mózgu wywołane urazami głowy w trakcie napadów²². Dłużej trwające padaczki mogą prowadzić do zespołu (stanu) otępiennego lub charakteropatii, jak również działań popędowych w postaci popędu wędrowniczego – poriomanii i popędowych podpaień – piromanii²³.

Otępienie – w odróżnieniu od upośledzenia umysłowego – nie pojawia się od urodzenia czy wkrótce po nim, a może nastąpić dopiero po zakończeniu rozwoju mózgu. U pacjentów z organicznym uszkodzeniem mózgu mogą wystąpić bezkrytyczne działania popędowe ze znieśioną świadomością, a lekki nawet bodziec może powodować nietrzymanie afektu w postaci wybuchu niepohamowanego gniewu²⁴. Organiczne zaburzenia afektu mogą prowadzić do pomówień, zniewag, gróźb, niszczenia mienia, czynów lubieżnych i przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Otępienie intelektualne z powodu ograniczeń sprawności psychofizycznej sprawcy przyczynia się często do przestępstw wynikających z zaniechania, np. wywołania pożaru przez brak nadzoru²⁵. Osoby z organicznym uszkodzeniem mózgu i niedorozwinięte cechuje znaczna podatność na sugestię, bezkrytycyzm, nieprzewidywanie następstw

²⁰ Z. Rydyński, *Psychiatria*, Łódź 1996, s. 105.

²¹ Ibidem, s. 110-111.

²² Takie urazy mogą być także następstwem ciosów otrzymywanych od przeciwnika w trakcie walk bokserskich.

²³ J. Przybysz, op.cit., s. 142.

²⁴ Z. Rydyński, op.cit., s. 86.

²⁵ J. Przybysz, op.cit., s. 131.

określonych działań, co w środowiskach przestępczych może być wykorzystywane do zlecenia im dokonywania przestępstw lub trudnienia się nierządem²⁶. Osoby upośledzone niekiedy dopuszczają się ekshibicjonizmu i popełniają przestępstwa seksualne powiązane z agresją wobec dzieci lub osób w podeszłym wieku.

Wątpliwości budzi okoliczność czy „inne zakłócenia czynności psychicznych” oprócz źródeł patologicznych (afekt patologiczny, zatrucia, stany hipnotyczne) mogą wynikać także ze źródeł niepatologicznych, np. porodu, menstruacji, zmęczenia, snu czy choćby silnego wzburzenia (afektu) usprawiedliwionego okolicznościami czynu, które prowadzi do zwężenia pola świadomości, efektywności spostrzegania, zdolności logicznego myślenia i swobody działania. Zauważyć w tym względzie należy, że art. 31 § 1 k.k. nie stawia wymagań odnośnie etiologii zakłóceń psychicznych²⁷. Badania wykazały na przykład związek między kradzieżami ze sklepów a zespołem napięcia przedmiesiączkowego. Kobiety mogą cierpieć także na psychozę połogową, która może pojawić się bezpośrednio po porodzie lub kilka tygodni później²⁸. Wydaje się, że nie należy wykluczać takich przypadków (w tym psychopatii i socjopatii) spod działania art. 31 § 2 k.k.²⁹, z tym jednak, że gdy podstawa przyjęcia poczytalności ograniczonej pokrywa się z okolicznością uzasadniającą przyjęcie typu uprzywilejowanego (np. dzieciobójstwa), to nie należy – dokonując kwalifikacji prawnej – dwukrotnie uwzględnić tej samej okoliczności na korzyść³⁰. Inaczej będzie jednak w przypadku, kiedy np. silne wzburzenie z powodu niezasłużonej krzywdy współwystąpi z ograniczeniem poczytalności spowodowanym np. organicznymi zmianami w mózgu sprawcy³¹. Znany jest bowiem tzw. afekt patologiczny, który choć wywołany jest słabym bodźcem, powoduje niewspółmierną reakcję w postaci krótkiego, ale bardzo gwałtownego zachowania o charakterze agresywnym, niszczenia rzeczy, co jest wynikiem zawężonej świadomości, powodującej nieświadomienie sobie

²⁶ Z. Rydzyński, op.cit., s. 114.

²⁷ Por. też wyrok SN z 7 lutego 1963 r., VK 423/62, OSPiKA 1963, nr 11.

²⁸ M. Haslam, *Psychiatria*, Warszawa 1997, s. 550, 560.

²⁹ J. K. Gierowski, F. Popp, T. Zyss, *Psychologiczne i psychopatologiczne aspekty niepoczytalności*, Pal. 1992, nr 7-8, s. 41.

³⁰ Por. wyrok SN z 27 marca 1975 r., II KR 333/74, OSN KW 1975, nr 8, poz. 105.

³¹ Wyrok SN z 11 lipca 1973 r., II KR 53/73, OSPiKA 1974, nr 7-8, s. 359 i nast.

istotnych elementów rzeczywistości potrzebnych do podjęcia racjonalnej decyzji. Zwężenie pola świadomości jest wynikiem poddania się jednemu uczuciu, np. gniewu lub nienawiści, w związku z czym steruje ono wolą i uwagą, nastawiając je w jednym kierunku. Dotknięci zwężeniem pola świadomości często nie reagują na niebezpieczeństwo, ból, są dezorientowani³².

Wydaje się, że możliwe są sytuacje, w których sam afekt fizjologiczny o niepatologicznym charakterze powoduje potrzebę przyjęcia znacznie ograniczonej poczytalności sprawcy przy zabójstwie pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami (art.148 § 4 k.k.), gdyż ustawodawca nie precyzuje przyczyn „innych zakłóceń czynności psychicznych”, a w opisie czynu – zgodnie z zasadą prawdy materialnej – muszą się znaleźć wszystkie istotne elementy³³. Zwrócić trzeba także uwagę, że nadzwyczajne złagodzenie kary z art. 31 § 2 k.k. jest fakultatywne, a złagodzenie kary w art. 148 § 4 k.k. jest obligatoryjne. Sprawca, który w chwili dokonania zabójstwa znajdował się pod wpływem alkoholu, może skorzystać z uprzywilejowanej kwalifikacji tylko w tych wyjątkowych przypadkach, w których silne wzburzenie wywołało zostało innymi czynnikami, nie zaś alkoholem³⁴.

Niepatologiczny charakter ma upojenie przysenne, kiedy świadomość jest zaburzona przez nagłe wybudzenie z głębokiego snu, co powoduje często dezorientację, atak wściekłości i agresji wobec otoczenia w obronie przed urojonym niebezpieczeństwem. Możliwe jest wówczas dokonanie uszkodzenia ciała, zniszczenia mienia, a nawet zabójstwo³⁵.

Sprawcy chorzy psychicznie cierpiący na omamy różnego rodzaju (wzrokowe, słuchowe, dotykowe) mogą realnie przedstawiać sobie sytuacje, z których ratunkiem jest jedynie agresywna obrona. Omamy słuchowe w postaci tzw. słyszenia głosów mogą prowadzić do samobójstwa albo odebrania bezwzględnego nakazu napaści na inną osobę. W przypadku urojenia prześladowczego chory może „w obronie własnej” zaatakować „prześladowcę”. Urojenia u chorych psychicznie są tak silne, że nie ustępują wobec racjonalnej argumentacji, a jedynie pod wpływem farmaceutyków. Tego typu objawy mogą występować w schizofre-

³² Z. Rydyński, op.cit., s. 82.

³³ H. Gajewska-Kraczkowska, Głosa do wyroku SN z 15 maja 1984 r., III KR 101/84, OSPiKA 1986, s. 334.

³⁴ Wyrok SN z 15 sierpnia 1978 r., IV KR2112/78, OSNKW 1979, nr 1-2, poz. 12.

³⁵ Z. Rydyński, op.cit., s. 85.

nii paranoidalnej, w której pojawiają się przede wszystkim mało prawdopodobne i niepowiązane logicznie urojenia prześladowcze (śledzenia, trucia, zarażania, hipnotyzowania, kradzieże, zdrady i in.), urojenia ksobne (chory odnosi wszystko do własnej osoby), poczucie kierowania przez innych myślami i działaniem chorego, omamy słuchowe (np. podszepty szatana), omamy psychiczne (nasyłania myśli), lęk, myślenie magiczne i rozpad osobowości. Schizofrenię katatoniczną hiperkinetyczną cechuje lęk, brak omamów i urojeń oraz występowanie tzw. zrywu katatonicznego (furor), kiedy chory niszczy rzeczy, skierowuje bez przyczyny agresję przeciwko jakiejś osobie, dokonując gwałtownych czynów w postaci zranienia, a niekiedy nawet okrutnego zabójstwa. Czasem zdarza się, że schizofrenia rozpoczyna się od czynu zabronionego, dokonywanego w znacznym napięciu psychicznym, prymitywnie, brutalnie, bez przygotowania, na oczach świadków (tzw. *delictum initiale*)³⁶. Taki nieoczekiwany i nieumotywowany czyn nazwano w psychiatrii paragnomenem. Motywy zabójstw dokonywanych przez schizofreników są często niezrozumiałe, a chorzy nie zdają sobie sprawy z wagi przestępstwa i nie przeżywają poczucia winy. W schizofrenii hebefrenicznej możemy często spotkać się z wulgarnym, agresywnym zachowaniem w stosunku do innych osób. Chory traci dystans do innych, nawet wyżej postawionych, osób oraz poczucie odpowiedzialności za swoje zachowanie.

Parafrenia objawia się bez naruszania struktury osobowości zespołem omamów słuchowych, czuciowych i innych, interpretowanych przy udziale usystematyzowanych urojeń prześladowczych, które mogą prowadzić do zachowań agresywnych. Chory słyszy rozmowy, w których różne osoby zmawiają się przeciwko niemu w celu pozbawienia go życia. Paranoja (obłąd) stanowi zespół wewnętrznie spójnych, logicznie usystematyzowanych urojeń o cechach prawdopodobieństwa (co może nawet otoczenie wprowadzać w błąd), napędzających aktywność chorego o dobrze zachowanej osobowości, wśród których – z punktu widzenia możliwości realizacji znamion czynu zabronionego – największe znaczenie wydają się mieć urojenia prześladowcze, urojenia zazdrości. W paranoi nie występują omamy. U chorych na paranoję nie mamy do czynienia ze zniesieniem hamulców moralnych i zasad etycznych, ale z

³⁶ M. Cieślak i in., *op.cit.*, s. 349, 351.

kierowaniem się przez chorych zasadą „cel uświęca środki” w działaniach przeciwko rzekomym wrogom i prześladowcom, a to z uwagi na występujące objawy psychotyczne w myśleniu i uczuciach³⁷. Wyróżnia się także obłąd pieniaczy u chorych wykorzystujących sądy i organy ścigania dla dochodzenia rzekomych lub drobnych krzywd, co może mieć znaczenie z punktu widzenia przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, jak np. fałszywe oskarżenie czy zawiadomienie o niepełnionym przestępstwie. Parafrenia i paranoja mogą prowadzić do przyjęcia niepoczytalności sprawcy z uwagi na brak możliwości rozpoznania znaczenia czynu przez sprawcę. W schizofrenii, parafrenii i paranoi zaburzeniom myślenia nie towarzyszą zaburzenia świadomości, jak np. w zespołach majaczeniowych w przypadku gorączki³⁸.

Inny charakter mają zaburzenia nastroju (afektywne). Wśród tych ostatnich szczególnie przebieg ma choroba dwubiegunowa maniakalno-depresyjna, określana mianem cyklofrenii, skutkująca, zależnie od stanu sprawcy, niepoczytalnością lub poczytalnością ograniczoną. W fazie maniakalnej daje się zauważyć u chorych wzrost aktywności ruchowej, wzmoczenie popędów i brak roztropności, przez co – szczególnie w ostrej manii, tzw. podnieceniu szałowym – z uwagi na porywczosć i zwiększony gniew, dysfориę oraz kłótlivość, skłonność do bójek, bezwzględnego przełamywania oporu i przeszkód ze strony otoczenia, także przez niszczenie rzeczy, zniewagi, oszustwa, mogą oni wchodzić w konflikt z prawem. Często są także czyny zabronione o charakterze seksualnym ze względu na wzmoczony popęd płciowy. Chory, w odróżnieniu od depresji, traci świadomość własnej choroby. Przejawia obniżony krytycyzm i skłonność do działań ryzykownych. W fazie depresyjnej natomiast spotyka się tzw. samobójstwa rozszerzone, tj. towarzyszące samobójstwu zabójstwa dokonywane na najbliższych chorego, motywowane miłością i troską o nich. Prawnie relewantne w fazie depresji mogą okazać się także drażliwość, skutkująca często agresywnością, a także urojenia skutkujące samoobwinianiem i samooskarżeniami. Apatia może także prowadzić do czynów zabronionych popełnianych przez zaniechanie.

Choroby psychiczne reaktywne (sytuacyjne) wywołuje określony uraz psychiczny. Mogą one przebiegać w postaci reakcji krótkiego spięcia,

³⁷ M. J. Arosz (red.), *op.cit.*, s. 106.

³⁸ M. Haslam, *op.cit.*, s. 221.

w czasie której chory świadomie pod wpływem chwilowego popędu popełnia czyn sprzeczny z jego strukturą osobowości, nieusprawiedliwiony istniejącą sytuacją, np. osoba zamożna kradnie u znajomych niepotrzebną książkę³⁹.

Upośledzenie umysłowe (oligofrenia) może przybrać formę lekką (iloraz inteligencji 50-69), umiarkowaną (35-49), znaczną (20-34) bądź głęboką (poniżej 20). Odpowiada to w przypadku upośledzenia lekkiego wiekowi umysłowemu między 9-12 lat, umiarkowanego – od 6 do poniżej 9 lat, znacznego od 3 do poniżej 6 lat, zaś głębokiemu mniej niż 3 lat⁴⁰. Głębokie upośledzenie jest zawsze tożsame z niepoczytalnością, umiarkowane lub znaczne prawie zawsze, natomiast lekkie może prowadzić do niepoczytalności całkowitej lub tylko częściowej⁴¹. Dotknięci upośledzeniem umysłowym są szczególnie podatni na wpływy otoczenia, a cierpiący na złe jego postaci mogą być wykorzystywani przez elementy przestępcze do popełniania czynów zabronionych, gdyż nawet przy rozumieniu znaczenia czynu przeciwstawienie się zasadzie solidarności grupowej wymagałoby odpowiedniej inicjatywy⁴². Osoby poważnie upośledzone umysłowo rzadko jednak będą mogły samodzielnie popełnić czyn zabroniony.

Oligofrenicy, z uwagi na niedostateczną kontrolę intelektualną popędów, często są sprawcami czynów nierządnych, gdyż mają trudności w nawiązywaniu normalnych kontaktów. Dopuszczają się również podpałek z zemsty lub radości na widok ognia⁴³. Mogą one być także wynikiem kompensacji niskiej pozycji społecznej i prowadzić do wykazania się spektakularnym udziałem w akcji ratunkowej. Osoby upośledzone umysłowo mogą podejmować gwałtowne działania w sytuacji stresowej, w ich pojęciu bez wyjścia, w poczuciu zagrożenia, upokorzenia czy dyskryminacji, jak również w sytuacji trudności adaptacyjnych do nowych rygorów (służby wojskowej, zakładu karnego)⁴⁴. Nieprawidłowe jest jednak generalne opiniowanie poczytalności ograniczonej w stop-

³⁹ M. Jarosz (red.), op.cit., s. 246.

⁴⁰ A. Bilikiewicz, S. Pużyński, J. Rybakowski, J. Wciórek, *Psychiatria, t.II*, Urban & Partner, Wrocław 2002, s. 620.

⁴¹ J. Wojciechowski, *Kodeks karny: Komentarz, orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 85.

⁴² M. Jarosz (red.), op.cit., s. 255.

⁴³ M. Cieślak i in., op.cit., s. 220.

⁴⁴ J. Przybysz, op.cit., s. 151.

niu znacznym u osób lekko upośledzonych umysłowo, popełniających proste czyny, gdyż niski intelekt nie przesądza o zachowaniu ze złymi skutkami społecznymi, chyba że działania upośledzonego umysłowo sprawcy przekroczą granice obszaru dostępnego jego rozumieniu lub postawią go wobec przekraczających jego możliwości zadań⁴⁵.

Psychopatie i charakteropatie są zaburzeniami osobowości, które z uwagi na nieprawidłowe ukształtowanie temperamentu, woli i popędów w procesie wychowania i oddziaływań środowiskowych, cechuje brak przystosowania do życia w społeczeństwie, egocentryzm, destruktywne i złośliwe zachowania, cynizm, kierowanie się niskimi popędami, dominacja działań impulsywnych, brak poczucia odpowiedzialności, winy oraz realizacja jedynie doraźnych celów życiowych, wynikających z bieżących potrzeb⁴⁶. Zalicza się te zaburzenia do innych zakłóceń czynności psychicznych. W psychopatiach nie występują omamy czy urojenia, a zaburzenia nie dotyczą sfery intelektu. W konflikt z prawem wchodzić mogą szczególnie osoby z osobowością eksplozywną, z uwagi na ich wybuchowość, częste przejawy gniewu i agresji. Agresję mogą wykazywać także osobowości paranoiczne ze względu na przesadne odnoszenie do siebie różnych zdarzeń. Wspomnieć należy także psychopatów seksualnych, którzy uzyskują zaspokojenie jedynie w różnego rodzaju perwersjach, często nieobojętnych zakresem prawa karnego, jak sadyzm, masochizm, ekshibicjonizm, necrophilia, i in. Szczególnie wybujałą formą sadyzmu jest zabójstwo z lubieżności, które charakteryzuje się wyjątkową brutalnością i jest dokonywane przez osoby na co dzień nieśmiałe i łagodne, przez co sprawcy ci są trudni do ustalenia⁴⁷. Wśród psychopatów wyróżnić należy grupę osób chwiejnych uczuciowo, którzy są szczególnie podatni na wpływy i wykorzystanie przez środowisko przestępcze z uwagi na ich uległość i skłonność do naruszania zasad współżycia społecznego i przepisów prawa. Psychopatie zwykle pojawiają się we wczesnej fazie życia danej jednostki i trwają przez cały okres jej życia. Jednak nie można rozpoznawać psychopatii u nieletnich z uwagi na to, że osobowość stabilizuje się dopiero po osiągnięciu dojrzałości. Psychopatyczne cechy osobowości mogą nasilać się pod

⁴⁵ Ibidem, s. 150.

⁴⁶ M. Haslam, *op. cit.*, s. 360.

⁴⁷ M. Cieślak i in., *op. cit.*, s. 242.

działaniem alkoholu, który potęguje agresję. Może dochodzić wówczas do demolowania pomieszczeń, ataków gniewu i wściekłości skierowanego przeciwko otaczającym osobom, co prowadzi często do uszkodzeń ich ciała, a nawet zabójstwa. Psychopaci dopuszczają się często kradzieży, defraudacji, fałszerstw, rozbojów, gwałtów. W psychopatiach zasadniczą niemożność przyjęcia niepoczytalności wynika z dobrego wglądu intelektualnego odnośnie do niewłaściwości postępowania⁴⁸. Psychopaci rozróżniają pojęcie dobra i zła, ale nie przeżywają ich uczuciowo, podobnie jak winy i skruchy. Nie odznaczają się oni współczuciem, litością, wstydem czy szacunkiem dla innych⁴⁹. Jedyne w wyjątkowych przypadkach psychopatyczna osobowość (a nie tylko rysy psychopatyczne) może powodować ograniczenie poczytalności albo – jeszcze rzadziej – jej wyłączenie⁵⁰. Ma to miejsce wówczas, gdy szczególnie ujemne cechy charakteru psychopatycznego są motywem popełnienia czynu zabronionego, np. impulsywny psychopata popełnia pod wpływem prowokacji agresywny czyn⁵¹. Trudny do hamowania jest także patologiczny popęd seksualny⁵². Nadzwyczajne złagodzenie kary może prowadzić u takich jednostek do jeszcze większego osłabienia hamulców przed naruszaniem porządku prawnego⁵³. Jak się jednak wskazuje w literaturze, trudno i tak słabymi u psychopatów hamulcami rozumowymi opanować silny przerost popędów⁵⁴. Psychopaci opornie poddają się resocjalizacji, a wymierzanie im kar czy zagrożenie nimi bądź nawet umieszczenie ich w przywężniennych szpitalach psychiatrycznych nie przynosi efektów albo mają one jedynie chwilowy charakter, a potęguje to w ich psychice uczucie zemsty i postawę antyspołeczną⁵⁵.

Od psychopatii odróżnia się socjopatie, czyli podobnie niedojrzałe osobowości bez uszkodzeń ośrodkowego układu nerwowego (o.u.n.),

⁴⁸ Z. Rydzyski, *op. cit.*, s. 179.

⁴⁹ M. Cieślak i in., *op. cit.*, s. 227.

⁵⁰ J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 85.

⁵¹ M. Cieślak i in., *op. cit.*, s. 233. K. Imieliński uważa psychopatów z zaburzeniami popędu płciowego za poczytalnych, chyba że występuje u nich choroba psychiczna, oligofrenia czy zmiany organiczne w mózgu, K. Imieliński, *Poczytalność osób zboczonych płciowo*, NP. 1962, nr 6, s. 818-821.

⁵² J. Leszczyński, *Niepoczytalność sprawców przestępstw oraz czynów zabronionych i jej kryminologiczne konsekwencje*, Prz. Policynjny 1995, nr 1-2, s. 50.

⁵³ M. Cieślak i in., *op. cit.*, s. 231.

⁵⁴ J. Sikora, *Opieka postpenitencjarna nad byłymi więźniami psychopatami, charakteropatami i ciężkimi neurotykami*, Warszawa 1964, s. 88.

⁵⁵ T. Frąckowiak, *Psychopatia, Postępy Neurologii, Neurochirurgii i Psychiatrii, T. IV*, Warszawa 1958, s. 164.

ale szczególnie wyróżniające się lekceważeniem norm, niepodatnością na resocjalizację, a także wyjątkowo antyspołecznym, agresywnym i nieodpowiedzialnym zachowaniem z powodu nieprawidłowej socjalizacji, zaniedbań oraz złych wzorów rodzinnych i środowiskowych w okresie rozwoju i wychowania. Często dopuszczają się oni drastycznych przestępstw bez poczucia winy.

Charakteropatie w odróżnieniu od psychopatii i socjopatii mogą prowadzić do przyjęcia ograniczonej poczytalności, gdyż geneza nieprawidłowo ukształtowanej osobowości wynika z organicznych zmian w ośrodkowym układzie nerwowym⁵⁶. Same jednak zmiany anatomiczne nie przesądzają o ograniczeniu poczytalności. Charakteropatów wyróżnia drażliwość, skłonność do wybuchów wściekłości i czynów impulsywnych, podejmowanych niekiedy przy zwężeniu pola świadomości. Najczęściej dopuszczają się oni przestępstw pospolitych i przejawiają szczególną skłonność do kradzieży, kłamstwa i włóczęgostwa⁵⁷.

Niepoczytalność albo częściej poczytalność ograniczoną przyjmuje się w przypadku myśli i czynów natrętnych, choć niekiedy, gdy natężenie afektu lęku nie jest zbyt wielkie, istnieje możliwość powstrzymania się od działania pod ich wpływem. Mimo często narzucających się myśli o zabójstwie nawet najbliższych osób, neurotycy z reguły nie dopuszczają się takich czynów, ale zaabsorbowani uporczywymi myślami popołniają przestępstwa z zaniechania, np. niewłaściwie wykonując powierzoną pracę⁵⁸. Od natręctw należy odróżnić chorobliwy automatyzm ruchowy, w którym chory błędnie sądzi, że wykonywane przez niego czynności są kierowane przez inną osobę. Chorzy wymawiają wbrew woli nieprzyzwoite słowa bądź wykonują dziwaczne ruchy i gesty⁵⁹. Często zdarzają się halucynacje imperatywne, które zmuszają chorego do stosowania się do nakazów w nich zawartych, np. słyszenie głosów w schizofrenii.

Niepoczytalność można przyjąć w przypadku poważnego otępienia intelektualnego sprawcy, wynikającego ze zmian organicznych w mózgu

⁵⁶ Jeżeli nie ma zmian charakterologicznych przy uszkodzeniu mózgu to stan taki nazywa się encefalopatią.

⁵⁷ M. Tarnawski, *Odpowiedzialność karna sprawców dotkniętych zaburzeniami psychopatycznymi*, RPES 1978, nr 2, s. 25.

⁵⁸ M. Cieślak i in., *op. cit.*, s. 372.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 207.

będących następstwem jego uszkodzenia, które skutkuje brakiem możliwości rozpoznania znaczenia czynu. Zespoły otępienne mogą pojawić się także w przypadku nie leczonej kiły i in. Podkreśla się, że należy każdorazowo odnosić stopień upośledzenia funkcji intelektualnych do stopnia złożoności działania przestępczego⁶⁰. Uszkodzenie mózgu powoduje niekiedy patologiczne zachowania agresywne. Należy jednak podkreślić, że uszkodzenie o.u.n. nie jest warunkiem przyjęcia niepoczytalności czy poczytalności ograniczonej w przypadku chorób psychicznych, upośledzenia umysłowego czy innych zakłóceń czynności psychicznych. W przypadku m.in. schizofrenii oraz w niektórych przypadkach padaczki zmiany takie nie są wykrywalne tomografią komputerową, ani EEG. Z drugiej strony osoby z uszkodzeniem o.u.n. i rozległymi zmianami anatomicznymi w mózgu mogą nie wykazywać zakłóceń czynności psychicznych bądź wykazywać tylko niewielkie zaburzenia psychiki. Podobnie nie będziemy mieli do czynienia z ograniczeniem poczytalności, gdy osoba chora psychicznie lub wykazująca cechy upośledzenia umysłowego w konkretnym jednak przypadku rozpoznaje znaczenie swojego czynu i jest w stanie stosownie do tego pokierować swoim postępowaniem. Istnieją bowiem okresy remisji choroby psychicznej, tzw. *lucida intervalla*, a i nowoczesne leczenie farmakologiczne powoduje często szybką poprawę stanu psychicznego chorego.

Od przyczyn uzasadniających przyjęcie niepoczytalności należy odróżnić okoliczności uzasadniające wyłączenie możliwości przyjęcia w danym przypadku czynu z uwagi na inne specyficzne przyczyny skutkujące brakiem sterowania wolą, np. jeśli zachowanie sprawcy stanowiły ruchy we śnie, w stanie nieprzytomności, hipnozie, odruchy bezwarunkowe⁶¹ czy wywołane stanem patologicznym (np. w padaczce). Utrata przytomności, np. przy padaczce jako napad wykluczający wszelką zorganizowaną aktywność, nie ma żadnego wpływu na ocenę poczytalności w stosunku do czynu cechującego się taką aktywnością⁶². Znane są działania lunatyków, którzy w czasie snu przy wyłączonej świadomości pod wpływem traumatycznych doświadczeń oraz lęków i stresów nagromadzonych w podświadomości podejmują agresywne zachowania.

⁶⁰ Z. Falicki, L. Wandzel, *Psychiatria sądowa dla studentów wydziału prawa*, Białystok 1990, s. 118.

⁶¹ Nie wyłącza jednak czynu odruch zautomatyzowany sprawcy podjęty w ramach pewnego celowego działania.

⁶² J. Przybysz, op. cit. , s. 141.

Obok tej tzw. parasomnii wyróżnia się seksomnię, którą dotknięte osoby w czasie snu odczuwają niezwykle silny popęd seksualny, który muszą za wszelką cenę rozładować⁶³. Dowiedziono, że aż 25% osób z zaburzeniami snu jest sprawcami zdarzeń, w których zaatakowane przez nich osoby odnoszą obrażenia lub giną⁶⁴. Po przebudzeniu lunatycy niczego nie pamiętają. Czyn nie będzie miał miejsca również w sytuacji, gdy osoba działa w wyniku przymusu fizycznego oddziałującego bezpośrednio na jej mięśnie (*vis absoluta*)⁶⁵. Podobnie za zaniechanie nie będzie odpowiedzialności, jeśli ktoś nie miał możliwości działania, np. był skrepowany sznurem.

3. Wprawienie się w stan nietrzeźwości lub odurzenia jako przesłanka niepoczytalności

Korzystnych dla sprawcy następstw niepoczytalności (brak winy i kary) oraz poczytalności ograniczonej (możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary) nie stosuje się, gdy sprawca świadomie i dobrowolnie wprawił się w stan nietrzeźwości lub odurzenia, powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć (art. 31 § 3 k.k.). Nie stosuje się zatem tego przepisu, gdy go upito przemocą albo podstępem. Regulacja ta nie jest w stanie określić rzeczywistego braku winy (odpowiedzialności obiektywnej) bądź znacznego zmniejszenia jej stopnia, a jedynie wyłącza korzystne dla sprawcy następstwa tych okoliczności. Sprawca nie musi jednak przewidywać bądź mieć możliwość przewidzenia, że w stanie nietrzeźwości lub odurzenia popełni czyn zabroniony; chodzi jedynie o skutki użycia alkoholu lub środka odurzającego. Jeżeli sprawca w momencie zażywania danego środka był niepoczytalny, np. narkoman na tzw. głodzie, to mimo braku możliwości kierowania swoim postępowaniem może zachować zdolność rozpoznania znaczenia swoich czynów i co za tym

⁶³ M. Florek-Moskal, *Seks lunatyków*, Wprost 2006, nr 47, s. 81.

⁶⁴ Ibidem, s. 82.

⁶⁵ *Vis compulsiva*, czyli przymus psychiczny realizowany za pomocą środków fizycznych /np. tortury/, jak również groźba, nie wyłącza czynu, ale może wyłączyć odpowiedzialność ze względu na silny nacisk na wolę skutkujący ograniczeniem swobody podjęcia decyzji.

idzie – mieć możliwość przewidzenia następstw użycia środka odurzającego. Takie rygorystyczne stanowisko niekiedy budzi wątpliwości, choć opiera się na literalnej wykładni art. 31 § 3 k.k.⁶⁶. Z drugiej strony stan odurzenia nie wyłącza stosowania przepisów art. 31 § 1 i 2 k.k. w stosunku do sprawcy chorego psychicznie lub cierpiącego na upośledzenie umysłowe, jeśli nie miał znaczącego wpływu na istniejącą u niego już wcześniej niepoczytalność (poczytalność ograniczoną). Art. 31 § 3 k.k. nie ma bowiem zastosowania do anormalnych stanów psychicznych spowodowanych np. uszkodzeniem ośrodkowego układu nerwowego, powiązanych z niedorozwojem umysłowym, a zastrzonych jedynie spożyciem alkoholu⁶⁷. Jeżeli jednak wpływ patologicznego podłoża był nieznaczny, tzn. nie doprowadził samoistnie bez alkoholu do ograniczenia w stopniu znacznym zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swym postępowaniem, to wówczas zastosowanie art. 31 § 2 k.k. będzie niedopuszczalne⁶⁸. Natomiast wystąpienie innych podstaw do nadzwyczajnego złagodzenia kary, niezależnych od art. 31 § 2 k.k., umożliwia zastosowanie tej instytucji nawet w przypadku zajścia okoliczności przewidzianych w art. 31 § 3 k.k.⁶⁹. Także zastosowanie art. 148 § 4 k.k. do osoby znajdującej się w stanie nietrzeźwości możliwe jest wówczas, gdy silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami mogłoby powstać w danych okolicznościach również bez odurzenia alkoholowego⁷⁰. Rozwiązanie przyjęte przez polski Kodeks karny opiera się na zasadzie ochrony społecznej w połączeniu z konstrukcją tzw. zawinionej niepoczytalności⁷¹.

Z uwagi na niedopuszczalność uwzględniania przy wymiarze kary podwójnie tej samej okoliczności, stan nietrzeźwości lub odurzenia nie może być traktowany jako okoliczność obciążająca. Zwykle upojenie alkoholowe, oprócz postaci euforycznej i depresyjnej, występuje także w postaci dysforycznej i charakteryzuje się drażliwością, nadpobudli-

⁶⁶ Odmienne I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 42.

⁶⁷ Wyrok SN z 7 sierpnia 1980 r., I KR 180/80, OSN KW 1980, nr 12, poz. 88.

⁶⁸ M. Tarnawski, Głosa do wyroku SN z 7 sierpnia 1980 r., I KR 180/80, OSPiKA 1981, s. 276.

⁶⁹ A. Zoll, Głosa..., op. cit., s. 150.

⁷⁰ Wyrok SN z 27 marca 1986 r., II KR 61/86, OSN PG 1986, nr 11, poz. 144.

⁷¹ Inne możliwe konstrukcje to *actio libera in causa* i *Rauschdelikt*. *Rauschdelikt* to przestępstwo polegające na popełnieniu jakiegokolwiek czynu zabronionego w stanie niepoczytalności wywołanej odurzeniem, a *actio libera in causa* polega na odpowiedzialności sprawcy umyślnie wprawiającego się w stan niepoczytalności (poczytalności ograniczonej) przez odurzenie jako poczytalnego jedynie wówczas, gdy uczynił to by w stanie odurzenia popełnić czyn zabroniony.

wością, szukaniem zaczepki, agresją niewspółmierną wobec oporu otoczenia, oraz w postaci hysteroidalnej, kiedy mamy do czynienia z demonstracyjnym, hałaśliwym zachowaniem, motywowanym chęcią zwrócenia na siebie uwagi ekstrawaganckimi czynami. Będąca następstwem uzależnienia od alkoholu psychodegradacja alkoholowa, z uwagi na upośledzenie uczuciowości wyższej, obniżony krytycyzm i drażliwość, prowadzi do częstego łamania prawa⁷². Upojenie alkoholowe sprzyja popełnianiu przestępstw przeciwko mieniu, charakteryzujących się brakiem ostrożności i lekkomyślnością⁷³.

Zakresem art. 31 § 3 k.k. nie jest objęte pojawiające się po raz pierwszy u danej osoby tzw. upojenie patologiczne, które zdarza się raczej wyjątkowo i może wystąpić po spożyciu bardzo niewielkiej ilości alkoholu, wobec czego sprawca może być zaskoczony jego następstwami w postaci rozdwojenia osobowości, zniesienia świadomości, występowania iluzji, wzmożonej agresji i gniewu przeciwko urojonym prześladowcom. Gwałtownie wyzwolony popęd seksualny może prowadzić do ekshibicjonizmu, zgwałcenia, a nawet zabójstwa z lubieżności. Często zdarzają się niszczenia rzeczy i podpalenia. Upojenie patologiczne, podobnie jak inne stany pomroczone, cechuje zaburzenie orientacji co do czasu, miejsca oraz własnej osoby, połączone z silnym lękiem i pobudzeniem ruchowym przy braku omamów (halucynacji). Zdarzają się natomiast iluzje, mogące spowodować błędne rozpoznanie w obcej, przypadkowej osobie prześladowcy, co często wiąże się z jego zranieniem. Również upojenie na podłożu patologicznym nie wyłącza korzystnych dla sprawcy następstw niepoczytalności czy poczytalności ograniczonej. Ma ono miejsce w sytuacji, gdy przyjęta niewielka ilość alkoholu zaostrza istniejące wcześniej objawy choroby psychicznej (schizofrenii, paranoi i in.) czy charakteropatii, często wywołując agresję, objawy głębokiego upojenia lub zespół paranoidalny⁷⁴. Art. 31 § 3 k.k. nie ma także zastosowania do majaczenia drzennego (*delirium tremens*), głodu narkotycznego, halucynozy alkoholowej, obłądki alkoholowej i choroby Korsakowa. Charakterystyczne dla majaczenia drzennego, które pojawia się często po przerwaniu długotrwałej konsumpcji alkoholu, są omamy wzrokowe i dotykowe, dezorientacja, urojenia prześladowcze i ksbne,

⁷² M. Jarosz (red.), *op. cit.* , s. 185, 190.

⁷³ J. Przybysz, *op. cit.* , s. 182-183.

⁷⁴ Por. wyrok SN z 22 sierpnia 1968 r. , V KRN 422/68, OSNKW 1969, nr 2, poz. 15.

połączone z silnym lękiem, co wywołuje agresywne działania „obronne” przeciw napastnikom pojawiającym się w halucynacjach⁷⁵. Urojenia są zaburzeniami myślenia, polegającymi na wypowiedaniu przez chorego fałszywych sądów, których chory nie koryguje mimo oczywistych dowodów błędności⁷⁶. Omamy są zaburzeniami spostrzegania, które polegają na tym, iż chory realnie dostrzega nie istniejące w jego otoczeniu przedmioty.

Halucynoza alkoholowa objawia się urojeniami prześladowczymi związanymi z omamami słuchowymi, które oskarżają lub grożą choremu, przypisującemu te głosy przypadkowym osobom, co może skończyć się ich pobiciem, a w skrajnych przypadkach nawet zabójstwem. W alkoholowym paranoicznym zespole Otella chory tworzy sobie logicznie spójny kompleks urojeń odnośnie niewierności małżonki czy kochanki, może ją z zazdrości zaatakować i nawet zabić bądź obrócić agresję przeciwko jej rzekomemu partnerowi. Majaczenia i nagła agresja występuje także u osób uzależnionych od leków pobudzających (amfetamin), przeciwbólowych, a nawet uspokajających. Gwałtowne odstawienie narkotyków może prowadzić do śmierci, a odstawienie leków wywołuje głód, co powoduje często łamanie prawa przez uzależnionych poprzez dopuszczanie się fałszerstwa recept, oszustwa, kradzieże, a nawet rozboje w celu zdobycia środków odurzających. W chorobie Korsakowa występują konfabulacje, polegające na zastępowaniu zapomnianych okoliczności przez zmyślenia (konfabulacje), co może mieć znaczenie w przypadku składania przez dotkniętą nią osobę nieprawdziwych zeznań bądź wyjaśnień w procesie. Z uwagi jednak na jej szczególną podatność na sugestię, fałszywość takich relacji jest łatwa do stwierdzenia. Inaczej w przypadku patologicznego kłamstwa (pseudologii fantastycznej), występującego u psychopatów typu histerycznego, którzy aby zwrócić na siebie uwagę, bądź z chęci zysku, zmyślają wiarygodne relacje o napadach rabunkowych, porwaniach dla okupu czy gwałtach⁷⁷. W przypadku złudzeń (iluzji) spostrzeżenia chorego są zniekształcone, czego chory nie koryguje mimo dowodów błędności⁷⁸. Iluzje mogą być przyczyną fałszywych doniesień o przestępstwie, np. podtruwania przez kelnera przy okazji słodzenia herbaty.

⁷⁵ Również odstawienie narkotyków może powodować zaburzenia psychiczne powodujące znaczne ograniczenie poczytalności i możliwość skorzystania przez sprawcę z nadzwyczajnego złagodzenia kary.

⁷⁶ M. Jarosz (red.), *op. cit.*, s. 29.

⁷⁷ M. Cieślak i in., *op. cit.*, s. 165.

⁷⁸ M. Jarosz, (red.), *op. cit.*, s. 23-24.

Zgoda na wykonanie czynności medycznych wobec osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa

1. Wprowadzenie

Zgoda pacjenta na jakąkolwiek czynność medyczną jest podstawowym elementem legalności tej czynności¹. Mimo że w różnych aktach prawnych prawo pacjenta do wyrażenia zgody zostało zapisane już wcześniej, to szczególnym posunięciem było wprowadzenie w kodeksie karnym z 1997 roku nowego typu przestępstwa – wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 Kodeksu karnego; dalej k.k.).

Doktryna prawa zgodna jest co od tego, że aby zgoda była ważna muszą być spełnione pewne określone kryteria. Tak więc zgoda musi być:

- świadoma – będąca wynikiem autonomicznego wyboru,
- swobodna/dobrowolna – nie wyrażona pod przymusem,
- objaśniona – po uzyskaniu odpowiednich informacji,
- niewątpliwa,
- wyrażona przez osobę kompetentną, czyli mającą prawo do jej wyrażenia,
- szczegółowa – wyrażona na konkretną czynność medyczną,
- wyrażona w określonej formie, jeżeli prawo przewiduje szczególnie rodzaj zgody, np. zgoda pisemna,
- niesprzeczna z ustawą i zasadami współżycia społecznego².

¹ L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k. k.)*, Prawo i Medycyna 8, (vol. 2), 2000, s. 30-43.

² M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 79-90; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000, s. 242; T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, Prawo i Medycyna 6-7, (vol. 2), 2000, s. 78-95; L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k. k.)*, Prawo i Medycyna 8, (vol. 2), 2000, s. 36-40; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 225-263; D. Hajdukiewicz, *Świadoma zgoda pacjenta na interwencję medyczną naruszającą jego integralność cielesną i skutki braku tej zgody*, materiały konferencyjne V Sympozjum „Jakość w Opiece Zdrowotnej – Mazowieckie Forum Dyskusyjne”, s. 54-59.

Niemniej w szczególnych sytuacjach prawo do wyrażenia zgody może ulegać ograniczeniu, a nawet zostać zastąpione przez przymus poddania się leczeniu lub innym czynnościom medycznym. W przypadku osób wobec których toczy się postępowanie karne uzależnione jest to od statusu osoby, której postępowanie dotyczy (osoby podejrzanej, podejrzanego, oskarżonego) oraz zastosowanych środków przymusu (zatrzymanie, tymczasowe aresztowanie). Zgodnie z kodeksem postępowania karnego (dalej k.p.k.) wymienione wyżej terminy definiuje się następująco:

- osoba podejrzana – osoba, co do której organy ścigania powzięły podejrzenie, że może być sprawcą przestępstwa. Osobie takiej nie przedstawiono jeszcze zarzutów i nie poinformowano o przysługujących jej prawach;
- podejrzany – osoba, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, albo której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego (art. 71 § 1 k.p.k.). Osoba taka musi być jasno poinformowana o tym, że jest podejrzana, jak również o przysługujących jej prawach.
- oskarżony – osoba, przeciwko której wniesiono oskarżenie do sądu, a także osoba, co do której prokurator złożył wniosek o warunkowe umorzenie postępowania (art. 71 § 2 k.p.k.).

Środki zapobiegawcze to środki przymusu stosowane wobec podejrzanego lub oskarżonego celem zabezpieczenia prawidłowego toku procesu (utrudnienia lub uniemożliwienia ucieczki, zastraszania lub przekupywania świadków, niszczenia lub ukrywania dowodów) lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Należy podkreślić, że stosowanie środków zapobiegawczych nie przesądza o winie podejrzanego czy oskarżonego, niemniej powinny być one stosowane, gdy prawdopodobieństwo winy podejrzanego lub oskarżonego jest wysokie (art. 249 k.p.k.). Wśród najbardziej dolegliwych wymienia się:

- zatrzymanie – krótkotrwałe pozbawienie wolności celem zastosowania środka zapobiegawczego lub przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej albo oskarżonego do organu procesowego (art. 243-248 k.p.k.). Zatrzymanie nie może trwać dłużej niż 72 godziny, co wynika z faktu, że organy procesowe mają 48 godzin na przekazanie zatrzymanego do dyspozycji sądu (art. 41 ust. 3 Konstytucji i art. 248 k.p.k.), a

następnie w ciągu 24 godzin zatrzymanemu należy dostarczyć postanowienie sądu o tymczasowym aresztowaniu.

- tymczasowe aresztowanie – może być zastosowane jedynie przez sąd na wniosek prokuratora i tylko w przypadku, gdy prawdopodobieństwo winy oskarżonego jest bardzo wysokie, a nawet graniczące z pewnością (art. 250 – 265 k.p.k.)³.

2. Prawne regulacje czynności medycznych wobec zatrzymanych w postępowaniu karnym

Do kontaktu osoby, wobec której toczy się postępowanie przygotowawcze, z personelem medycznym, dochodzi w dwóch zasadniczych sytuacjach:

1. gdy osoba ta wymaga udzielenia pomocy medycznej ze względu na swój stan zdrowia, lub

2. gdy niezbędne jest przeprowadzenie dla potrzeb postępowania przygotowawczego pewnych badań będących czynnościami medycznymi, np.: pobrania krwi w celu ustalenia zawartości alkoholu.

W pierwszej z wymienionych sytuacji istotny jest fakt stosowania środków zapobiegawczych, gdyż uniemożliwiają one samodzielne dotarcie do lekarza osoby zatrzymanej lub tymczasowo aresztowanej. Natomiast w drugim przypadku istotny jest fakt prowadzenia postępowania przygotowawczego, gdyż osoba podejrzana, podejrzany lub oskarżony mają obowiązek poddania się określonym badaniom na mocy art. 74 k.p.k.

Szczegółowe regulacje dotyczące udzielania pierwszej pomocy osobie zatrzymanej zawiera rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 czerwca 2002 r. w sprawie badań lekarskich osób zatrzymanych przez Policję (dalej rboz)⁴ oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2005 r. w sprawie sposobu postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów (dalej rup)⁵.

W przypadku, gdy osoba zatrzymana ma widoczne obrażenia ciała lub utraciła przytomność, policjant jest obowiązany udzielić jej pierw-

³ A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 222-228.

⁴ Dz. U. 2002, Nr 97, poz. 880.

⁵ Dz. U. 2005, nr 141, poz. 1186.

szej pomocy medycznej w ramach dostępnych środków (§ 9.1 rup). Badanie lekarskie policjant ma obowiązek zapewnić osobie zatrzymanej, gdy znajduje się ona w stanie zagrażającym życiu lub zdrowiu, a w szczególności:

- gdy osoba utraciła przytomność,
- ma widoczne obrażenia ciała,
- oświadcza, że cierpi na schorzenia wymagające stałego lub okresowego leczenia, którego przerwanie zagrażałoby życiu lub zdrowiu,
- gdy z posiadanych przez Policję informacji lub z okoliczności zatrzymania wynika, że osoba zatrzymana jest chora zakaźnie,
- zatrzymanej kobiecie ciężarnej, oraz
- w każdym wypadku, gdy osoba zatrzymana żąda niezwłocznego zbadania przez lekarza (§ 1 rboz i § 9.2 rup).

Badanie lekarskie powinno być przeprowadzone niezwłocznie (§ 1.1 rboz), a więc Policja ma obowiązek jak najszybciej przewieźć osobę zatrzymaną do najbliższego zakładu opieki zdrowotnej (§ 3.1 rboz). Należy założyć, że chodzi tu o ZOZ najbliższy miejsca zatrzymania. W zestawieniu z § 3.2 tego rozporządzenia, który brzmi „Przewiezienie osoby zatrzymanej do publicznego zakładu opieki zdrowotnej ... zapewnia Policja”, trudno wyjaśnić sytuację ZOZ-ów niepublicznych, które z niewiadomych przyczyn pominięto. Bez trudu można sobie wyobrazić sytuację, gdy najbliższy miejsca zatrzymania jest właśnie ZOZ niepubliczny. Być może należy przyjąć, że zatrzymany powinien w pierwszej kolejności zostać przewieziony do ZOZ-u publicznego, a gdy jest to niemożliwe lub w sposób istotny opóźniałoby udzielenie pomocy, należy skierować się do ZOZ-u niepublicznego. Trudno zgodzić się z interpretacją S. Molędy, jakoby do niepublicznego ZOZ-u zatrzymany miał być doprowadzony pieszo⁶. Ponieważ zgodnie z rozporządzeniem obowiązek udzielenia pomocy został nałożony na „lekarza najbliższego zakładu opieki zdrowotnej”, niejasna pozostaje również kwestia udzielenia pomocy zatrzymanemu w ramach gabinetu prywatnego. Należy jednak zakładać, że policjant może zwrócić się o pomoc do lekarza przyjmującego w gabinecie prywatnym na podstawie ogólnych przepisów ustawy o Policji.

Nie bez znaczenia pozostaje również kwestia opłat za leczenie. Jeżeli zatrzymany wymaga udzielenia świadczeń zdrowotnych celem ra-

⁶ S. Molęda, *Prawo dla lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2006, s. 303-304.

towania zdrowia lub życia, w praktyce stosuje się ogólne przepisy dotyczące osób ubezpieczonych, a więc leczenie pokrywane jest przez Narodowy Fundusz Zdrowia. Natomiast jeżeli chodzi o wystawianie zaświadczeń o przeciwwskazaniach lub ich braku do przebywania w izbie zatrzymań oraz pobieranie krwi na zawartość alkoholu, Policja zawiera umowy z określonymi zakładami opieki zdrowotnej (wyłonionymi w procedurze przetargu) i opłaca wykonanie tych badań. Jeżeli stan zdrowia osoby zatrzymanej wskazuje na potrzebę użycia do jej przewiezienia specjalnego środka transportu sanitarnego, przewiezienia dokonuje się takim środkiem, a w szczególności środkiem pogotowia ratunkowego (§ 3.3 rboz).

Podstawą do udzielenia pomocy lub przeprowadzenia badania osoby zatrzymanej jest pisemny wniosek dyżurnego jednostki organizacyjnej Policji, dokonującej zatrzymania. Niemniej w sytuacji nagłej może on być złożony w formie ustnej, a następnie potwierdzony w formie pisemnej. Aby uniknąć ewentualnych późniejszych wątpliwości najlepiej odnotować w dokumentacji pacjenta na czyje ustne polecenie została udzielona pomoc lub przeprowadzono badanie oraz sposób i termin dostarczenia wniosku pisemnego.

Otrzymanie pierwszej pomocy medycznej jest prawem osoby zatrzymanej, dlatego może ona nie wyrazić na to zgody. W takiej sytuacji lekarz powinien powstrzymać się od udzielania pomocy zatrzymanemu, a okoliczność tę odnotować w dokumentacji medycznej. Zastosowanie mają tu ogólne warunki zgody pacjenta na interwencję medyczną (§ 3.5 rboz).

Po udzieleniu pierwszej pomocy lub zbadaniu zatrzymanego lekarz stwierdza czy pacjent powinien być dalej leczony lub diagnozowany; w takim przypadku wystawia odpowiednie skierowanie. Natomiast jeżeli nie ma wskazań do dalszego leczenia, lekarz wystawia zaświadczenie o istnieniu lub braku przeciwwskazań medycznych do zatrzymania i umieszczenia w pomieszczeniu dla zatrzymanych (§ 3.4 rboz). Jeżeli zatrzymany nie wyraził zgody na udzielenie pomocy lub badanie lekarskie, okoliczność tę należy odnotować również w wydanym zaświadczeniu. Gdyby jednak pozostawanie w izbie zatrzymań stanowiło zagrożenie dla zdrowia osoby zatrzymanej, zatrzymanie może być wykonane w szpitalu, niemniej nie upoważnia to personelu medycznego do stosowania jakiegokolwiek leczenia bez zgody pacjenta.

Odmienne kształtuje się sytuacja w przypadku osoby tymczasowo aresztowanej. Zgodnie z art. 209 kodeksu karnego wykonawczego (dalej k.k.w.) „do wykonania tymczasowego aresztowania stosuje się odpowiednio przepisy odnoszące się do wykonywania kary pozbawienia wolności”, co oznacza, że leczenie może odbywać się nie tylko bez zgody osoby zainteresowanej, ale wręcz pod przymusem (art. 118 k.k.w.). Należy jednak podkreślić, że dotyczy to jedynie zabiegów ratujących życie. W takich przypadkach o zastosowaniu leczenia decyduje sąd penitencjarny (art. 118 § 3 k.k.w.), a w przypadkach nagłych, jeżeli zachodzi bezpośrednio niebezpieczeństwo śmierci skazanego, o konieczności zabiegu decyduje lekarz (art. 118 § 4 k.k.w.)⁷. W przypadku osób, których stan zdrowia jest na tyle poważny, że nie mogą przebywać w areszcie, tymczasowe aresztowanie może być wykonywane w odpowiednim zakładzie leczniczym (art. 260 k.p.k. i art. 213 k.k.w.).

Wykonywanie badań będących czynnościami medycznymi, zlecanych przez organy ścigania w toku postępowania przygotowawczego, uregulowane jest w art. 74 k.p.k. oraz wydanym na jego podstawie rozporządzeniu (rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej (dalej rbo)⁸. Zgodnie z tymi zapisami podejrzany lub oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności, ani dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Ma jednak obowiązek poddać się między innymi:

- oględzinom zewnętrznym ciała; oraz
- innym badaniom nie połączonym z naruszeniem integralności ciała
- badaniom psychologicznym i psychiatrycznym
- badaniom połączonym z dokonaniem zabiegów na jego ciele, z wyjątkiem chirurgicznych (a w szczególności: pobraniu krwi, włosów lub wydzielin organizmu).

⁷ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 96-97.

⁸ Dz. U. 2005, nr 33, poz. 299; Regulacje dotyczące pobierania krwi na zawartość alkoholu od osoby podejrzanej znajdują się również w art. 47 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 6 maja 1983 r. w sprawie warunków i sposobu dokonywania badań na zawartość alkoholu w organizmie. Ustawa nie nakłada jednak na osobę podejrzaną obowiązku poddania się pobraniu krwi, a stwierdza, że osoba ta „może być poddana” temu badaniu. Zapisy o pobraniu krwi pomimo braku zgody zostały ujęte w rozporządzeniu, jednak wydaje się, że tak daleko idące ograniczenie autonomii jednostki powinno znajdować się w ustawie. Niemniej po objęciu wszystkich trzech kategorii osób wspólnym zapisem w k. p. k. postępowanie personelu medycznego podczas pobierania krwi na zawartość alkoholu nie powinno budzić wątpliwości. (T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi o pobieraniu krwi dla ustalenia poziomu zawartości alkoholu w organizmie osoby podejrzanej, która nie wyraża na to zgody*, *Prawo i Medycyna* 13, (vol. 5), 2003, s. 54-66; M. Filar, *Prawne problemy pobrania krwi*. . . , op. cit. s. 49-53; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, op. cit. , s. 94-95).

Muszą jednak być łącznie spełnione następujące warunki:

- badania są przeprowadzone przez uprawnionego do tego pracownika służby zdrowia,
- nie mogą zagrażać zdrowiu oskarżonego,
- są nieodzowne dla prowadzenia postępowania.

Obowiązek powyższy został rozszerzony również na osoby podejrzane (art. 74 § 3 k.p.k.). Organem uprawnionym do wydania takiego polecenia jest Policja lub Prokuratura na mocy § 1 art. 308 k.p.k., który brzmi: „W granicach koniecznych dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem, prokurator albo Policja może w każdej sprawie, w wypadkach nie cierpiących zwłoki, jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, przeprowadzić w niezbędnym zakresie czynności procesowe, a zwłaszcza dokonać oględzin, w razie potrzeby z udziałem biegłego, przeszukania lub czynności wymienionych w art. 74 § 2 pkt 1 w stosunku do osoby podejrzanej, a także przedsięwziąć wobec niej inne niezbędne czynności, nie wyłączając pobrania krwi, włosów i wydzielin organizmu...”.

Badania takie w miarę możliwości przeprowadzają zakłady opieki zdrowotnej dla osób pozbawionych wolności (§ 6.1 rbo), a w szczególności uzasadnionych przypadkach badanie przeprowadza zakład opieki zdrowotnej, albo lekarz inny niż zatrudniony w takim zakładzie, również poza godzinami jego zatrudnienia, wskazany przez organ postępowania (§ 6.3 rbo). Badania są przeprowadzane przez lekarza posiadającego tytuł specjalisty w dziedzinie medycyny właściwej ze względu na zakres badania (§ 7 rbo); ponieważ pobranie krwi nie wymaga specjalistycznej wiedzy należy przyjąć, że może je wykonać każdy lekarz. Powstaje w tym miejscu pytanie, czy lekarz może zlecić pobranie krwi pielęgniarce posiadającej odpowiednie uprawnienia, która niejednokrotnie może lepiej wykonać taki zabieg ze względu na posiadane doświadczenie. Wydaje się, że pielęgniarka będąca pracownikiem ZOZ-u może wykonać zabieg, gdyż w § 6.3 rbo w pierwszej kolejności wskazuje się zakład opieki zdrowotnej jako podmiot wykonujący badanie, a dopiero w dalszej kolejności lekarza niezatrudnionego w takim zakładzie. Należy więc przyjąć, że badanie może wykonać każdy pracownik ZOZ-u posiadający odpowiednie uprawnienia.

Polecenie wykonania badania powinno być wystawione pisemnie przez jednostkę zlecającą (§ 2.1 rbo), niemniej w przypadkach niecierpiących zwłoki może ono być wydane ustnie, a następnie potwierdzone na piśmie niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego wydania (§ 2.4 rbo). Pobrania wymazu ze śluzówki policzków celem ustalenia tożsamości osoby może dokonać również przeszkolony policjant.

Kluczowy dla kwestii odmowy zgody osoby podejrzanej na wykonanie badania jest § 5.1 rozporządzenia w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej, który stanowi: „Organ postępowania zapewnia w czasie badania oraz wykonywania czynności asystę, jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia badania lub wykonania czynności, gdy zachodzi potrzeba zastosowania wobec osoby przymusu bezpośredniego, albo na wniosek przeprowadzającego badanie lub wykonującego czynność”. Zgodnie z tym zapisem w przypadku braku zgody pacjenta na badanie lub zabieg, może on być wykonany pomimo braku tej zgody przy użyciu przymusu bezpośredniego (unieruchomienia, przytrzymania itp.). Należy podkreślić, że ani lekarz, ani inny personel medyczny nie jest w tej sytuacji uprawniony do stosowania przymusu bezpośredniego (ani pomagania przy jego stosowaniu). Uprawnienia takie posiada Policja i to ona jest zobowiązana do takiego unieruchomienia pacjenta, aby wykonanie badania było możliwe i nie zaistniała sytuacja, gdy w skutek szarpania się dojdzie u pacjenta do urazów lub obrażeń spowodowanych zabiegiem (np. pobraniem krwi). Może się jednak zdarzyć, że Policja nie jest w stanie unieruchomić wyjątkowo silnej osoby w taki sposób, aby wykonanie badania było możliwe i bezpieczne dla pacjenta. W takiej sytuacji należy od badania odstąpić, a przyczynę odstąpienia opisać w dokumentacji badania (§ 10.1 rbo)⁹. Gdyby jednak w wyniku nieprawidłowo przeprowadzonego zabiegu pacjent doznał uszczerbku na zdrowiu (np. został zakażony wirusem HBV), to personel medyczny może ponieść odpowiedzialność tak jak w przypadku każdego innego pacjenta, jeżeli zostanie udowodnione, że w trakcie wykonywania zabiegu nie zachowano odpowiednich środków ostrożności¹⁰.

⁹ § 10.1 rozporządzenia brzmi: „W przypadku gdy przeprowadzenie pełnego badania jest niemożliwe, mimo zastosowania przymusu bezpośredniego, lekarz ogranicza się do wykonania badania w zakresie możliwym w tej sytuacji, umieszczając o tym informację w dokumentacji badania”.

¹⁰ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000, s. 203.

W przypadku pobrania próbki krwi w celu zbadania zawartości alkoholu, badania laboratoryjne wykonują laboratoria wyznaczone przez terenowe organy administracji państwowej stopnia wojewódzkiego, a pobraną próbkę do laboratorium dostarcza Policja, chyba że znajduje się ona w zakładzie, w którym dokonano pobrania (§ 7.2-3 rozporządzenia w sprawie warunków i sposobu dokonywania badań na zawartość alkoholu w organizmie)¹¹.

3. Bezwzględny zakaz przesłuchiwania lekarza na okoliczność czynu podejrzanego

Na zakończenie warto jeszcze zwrócić uwagę na rzadko poruszaną kwestię „bezwzględnego zakazu dowodowego” (art. 199 k.p.k.), który dotyczy lekarzy udzielających pierwszej pomocy medycznej oraz biegłych sądowych. Odnosi się on do oświadczeń oskarżonego dotyczących zarzucanego mu czynu, a złożonych wobec wymienionych wyżej osób, które to oświadczenia nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym. Objęte są nim wszelkie wypowiedzi oskarżonego lub podejrzanego dotyczące zarówno przyznania, jak i nieprzyznania się do zarzucanych mu czynów, nawet jeżeli osoba ta nie ma jeszcze formalnego statusu podejrzanego lub oskarżonego. Oznacza to, że nie można przesłuchać lekarza (zakaz ten rozciąga się również na osoby asystujące przy udzielaniu pomocy, czyli pielęgniarkę, ratownika medycznego, kierowcę karetki, itd., ale nie dotyczy osób postronnych), ani wykorzystywać dokumentacji medycznej w tym zakresie. Nie dotyczy to jednak innych informacji objętych tajemnicą lekarską¹². Szczegółowe regulacje dotyczące zwolnienia lekarza z zachowania tajemnicy lekarskiej znajdują się w ustawie o zawodzie lekarza¹³ i były przedmiotem licznych opracowań¹⁴.

¹¹ Dz. U. 1983 r., Nr 25, poz. 117.

¹² L.K. Paprzycki, *Komentarz do art. 199 k. p. k.*, J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Tom I (art. 1-424), Zakamycze 2006; T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 199 k. p. k.*, T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Zakamycze, 2003; A. Huk, *Tajemnica zawodowa lekarza*. Prok. i Pr. 2001/6/69.

¹³ Art. 40 ustawy z dnia 5 grudnia 1996r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. 1997, Nr 28, poz. 152).

¹⁴ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 324; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000, s. 342; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 150; A. Liszewska, *AIDS a tajemnica lekarska*, Poznań 2001, s. 47; M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998 s. 106.

4. Zakończenie

Podsumowując należy stwierdzić, że prawo pacjenta do wyrażenia zgody na przeprowadzenie czynności medycznych ulega pewnemu ograniczeniu w przypadku, gdy toczy się wobec niego postępowanie karne. Mimo, że nadal ma on prawo do zachowania autonomii w kwestiach swojego zdrowia oraz wyrażenia zgody lub odmowy tej zgody na leczenie i inne czynności z tym związane, to na potrzeby prowadzonego postępowania przygotowawczego ma on obowiązek poddać się niezbędnym badaniom, a nawet zabiegom medycznym. Katalog tych czynności jest ściśle określony w k.p.k. i niedopuszczalne jest wykraczanie poza tę listę. Natomiast w przypadku odmowy poddania się wymienionym badaniom i zabiegom istnieje możliwość użycia przymusu bezpośredniego przez uprawnione organy.

Anna Zaremba

Rola modelowego wzorca osobowego dla przypisania odpowiedzialności karnej za błąd lekarski w prawie polskim i anglo-amerykańskim – analiza prawnoporównawcza

W niniejszym opracowaniu zamierzam przybliżyć czytelnikowi koncepcję modelowego wzorca osobowego w kontekście rozwiązań proponowanych w doktrynie i orzecznictwie anglosaskim, gdzie odwoływanie się do postaci rozsądnego człowieka stanowi esencję prawniczego myślenia. Spróbuję wykazać, że w istocie stosowanie pewnych procedur modelowania charakteryzuje również polskie rozważania karnistyczne, co wyraża się w posługiwaniu się pojęciem wzorcowej osoby porównawczej. Podejmę także próbę wskazania zespołu cech osoby wzorcowej, posiłkując się peregrynacjami komparatystycznymi, mając przy tym świadomość niemożności taksatywnego ich wyliczenia. Moim celem jest raczej przedstawienie różnych możliwych ujęć rozpatrywanego zagadnienia, ukierunkowanie sposobu myślenia w tym przedmiocie i unaocznienie przydatności instytucji figury wzorcowej dla prawa karnego¹.

1. Rys komparatystyczny

Anglo-amerykańska koncepcja „rozsądnego człowieka” ma korzenie sięgające XII wieku, kiedy to pod wpływem doktryny kościelnej zaczęto

¹ „W życiu codziennym ludzie spotykają się z reguły w różnych rolach, jako lekarze, rzemieślnicy, policjanci, itd. Kierowane do tych ról oczekiwania są właśnie od tych ról zależne, a dokładniej – stanowią ich część. Przykładowo od lekarza pacjent oczekuje nie tylko tego, że doloży on indywidualnie takich starań jak każdy inny lekarz, lecz takich, przy których wystąpi rezultat odpowiadający solidnemu standardowi. Jeżeli człowiek będący reprezentantem określonej roli nie mógł sprostać związanym z nią wymaganiom, na przykład z powodu braku inteligencji, to nic nie zmienia już faktu, że zawiódł on w swojej roli, i to w taki sposób, który uzasadnia przypisanie”. Gunther Jakobs, *O prawnokarnej funkcji zamiaru, nieumyślności i winy*.

przywiązywać wagę do tzw. standardu winy moralnej. Chodziło tu o ideę „człowieka przyzwoitego”, który jest w stanie zinternalizować abstrakcyjny kodeks moralny i przestrzegać wyrażonych w nim reguł w życiu codziennym². Zgodnie z tą myślą, sądy powołane są do porównywania sprawcy z owym „człowiekiem przyzwoitym”, bez wnikania w jego przeżycia psychiczne, trudne do ustalenia wobec niedostatków prawa procesowego. Jeśli więc modelowa osoba postawiona w miejsce sprawcy przewidywałaby co najmniej prawdopodobieństwo nastąpienia danego stanu rzeczy, sprawca ponosił odpowiedzialność za przestępstwo umyślne, bez względu na swe przeżycia wolitywne i intelektualne. Zasadę tę Izba Lordów potwierdziła w 1961 r. w sprawie *Smitha*, w rozstrzygnięciu której lord Kilmur podkreślił, że „wystąpienie jakich skutków uważał oskarżony za prawdopodobne i czy w ogóle zastanawiał się nad prawdopodobieństwem nastąpienia jakichkolwiek skutków nie ma znaczenia. Dysponujemy (...) tylko jednym sprawdzianem: czy rozsądny, prawnie odpowiedzialny człowiek, uznałby, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, że skutek w postaci ciężkiego uszkodzenia ciała jest skutkiem naturalnym i prawdopodobnym. Takie zawsze było prawo”³.

Konstrukt „rozsądnego człowieka” jest stosowany przez Anglosasów dla uzasadnienia odpowiedzialności za lekkomyślność (*recklessness*), jak i niedbalstwo (*negligence*). Większość doktryny i orzecznictwa opowiada się za operowaniem tylko i wyłącznie standardem obiektywnym (G. Williams, B. Hogan, J.C. Smith; stanowisko odmienne zajmują m.in. H.L.A. Hart, A. Ashworth, G.P. Fletcher), dodając że indywidualne właściwości sprawcy można brać pod uwagę tylko wtedy, gdy nie działa to na jego korzyść (przykładowo sprawca o szczególnie wysokim poziomie wiedzy i kwalifikacji nie może się ekskulpować twierdząc, że zachował się zgodnie ze standardem obiektywnym). W toku prac kodyfikacyjnych w Wielkiej Brytanii bezpośrednio odwołano się do obiektywnego wzorca osobowego przy definiowaniu *negligence*. Niedbalstwo zachodzi wtedy, gdy sprawca: „(...) nie osiąga wymaganego w danej sytuacji od rozsądnego człowieka standardu ostrożności, umiejętności albo przewidywania”⁴. Co

² M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1998, str. 100.

³ R. v Smith AC 290, 3 WLR 546, 3 All ER 161, 1961, wypowiedź lorda Kilmura, za M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1998, str. 101.

⁴ The Law Commission. Working Paper No 31. Codification of the Criminal Law. General Principles. The Mental Element in Crime, London 1970.

interesujące, teoretycy nie zajmują równie sztywnego stanowiska odnośnie stosowania wyłącznie standardu obiektywnego w stosunku do wszystkich typów przestępstw. Odwoływanie się do standardu subiektywnego zdarza się czasami na tle spraw o nieumyślne spowodowanie śmierci oraz spraw z ustawy o przestępstwach seksualnych.

Miara staranności dla Anglików to zagadnienie prawne (*question of law*), a nie kwestia ustaleń faktycznych. Cechy charakterystyczne *reasonable man* pochodzą częściowo z ludzkiego doświadczenia i praktyki, częściowo z pewnej idealizacji zasad postępowania społecznego. Nie należy jednak stawiać znaku równości między *reasonable man* a „*a perfect citizen*”, bliższy jest on raczej konstrukcji *boni patris familias*.

Szeroko akceptuje się w doktrynie dyferencjację wzorca, która w praktyce oznacza pewną subtelną subiektywizację. Abstrakcyjny model „nasyca się” cechami i właściwościami konkretnego podmiotu, istotnymi z punktu widzenia danego stanu faktycznego, a dopiero potem bada się jak zachowałyby się tak „wzbogacona” postać modelowa. Zabicie ten prowadzi do ukształtowania się kwalifikowanych modeli (np. specjalisty) oraz modeli uprzywilejowanych (np. grzecznego dziecka). Poza tym odróżnia się stopnie niespełnienia modelu.

W doktrynie zaczyna przeważać podgląd, że dla uzasadnienia pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za niedbalstwo potrzebne jest znaczne odchylenie od wymaganego standardu obiektywnego (*marked departure*). Jak twierdzi Hart stosowanie standardu obiektywnego jest uzasadnione moralnie i prawnie tylko wtedy, gdy sprawca miał zdolność „dopilnowania” swojego zachowania, tak by było ono ostrożne (*capacity to take care*)⁵. Za takim ujęciem optował sędzia Lamer w sprawie *Creighton v. The Queen*⁶, podkreślając, że takie podejście nie oznacza rezygnacji z obiektywności testu, ani nie kwestionuje wyjątku związanego z niebraniem pod uwagę niemożności przewidzenia ryzyka w związku z wprawieniem się w stan nietrzeźwości lub odurzenia (*D.P.P. v. Majewski*⁷). Tym niemniej opowiedział się za zważaniem na indywidualne cechy, a to takie, które nie podlegają kontroli sprawcy, są od niego niezależne lub które były nie do przewyżczenia w danych okolicznościach. Takie po-

⁵ H. L. A. Hart, *Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility, in Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1968, tłumaczenie własne.

⁶ *Creighton v. The Queen*, 3 S. C. R. 3, 1993, tłumaczenie własne.

⁷ *D. P. P. v. Majewski*, AC 443, 1987, www.justcite.com, tłumaczenie własne.

dejsie nie znalazło uznania większości. Obiektywny standard zaproponowany w rozstrzygnięciu jest jednak dość specyficznego rodzaju. Jak dowodzi sędzia McLachlin podstawą przypisania odpowiedzialności karnej za nieumyślne spowodowanie śmierci jest obiektywna przewidywalność ryzyka nastąpienia uszkodzenia ciała (a nie ryzyka nastąpienia skutku śmiertelnego, co uzasadnia wielokrotnie potwierdzana zasada, zgodnie z którą *the wrongdoer must take his victim as he finds him*), która nie jest trywialna czy krótkotrwała (*neither trival nor transitory*), w kontekście zachowania, które niesie z sobą pewne niebezpieczeństwo⁸. Standard obiektywny, który zakłada konieczność znacznego odstąpienia (*marked departure*) od modelu *reasonable man*, nie powinien być różnicowany ze względu na środowisko z którego wywodzi się sprawca czy jego szczególne predyspozycje. Mając na uwadze funkcje prawa karnego i zasady ponoszenia odpowiedzialności karnej, uzasadnione jest zachowanie ujednolitego wzorca osobowego, z uwzględnieniem jednego wyjątku: należy uwzględnić indywidualną niezdolność zidentyfikowania ryzyka, jakie pociąga za sobą rozważane zachowanie (*incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails*). Prawo karne stanowczo odrzuca koncepcję, zgodnie z którą osobiste cechy oskarżonego (poza *incapacity*) mogą stanowić usprawiedliwienie dla niespełnienia oczekiwań ustanowionych przez prawo. Obowiązki prawne nie są uszczegóławiane przez indywidualne właściwości osoby na której spoczywają, są określane przez charakter zachowania i konkretne okoliczności, w których sprawca się znalazł. Relevantne jest to, co wzorcowa *reasonably prudent person* uczyniłaby w danych warunkach. Sam standard zmienia się więc w zależności od charakteru rozpatrywanego zachowania i okoliczności określonego przypadku.

W sytuacji przypisywania odpowiedzialności karnej za niedbalstwo w pierwszej kolejności pytamy czy zachodzi *actus reus*. Odpowiedź brzmi: tak, gdy wystąpiło wyraźne odstąpienie od zachowania modelowego wzorca osobowego w konkretnych okolicznościach. Następnie przechodzimy do ustalenia *mens rea*, czyli obiektywnej możliwości przewidzenia wystąpienia szkody, będącej normalnym następstwem wystąpienia sytuacji danego rodzaju. Kryterium oceny jest ponownie wzorcowy *reasonable man*.

⁸ www. lexum. umontreal. ca, tłumaczenie własne.

Niezależnie od rozpatrywanego systemu prawnego, sięgnięcie po narzędzia jakimi dysponuje prawo karne oznacza drastyczną ingerencję w sferę zasadniczych praw jednostki ludzkiej, co zawsze wymaga właściwego uzasadnienia. Jest to trudne zwłaszcza wtedy, gdy sprawca nie miał zamiaru popełnienia czynu zabronionego, a jest tak zawsze w przypadku błędu lekarza przeprowadzającego zabieg leczniczy. Wiadome, że na lekarzu spoczywa trudna do udźwignięcia odpowiedzialność, związana z wyjątkowym statusem dóbr, które lekarz ma za zadanie chronić, przy czym jego zachowanie, podejmowane dla ratowania życia i zdrowia, wiąże się nieodłącznie z pewnym niebezpieczeństwem dla tych dóbr. Ustalenie poziomu dopuszczalnego, a więc dozwolonego z punktu widzenia aktualnego stanu wiedzy specjalistycznej niebezpieczeństwa, wymaga uwzględnienia standardu wzorca osobowego, uwzględnienia w procesie wykładni przepisów zasad obchodzenia się z dobrem prawnym, one bowiem określają aprobowany poziom ryzyka.

Chorym zdarza się przeceniać możliwości współczesnej medycyny, liczą więc na szybkie i bezbolesne uzdrowienie, a na wszelakie niepowodzenia w leczeniu reagują w sposób niezwykle emocjonalny, często i chętnie poszukując winnego, na którego najlepszym kandydatem jest lekarz. Z drugiej strony w zamian za zaufanie, którym pacjenci i ich rodziny obdarzają lekarza, zgadzając się na narażenie swojego życia i zdrowia, mogą oczekiwać, że doloży on należytej staranności. Oczywiście też, że w rzeczywistości nie da się całkowicie usunąć błędów z praktyki medycznej. Jak więc zbudować osobowy wzorzec zachowania, którego niedopełnienie (a właściwie przekroczenie normy, która z jego pomocą jest uszczegóławiana) uzasadniałoby przypisanie odpowiedzialności karnej, zważywszy na jej represyjny charakter?

2. Konstruowanie modelowego wzorca osobowego dla potrzeb przypisania odpowiedzialności karnej za błąd lekarski (*setting the standard*)

2.1. Propozycja anglo-amerykańska

W literaturze anglo-amerykańskiej wskazuje się, że dla przypisania odpowiedzialności za błąd lekarski konieczne jest wykazanie, że na le-

karzu spoczywał względem pacjenta obowiązek starannej opieki (*duty of care*), który nie został dochowany, czego konsekwencją jest uszkodzenie ciała lub inna szkoda poniesiona przez chorego⁹. Pacjenci z łatwością wykazują, że lekarz był zobowiązany do staranności, trudniej ustalić moment podjęcia owego zobowiązania¹⁰. Lord Hewart w sprawie *R v. Bateman*, dotyczącej odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci, podkreślił, że jeśli jakaś osoba uchodzi za posiadającą specjalistyczną wiedzę i umiejętności i jest konsultowana w tym zakresie, to jest zobowiązana dołożyć należytej staranności i akceptuje związaną z tym odpowiedzialność. Jeśli lekarz podejmuje leczenie, któremu pacjent w zaufaniu się poddaje, jest zobowiązany wykorzystać swoją wiedzę, umiejętności i zachować wymaganą ostrożność¹¹.

W systemie anglosaskim rozważania o odpowiedzialności karnej za błąd lekarski sprowadzają się w zasadzie do rozstrzygnięcia o odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci (*manslaughter*), a w pozostałym zakresie możliwa jest cywilna odpowiedzialność deliktowa (*tort liability*). Zdaniem części autorów minimalnym wymogiem dla możliwości przypisania odpowiedzialności karnej powinna być lekkoomyślność sprawcy (J.W.C. Turner, J. Hall), a jeśli dopuszcza się poniesienie odpowiedzialności karnej za niedbalstwo, ogranicza się to do sytuacji *gross* lub *extreme negligence*¹². W przytoczonym wyżej orzeczeniu *R v. Bateman* wyjaśniono, że przypisanie odpowiedzialności karnej za błąd lekarski może być zasadne tylko i wyłącznie wtedy, gdy samo poniesienie odpowiedzialności cywilnej byłoby reakcją nieadekwatną ze względu na zachowanie sprawcy, charakteryzujące się tak niedbalstwem i lekceważącym stosunkiem do dóbr chronionych prawem, jak życie i bezpieczeństwo innych, że uzasadnia to karanie¹³.

Nie wymaga się przy tym negatywnego nastawienia woli, a nawet lekkomyślnego zignorowania ryzyka wiążącego się z przedsięwziętą aktywnością, gdyż prawo ma chronić społeczeństwo li tylko przed nie-

⁹ I. Kennedy, A. Grubb, *Medical Law, third edition*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000, str. 277, tłumaczenie własne.

¹⁰ M. Brazier, *Medicine, Patients and the Law, second edition*, Penguin Books Ltd, 1992, str. 117, tłumaczenie własne.

¹¹ *R v. Bateman*, 94 LJKB 791 CCA, 1925, tłumaczenie własne.

¹² J. K. Mason, R. A. McCall Smith, G. T. Laurie, *Law and Medical Ethics, sixth edition*, Lexis Nexis, Butterworths 2002, str. 305, tłumaczenie własne.

¹³ *R v. Bateman*, 94 LJKB 791 CCA, 1925, tłumaczenie własne.

kompetencją osób niespełniających minimalnych oczekiwań stawianych profesjonalistom. Orzekając w sprawie *R v. Adomako*, Lord MacKay zaznaczył, że można przypisać lekarzowi nieumyślne spowodowanie śmierci, jeśli skutek śmiertelny nastąpił w efekcie zachowania, którego nie dopuściłby się **żaden** rozsądnie postępujący, przeciętnie utalentowany lekarz (jest to więc definicja istotnie limitująca odpowiedzialność karną w tym zakresie)¹⁴. Rozstrzygnięcia bazujące na powyższej argumentacji wykazują znaczną różnorodność. Izba Lordów podtrzymała wyrok skazujący w sprawie *Adomako*, dotyczącej anestezjologa, który nie zauważył gwałtownego pogorszenia stanu pacjenta, ponieważ byłoby ono oczywiste dla każdego kompetentnego lekarza praktyka. W sprawie *Saha and Salim*¹⁵ przypisano skutek śmiertelny i skazano na karę pozbawienia wolności lekarzy, którzy podali tymczasowo aresztowanemu prawdziwy koktail środków farmakologicznych, w następstwie czego pacjent zmarł. Tymczasem w sprawie *R v. Prentice and Sulman*¹⁶ Sąd Apelacyjny (*Court of Appeal*) uniewinnił młodych, niedoświadczonych lekarzy, którzy podali choremu środek cytotoksyczny.

Pomimo, iż samego ukształtowania standardu dokonano na kanwie orzeczeń dotyczących cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej, konstrukt ten stosowany jest równolegle w prawie karnym, z podkreślonym wyżej zastrzeżeniem, że dla przypisania odpowiedzialności karnej wymagane jest znaczne odstępianie od tak wyznaczonego modelu.

Ciekawą koncepcję analizowania aktywności pod kątem zgodności z wzorcowym zachowaniem *reasonable man* zaproponowano w związku z nasilaniem się tendencji do ekonomicznego analizowania prawa (G. Calabresi, R.A. Posner, G.P. Fletcher), dla którego to podejścia źródłem inspiracji był z jednej strony brytyjski utylitaryzm, zwłaszcza w wersji J. Benthama i J.S. Milla, a z drugiej nurty realizmu prawnego i socjologicznej jurysprudencji¹⁷. Niejako wyprzedzając trend ekonomiczny w prawie, już w 1947 roku sędzia Learned Hand w sprawie *United States v. Carroll Towing Co.* stwierdził, że zachowanie należy uznać za nierozsądne (a więc niedbałe), jeśli $P \times L > B$, gdzie P to prawdopodo-

¹⁴ *R v. Adomako*, 1 AC 171, 1995, 19 BMLR 56 HL, tłumaczenie własne.

¹⁵ *R v. Saha and Salim* 340 Lancet 1462, 1992, tłumaczenie własne.

¹⁶ *R v. Prentice and Sulman*, 4 Med. LR 304, tłumaczenie własne.

¹⁷ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1998, str. 185.

bieństwo wystąpienia negatywnych skutków, L to rozmiar ujemnych następstw, a B to spodziewana z podejmowanego zachowania korzyść¹⁸.

Zakwestionowanie słuszności ujęcia utilitarystycznego łączyło się ze zwróceniem się w kierunku poglądów Kanta, z których wywiedziono, że ze względów etycznych interesy innych osób winny być traktowane na równi z interesami własnymi, toteż przynależy im się ochrona prawna przed zachowaniami łamiącymi zasadę „każdemu według tego, co przyznaje mu prawo”. Należy się zatem oprzeć nie na dewizie Bentham: „jak najwięcej szczęścia dla jak największej liczby ludzi”, ale na równości uprawnień, z której wynika idea sprawiedliwości wyrównawczej. Zgodnie z nią należy przywrócić zaburzoną równowagę, odpowiednio reagując na zachowanie odznaczające się niedołożeniem należytej staranności przy zajmowaniu się dobrami innych osób.

Zachowanie sprawcy jest nieakceptowalne, ponieważ oznacza przekroczenie normy nakazującej/zabraniającej podjęcia określonego zachowania w danej sytuacji faktycznej. Świadomie decydując się na podjęcie zachowania, z którym łączy się nieusprawiedliwione ryzyko, sprawca manifestuje swój lekceważący stosunek wobec cennych, prawnie chronionych dóbr, przynależnych innym osobom. Nawet jeśli sprawca nie zdaje sobie sprawy z niebezpieczeństwa jakie stwarza, naganność jego zachowania na tym właśnie polega, bowiem w społeczeństwie dobrze ułożonym zasadnie oczekuje się od niego dołożenia starań wystarczających dla zabezpieczenia dóbr prawnych przed ujemnymi następstwami podejmowanych przezeń zachowań oraz zatroszczenia się o nienaruszenie praw i wolności innych osób, nawet tylko przez nieuwagę.

Sprawca, którego zachowanie jest oceniane, ponosi odpowiedzialność za nieuczynienie zadość wymaganiom, którym sprostałby, gdyby zachował się sumiennie (*conscientious*). Jednocześnie przypisanie odpowiedzialności jest możliwe tylko wtedy, gdy ujemne skutki zachowania były możliwe do przewidzenia, a sprawca miał możliwość zapobiegnięcia negatywnym konsekwencjom, które sprowadził swoim zachowaniem i zapobiegłby im, gdyby zachował się wzorcowo. Terenem polemiki, podobnie jak w doktrynie polskiej, jest zagadnienie, czy chodzi o możliwość przewidzenia przez modelowego obywatela, czy przez kon-

¹⁸ A. Merry, A. McCall Smith, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge University Press, 2004, str. 152, tłumaczenie własne.

kretnego sprawcę, z przewagą poglądów, że idzie raczej o obiektywną przewidywalność, co potwierdza przytoczone wyżej literalne brzmienie przepisu definiującego niedbalstwo według projektu angielskiego kodeksu karnego. Na gruncie polskim te wymagania znajdują swoje odbicie i doprecyzowanie w teorii obiektywnego przypisania skutku; przesłanką negatywną przypisania odpowiedzialności w myśl tej teorii jest brak możliwości podjęcia zgodnego z prawem zachowania alternatywnego.

Postuluje się, że samo konstruowanie standardu powinno opierać się na zdrowym rozsądku, a więc bazować na modelu *boni patris familia* oraz uwzględniać ludzkie słabości i uwarunkowania. Doniosłe są nie indywidualne cechy sprawcy, a raczej to czy jego zachowanie odpowiadało standardowi, którego dopełnienia poszkodowany mógł zasadnie oczekiwać. Prawo jest powołane do formułowania zaleceń ogólnych i „równania w górę”. Ustalanie standardu wymagań właściwego każdej jednostce oznaczałoby całkowity paraliż społeczeństwa, tymczasem prawo ma pełnić funkcję porządkującą. Prawidłowe funkcjonowanie społeczne jest uwarunkowane możliwością działania w zaufaniu (oczywiście ograniczonym), iż osoba z którą wchodzimy w interakcję zachowa się zgodnie z naszymi przypuszczeniami, uzasadnionymi znajomością roli społecznej jaką pełni. Bez minimalnej dozy zaufania niemożliwe byłoby korzystanie z podstawowych usług, nie wspominając o sprawnym funkcjonowaniu życia społecznego.

W odpowiedzi na zarzut, że wzorcowy *reasonable man* to jakaś „wstręt-na postać” (*an odious individual*), oderwana od codziennego życia, w kanadyjskiej sprawie *Arland v. Taylor* podkreślono, że „rozsądna osoba to nie niezwykle i niespotykane indywiduum, to nie nadczłowiek, od którego wymaga się wykazania umiejętnościami na najwyższym z ogólnie dostępnych poziomów, to nie geniusz, zdolny do nieprzeciętnych wyczynów; nie posiada też jakiegóż nadzwyczajnej zdolności przewidywania. Jest osobą o zwykłej inteligencji, która kieruje się rozsądkiem przy podejmowaniu decyzji. Zachowuje się zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką”¹⁹. Osoba odstępująca od wzorca stwarza zagrożenie dla prawnie chronio-

¹⁹ *Arland v. Taylor*, OR 131 at 152, 1955, the reasonable person is not an extraordinary or unusual creature; he is not superhuman; he is not required to display the highest skill of which anyone is capable; he is not a genius who can perform uncommon feats, nor is he possessed of unusual powers of foresight. He is a person of normal intelligence who makes prudence a guide for his conduct. He acts in accord with general and approved practice, tłumaczenie własne.

nych dóbr, przekraczające społecznie akceptowalny poziom ryzyka, co uzasadnia poniesienie stosownych konsekwencji.

Poważniejsze od ryzyka stawiania nadmiernych wymagań związanego ze stosowaniem standardów w ogóle, wydaje się niebezpieczeństwo, iż sędzia będzie oceniał zachowanie ze swojego punktu widzenia – jako wzorcowego, miarodajnego obywatela, odwołując się do standardu tylko dla uzasadnienia subiektywnych intuicji. Jeśli sędzia lub członek ławy przysięgłych rozważy kwestię przewidywalności wystąpienia zabronionych skutków w związku z danym zachowaniem, musi dociec, jak rozsądna modelowa osoba oceniłaby sytuację, w której znalazł się skazany. Jest to zadanie niezwykle trudne, biorąc pod uwagę, że oceny zdarzenia dokonuje się wtedy, gdy ujemne rezultaty zachowania sprawcy już nastąpiły, są znane osobie opiniującej, podobnie jak inne, dodatkowe okoliczności, o których sprawca nie miał wiedzy. Oceniając konkretny przypadek z perspektywy czasu, bardzo często nabiera się przekonania, że można było i należało przewidzieć jego negatywne następstwa (zjawisko to określa się mianem *hindsight*). Ta naturalna skłonność do „obwiniania” sprawcy za to, co się stało, została wielokrotnie potwierdzona za pomocą eksperymentów psychologicznych. Taki stan rzeczy tłumaczy się w ten sposób, że natura ludzka sprzeciwia się zaakceptowaniu niewygodnej dla naszego poczucia bezpieczeństwa nieprzewidywalności zdarzeń; ludzie wykazują raczej tendencję do takiego interpretowania rzeczywistości, by ciągi sytuacyjne wydawały się logiczne, koherentne, przewidywalne i nade wszystko kontrolowalne (*creeping determinism*)²⁰. Stąd jesteśmy o krok od obciążenia odpowiedzialnością za sprowadzenie danego zdarzenia konkretnej osoby, przy wykluczeniu innych, niezidentyfikowanych przebiegów przyczynowych.

Dowodzono również, że podejście do sprawy różni się w zależności od rozmiarów ujemnych następstw jakie wystąpiły. Czujemy się bardziej zobligowani do poszukiwania winnych, gdy konsekwencje są poważniejsze, nawet przy identyczności zachowań, które je wywołały. Udowodniono, że dotyczy to także biegłych, którzy w 71 procentach przypadków surowiej ocenili zachowanie sprawcy, gdy jego poważne skutki były im wiadome²¹.

²⁰ S.A. Hawkins, R. Hastie, *Hindsight: biased judgments of past events after the outcomes are known*, 107 *Psychological Bulletin*, 1990, str. 311, tłumaczenie własne.

²¹ R.A. Caplan, K.L. Posner, F.W. Cheney, *Effect of outcome on physician judgments of appropriateness of care*, 265 *Journal of the American Medical Association*, 1991, str. 957, tłumaczenie własne.

Poziom stawianych wymagań kształtują także okoliczności stanu faktycznego; ulega on więc podwyższeniu stosownie do potrzeb danej sytuacji. W Wielkiej Brytanii sądy wypracowały precedens, zgodnie z którym im poważniejsze mogą być dla chorego następstwa przedsięwziętego zachowania, tym więcej można oczekiwać od lekarza. Zasada ta znalazła przykładowo swoje zastosowanie w sprawie *Paris v. Stepney Borough Council*, dotyczącej chorego posiadającego tylko jedno sprawne oko. Grożąca pacjentowi całkowita ślepota uzasadniła podwyższenie standardu. Jednocześnie podkreślono, że niezasadne jest domniemywanie, że nie sprostano temu podwyższonemu poziomowi wymagań dlatego tylko, że szkoda rzeczywiście wystąpiła. Realne nastąpienie skutku nic jeszcze nie mówi o dołożeniu bądź niedołożeniu należytej staranności²².

2.1. Problem zawyżenia poziomu stawianych wymagań (is the standard of care excessively high)

Już w orzeczeniu *Lanphier v. Phipos* z 1838 roku podkreślono, że od lekarza nie wymaga się uleczenia pacjenta ani też wykazania się umiejętnościami na najwyższym z możliwych poziomów (*the highest possible degree of skill*)²³. Potwierdzono tą myśl w przytaczanej wcześniej sprawie *R v. Bateman* oraz stwierdzono, że nie należy wymagać zachowania odpowiadającego najwyższemu czy też bardzo wysokiemu standardowi, ale analogicznie nie można zadawać się aktywnością lekarską na niskim poziomie²⁴.

Precedens o przemożnym znaczeniu w tym zakresie został sformułowany w sprawie *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, w której rozstrzygnięciu próbowano odpowiedzieć na klasyczne pytanie o właściwy poziom stawianych wymagań. Zalecono, aby przeprowadzając analizę mającą na celu ustalenie czy zachowanie odpowiadało wymaganemu standardowi, porównywać zachowanie sprawcy z zalecanym w danej sytuacji zachowaniem osoby przeciętnie uzdolnionej, wykonującej konkretną profesję i utrzymującej, że posiada stosowne ku temu

²² *Paris v. Stepney Borough Council*, AC 367, 1951, tłumaczenie własne.

²³ *Lanphier v. Phipos*, 8 C & P 475 at 478, tłumaczenie własne.

²⁴ *R v. Bateman*, 94 LJKB 791 CCA, 1925, tłumaczenie własne.

kwalifikacje. Nie wymaga się posiadania umiejętności wybitnego eksperta w danej dziedzinie²⁵. *The reasonably skilful doctor* ma solidną wiedzę o stosowanych standardowo technikach medycznych i zaznajamia się z nowymi osiągnięciami medycyny z zaangażowaniem, jakiego można oczekiwać od kompetentnego lekarza. W przypadkach nagłych, gdy lekarzowi brakuje stosownego sprzętu, test dbałości uważa się za dochowany, mimo iż uczyniono mniej niż byłoby możliwe w sprzyjających warunkach, jeśli lekarz zachowa właściwą staranność, interpretowaną z uwzględnieniem niekorzystnych okoliczności, w których był zmuszony podejmować swe czynności. Jedynie absolutnie wyjątkowo można będzie uznać zachowanie lekarza za niedbałe, jeśli popełnił błąd przy wykonywaniu jednej z czynności w sytuacji kryzysowej, to jest gdy podejmował decyzje w dużym pośpiechu i znajdując się pod presją (sędzia Mustill w *Wilsher v. Essex Area Health Authority*²⁶).

Lekarz musi oczywiście stale poszerzać swoją wiedzę, ale jego obowiązki w tym zakresie nie mogą sprowadzać się do wymogu znajomości w całości jednej nawet tylko dziedziny medycyny. W sprawie *Crawford v. Board of Governors of Charing Cross Hospital* pacjent doznał paraliżu na skutek ułożenia jego ramienia w określonej pozycji w czasie operacji. Sześć miesięcy wcześniej w czasopiśmie medycznym ukazała się publikacja, wskazująca na niebezpieczeństwo płynące z takiego wadliwego, jak dowodzono, upozycjonowania pacjenta w czasie operacji rozpatrywanego typu. W uzasadnieniu uniewinnienia Lord Denning podnosił, że byłoby nieuzasadnione obciążanie lekarza obowiązkiem czytania każdego artykułu ukazującego się w bieżącej prasie specjalistycznej; podobnie niewłaściwe byłoby twierdzenie, że dopuszcza się on niedbalstwa, ponieważ natychmiast nie wprowadza w życie sugestii czynionych w literaturze. Dopiero z upływem czasu, gdy skuteczność nowego rozwiązania zostanie należycie uzasadniona i zostanie ono zaakceptowane, można twierdzić, że jego niezastosowanie oznacza niespełnienie wymagań²⁷. Przeoczenie jednego artykułu jest nieistotne, ina-

²⁵ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, 1957, 2 All ER 118, 1957 1 WLR 582, the test is the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have that special skill, tłumaczenie własne.

²⁶ *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, QB 730 at 749, 3 All ER 801 at 812, 1987, tłumaczenie własne.

²⁷ *Crawford v. Board of Governors of Charing Cross Hospital*, Times, 8 December, CA, 1953, tłumaczenie własne.

czej jeśli ukazała się cała seria publikacji ostrzegająca przed ujemnymi konsekwencjami pewnych praktyk. Przy ustalaniu poziomu wymagań trzeba zachować rozwagę, pamiętając, że zapoznanie się z lawiną informacji przekracza możliwości nawet najbardziej sumiennego lekarza. Rozsądny medyk musi jednak na bieżąco śledzić rozwój dziedziny, którą się zajmuje, zamiast opierać się tylko na swoim doświadczeniu²⁸.

Lekarz ma działać zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką (*usual practice*). Jednocześnie ze względu na stały rozwój nauk medycznych, reguły wykonywania zabiegów leczniczych (reguły ostrożności zapobiegające nastąpieniu niepożądanych skutków) podlegają ciągłym zmianom. Jak więc przeprowadzić test sprawdzający czy zachowanie lekarza odpowiadało zaakceptowanym standardom (*custom test*)? W prawie angielskim wskazówek udzielił Lord Clyde w głośnej sprawie *Hunter v. Hanley*, stwierdzając, że dla przypisania odpowiedzialności konieczne jest wykazanie, iż w przypadkach ocenianego typu postępuje się zwyczajowo w określony sposób oraz udowodnienie, iż w rozważanej sytuacji tak się nie zachowano, a co najważniejsze, że postąpiono tak, jak nie zachowałby się żaden przeciętnie uzdolniony profesjonalista, postępujący roztropnie²⁹.

Zastosowanie tych pozornie klarownych wskazań w praktyce napotyka na szereg trudności. Wydawać by się mogło, że ustalenie czy istnieje powszechnie przyjęty sposób leczenia poszczególnej dolegliwości, gdy funkcjonują co do tego stosowne wytyczne (a jest tak zarówno w Polsce, jak i w krajach anglosaskich), nie będzie trudne. Jak jednak postąpić w sytuacji sporu co do metody, gdy równolegle stosuje się różne rozwiązania dla tego samego typu przypadku? Udzielenie odpowiedzi na to pytanie stało się konieczne w powoływanej sprawie *Bolam*,³⁰ w której pacjent został poddany terapii elektrowstrząsami bez podania środków zwiotczających; przy czym część specjalistów opowiadała się za stosowaniem tych środków, część twierdziła, że zwiększają one tylko ryzyko powikłań. Stwierdzono wów-

²⁸ M. Powers, N.H. Harris, *Medical Negligence*, Butterworths, London & Edinburgh 1990, str. 201-202, tłumaczenie własne.

²⁹ *Hunter v. Hanley*, SC 200 at 206, 1955, to establish liability by a doctor where deviation from normal practice is alleged, three facts require to be established. First of all it must be proved that there is a usual and normal practice; secondly it must be proved that the defender has not adopted that practice; and thirdly (and this is of crucial importance) it must be established that the course of action adopted is one which no professional man of ordinary skill would have taken if he had been acting with ordinary care.

³⁰ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, 1957, 2 All ER 118, 1957 1 WLR 582, tłumaczenie własne.

czas, że niedbalstwa nie można przypisać tylko dlatego, że głoszone są poglądy kwestionujące prawidłowość zastosowanej metody, jeśli równolegle popiera ją i stosuje część lekarzy. Natychmiast pojawiły się komentarze podważające słusność takiego orzeczenia i zwracające uwagę na fakt, że wyznaczanie standardów zachowań wyłącznie przez medyków nie zapewnia dobrom prawnym należytej ochrony, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę często zachodzące między specjalistami rozbieżności. Jak podkreślono w *Marshall v. Linsey County Council* należy wymagać zachowania zgodnego z powszechnie przyjętym w gronie umiejętności lekarzy praktyków zwyczajem (*general custom among skilled practitioners*)³¹.

Moc wiążącą *custom* podkreślono też w orzeczeniu *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority*³². Izba Lordów, podobnie jak w sprawie *Bolam*, uznała, że sąd nie jest upoważniony do dokonywania oceny, która ze stosowanych w przypadku danego schorzenia metod leczenia jest właściwsza, gdyż relewantne jest czy sprawca zachował się zgodnie z praktyką zalecaną przez ciało medyczne złożone ze specjalistów. Tym samym nie można przypisać odpowiedzialności, powołując się na odmienną opinię pochodzącą od analogicznej instytucji.

Ten tradycyjny punkt widzenia został jednak zdecydowanie zaatakowany. Nowy trend zapoczątkowały sądy australijskie, które argumentowały, że lekarze, wyznaczając sobie standardy zachowań, mogą nie kierować się interesami pacjentów, a raczej chęcią zapewnienia sobie wygody i nietykalności (*F. v. R.*³³). Obowiązkiem sądu jest dogłębne zbadanie, czy przyjęte zwyczaje odpowiadają standardowi rozsądnego człowieka, określone mu przez prawo. Decydujące jest nie to czy zachowanie sprawcy było akceptowalne zdaniem jego „kolegów po fachu”, ale to czy odpowiadało wzorcowemu zachowaniu *reasonable man*. Sąd ma prawo uznać, że zachowanie sprawcy nie odpowiadało normom, mimo iż część przedstawicieli zawodu go aprobuje (*Smith v. Tunbridge Wells Health Authority*³⁴).

Przełomowe w tym zakresie były orzeczenia *Rogers v. Whittaker*³⁵ oraz *Bolitho v. Hackney Health Authority*³⁶. W pierwszym z nich australijski

³¹ *Marshall v. Linsey County Council*, 1 KB 516, 1935, tłumaczenie własne.

³² *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority*, 1 All ER 635, 1985, tłumaczenie własne.

³³ *F. v. R.*, 33 SASR 189, 1983, tłumaczenie własne.

³⁴ *Smith v. Tunbridge Wells Health Authority*, 5 Med LR, 334, 1994, tłumaczenie własne.

³⁵ *Rogers v. Whittaker*, 1992, 109 ALR 625, 1993 4 Med LR 79, tłumaczenie własne.

³⁶ *Bolitho v. Hackney Health Authority*, 1998, AC 232, 1997 4 All ER 771, HL, tłumaczenie własne.

Sąd Najwyższy podkreślił, że decyzje ekspertów nie powinny być dla sądu bezwzględnie wiążące. Sądy nie mogą orzekać na zasadzie automatyzmu, bazując tylko i wyłącznie na opiniach biegłych. Na gruncie angielskim precedensowy *Bolam test* przełamano (przynajmniej częściowo) w sprawie *Bolitho*. Uznano, że w sprawach wymagających zestawiania zysków i strat, przed uznaniem opinii biegłych za rozsądną, odpowiedzialną i godną uszanowania, sąd sam musi ocenić sytuację. Jedyne absolutnie wyjątkowo może zakwestionować opinię lekarską, ale nie jest to z góry wykluczone.

Łatwo zauważyć, że nowa linia orzecznicza również rodzi wiele wątpliwości. Jeśli zrezygnuje się z ochrony innowacyjnych poglądów, zapewnionej przy orzekaniu według *Bolam*, może to oznaczać zahamowanie rozwoju, który prawie zawsze dokonuje się przez łamanie konwenansów i poszukiwanie nowatorskich rozwiązań³⁷. Ciekawe z tego względu jest orzeczenie *De Freitas v. O'Brien*,³⁸ odwołujące się do pojęcia superspecjalisty, który może podejmować większe ryzyko niż jego koledzy. W tej sprawie wybitnego chirurga, jednego z jedenastu specjalistów w skali kraju, wystarczyło poparcie udzielone przez jednego z członków tego wąskiego grona do uznania zachowania za prawidłowe.

3. Wnioski i uwagi końcowe

Nie ulega wątpliwości, że orzekanie w sprawach o błąd lekarski jest niezwykle trudne i dotyka wielu fundamentalnych, a zarazem delikatnych kwestii. Sędziowie muszą opierać się na specjalistycznych opiniach biegłych, zachowując przy tym niezależność wyrokowania. Dostępnym narzędziem, jakim winni się posługiwać przy podejmowaniu decyzji, jest przybliżony wyżej modelowy wzorzec osobowy. Należy przy tym zastrzec, że figura ta w polskim prawie karnym pełni tylko i wyłącznie funkcję pomocniczą, a nie jest samodzielnym kryterium decydującym o odpowiedzialności. Nie przekreśla to jednak jej przydatności dla udzielenia prawidłowej odpowiedzi na pytania: jakie zachowanie jest wyma-

³⁷ M. Braizer, J. Mola, Bye-Bye Bolam: *A Medical Litigation Revolution?*, 8 *Medical Law Review*, 2000, str. 285, tłumaczenie własne.

³⁸ *De Freitas v. O'Brien*, 25 BMLR 51, 6 Med LR 108, CA, tłumaczenie własne.

gane w danej sytuacji ze względu na obowiązywanie zakazu powodowania skutku/nakazu zapobieżenia skutkowi, tym samym – jak sprawca powinien się być zachować?; czy stworzył stan zagrożenia przekraczający dozwoloną miarę?; czy miał możliwość przewidzenia, że swoim zachowaniem zrealizuje znamiona typu czynu zabronionego?; *et cetera*. Rezygnacja z posługiwania się modelowym wzorcem osobowym w imię najściślejszej ochrony zasady określoności typu czynu zabronionego oraz spełniania przez prawo karne funkcji gwarancyjnej oznaczałaby paraliż wymiaru sprawiedliwości i brak możliwości przypisania odpowiedzialności na skutek odwołania się do zasady *in dubio pro reo* we wszystkich przypadkach, w których tylko odwołanie się do modelu umożliwia doprecyzowanie podstaw odpowiedzialności karnej.

MISCELANEA

Tadeusz Tołoczek

Czy lekarz prawy musi znać prawo – refleksje praktyka¹

Wstęp

Będąc przez ponad 50 lat aktywnie pracującym chirurgiem wyznać muszę, że nigdy podczas operacji nie zastanawiałem się ani nad istotą życia wiecznego, ani też nad marnością życia więziennego. Moje myśli skoncentrowane były wyłącznie na chorym. Tymczasem prawdopodobieństwo przekroczenia nieznanymi mi przepisów prawnych było bardzo duże, ponieważ ich liczba, zmienność i pozamerytoryczne niekiedy uwarunkowania czyniły mnie wręcz ignorantem w tej dziedzinie.

Dlatego wyznać też muszę, że pomimo nieznajomości prawa tylko szczęśliwy zbieg okoliczności sprawił, że nigdy nie byłem ani oskarżony ani sądzony. Przez przypadek również nie byłem oskarżany z tytułu dziennikarskiego zapotrzebowania na lekarski skandal lub błąd.

Nie ukrywam jednak, że do dziś często „biję się z myślami” dokonując retrospektywnej oceny moich lekarskich decyzji, a ponieważ nie mam dobrej pamięci do zapominania, to z bitwy tej nie wychodzę bez szwanku. Żadnych manipulacji moralnych dla usprawiedliwienia siebie samego i przed sobą samym nie stosowałem.

¹ Niniejszy tekst jest nieco zmienioną i skróconą wersją referatu wygłoszonego na forum 63. Zjazdu Towarzystwa Chirurgów Polskich w Poznaniu, w dn. 12-15 września 2007 r.

Dla uniknięcia nieporozumień już na samym wstępie stwierdzę, że moralnych i prawnych aspektów lekarskich błędów w zakresie leczenia omawiać nie będę, ponieważ powinny być one zawsze i bezdyskusyjnie osądzone zgodnie z pełną obiektywnością prawa. Wykraczają one bowiem poza etos lekarskiego zawodu.

Moje związki z prawem

Moje związki z prawem polegały na tym, że przez wiele lat byłem wielokrotnie powoływany przez sąd najpierw w charakterze świadka, a potem biegłego. Szczycę się również tym, że w układzie lekarsko – akademickim wielokrotnie proszony byłem przez obwinionych o obronę w Komisjach Kontroli Zawodowej i uczelnianych Komisjach Dyscyplinarnych.

Opinie swoje opierałem wyłącznie na merytorycznej ocenie zdarzeń, oraz zrozumieniu etosu mego zawodu i zawodowego posłannictwa, kierując się myślą, sumieniem, intuicją moralną i poczuciem sprawiedliwości.

Jeśli więc obdarowany zostałem prawem do samodzielnego myślenia, to równocześnie muszę mieć prawo zarówno do wątpienia jak i błędzenia. Wypowiedź moja przedstawiać więc będzie refleksje ignoranta w dziedzinie prawa, pomimo że przepisom prawa podlegam.

Ignorantia Iuris nocet

Pytanie zawarte w tytule tego wystąpienia a priori można uznać za retoryczne, bowiem już starożytni Rzymianie stwierdzali, że „*ignorantia iuris nocet*” (nieznajomość prawa szkodzi). Ale chyba jeszcze wcześniej, bo w IV w p.n.e. Antyfanos stwierdził, że „*dla tego, co nie krzywdzi, zbędne jest prawodawstwo*”. Z kolei Seneka twierdził, że „*chwalebnie jest czynić to co należy, a nie to co wolno*” oraz że „*czego nie zabrania prawo tego zabrania wstyd*”.

Uczciwi prawa nie potrzebują, a ludzie źli dzięki prawu tylko wyjątkowo stają się lepsi i to tylko ze względu na zagrożenie karą. Współcześnie stwierdzenie, że przyzwoitość, honor mogą zabraniać tego, co nie jest karalne, posiada wartość staroświeckiej anegdoty.

Prawo jako mechanizm regulujący – „ubi societas, ibi ius” (gdzie społeczeństwo tam i prawo)

Nasz byt musi być zorganizowany, a gdzie organizacja, tam i prawo. Prawo nie jest jednak jedynym mechanizmem regulującym sposób zachowywania się poszczególnych osób i całych grup społecznych, bowiem oprócz prawa życiem naszym steruje jeszcze etyka, sumienie, obyczaje, tradycja. Tak więc, człowiek określający siebie mianem uczciwego tylko dlatego, że nie ciąży na nim żaden wyrok, budzi uzasadnione podejrzenia.

Prawo, moralność, sumienie

Istota problemu polega na tym, że zakresy moralności i prawa nie zawsze pokrywają się. Możliwe są więc sytuacje, gdy praktyki uznawane za niemoralne i złe (jak np. eutanazja) są w pewnych krajach dopuszczalne przez prawo.

Prawo podąża za postępem zawsze z pewnym opóźnieniem. Poza tym, nie jest ono w stanie przewidzieć i sklasyfikować wszystkich sytuacji klinicznych jakie niesie ze sobą codzienna praktyka lekarska, prawo nie może również sankcjonować wszystkich obowiązków etycznych. Są więc też moralne zobowiązania nie objęte przepisami prawa. „*Non omne licitum honestum*” (nie wszystko, co dozwolone, jest godziwe). Współcześnie poczucie odpowiedzialności przed Bogiem i historią stały się pustym frazesem. Dlatego przestajemy widzieć prawo w moralnym aspekcie i odróżniać legalność od praworządności, a praworządność i legalność od sprawiedliwości, która albo jest powszechna, albo jej w ogóle nie ma (Z. Bauman).

Toteż najwyższym dla nas lekarzy Trybunałem powinien być sąd własnego sumienia z jednym wszakże zastrzeżeniem, by to sumienie było moralnie uformowane. O dokształcaniu własnego sumienia mówi się jednak prawie wyłącznie na spotkaniach naukowych osób zawodowo zajmujących się problemami etyki traktowanej jako nauka abstrakcyjna. Dlatego cierpieć można na „niedosłuch” sumienia. I w takich przypadkach stanowione prawo staje się koniecznością. Jednakże współcześnie postęp w zakresie biologii i medycyny oraz nowe problemy ujawniające się w zakresie ochrony zdrowia powodują, że „*sumienie traci orientację*”; okazuje się też, że osobiste sumienie może błędzić. Sumienie jest jednak bardziej surowym sędzią od prawa. Sumienie lekarza pełnić ma kontrolną i komplementarną rolę wobec stanowionego prawa.

Czy lekarz prawa musi znać prawo?

Człowiek prawa, to nie znawca prawa, lecz człowiek uczciwy. Znajomość prawa nie jest bowiem gwarantem „prawości” i uczciwości. Tak więc „prawość” lekarza nie jest determinowana stopniem znajomości prawa. Lekarz nie znający prawa, może więc być lekarzem prawnym. Wysoka znajomość prawa stwarza natomiast większe możliwości bezkarnego przekraczania tego prawa. Osoba dobrze znająca prawo może w razie potrzeby wykorzystać „luki prawne”

Nie tylko lekarz, ale i prawo mogą być zarówno „prawe” jak i „nieprawe”. Starożytni rzymianie twierdzili, że „*Ius est quo iustum est*” (prawem jest tylko to co jest prawe). Znane są zwroty mówiące o niemoralnym, nieetycznym prawie, lub nawet wprost o „niehumanym prawie”. Mówi się też, że „są prawa pisane i zwyczajowe i że zupełnie podobnie jest z bezprawiem”. Tak więc zaistnieć mogą cztery sytuacje: lekarz prawa i „prawe lub nieprawe prawo”, oraz lekarz nieprawy i „prawe lub nieprawe prawo”. Dlatego, niezależnie od tego układu lekarz w każdej sytuacji pierwszoplanowo uwzględniać musi dobro chorego.

Natychmiast ujawnia się tu pytanie: „Czy znajomość lub nieznanostwo prawa przez „prawnego” lekarza wpływa na jakość udzielanego świadczenia?” Odpowiedź brzmi „nie”, bowiem prawo nie mówi jak leczyć złamaną nogę. Prawo może jednak wywierać wpływ na jakość świadczenia w przypadku nieprawnego lekarza, uświadamiając mu możliwości kary w przypadku zaniechania lub zaniedbania.

Czy chorego interesuje to czy jego lekarz zna prawo? Odpowiedzieć tu należy najpierw na inne pytanie. Czego oczekuje chory od lekarza? Chory oczekuje, od lekarza nie tylko zawodowej uczciwości i kompetencji, nie tylko „technologicznej” sprawności w ustalaniu rozpoznania i prowadzeniu leczenia, ale i tego, że uwzględniać on będzie również jego problemy natury egzystencjalnej, społecznej i psychologicznej. Przez przeszło 50 lat pracy żaden chory nie zapytał mnie o moją znajomość prawa. Z pewnością jednak starał się ocenić moje „morale” jako lekarza i człowieka, ale nie na podstawie mojej znajomości prawa obdarzał mnie zaufaniem.

Chory może jednak żądać od lekarza udzielenia świadczenia niezgodnego z prawem lub/i lekarskim sumieniem. I tu wyłania się oczywisty problem, bowiem nakazy sumienia mogą być zgodne, lub niezgod-

ne z życzeniem chorego i zgodne lub niezgodne z obowiązującym prawem. W takim przypadku lekarz kieruje się zarówno swoją intuicją moralną, jak i świadomością konsekwencji naruszenia prawa.

Ujawnia się tu również problem czy lekarza uczciwego obowiązywać ma zarówno „prawe” jak i „nieprawe” prawo. No dobrze, ale jak je odróżnić? I tu z wielkimi zastrzeżeniami powołam się na intuicje moralną i lekarskie sumienie. Pamiętać jednak należy, że stać się one mogą kłamliwym tłumaczeniem zwykłej przestępczości.

Dlaczego lekarz powinien znać prawo?

Nikt się nie dziwi, że kierowca samochodowy musi znać przepisy ruchu drogowego. Nie powinno więc dziwić twierdzenie, że lekarz powinien znać „Ustawę o zawodach lekarza i lekarza dentysty” i „Kodeks etyki lekarskiej”. Ponadto np. psychiatra znać musi „Ustawę o ochronie zdrowia psychicznego” określającą normy dotyczące możliwości ograniczania wolności leczonych chorych, a transplantolog musi znać „Ustawę o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów.” Ustawy nie są jednak w stanie objąć wszystkich subtelnych powinności moralnych lekarza. Powtórzę, że w takich sytuacjach sumienie lekarza spełniać musi rolę kontrolną i komplementarną w stosunku do stanowionego prawa.

Jeśli jednak nieznanie prawa nie pogarsza standardu świadczeń lekarskich udzielanych przez lekarza „prawego”, to ujawnia się pytanie czy nieznanie prawa w jakikolwiek sposób szkodzi może samemu lekarzowi.

Lekarz działa w regulowanej prawem sferze wypełnionej ryzykiem i dlatego to życie zmusza go, aby dla własnego „bezpieczeństwa” i „interesu” był z prawem zapoznany.

Prawo dla prawników

Dlaczego ja i zapewne wielu moich kolegów nie zna prawa? Początkowo starałem się wniknąć w istotę prawa medycznego. Szybko jednak się zagubiłem i zrezygnowałem. Starając się śledzić postęp w medycynie nie nadążałem za postępem nauk prawnych, zwłaszcza, że prawo me-

dyczne nie mieści się w jednym akcie prawnym. Spotykałem się z odwołaniami do aktów prawnych z dziedzin niezwiązanych bezpośrednio z medycyną. Ponadto hermetyczność języka prawniczego powodowała niepełne zrozumienie czytanego tekstu. Doszedłem więc do wniosku, że trzeba być doświadczonym prawnikiem, który wie jaki przepis pasuje do rozważanej sytuacji i który potrafi prawidłowo poruszać się w gąszczu przepisów bezustannie nowelizowanych. Ponadto możliwa zmienność interpretacji nawet w odniesieniu do zgodności z konstytucją w zależności od osoby interpretującej spowodowała poczucie mojej usprawiedliwionej niekompetencji. Świadomy bowiem jestem, że – jak to wyraził Wolter – „interpretacja prawa prowadzić może do wypaczenia jego ducha”. Zorientowałem się, że wykorzystując umiejętność samookłamywania się można w ramach wyrażonej w Dekalogu – zdawałoby się – oczywistej zasady „miłości bliźniego” uśmiercać chorych i ten tok rozumowania propagować. Z tytułu odmiennej interpretacji faktów jeden sędzia wyda karę dożywocia, a inny uniewinni; jeden ksiądz udzieli rozgrzeszenia za te same grzechy, a drugi nie; jeden lekarz zaleci postępowanie zachowawcze, a inny operacyjne. Taka odmienność i rozpiętość decyzji zależy od sposobu interpretacji zaistniałych faktów.

Pomyślałem wówczas, że nie będę udawał, że w wystarczającym stopniu prawo znam, będę natomiast starał się być prawnym lekarzem. Wydanych zostało wiele, bardzo cennych podręczników i monografii z zakresu prawa medycznego. Niezwykle cenną pozycją jest kwartalnik „Prawo i Medycyna” oraz internetowy „Medilex”. W każdym numerze warszawskiego „Pulsu” i w każdym numerze przeznaczonych dla lekarzy czasopiśmie istnieją kilkustronicowe działy pod znamionym tytułem „Prawnik lekarzowi radzi”. Należą się podziękowania Autorom i Wydawcom za ich wysiłek, ale w sumie dla przeciętnego lekarza przedstawiany materiał jest nie do zapamiętania i sprawnego się nim posługiwania. Przerażony mnogością szczegółowych sytuacji, oraz opartymi czasami na erystyce uzasadnieniami wniosków uważam, że moim zadaniem jest starać się być merytorycznie dobrym i prawnym lekarzem, a nie miernym lekarzem, ze złudnym, lub udawanym poczuciem znajomości prawa.

Czas potrzebny na zaznajomienie się z wszystkimi publikacjami z zakresu prawa medycznego przekracza czas, jaki ma lekarz do przeczytania bieżącej literatury fachowej.

Moim zadaniem jako lekarza jest wiedzieć „czy chory kwalifikuje się do operacji, a nie zastanawianie się jakie zmiany wprowadziła np. 23. nowelizacja ustawy o NFZ. Dlatego jako lekarz pracujący na pierwszej linii frontu sędzę, że istniejące u nas prawodawstwo dotyczące ochrony zdrowia jest zapewne bardzo dobre, ale dla prawników.

Ultra posse nemo obligatur – nikt nie jest obowiązany uczynić więcej, niż może

Pomimo, że od czasów rzymskich znane jest jeszcze jedno stwierdzenie „*Lex neminem cogit ad impossibilia*” (prawo nikogo nie zmusza do rzeczy niemożliwych), to jednak lekarze w Polsce odpowiadają za skutki pracy w warunkach stworzonych przez państwo, a wynikających z przyznawania niewystarczających środków na realizację nałożonych obowiązków. „Myśmy wymyślili takie mądre przepisy...” – mówią administratorzy i prawnicy, a oni (lekarze) ich nie realizują. To ich (lekarzy) wyłączna wina, że są np. zakażenia pomimo wydania takich mądrych zarządzeń. Tymczasem wszelkiego rodzaju akty normatywne powinny mieć wartość tylko wówczas, gdy równocześnie stworzone zostaną warunki i możliwości ich przestrzegania. W przeciwnym wypadku stają się one aktem prawnym chroniącym administrację wszystkich szczebli od odpowiedzialności, przerzucając ją na najniższy szczebel wykonawczy jakim jest w szpitalu lekarz i pielęgniarka.

Zła organizacja, administracja, niedofinansowanie muszą się gdzieś i kiedyś zmaterializować. Materializują się na najniższym szczeblu opieki i dlatego skutki tego najczęściej traktowane są jako błąd lekarski. Ja osobiście nie znam przypadku uznania niedostatecznego finansowania i błędnej organizacji za przyczynę nieszczęścia w procesie leczenia chorego. Prawo, które nie uwzględnia wpływu błędu w organizacji i finansowaniu ochrony zdrowia na niekorzystny przebieg i wynik leczenia, oraz które nie zobowiązuje administracji do stworzenia warunków umożliwiających realizację lekarskich zadań – jest w mojej ocenie „prawem nieprawym”. Ferowane są jednak wyroki skazujące lekarzy za to, że pracowali w warunkach nie pozwalających na realizację nałożonych obowiązków. Tu dostrzegam zaniechanie i zaniedbanie decydentów, a nie liniowych wykonawców, jakimi są lekarze i pielęgniarki. Jest to dla

mnie kolejny dowód, że prawo nie uwzględnia aspektów moralnych w odniesieniu do tego zagadnienia. I tak chirurg ma odpowiadać za konsekwencje faktu, że zmuszony jest operować tępym (nienowoczesnym) nożem, bo na ostry skalpel zabrakło pieniędzy.

I tu nasuwa mi się pytanie, dlaczego od starożytności znana zasada „*Causa causae, etiam causa causati*” (*przyczyna przyczyny jest przyczyną skutku*) – zupełnie nie znajduje u nas zastosowania. Pozwolę sobie na przypuszczenie, że decydenci, prawnicy i inne autorytety są przekonani, że świetnie wiedzą jak służba zdrowia ma funkcjonować, ale nie wiedzą jak w rzeczywistości funkcjonuje.

Medycyna defensywna

Odrzucenie prawa lekarza do omyłności doprowadziło do rozwoju tzw. *defensive medicine* – „medycyny obronnej”. Zarówno samo pojęcie jak i praktyczne aspekty „medycyny obronnej” zrodziły się w odpowiedzi na zwiększającą się liczbę nieuzasadnionych procesów sądowych o lekarskie błędy. Interpretowane to jest jako konsekwencja dominacji przepisów prawnych nad lekarską świadomością i lekarskimi możliwościami. W sposób szczególnie wyraźny problem ujawnił się w USA. Jest rzeczą oczywistą, że lekarskie postępowanie nie może być wyłączone spod kontroli prawa.

Zapobiegawcza metoda obrony lekarzy polega na odmowie przyjmowania chorych o znamienne duży ryzyku leczenia i kierowaniu ich do ośrodków i lekarzy, którzy dla zrekompensowania wysokich kosztów leczenia powikłań, dodatkowej opieki, dodatkowych badań i bardzo wysokich kosztów ubezpieczenia od odpowiedzialności prawnej pobierają niezwykle wysokie stawki za udzielane świadczenia.

Metody obronne polegają też na zleceniu wielu dodatkowych, ale kosztownych konsultacji, oraz wielu badań dodatkowych, tak by wykryć lub wykluczyć zmiany patologiczne nawet o bardzo małym stopniu prawdopodobieństwa wystąpienia. Jest to metoda zapobiegania zarzutom o zaniedbaniu lub zaniechaniu. Obronna medycyna znamienne więc zwiększa koszt opieki zdrowotnej, a może też wystawić pacjentów na niepotrzebne dodatkowe ryzyko np. związane z badaniami inwazyjnymi. W ostatecznym rozrachunku prowadzi to do wzrostu sta-

wiek ubezpieczeniowych i kosztów leczenia.

Ujawnia się tu natychmiast pytanie jak często w jakim zakresie metody „obronnej medycyny” stosowane są w praktyce. Bardzo bogate piśmiennictwo dowodzi powszechnej znajomości i stosowaniu tej metody w USA, gdzie stawki ubezpieczeniowe są szczególnie wysokie^{2,3}. Przytoczę dane badań ankietowych tylko z jednego amerykańskiego ośrodka. Uzyskano 824 odpowiedzi od lekarzy różnych specjalności. Spośród badanych, 93% potwierdziło „*Assurance behavior*”, a 42% w ostatnich 3 latach dokonuje selekcji chorych do operacji w zależności od stopnia ryzyka, czego z tytułu posiadanego doświadczenia uprzednio nie czyniło.

Ja i prawo

Kiedy po raz pierwszy w życiu powołany zostałem jako biegły do sądu, zwróciłem się do mego ówczesnego szefa prof. T. Butkiewicza z prośbą o radę, która wypowiedziana z wileńskim akcentem brzmiała: „Kulega zapamięta sobie na całe życie, że w sądzie kłamać ni wolno! Broń Boże. Nu, widzi kulega, podkłamać to czasami trzeba. Bo widzi kulega, oni dużo wiedzą, nu czucia lekarskiego nie mają. Ot co!”

Po latach zrozumiałem głęboki sens tej wypowiedzi. Myślę, że prawnicy z natury rzeczy, w dziedzinie klinicznej medycyny mogą nie dostrzegać wielu klinicznych subtelnosci. Podobnie ja nie rozumiem dlaczego wyroki mogą być zgodne z prawem, ale niesprawiedliwe. Myślę, że podobnie i lekarskie subtelnosci są niezrozumiałe i dla społeczeństwa i dla prawników.

Nie wyrażam w ten sposób krytycznego stosunku do środowiska prawniczego – ujawniam tylko swój brak zrozumienia. Dostrzegam jednak równocześnie „*signum temporis*”, polegające na relatywizacji zasad moralnych. „*Za moich czasów*” – człowiekiem uczciwym nazywano oso-

² Studdert D M., Mello M.M., Sage W.M., DesRoches C.M., Peugh J., Zapert K., Brennan TA. Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Environment *Malpractice JAMA*. 2005;293:2609-2617.

³ Daniel P. Kessler, PhD, JD; William M. Sage, MD, JD; David J. Becker, BA Impact of Malpractice Reforms on the Supply of Physician Services *JAMA*. 2005;293:2618-2625.

bę, która nie popełniła żadnego przestępstwa. Współcześnie, zgodnie z obserwowanymi wydarzeniami człowiekiem prawym nazwiemy osobę, której przestępstwa nie udowodniono. Dlatego również z tego powodu przestałem widzieć prawo w moralnym aspekcie.

Przykład własny

We wczesnych latach 60-tych ubiegłego już wieku pracowałem na oddziale kardiochirurgicznym w Anglii. Pewnego dnia oskarżony zostałem przez pakistańskiego lekarza, mego konkurenta na stanowisko „Sinior Registrar’a” o to, że reanimowany chory zmarł z mojej winy. Oskarżenie złożył memu szefowi, rezydującemu w szpitalu „coronero-wi”, oraz dziennikarzowi lokalnej gazety. Ja, obcy lekarz, w obcym środowisku, zupełnie nie znający obowiązujących praw, poczułem się zagubiony. Wprawdzie Szef mój oznajmił mi, że nie dopatruje się żadnego błędu, to jednak najbardziej bałem się „coronera” i dziennikarza. Ku memu zaskoczeniu okazało się, że poczułem się pod „ochroną” i tego sędziego śledczego i cytowanych przez niego przepisów, w oparciu o które prowadził śledztwo. Pocieszył mnie, że on również nie dopatruje się błędu, ale całą dokumentację, z pełną skrupulatnością oczywiście przesłał do uniwersyteckiego ośrodka w Birmingham i Manchester do oceny. Spodziewałem się też, że w lokalnej gazecie ukaże się artykuł pod tytułem np. „Polski lekarz morduje chorego”. Kiedy zwierzyłem się memu szefowi z dręczących mnie zagrożeń, ten z nieukrywanym zdumieniem spojrzął się na mnie i odpowiedział – „...co ci przychodzi do głowy, nie rozumiem dlaczego się stresujesz, skoro zarzut nie został udowodniony”. I w tym momencie ja sam zrozumiałem, że moja osobista, ukształtowana w warunkach krajowych mentalność jest tak „z połowy odległości między Anglią a Mongolią”. Dodam tylko, że opinie z dwóch ośrodków uniwersyteckich wykluczały jakikolwiek mój błąd.

Przed laty w prowadzonej przez mnie Klinice prowadziliśmy badania nad przeszczepem zastawek żylnych. Światowym autorytetem w tej dziedzinie był wówczas znany profesor chirurg na jednym z uniwersy-

tetów w Stanach Zjednoczonych. Planując wyjazd do USA zwróciłem się do niego listownie z prośbą o przyjęcie mnie i zapoznanie z metodyką pracy. Podczas pierwszego z nim spotkania oczekiwałem dyskusji, do której się sumiennie przygotowałem. Niestety przez cały okres spotkania mówił on tylko na temat „*high risk of litigation*” w chirurgii. Po przedstawieniu jakiegoś dyskusyjnego przypadku, zapytałem: „na jak brzmiącym przepisie prawnym zostały oparte argumenty prawne użyte w obronie?”. W odpowiedzi usłyszałem: „*I have no idea*. To wie mój prawnik i ja mu za to płacę duże, bardzo duże pieniądze”. W jednej chwili zrozumiałem, że jak się nie zna prawa, a chce się czuć bezpiecznym, to trzeba mieć duże pieniądze.

Moralne autorytety

Przed laty w akademickiej rozprawie przeciwko jednemu z lekarzy oskarżycielem był Profesor powszechnie uznawany za autorytet naukowy. Zostałem poproszony przez obwinionego o pomoc w obronie. Dojść musiało do starcia na argumenty między Autorytetem a mną, młodym docentem; musiałem przegrać. Poglądy Profesora moim jednak zdaniem zupełnie nie pasowały do omawianego przypadku. Zespół orzekający powołał się jednak na profesorski autorytet.

Od tej pory zacząłem zastanawiać się nad rolą i znaczeniem Autorytetów w ocenie zaistniałych niepomyślnych zdarzeń w medycynie. Aczkolwiek prawdopodobieństwo wydania przez nich mylnej oceny zdarzeń jest z namiennie niższe niż osoby o mniejszym doświadczeniu, tym niemniej nie są oni nieomylni. Wówczas to przekonałem się również, że mieć rację wobec osoby uznającej siebie za nieomylny autorytet oceniane jest przez nich jako obraza Majestatu, a przez środowisko jako brak rozsądku.

Przebrane również starcia z tymi niewątpliwymi autorytetami w innych przypadkach przeżyłem bardzo głęboko i boleśnie. Postanowiłem wówczas nawet, że gdybym znalazł się w sytuacji oskarżonego, to ze wszech miar unikałbym sądu lekarskiego, a chciałbym być sądzony przez normalny sąd powszechny, gdzie mógłbym wnioskować o ekspertyzę przez osoby doświadczone, ale nie nominowane jeszcze na stanowisko autorytetu.

W późniejszym okresie z moimi nurtującymi mnie myślami skojarzyłem przeczytaną wypowiedź Leonarda da Vinci, że kto w dyskusji powołuje się na autorytet, ten posługuje się nie rozumem, lecz pamięcią. Współcześnie P. Prof. B. Skarga wypowiedziała się na ten temat stwierdzając, że należy: „Rozum przeciwstawić autorytetowi. Tylko rozum powinien mieć autorytet, on rzadziej zawodzi”.

Krańcowym przykładem przedstawionych niebezpieczeństw są osoby – i tu posłużę się zwrotem L. Kołakowskiego – „... które mają słuszne poglądy na wszystko”. Z powyższych wywodów pragnę wyciągnąć ostateczny wniosek oparty na moim własnym doświadczeniu, że należy ze wszech miar szanować autorytety i zwracać się do nich o radę, uwzględniając jednak ich normalną omylność, oraz to, że profesjonalizm musi się wiązać z moralnością i sumieniem. Wypowiedź Autorytetu to więcej niż rada, ale mniej (czasami znacznie) niż bezwarunkowa prawda.

Klauzula sumienia i neutralność aksjologiczna

„Klauzula sumienia” zawarta jest zarówno w „Kodeksie Etyki Lekarskiej” jak i w „Ustawie o zawodzie lekarza”. Ma ona stać na straży autonomii lekarza i jego moralności. „Klauzula sumienia” niezależnie więc powinna lekarza od administracyjnie, politycznie i światopoglądowo sterowanych presji zmuszających lekarza do przyjęcia postawy tzw. neutralności aksjologicznej i moralnej. Zmuszanie jednak lekarza do tzw. „neutralnej moralności” czyni zapis „Klauzuli sumienia” iluzorycznym. Nie jest dla mnie jasnym, dlaczego lekarz miałby rezygnować z własnych zasad moralnych na rzecz życzenia propagatorów tzw. „moralnej neutralności”. Niewątpliwie klauzula sumienia nie może również stwarzać możliwości przemocy lekarza wobec chorego.

Omówienie

- Jakość moralna naszej ochrony zdrowia zależy od jakości moralnej całego społeczeństwa, a ta od jakości moralnej naszej cywilizacji.
- Osobiście oczekiwałbym propagowania norm i zasad postępowania lekarskiego i ducha prawa (*ratio legis*), a nie żądania powszechnej znajomości paragrafów. Jest to bowiem jedyna, kulturotwórcza droga do

kształtowania świadomości prawnej poszczególnych lekarzy i całej lekarskiej społeczności.

- Moralny nakaz uczciwości zastępuje się systemem przepisów. Sama popularyzacja przepisów prawnych, bez kształtowania zasad moralnych powoduje, że w życiu wykorzystywane są wybiegi i formułki prawnicze i prawne zamiast sumienia.
- Bez wysokich standardów moralnych demokracja i prawo, w tym prawo medyczne, stają się wprost zagrożeniem. Za podstawowe wartości uznać należy życie i jego godność.
- Skuteczność wdrażanych nowych metod leczniczych nie może decydować o ich moralnej i prawnej dopuszczalności.
- Do naczelných zadań lekarza należy pobudzanie chęci chorego do wyzdrowienia i życia.
- Jeśli realizowanie praw etycznych egzekwować będziemy wyłącznie sankcjami prawnymi, to w końcu prawo zajmie miejsce etyki, a prawo nie jest w stanie objąć wszystkich sytuacji klinicznych.

Zakończenie

Wyrażam pełne przekonanie, że wszyscy posiadający i wyrażający odmienną od mojej opinię są w swym rozumowaniu uczciwi, ale wiem, że tak jak ja nie są bezbłędni. O tym, że ja nie jestem bezbłędny, to wszyscy wiedzą lepiej ode mnie, ale równocześnie są przekonani, że sami są bardziej bezbłędni ode mnie. Zapewniam, że ja również w swoim myśleniu jestem uczciwy.

Przedstawiłem Państwu dylematy prawne lekarza, który ani prawa nie zna, ani się też na prawie nie zna. Prosiłbym uwzględnić to jako okoliczność łagodzącą.

Umowa o staż podyplomowy lekarza

1. Pojęcie umowy o staż podyplomowy lekarza

Regulacje dotyczące umowy o staż podyplomowy lekarza są rozproszone w kilku aktach prawnych. Ich trzon znajduje się w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 24 marca 2004 r. w sprawie stażu podyplomowego lekarza i lekarza stomatologa¹. Część regulacji jest zawarta w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry² oraz w ustawie z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej³. Ponadto wymienione akty prawne odwołują się do konkretnych przepisów kodeksu pracy (dalej – k.p.). Nie zawierają one jednak wyrażonej *expressis verbis* klauzuli o stosowaniu przepisów k.p. w sprawach nieunormowanych tymi aktami do umowy o staż. W związku z tym wydaje się konieczne ustalenie, jakie elementy stanowią treść umowy o staż podyplomowy oraz rozstrzygnięcie w jakim zakresie możliwe jest odpowiednie stosowanie kodeksu pracy przy kształtowaniu treści tej umowy. Istotne będzie także ustalenie, czy umowę o staż podyplomowy można określić jako szczególny rodzaj umowy o pracę na czas określony, o której mowa w art. 25 k.p.

Staż podyplomowy (dalej jako staż) obejmuje pogłębienie wiedzy teoretycznej oraz praktyczną naukę udzielania świadczeń zdrowotnych przez lekarza w następujących dziedzinach: chorób wewnętrznych, pediatrii (w tym neonatologii), chirurgii ogólnej, w tym chirurgii urazowej, położnictwa i ginekologii, psychiatrii, intensywnej terapii, medycyny ratunkowej oraz w dziedzinie medycyny rodzinnej w warunkach

¹ Dz.U. Nr 57, poz. 553, zwane dalej rozporządzeniem.

² Tekst jednolity, Dz. U. z 2002 r. Nr 21 poz. 204, zwana dalej ust. zaw. lek.

³ Dz.U. Nr 91, poz. 408, dalej jako ustawa o zoz.

stacjonarnej, ambulatoryjnej i domowej opieki zdrowotnej (§ 1 ust. 1 rozporządzenia). Staż, w zakresie poszczególnych wymienionych dziedzin medycyny, lekarz odbywa w ramach staży cząstkowych (§ 1 ust. 2 rozporządzenia). Lekarz odbywa staż na podstawie umowy o pracę (dalej jako umowa o staż), zawartej na czas określony, w celu przygotowania zawodowego obejmującego realizację programu stażu (art. 15 ust. 3d ust. zaw. lek.). Stanowi ona rodzaj umowy o pracę uregulowanej odrębnie – poza przepisami k.p., a więc jest przykładem pozakodeksowej umowy o pracę. Należy zauważyć, że cel podobny do umowy o staż realizuje umowa o pracę w celu przygotowania zawodowego zawierana przez młodocianego, o której mowa w art. 194 k.p. Przeznaczeniem obu rodzajów umów o pracę nie jest cel zarobkowy, ale umożliwienie nabycia kwalifikacji zawodowych. Swoistością tych umów jest więc zarówno świadczenie pracy, jak i konieczność kształcenia się. Jednakże odpowiednie stosowanie przepisów regulujących umowę o pracę w celu przygotowania zawodowego do umowy o pracę stażysty nie jest możliwe, dlatego że pierwsza z nich dotyczy szczególnej grupy pracowników młodocianych, którymi są osoby między 16 a 18 rokiem życia (art. 190 § 1 k.p.).

2. Zawarcie umowy o staż

Uprawnionym do zawierania umowy o pracę w sprawie stażu jest absolwent studiów wyższych, posiadający dyplom lekarza, który chce zdobyć prawo wykonywania zawodu lekarza. Drugą stroną umowy jest podmiot uprawniony do zawierania ze stażystą umowy o staż, którym jest zakład opieki zdrowotnej (dalej – zoz) (§ 4 ust. 1 rozporządzenia), lekarz wykonujący indywidualną praktykę lekarską albo lekarz wykonujący indywidualną specjalistyczną praktykę lekarską (§ 4 ust. 3 rozporządzenia). Podmioty te muszą spełniać warunki określone w § 5 rozporządzenia, czyli posiadać umowy zawarte z innymi podmiotami uprawnionymi, w celu umożliwienia zrealizowania przez lekarza, w ramach oddelegowania, tej części ramowego programu, której realizacji nie mogą zapewnić. Marszałek województwa, w porozumieniu z wła-

ściwą okręgową radą lekarską, ustala listę tych podmiotów, które są uprawnione do prowadzenia staży podyplomowych (art. 15 ust. 6 ust. zaw. lek.). Należy zauważyć, że większe wymagania stawia się lekarzom wykonującym indywidualną bądź specjalistyczną praktykę lekarską, bowiem oprócz powyższych warunków, powinni oni także posiadać co najmniej pięcioletni staż zawodowy albo specjalizację w odpowiedniej dziedzinie medycyny (§ 4 ust. 3 rozporządzenia). Wypada także nadmienić, iż odbywanie stażu nadzoruje koordynator, który planuje przebieg realizacji stażu oraz decyduje o sprawach związanych ze szkoleniem stażystów (§ 6 rozporządzenia). Nadto pracę stażysty nadzoruje opiekun, czyli lekarz posiadający specjalizację albo tytuł specjalisty w określonej dziedzinie medycyny, wykonujący zawód przez co najmniej 5 lat (art. 15 ust. 3a ust. zaw. lek.).

Na okres odbywania stażu i złożenia egzaminu okręgowa rada lekarska przyznaje lekarzowi ograniczone prawo wykonywania zawodu lekarza (art. 5 ust. 4 ust. zaw. lek.), aby w tym czasie mógł on wykonywać swój zawód, aczkolwiek po nadzorem lekarza. Oznacza to, że ust. zaw. lek. uzależnia przyznanie ograniczonego prawa wykonywania zawodu od odbywania stażu. Najpierw uzyskuje się prawo do stażu, który następnie uprawnia do przyznania ograniczonego prawa wykonywania zawodu. Poprzednie rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 24 maja 1999 r. w sprawie stażu podyplomowego lekarza, lekarza stomatologa⁴ zawierało inną regulację w tej mierze. W pierwszej kolejności należało uzyskać ograniczone prawo wykonywania zawodu, a następnie był przyznawany staż. Z aprobatą co do takiego rozwiązania wypowiedziała się E. Zielińska⁵, która stwierdziła, iż bardziej celowe wydaje się wcześniejsze przeprowadzenie wobec kandydata postępowania w sprawie ustalenia ograniczonego prawa wykonywania zawodu, niż gdyby po rozpoczęciu stażu okazało się, że nie spełnia on warunków do jego nabycia.

Zawarcie umowy o staż poprzedzone jest sformalizowaną procedurą. W pierwszej kolejności osoba zainteresowana odbyciem stażu składa wniosek o staż podyplomowy, a więc składa ofertę zatrudnienia. Następny etap postępowania można nazwać swego rodzaju konkursem. Miano-

⁴Dz. U. Nr 54, poz. 571.

⁵E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 63.

wicie okręgowa rada lekarska kieruje lekarza na staż, uwzględniając w kolejności lekarzy, którzy posiadają stałe miejsce zamieszkania na obszarze działania okręgowej rady lekarskiej oraz ukończyli studia z kolejno najwyższą średnią ocen. Bierze pod uwagę także maksymalną liczbę lekarzy mogących jednocześnie odbywać staż w danym podmiocie (§ 3 ust. 1 rozporządzenia). W dalszej kolejności okręgowa rada lekarska w drodze uchwały, w porozumieniu z marszałkiem województwa, kieruje do odbycia stażu na obszarze swojego działania lekarzy, którym przyznała ograniczone prawo wykonywania zawodu i których wpisała na listę członków izby (art. 15 ust. 6a ust. zaw. lek.). Nie zmienia to jednak tego, że to podmiot uprawniony składa ofertę zatrudnienia w charakterze stażysty i z nim lekarz zawiera umowę o pracę.

3. Treść umowy o staż

1. Umowa o staż jest umową o pracę na czas określony, co wynika z brzmienia art. 15 ust. 3d ust. zaw. lek. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ust. zaw. lek. okres stażu nie może być krótszy niż 12 miesięcy, a więc ust. zaw. lek. wskazuje minimalny czas trwania umowy o staż. Natomiast rozporządzenie określa w § 2, iż staż trwa 13 miesięcy, a dla lekarza będącego żołnierzem w czynnej służbie wojskowej, pełniącego służbę w ZOZ-ie utworzonym przez Ministra Obrony Narodowej, trwa 12 miesięcy. Zatem w rozporządzeniu ustala się długość stażu w sposób sztywny, nie przewidując dowolności w tym zakresie. Oznacza to, że ustawodawca wskazał dwa różne okresy stażu, tj. 12 miesięcy i więcej lub tylko 13 miesięcy. Oba terminy zostaną zachowane tylko wtedy, jeżeli staż będzie trwał 13 miesięcy (w przypadku lekarza nie będącego żołnierzem). Ustalenie różnych długości stażu ujawnia pewnego rodzaju niespójność przepisów ust. o zaw. lek. i rozporządzenia. Wydaje się, iż zamiarem racjonalnego ustawodawcy nie byłoby stworzenie regulacji, w ramach której strony mogłyby ewentualnie decydować o długości stażu tylko w zakresie jednego miesiąca. Dlatego też należy przyjąć, iż ustawodawca postanowił w rozporządzeniu doprecyzować długość trwania stażu do 13 lub 12 miesięcy. Wynika to z tego, że szczególny cel i przeznaczenie

umowy o staż determinuje czas jej trwania, który powinien być precyzyjnie wskazany.

Z kolei według kodeksu pracy umowa o pracę zawarta na czas określony jest rodzajem umowy terminowej, charakteryzującej się kilkoma cechami. Po pierwsze, jest to umowa zawarta na z góry określony czas przez ustalenie go w sposób kalendarzowy lub wskazanie momentu dającego się oznaczyć w czasie jako zdarzenie, które powinno nastąpić w przyszłości. Po drugie, strony w zasadzie dowolnie określają długość trwania umowy na czas określony, zależnie od okresowego charakteru pracy czy przeznaczenia umowy. W przypadku umowy o staż określenie czasu jej trwania podlega dodatkowo pewnym normatywnym ograniczeniom.

Istotną regulacją jest to, że w niektórych sytuacjach umowa o staż może być przedłużona automatycznie ze względu na szczególne okoliczności. W myśl § 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia są nimi: niezdolność do pracy lekarza, trwająca łącznie przez okres dłuższy niż 21 dni (o której mowa w art. 92 § 1 k.p.); urlop macierzyński; powołanie lekarza po zakończeniu studiów do odbycia przeszkolenia wojskowego; przebywanie lekarza na urlopie wychowawczym, nie dłużej niż rok; przebywanie lekarza na urlopie bezpłatnym, nie dłużej niż przez 3 miesiące; niemożność zrealizowania elementów ramowego programu stażu z powodu ciąży w związku z zakazem wykonywania prac uznanych za szczególnie uciążliwe lub szkodliwe dla zdrowia. W wymienionych wypadkach czas stażu zostaje przedłużony na okres realizacji tej części ramowego programu stażu, która nie została zrealizowana. Rozporządzenie w tej mierze tworzy *numerus clausus* okoliczności, które uzasadniają przedłużenie czasu trwania umowy o staż. Należy dostrzec, że k.p. nie przewiduje tego rodzaju regulacji i nie określa okoliczności, które wiązałyby się z przedłużaniem umowy zawartej na czas określony, gdyż ulega ona rozwiązaniu z momentem upływu terminu, na który została zawarta. Zatem co do zasady nie występuje tutaj przedłużanie umów o pracę zawartych na czas określony. Wyjątkiem jest sytuacja wynikająca z ochrony kobiet w ciąży, polegająca na tym, że umowa zawarta na czas określony ulega przedłużeniu do dnia porodu (art. 177 § 1 w związku z § 3 k.p.). Należy przyjąć, iż taka okoliczność powinna wpływać także na przedłużenie umowy o staż. Natomiast pozostałe okoliczności, jak na przykład nieobecność w pracy z powodu choroby, nie wpływają na długość trwania

umowy o pracę zawartej na czas określony. W przypadku umów o staż owe przedłużenie jest szczególną regulacją i wynika z celu zawarcia umowy o staż, której przeznaczeniem jest zdobycie wiedzy i umiejętności z poszczególnych działów medycyny, według ustalonego ramowego programu stażu. Skrócenie trwania stażu z powodu wyżej wymienionych okoliczności mogłoby powodować niewystarczające przygotowanie zawodowe. Dlatego też możliwość przedłużenia umowy o staż w takich sytuacjach jest korzystna dla stażysty.

2. Kolejnym elementem umowy o staż jest określenie rodzaju pracy. Stażysta ma ściśle określony zakres czynności wykonywanych w ramach zatrudnienia. Artykuł 15 ust. 3b pkt 1-9 ust. zaw. lek. wymienia takie czynności jak przedmiotowe i podmiotowe badanie pacjenta czy udzielanie porad lekarskich po konsultacji z opiekunem. Stażysta nie jest z kolei uprawniony do wystawiania recept oraz wydawania opinii i orzeczeń lekarskich (ust. 3c). Obowiązki stażysty wynikają także z ramowego programu stażu (§ 9 rozporządzenia) oraz z pozostałych przepisów regulujących odbywanie stażu. Należy podkreślić, iż obowiązki i uprawnienia stażysty są określone w sposób ścisły i normatywny, dlatego też w zasadzie nie jest możliwe kształtowanie ich treści przez strony umowy o staż. Z inną regulacją tej kwestii mamy do czynienia w k.p., gdzie strony umowy o pracę określają dowolnie rodzaj pracy, który będzie przedmiotem wykonania umowy, przy czym w przypadku umowy na czas określony powinien być to rodzaj pracy uzasadniający czasowe jej wykonywanie. Wskazanie rodzaju pracy w umowie o pracę stanowi jej *essentialia negotii*. Przyjmuje się, że bez jego wskazania umowę o pracę należy uznać za nieważną⁶. Nie wystarczy też podanie jako rodzaju pracy ogólnie jakiegoś zawodu, a więc pożądane jest określenie jakie typy czynności składają się na umówioną pracę⁷, czyli sporządzenie zakresu czynności. Biorąc pod uwagę niniejsze rozważania należy przyjąć, iż nie czyni zadość obowiązkowi podania rodzaju pracy powołanie się w umowie o staż na art. 15 ust. 3b ust. zaw. lek., bez wymienienia w jej treści poszczególnych czynności składających się na pracę stażysty, a tym bardziej w ogóle brak odwołania się do ustawy. Takie sytuacje mogłyby być traktowane jako brak wskazania rodzaju pracy. Należy podkreślić, iż mimo istnienia re-

⁶ Por. L. Florek, T. Zieliński, *Prawo pracy*, Warszawa 2004, s. 68; U. Jackowiak, w: U. Jackowiak, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, *Prawo pracy*, Kraków 2003, s. 159.

⁷ T. Zieliński, w: L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 298.

gulacji ustawowej w zakresie czynności wykonywanych przez stażystę, istnieje obowiązek określania rodzaju pracy w umowie o staż.

3. Lekarz może odbywać staż w podmiotach położonych w różnych miejscowościach. Pojawia się więc pytanie o ustalenie jego miejsca pracy, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia obowiązków związanych z zapewnieniem warunków do realizacji stażu. Skierowanie lekarza przez podmiot uprawniony do odbycia stażu poza miejscowością, w której jest zatrudniony, traktowane jest na warunkach podróży służbowej (§ 5 ust. 3 rozporządzenia). Stażyście przysługują więc należności na pokrycie kosztów związanych z takim oddelegowaniem na zasadach określonych w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r.⁸. Nadmienię, iż to skierowanie następuje na podstawie zawieranych umów między np. ZOZ-ami w celu zrealizowania części ramowego programu (§ 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia). Taka sytuacja nie oznacza, że następuje zmiana po stronie pracodawcy, ale mamy tu do czynienia ze zmianą miejsca pracy. Stażysta zawiera tylko jedną umowę o staż z podmiotem uprawnionym do organizowania stażu podyplomowego, natomiast nie zawiera on umów z poszczególnymi podmiotami do których został skierowany na odbycie stażu częściowego. Do takiego wniosku prowadzi również analiza poszczególnych przepisów, które w odniesieniu do stażystów używają pojęcia „umowa o pracę” w liczbie pojedynczej. Jest to korzystne rozwiązanie dla stażysty, gdyż nie musi starać się za każdym razem o miejsce na zrealizowanie pozostałej części stażu.

Określenie miejsca pracy, czyli jednostki przestrzeni w której pracownik stale rozpoczyna i kończy pracę, jest z kolei koniecznym elementem umowy o pracę. Nie musi nim być siedziba pracodawcy. Od miejsca pracy można odróżnić też miejsce wypełniania obowiązków pracowniczych, czyli wykonywanie poszczególnych czynności składających się na dany rodzaj pracy (np. delegacje służbowe). Podczas podróży służbowych nie zmienia się miejsce pracy pracownika określone w umowie, bowiem pracownik w innych miejscowościach wykonuje tylko zlecone czynności i tylko w tym czasie jego miejscem pracy jest teren instytucji, w której wykonuje czynności zlecone⁹. Dlatego też w przy-

⁸ Rozporządzenie w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej poza granicami kraju, Dz.U. Nr 236, poz. 1991.

⁹ T. Zieliński, w: L. Florek, *Kodeks pracy...*, s. 299-300.

padku umowy o staż pożądane byłoby także określenie rodzaju miejsca pracy, czyli adresu podmiotu, z którym lekarz zawarł umowę o staż.

4. W umowie o staż powinno być także wskazane wynagrodzenie za pracę. Jego wysokość jest określona w sposób sztywny, gdyż stanowi konkretną kwotę wynikającą z przepisów. Minister Zdrowia, po zasięgnięciu opinii Naczelnej Rady Lekarskiej, określa w drodze rozporządzenia wysokość wynagrodzenia stażysty (art. 15 ust. 5 pkt 7 ust. zaw. lek.). Lekarz w okresie stażu otrzymuje zasadnicze wynagrodzenie w kwocie 1 403 zł brutto (§ 5 ust. 4 rozporządzenia). Przepisy nie przewidują żadnej zmiany jego wysokości przez strony umowy, ani dodatkowych składników wynagrodzenia za pracę.

5. W umowie o staż powinien być także określony wymiar czasu pracy stażysty. Ust. zaw. lek. nie zawiera postanowień w tym zakresie, dopiero w § 10 rozporządzenia stwierdza się, iż czas pracy lekarza odbywającego staż w indywidualnej praktyce lekarskiej lub indywidualnej specjalistycznej praktyce lekarskiej odpowiada czasowi pracy lekarza zatrudnionego w zakładzie opieki zdrowotnej. W związku z tym przy określeniu wymiaru czasu pracy stażysty należy odwołać się do ustawy o ZOZ. Czas pracy pracowników, w tym stażystów zatrudnionych w zakładzie opieki zdrowotnej, nie może przekraczać 7 godzin i 35 minut na dobę i przeciętnie 40 godzin na tydzień w przyjętym okresie rozliczeniowym (art. 32g ust. 1 ustawy o ZOZ). Wyjątki od tak ustalonych norm określa ustawa o ZOZ. Zatem gdy jest to uzasadnione rodzajem pracy lub jej organizacją, mogą być stosowane rozkłady czasu pracy, w których dopuszczalne jest przedłużenie wymiaru czasu pracy do 12 godzin na dobę. W tych rozkładach czas pracy nie może przekraczać przeciętnie 40 godzin na tydzień w przyjętym okresie rozliczeniowym (art. 32 i ustawy o ZOZ). Także w tym zakresie nieuniknione jest odpowiednie stosowanie przepisów k.p. dotyczących regulacji czasu pracy, jak pojęcia nieprzerwanego odpoczynku czy przerwy w pracy.

6. Termin rozpoczęcia pracy na podstawie umowy o staż jest określony normatywnie, gdyż staż rozpoczyna się corocznie w dniach 1 października i 1 marca (§ 2 ust. 3 rozporządzenia). Inną regulację w tej mierze zawiera k.p., bowiem określenie terminu rozpoczęcia pracy, z którym wiąże się moment nawiązania stosunku pracy, należy do obu stron. W razie nieustalenia terminu rozpoczęcia pracy w umowie o pracę

przyjmuje się, że stosunek pracy nawiązuje się w dniu zawarcia umowy (art. 26 k.p.). Określenie terminu rozpoczęcia pracy jest istotne, bowiem z tą chwilą powstają prawa i obowiązki pracownika i pracodawcy.

4. Rozwiązanie umowy o staż

Istotą zawierania umów o pracę na czas określony na gruncie k.p. jest to, że trwają one do końca okresu, na który zostały zawarte i taką regułą należy przyjąć w stosunku do umów o staż. Umowa o staż może być jednak rozwiązana wcześniej w razie ogłoszenia upadłości bądź likwidacji pracodawcy (§ 3 ust. 6 rozporządzenia). Innych okoliczności rozwiązania umowy o staż właściwe przepisy nie przewidują, jak i nie odwołują się w tym zakresie do k.p. Pojawia się więc pytanie, czy można przyjąć, iż skoro ustawodawca określił, że przyczyną wypowiedzenia umowy o staż jest likwidacja lub upadłość, to może chciał, aby do jej rozwiązania nie doszło w drodze innych okoliczności. Wydaje się jednak, że jest to podejście nieuzasadnione, dlatego że możliwość rozwiązania umowy o pracę wiąże się także z realizacją zasady wolności pracy, z której wynika, iż strony umowy nie mogą być zmuszone do pozostawania w stosunku pracy. W związku z tym, że umowa o staż jest umową na czas określony, zasadne jest przyjęcie – w drodze analogii – także pozostałych sposobów rozwiązania umowy o pracę na czas określony z k.p. Kolejnym więc sposobem rozwiązania umowy o staż jest porozumienie stron w tym zakresie (art. 30 k.p.). Mogą wystąpić także okoliczności uzasadniające rozwiązanie umowy o pracę w trybie dyscyplinarnym. Dlatego też należy przyjąć, iż możliwe jest także rozwiązanie umowy o staż bez wypowiedzenia z winy pracownika (np. z powodu ciężkiego naruszenia obowiązków pracowniczych, art. 52 § 1 pkt 1 k.p.) albo z przyczyn niezawinionych przez stażystę (np. niezdolność do pracy z powodu długotrwałej choroby, art. 53 k.p.). Dopuszczalne jest rozwiązanie umowy o staż bez wypowiedzenia przez stażystę z winy pracodawcy, jeżeli dopuścił się wobec stażysty ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków (art. 55 ust. 1 k.p.). W obu przypadkach oświadczenie o rozwiązaniu bez wypowiedzenia powinno zawierać przyczynę.

Jeżeli chodzi o dopuszczalność wypowiedzenia umowy o staż w trybie art. 33 k.p., to należy przyjąć, iż w umowie o staż postanowienie o wcześniejszym wypowiedzeniu umowy raczej nie powinno być zawarte z uwagi na szczególne jej przeznaczenie. Aczkolwiek z punktu widzenia przepisów k.p. taka klauzula byłaby dopuszczalna także w umowie o staż. W przypadku wcześniejszego wypowiedzenia umowy nie ma konieczności podania przyczyny wypowiedzenia ani przeprowadzenia konsultacji związkowej.

5. Wnioski

Analiza porównawcza dwóch rodzajów umów o pracę, czyli umowy o staż oraz umowy o pracę na czas określony prowadzi do kilku wniosków. Mimo że brak jest wyrażonej *expressis verbis* takiej regulacji, która pozwalałaby na odpowiednie stosowanie przepisów w zakresie umowy o pracę na czas określony do umowy o staż, to należy przyjąć, iż jest to możliwe, ale tylko w sprawach nieuregulowanych dla umowy o staż. Wynika to przede wszystkim z tego, iż przez zawarcie umowy o staż między lekarzem stażystą a podmiotem uprawnionym powstaje taka więź prawna, która jest charakterystyczna dla stosunku pracy. Dlatego też należy przyjąć, iż zawarcie umowy o staż powoduje powstanie umownego stosunku pracy. Charakteryzuje się on następującymi cechami: 1) zobowiązaniem pracownika do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, 2) podporządkowaniem wyrażającym się pracą pod kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, 3) zobowiązaniem pracodawcy do zatrudnienia za wynagrodzeniem (art. 22 § 1 k.p.). W doktrynie prawa pracy wyróżnia się także inne cechy właściwe stosunkowi pracy, a w szczególności osobiste wykonywanie pracy (praca nie może być wykonywana za pośrednictwem innej osoby) oraz ryzyko związane z ponoszeniem konsekwencji świadczenia pracy, np. przyczyny techniczne (awaria urządzenia), socjalne (choroba pracownika), gospodarcze (pogorszenie sytuacji finansowej). Zobowiązanie jest dobrowolne i polega na tym, iż strony muszą wyrazić zgodne oświadczenie woli co do nawiązania stosunku pracy (art. 11

k.p.). Powstanie stosunku pracy rodzi dwustronne zobowiązanie, gdyż obie strony występują w roli uprawnionego i zobowiązanego. Wymienione elementy właściwe stosunkowi pracy charakteryzują także więź prawną między stażystą a podmiotem uprawnionym.

Przedstawione uwagi prowadzą do wniosku, iż umowa o staż charakteryzuje się wieloma odrębnościami w stosunku do regulacji umów o pracę w k.p. Cechy właściwe tylko umowie o staż to: 1) tryb zawierania umowy, który jest zdeterminowany określoną procedurą, w której uczestniczy trzeci podmiot, jakim jest okręgowa rada lekarska; 2) określenie czasu trwania umowy o staż; 3) wydłużenie czasu trwania umowy z powodu przyczyn leżących po stronie stażysty, w celu realizacji całego ramowego programu stażu; 4) ściśle określenie rodzaju czynności w ramach wykonywanej pracy; 5) ustalone w sposób sztywny wynagrodzenie za pracę, które nie wiadomo czy w każdym przypadku jest adekwatne do nakładu pracy; 6) odrębna i ściśle ustalona regulacja wymiaru czasu pracy; 7) sztywno określony termin rozpoczęcia pracy.

Wymienione liczne ograniczenia w umowie o staż wykluczają w zasadzie kształtowanie jej treści według woli obu stron, gdyż jej postanowienia są ustalane w sposób normatywny. Umowa o staż charakteryzuje się więc szczególnymi cechami, a to z uwagi na ściśle określony cel jej zawarcia, jakim jest praktyczna nauka zawodu lekarza oraz pogłębienie wiedzy teoretycznej. Dlatego też szczególna funkcja jaką spełnia determinuje także sposób zawarcia umowy o pracę.

Z kolei elementami wspólnymi dla umowy o staż oraz umowy o pracę zawartej na czas określony jest czasowy charakter pracy, który jest przedmiotem obu umów, który ogranicza czas trwania umów przez określenie ich terminu końcowego. Wobec tego czas trwania obu umów jest z góry sprecyzowany. Ponadto, jak wynika z analizy omawianych aktów prawnych, treść umowy o staż powinna określać takie same elementy, jakie zawiera umowa o pracę, o których mowa w art. 29 k.p., czyli te, które zostały przedstawione w opracowaniu. Poza tym podobieństw obu rodzajów umów o pracę należy szukać wówczas, gdy do umowy o staż odpowiednio stosuje się przepisy k.p.

Konkludując, należy stwierdzić, że umowa o staż spełnia dwie najważniejsze cechy umowy o pracę zawartej na czas określony. Są to okresowy charakter pracy oraz ściśle określony czas jej trwania. Umowę o

staż należy traktować jako szczególny rodzaj umowy o pracę na czas określony, gdyż jest ona najbardziej do niej podobna spośród pozostałych terminowych umów o pracę. Decyduje o tym przeznaczenie zawartej umowy o staż, której celem jest okresowe świadczenie pracy, a nie zastępstwo pracownika, czy wykonanie określonego rodzaju pracy. W związku z tym do umowy o staż można odpowiednio stosować przepisy regulujące umowę o pracę na czas określony z k.p. Wydaje się to konieczne z uwagi na niewystarczające uregulowanie niektórych istotnych zagadnień umowy o staż. Przykładem są sposoby rozwiązania tej umowy.

O R Z E C Z N I C T W O

Mirosław Nesterowicz

**Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie, I Wydział Cywilny
z dnia 21. lutego 2006 r., IA Ca 69/06**

Wadliwe i nieprawidłowe postępowanie lekarzy w ocenie stanu płodu i opóźnienie porodu, co spowodowało niedotlenienie dziecka, skutkujące ciężkim kalectwem i nieuleczalną chorobą, jest błędem w sztuce lekarskiej.

Z u z a s a d n i e n i a

Wyrokiem z dnia 30 VI 2005 r. Sąd Okręgowy w Lublinie:

1) zasądził od pozwanego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w B. na rzecz powódki Pauliny K. tytułem odszkodowania kwotę 59 253,88 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24 IV 2004 r. do dnia zapłaty, tytułem zadośćuczynienia kwotę 250 000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 25 V 2005 r. do dnia zapłaty oraz rentę w kwocie 1 130 zł płatną miesięcznie z góry do dnia 15 każdego miesiąca począwszy od miesiąca kwietnia 2004 r. z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w płatności;

2) ustalił, że pozwany ponosić będzie odpowiedzialność za dalsze szkody mogące powstać w przyszłości u powódki na skutek nieprawidłowo przeprowadzonej akcji porodowej; (...).

Podstawą powyższego rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne i prawne.

Matka powódki Agnieszka K. w dniu 23 maja 1998 r. zgłosiła się będąc w 39 tygodniu ciąży do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistyczne-

go w B. Lekarz zdecydował o pozostawieniu jej w szpitalu z uwagi na zbliżający się poród. Cięża pacjentki przebiegała bez większych komplikacji. (...).

W godzinach popołudniowych w dniu 23 maja 1998 r., a następnie w nocy z 23 maja na 24 maja 1998 r. u położnicy kilkakrotnie wykonano zapis KTG. Wyniki tych zapisów każdorazowo były nieprawidłowe i świadczyły o dyskomforcie płodu. W analizie występuje tachykardia, oscylacja i deceleracje. Pomimo tego nie podjęto skutecznych działań, a w szczególności nie podjęto decyzji o skutecznym przyspieszeniu porodu.

Matce powódki podawano natomiast na przemian leki indukujące poród oraz działające przeciwnie leki rozkurczowe, które opóźniały poród. Dopiero następnego dnia rano ciężarną przewieziono na salę porodową.

Postępowanie lekarzy po przyjęciu Agnieszki K. do szpitala było wadliwe i nieprawidłowości te można określić jako błąd w sztuce lekarskiej. Błędnie oceniono stan płodu. Od początku przyjęcia do szpitala zapisy KTG były nieprawidłowe i świadczyły o dyskomforcie płodu. Nie wiadomo jednak, kiedy rozpoczął się ten dyskomfort. Podawane matce powódki w czasie porodu leki były dobrane niewłaściwie i najprawdopodobniej opóźniały poród. Oczywistych wskazań do cesarskiego cięcia nie było, ale należało skutecznie przyspieszyć rozwiązanie. Prowadzenie porodu siłami natury było przy ich istniejącym nieprawidłowym zapisie KTG możliwe jedynie przy ciągłym kontrolowaniu zapisu KTG. Nie była wystarczająca i prawidłowa reakcja personelu medycznego na sygnały o dyskomforcie płodu. Wcześniejsze wydobycie dziecka zmniejszałyby objawy niedotlenienia. Tym samym, jeżeli byłaby konieczna rehabilitacja, to szanse na jej skuteczność byłyby większe. Co prawda już pierwszy zapis KTG w szpitalu może świadczyć o istniejącym od pewnego czasu dyskomforcie, to jednak czas trwania niedotlenienia i jego stopień mają istotne znaczenie dla stopnia uszkodzenia dziecka. Ciężarną należało rozwiązać w pierwszych godzinach po przyjęciu do szpitala. Należało dokonać próby indukcji porodu i w braku efektu lub pogorszenia się zapisu KTG wykonać cesarskie cięcie jeszcze wieczorem w dniu 23 maja.

Rozstrój zdrowia powódki jest bezpośrednim następstwem nieprawidłowo przeprowadzonej akcji porodowej.

Obecny stan, w jakim znajduje się dziecko, nie jest w żadnym stopniu związany z jakimikolwiek wadami genetycznymi.

Rehabilitację powódka zaczęła miesiąc po urodzeniu, jeszcze przebywając w Klinice Pediatrii i Endokrynologii Akademii Medycznej w Warszawie. Lekarze uspokajali matkę powódki, mówiąc, iż początkowo dziecko może rozwijać się z opóźnieniem, jednak na skutek systematycznej rehabilitacji różnice te z czasem wyrównają się. Następnie dziecko rozpoczęło rehabilitować w Instytucie „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka”, gdzie potwierdzono zmiany poniedotleniowe. Ponadto rehabilitowane było w domu, przez kilka godzin dziennie ćwiczenia wykonywała z nim matka. (...).

Dziewczynka cierpi na mózgowie porażenie dziecięce, wodogłowie, mimo intensywnej rehabilitacji w wieku 7 lat nie siedzi, nie chodzi, nie staje na nóżki, nie rusza rączkami ani nogami. Ma trudności z wypróżnianiem się, z przełykaniem. Nie mówi. Powódka cierpi na padaczkę. Ma małopłowie (dziecku nie rośnie główka, powiększa się natomiast buzia). Do ukończenia czterech lat życia nie spała w nocy, bardzo płakała. Powódka cierpi również na astygmatyzm. Ma przykurcze rąk, nie bierze do rączek. Ma również przykurcze nóg, które są sztywne. Wystąpiło również skrzywienie kręgosłupa, jest leczona ortopedycznie. Wymaga stałej opieki osób trzecich i pielęgnacji. Zaliczona została do osób niepełnosprawnych. Powódką zajmuje się matka. (...).

Łączne wydatki związane z rehabilitacją i leczeniem powódki wyniosły 47 493,88 zł. Na dojazdy do ośrodków hipoterapii i terapii zajęciowej oraz na rehabilitację i leczenie wydatkowana została kwota 11 760 zł. (...).

W rozpatrywanej sprawie bez wątplenia można przypisać winę personelowi lekarskiemu zajmującemu się matką powódki przed, jak również w czasie porodu. Jak wskazał biegły istniały bezwzględne wskazania medyczne do jak najszybszego rozwiązania ciąży. Postępowanie lekarzy było nieostrożne i niedbałe. Następstwem tego postępowania było niedotlenienie powódki, porażenie mózgowie, padaczka oraz wodogłowie.

Odnosząc się do podniesionego przez pozwanego zarzutu przedawnienia Sąd Okręgowy uznał, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Kwestie przedawnienia roszczeń z tytułu czynów niedozwolonych reguluje przepis art. 442 k.c. (...).

Ustalenia wymaga data, od której należy liczyć bieg terminu przedawnienia. Przyjmując nawet, że przedstawiciele ustawowi powódki dowiedzieli się o szkodzie i o osobie zobowiązanej do jej naprawienia zaraz po jej urodzeniu, bo dziecko przyszło na świat w stanie zamartwicy, uwzględnienie zarzutu przedawnienia byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nadto zaniechanie rodziców nie może obciążać małoletniej. Należy też mieć na uwadze, że rodzice nie byli świadomi jak będzie postępował rozwój dziecka. Lekarze zalecili rehabilitację, która miała przynieść poprawę stanu dziecka. Nie sposób bowiem jednoznacznie wskazać u noworodka, czy też niemowlaka, jaki będzie w przyszłości stopień kalectwa oraz na ile kalectwo to jest nieodwracalne.

W orzeczeniu z dnia 16 kwietnia 1999 r., II UKN 579/98 (PiZS nr 10, poz. 40) Sąd Najwyższy uznał, iż datę, od której rozpoczyna się bieg przedawnienia, stanowi data, kiedy poszkodowany w oparciu o miarodajne i autorytatywne orzeczenie kompetentnej placówki medycznej dowiaduje się o swojej chorobie, jej stopniu zaawansowania, (...) oraz o osobie zobowiązanej do naprawienia szkody.

Zważywszy powyższe Sąd I instancji zarzutu przedawnienia nie uwzględnił z uwagi na zasady współżycia społecznego. (...).

Uznać należy, iż schorzenia, na jakie cierpi powódka wymagają stałego przyjmowania leków, długotrwałej, kosztownej rehabilitacji, hipoterapii, hydroterapii. Powódka wymaga również używanie pieluch jednorazowych oraz stałej opieki i pielęgnacji. Koszty te Sąd ustalił na kwotę 1 130 zł miesięcznie. Świadczeń tych nie zapewnia Narodowy Fundusz Zdrowia. Świadczenia te są jednak niezbędne dla powódki z uwagi na stan jej zdrowia. Art. 322 k.p.c. daje podstawę do zasądzenia kwoty odpowiedniej opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy.

Zgodnie z art. 445 § 1 k.c. w wypadkach przewidzianych w art. 444 k.c. Sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę.

Rozmiar krzywdy, jakiej doznała małoletnia powódka, jest ogromny. Dziecięce porażenie mózgowe powoduje, iż jest dzieckiem niepełnosprawnym w stopniu ciężkim, wymagającym stałej opieki osób trzecich, nie siedzi, nie chodzi, nie mówi. Aktualnie nie ma widoków na poprawę stanu jej zdrowia i uzyskanie samodzielności. Codzienna egzystencja powódki wiąże się z licznymi cierpieniami, powódka dużo

płacze, nie może spać w nocy, ma trudności z przyjmowaniem pokarmów, wypróżnianiem, ma problemy okulistyczne, ortopedyczne, cierpi na padaczkę i małogłowie. Powódka poddawana jest codziennie licznym, żmudnym zabiegom rehabilitacyjnym.

Rokowania na przyszłość nie są pomyślne. Powyższe okoliczności wskazują, iż kwota zadośćuczynienia w wysokości 250 000 zł nie jest kwotą wygórowaną, zważywszy na rozmiar cierpień, okres ich trwania (całe życie) oraz zakres kalectwa. (...).

Z uwagi na fakt, iż obecnie powódka jest dzieckiem zaledwie 7-letnim, trudno jest rokować odnośnie stanu jej zdrowia w przyszłości. Nie można wykluczyć, iż stan ten ulegnie pogorszeniu, co wiązać się będzie z dodatkowymi potrzebami i kosztami. Dlatego Sąd uznał, iż żądanie ustalenia odpowiedzialności na przyszłość zasługuje na uwzględnienie.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wniósł pozwany Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w B. (...).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie jest uzasadniona, gdyż sąd odwoławczy nie podziela żadnego z zarzutów w niej podniesionych. (...).

W ocenie Sądu Apelacyjnego bieg terminu przedawnienia roszczeń określony w art. 442 k.c. nie upłynął jeszcze w chwili wniesienia pozwu. (...).

Okoliczności sprawy wskazują, że początkowo rodzice dziewczynki w żaden sposób nie łączyli jej stanu zdrowia z jakimikolwiek zarzutami w stosunku do personelu pozwanego szpitala. Nie upatrywali więc w pozwanym osoby obowiązanej do naprawienia szkody, gdyż nie mieli jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że ponosi on winę za szkodę, jaką doznała małaletnia powódka.

Tęgo rodzaju twierdzenia wynikają wprost z wyjaśnień i zeznań A.K. Otóż dopiero po około 4 latach, kiedy stan dziewczynki, mimo rehabilitacji, nie poprawił się, zwrócili się do pozwanego szpitala o wydanie dokumentacji lekarskiej i w oparciu o nią zwrócili się o wydanie opinii przez dr A. L.S. w zakresie oceny postępowania medycznego wobec matki powódki podczas porodu. Opinię tę uzyskali w październiku 2003 r. i dopiero z niej dowiedzieli się o wadliwości, zaniedbaniach i błędach w postępowaniu lekarskim podczas porodu małaletniej.

Ta zatem data miarodajna jest dla przyjęcia, w jakim momencie uzyskali świadomość co do osoby zobowiązanej do naprawienia szkody. (...).

Niezależnie od poczynionych wyżej uwag przy założeniu ich bezpodstawności, zwrócić należy uwagę na dyspozycję art. 442 § 2 k.c. Przewiduje on 10-letni okres przedawnienia roszczeń z czynów niedozwolonych w przypadku, gdy szkoda wynika ze zbrodni lub występku (w rozumieniu przepisów kodeksu karnego). Poza sporem jest, że postępowanie karne nie doprowadziło do ustalenia sprawcy przestępstwa.

Dla istnienia faktu zbrodni lub występku jako przyczyny szkody, nie jest konieczne uprzednie skazanie sprawcy. Sąd cywilny uprawniony jest w tym względzie dokonać własnych ustaleń dotyczących podmiotowych i przedmiotowych znamion przestępstwa. Imienne wskazanie sprawcy nie jest konieczne. Wystarczy ustalenie, że sprawcą jest organ zakładu pracy albo którykolwiek z jego pracowników bądź osoba, za której postępowanie zakład pracy jest odpowiedzialny w myśl art. 429 i 430 k.c. (por. uchwała SN z 21 XI 1967 r., III PZP 34/67, OSNCP 1968, z. 6, poz. 94). (...).

Niewystarczająca i nieprawidłowa reakcja personelu pozwanego szpitala doprowadziła do powstania u małoletniej powódki ciężkiego kalectwa i nieuleczalnej choroby w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.k., przy czym działanie sprawcy (personelu) pozwanego miało charakter nieumyślny, gdyż wobec niezachowania należytej ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, doprowadziło do powstania opisanych wyżej skutków w sytuacji, gdy sprawca mógł i powinien przewidzieć następstwa takiego działania (art. 9 § 2 k.k.).

Ostatecznie zatem uprawnia to do przyjęcia zaistnienia nieumyślnego występkę określonego w art. 156 § 2 k.k. To z kolei uzasadnia przyjęcie 10-letniego terminu przedawnienia, liczonego od dnia powstania szkody (urodzenia dziecka), to jest dnia 24 V 1998 r. Również i w takim przypadku pozew został wniesiony przed upływem okresu przedawnienia.

Ostatecznie zgodzić się należy ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, iż w przypadku przyjęcia, że przedawnienie roszczeń dochodzonych pozewem istotnie nastąpiło, to uwzględnienie zarzutu przedawnienia pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego (art. 5 k.c.). (...).

Ostatecznie nieuprawnione są zarzuty zasądzenia zadośćuczynienia w nadmiernej kwocie. Przytoczone przez Sąd I instancji argumenty dla uzasadnienia wysokości zadośćuczynienia są słuszne i zasługują na akceptację. Zasądzona z tego tytułu kwota 250 000 zł jest odpowiednia biorąc pod uwagę rozmiar cierpień, ich intensywność, nieodwracalność następstw oraz wiek pokrzywdzonej i pozwole jej przynajmniej złagodzić odczucie krzywdy. (...).

Konkludując okoliczności po stronie powódki, także jak jej młody wiek, pozbawienie szans na zwykły rozwój i życie, nieodwracalność następstw zdarzenia i brak szans na istotną poprawę jej stanu zdrowia oraz skazanie na stałą pomoc i opiekę innych osób przeważać muszą nad argumentami pozwanego odnoszącymi się do jego kondycji finansowej.

Z tych też wszystkich względów i na zasadzie art. 385 k.p.c. apelacja pozwanego jako pozbawiona uzasadnionych podstaw została oddalona.

G L O S A

1. Rośnie, niestety, w ostatnich latach na wokandach sądowych liczba spraw, w których poszkodowanym jest dziecko na skutek wadliwego porodu. Szkody są zwykle bardzo poważne. Świadczy to najczęściej o braku wiedzy i kompetencji lekarzy albo o braku należytej staranności, troski i uwagi poświęconej rodzącej, a czasami o nienależytej organizacji oddziału położniczo-ginekologicznego. W wyroku z 10 I 2002 r. (I ACa 576/01, OSP 2/2003, poz. 23, z glosą M. Nesterowicza) Sąd Apelacyjny w Lublinie orzekł, że błędem w sztuce lekarskiej jest kontynuowanie porodu siłami natury mimo istniejących od pewnego momentu bezwzględnych wskazań do dokonania zabiegu cesarskiego cięcia. W tej sprawie SA uznał, że „kontynuowano poród siłami natury w sytuacji, gdy z uwagi na wyniki badań KTG, dla każdego posiadającego podstawowe przygotowanie fachowe było oczywiste, że dziecko – mimo powszechnie stosowanej możliwości zapobieżenia temu – urodzi się martwe bądź kalekie. Akceptowano także wynikające z tej sytuacji zagrożenie życia i zdrowia matki małoletniego”. Obecna sprawa jest podobna. Popelniono szereg nieprawidłowości i błędów. Pomimo dyskom-

fortu płodu, co wyraźnie wynikało z kilkakrotnych zapisów KTG, nie podjęto skutecznych działań, a zwłaszcza przyspieszenia rozwiązania, nie wyłączając cesarskiego cięcia, co zmniejszyłoby objawy niedotlenienia dziecka. Postępowanie lekarzy można ocenić jako błąd sztuki lekarskiej, czyli zachowanie sprzeczne z zasadami wiedzy medycznej. Orzecznictwo polskie opiera się na obiektywnej teorii błędu. Już w wyroku z 1 IV 1955 r. (IV CR 39/54, OSN 1/1957, poz. 7) Sąd Najwyższy orzekł, że: „Błędem w sztuce lekarskiej jest czynność (zaniechanie) lekarza w zakresie diagnozy i terapii, niezgodna z nauką medycyny w zakresie dla lekarza dostępnym”. Oczywiście zawsze występowały trudności w pełnej obiektywizacji błędu lekarskiego zarówno ze względu na rozwój nauk medycznych, coraz nowocześniejszej aparatury i diagnostyki medycznej, a z drugiej strony wskazany w orzeczeniu element subiektywny – „w zakresie dla lekarza dostępnym”¹. Można jednak stwierdzić, że jakkolwiek wiedzy medycznej nie da się skodyfikować i lekarz musi mieć swobodę w zakresie wyboru środków i metod leczenia, to istnieją pewne standardy medyczne, poniżej których żaden lekarz nie powinien schodzić. Art. 6 KEL stanowi, że: „Lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Powinien jednak ograniczyć czynności medyczne do rzeczywiście potrzebnych choremu zgodnie z aktualnym stanem wiedzy”, a art. 56 ust. 1: „Powinnością każdego lekarza jest stałe uzupełnianie i doskonalenie swej wiedzy i umiejętności zawodowych...”.

W danej sprawie sądy nie miały wątpliwości, że postępowanie lekarzy było wadliwe, nieprawidłowe, że było błędem w sztuce lekarskiej. Błąd stanowi obiektywny element winy (bezprawność postępowania) i jeszcze nie przesądza o odpowiedzialności cywilnej, gdyż do tego potrzebne jest ustalenie subiektywnego elementu winy, niedołożenia należytej staranności (niedbalstwa) bądź winy umyślnej. Za sam błąd lekarski, „niezawiniony” lekarz nie ponosi odpowiedzialności². Można więc powiedzieć, że lekarz ma „prawo do błędu”, lecz nie ma „prawa do winy”. Sąd uznał tu, że „bez wątpienia można przypisać winę personelowi lekarskiemu zajmującemu się matką powódki przed, jak również w czasie porodu”. Oceniał postępowanie lekarzy jako nieostrożne i

¹ Zob. M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. II, Warszawa 1977, s. 108 i n.

² Por. M. Sośniak, *op.cit.*, s. 105; G. Mémeteau, *Cours de droit medical*, wyd. III, Bordeaux 2006, s. 425.

niedbałe, czego następstwem było ciężkie kalectwo powódki: niedotlenienie, porażenie mózgowe, padaczka oraz wodogłowie. Gdyby jednak wadliwe i nieprawidłowe postępowanie lekarzy wynikało z braku wiedzy i kompetencji, to należy postawić sobie pytanie, czy wynikły stąd błąd nie stanowi winy w znaczeniu subiektywnym? Myślę, że na pytanie to należy odpowiedzieć twierdząco. Sąd Najwyższy w wyroku z 13 X 2005 r. (IV CK 161/05, OSP 6/2006, poz. 71, z glosą M. Nesterowicza) powiedział w uzasadnieniu, że niedostateczna wiedza lekarza przesądza o jego winie co najmniej w stopniu niedbalstwa. Wskazując na obowiązek lekarza podnoszenia kwalifikacji zawodowych oraz śledzenia postępów nauki i techniki medycznej stwierdził, że: „Ignorancja w tym zakresie stanowi winę lekarza”.

B. Lewaszkiewicz-Petrykowska pisze, że: „... popełnienie tzw. błędu lekarskiego stawiać może pod znakiem zapytania kompetencje podmiotu, którego postępowanie oceniamy. Należy (...) zastanowić się nad rodzajem i charakterem tzw. błędu lekarskiego, o który w sprawie chodzi. Są bowiem i takie, które w sposób oczywisty świadczą o braku wiedzy, inaczej mówiąc same w sobie stanowią dowód oczywistej niekompetencji i same w sobie oznaczają winę”³.

Trzeba przy tym podkreślić, że błąd sztuki lekarskiej występuje rzadko, najczęściej zachodzi wina lekarza wynikająca z nieprzewodzenia należytych badań wstępnych i stąd mylnej diagnozy, wyboru wadliwej metody leczenia, braku należytej staranności, pozostawienia ciała obcego w polu operacyjnym, spóźnionego zabiegu, braku kwalifikacji lekarza itp. Dlatego w nauce i orzecznictwie francuskim rzadko mówi się o błędzie lekarskim, a z reguły o winie i różnych jej stopniach (wina lekka, ciężka, poważna, zwykła, charakterystyczna, itp.), dotyczącej diagnozy i terapii (techniki lekarskiej), obowiązków lekarskich czy winy możliwej do popełnienia przez każdego⁴.

Zwracają na to również uwagę wybitni przedstawiciele polskiej medycyny. Zdaniem prof. J. Bogusza „tylko w wyjątkowych wypadkach szkód lekarskich występuje jasna sytuacja, polegająca na pominięciu powszechnie przyjętych zasad nauki. Najczęściej chodzi o omyłki i uchybienia polegające na braku odpowiedniej staranności i dbałości. Dlate-

³ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu, PiM 1/1999, s. 124.

⁴ Por. G. Mémeteau, op.cit., s. 423 i n. ; M. Sośniak, op.cit., s. 145.

go też w przeważającej liczbie wypadków właściwsze wydaje się mówić o konkretnych rodzajach zaniedbania czy uchybieniach, gdyż nie są one bynajmniej identyczne z błędem sztuki lekarskiej⁵.

2. Wiele uwagi sądy poświęciły przedawnieniu roszczeń powódki. Pozwany szpital podnosił, że ponieważ szkoda została wyrządzona powodce w maju 1998 r., roszczenie to uległo już 3-letniemu przedawnieniu z art. 442 k.c. Sąd Apelacyjny przyjął, że zarzut przedawnienia musi zostać oddalony z dwóch podstaw prawnych, że postępowanie pozwanych lekarzy było nieumyślnym występkiem (art. 156 § 2 k.k.), co uzasadnia 10-letni termin przedawnienia, a także, gdyby uznać, że przedawnienie nastąpiło, to uwzględnienie zarzutu przedawnienia stanowiłoby nadużycie prawa (art. 5 k.c.).

Kontrowersyjna w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego kwestia przedawnienia roszczeń na osobie z tytułu czynów niedozwolonych⁶ została ostatecznie rozstrzygnięta przez ustawę z 16 II 2007 r. (Dz.U. Nr 80, poz. 538). Ustawa ta uchyla dotychczasowy art. 442 k.c. i wprowadza nowy art. 442¹ k.c. Artykuł ten przedłuża termin przedawnienia, jeżeli szkoda wynikła ze zbrodni lub występku do lat dwudziestu, a ponadto dodaje dwa nowe przepisy: § 3. W razie wyrządzenia szkody na osobie, przedawnienie nie może skończyć się wcześniej niż z upływem lat trzech od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i osobie obowiązanej do jej naprawienia; § 4. Przedawnienie roszczeń osoby małoletniej o naprawienie szkody na osobie nie może skończyć się wcześniej niż z upływem lat dwóch od uzyskania przez nią pełnoletności”.

Jest to w istocie wstrzymanie biegu przedawnienia mające cel ochronny osób poszkodowanych w razie szkody na osobie i osób małoletnich. Odpadnie przez to często podnoszony w „procesach lekarskich” zarzut przedawnienia.

3. Nieraz w „procesach lekarskich”, jak i w danej sprawie, pozwane szpitale podnoszą, że są w trudnej sytuacji finansowej, że mają długi, niewysokie ubezpieczenie OC i w związku z tym wnoszą, aby sąd to uwzględnił przy ustalaniu wysokości odszkodowania na rzecz powoda.

⁵ W referacie „Błąd sztuki lekarskiej - próba definicji”, wygłoszonym na posiedzeniu naukowym Krakowskiego Oddziału Polskiego Towarzystwa Lekarskiego dnia 27 III 1974 r. - podaję za M. Sośniakiem, op.cit., s. 139.

⁶ Por. Z. Strus, Przedawnienie roszczeń za szkody na osobie, PiM 3/2006, s. 57 i n.

Ten argument zawsze mnie dziwi i źle świadczy o prawnikach, reprezentujących szpitale. Przecież do tego nie ma żadnych podstaw prawnych. Byłoby to odstępstwo od zasady pełnego odszkodowania, która w tych procesach ma zastosowanie. Sąd ma wynagrodzić szkodę wyrządzoną powodowi, nie może natomiast brać pod uwagę sytuacji majątkowej pozwanego, jego dochodów i zobowiązań, wypłacalności itp. To może dopiero stwierdzić komornik na etapie egzekucji. Jediną podstawę miarkowania odszkodowania stanowi art. 440 k.c. i tylko pomiędzy osobami fizycznymi, stosowany zresztą bardzo rzadko i też nie wtedy, gdy zobowiązany jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej (orzecz. SN z 18 XII 1968 r., II CR 409/68, OSN 11/1969, poz. 207).

Stanisław M. Przyjemski

**G L O S A do postanowienia Sądu Najwyższego
z dnia 15 września 2005 r. (II KK 2/05)**

T e z a

Jest oczywiste, że padaczka jest wyłącznie dolegliwością neurologiczną i nie wymaga czynności medycznych lekarza psychiatry. Czym innym jest ewentualna potrzeba opieki ze strony psychologa. Skoro również oskarżony w swych wyjaśnieniach deklarował, że ostatni epizod padaczkowy miał miejsce kilka lat wcześniej, to brak było okoliczności, które stwarzałyby stan uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego w chwili czynu (art. 79 § 1 pkt 3 kpk) lub wątpliwości, co do częściowej albo pełnej nieprzytomności oskarżonego (z powodu padaczki), gdy podejmował decyzję o prowadzeniu samochodu w stanie nietrzeźwości i gdy tę decyzję realizował. Znaczne niedowidzenie tylko oka lewego i zez rozbieżny tego samego oka nie stanowi okoliczności utrudniającej oskarżonemu obronę w rozumieniu art. 79 § 2 kpk.

G l o s a

Wyrazem szczególnego znaczenia, jakie nasze obowiązujące prawo przywiązuje do zasady obrony, jest zawarcie tej zasady w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz w art. 6 k.p.k. Obydwa te przepisy o charakterze gwarancyjnym stanowią o aktywach procesowych oskarżonego w kategorii jego uprawnienia do czegoś dla niego korzystnego w toku procesu. Natomiast instytucja obrony niezbędnej (obligatoryjnej) będącej treścią art. 79 k.p.k., z której wynika, że oskarżony **musi** korzystać z pomocy obrońcy (choćby nawet oświadczył, że go się zrzeka) nakłada obowiązek zapewnienia w procesie tego profe-

sjonalnego organu reprezentującego interesy oskarżonego na organ państwowy, jakim jest sąd.

Pozornie *prima vista* jasna regulacja prawna zawarta w art. 79 k.p.k. okazuje się w praktyce ciągle jeszcze następczą trudności interpretacyjne. Dowodem na to jest choćby to, że na kanwie tego przepisu wydano już pod rządami k.p.k. z 1997r. prawie 70 orzeczeń tezewych – łącznie przez Sąd Najwyższy* i sądy apelacyjne¹.

Najwięcej wątpliwości, a także kontrowersji, budziła w praktyce zawsze okoliczność wymieniona w § 1 art. 79 k.p.k. Pierwszym zagadnieniem, które wyłania się w związku z tą podstawą obrony obligatoryjnej, jest ustalenie, kiedy można mówić o wątpliwościach co do poczytalności oskarżonego. Jak podnieśli Z. Gostyński i S. Zabłocki – w kwestii tej warto odnotować następującą generalizującą wypowiedź SN: *Potrzeba zbadania stanu psychicznego oskarżonego zachodzi wtedy, gdy oskarżony przebywał chorobę psychiczną lub uraz mózgu albo inną chorobę, która z reguły prowadzi do pewnych zmian w psychice, albo gdy postępowanie i zachowanie się oskarżonego odbiega w sensie ujemnym od rozwoju umysłowego, postępowania i zachowania się ludzi normalnych pod względem psychicznym* (wyr. SN z 12.06.1972 r., IV KR 26/72, LEX nr 21481). Wskazali też dalej, że pogląd ten został niemalże dosłownie powtórzony w paru późniejszych judykatach (a to w: wyr. SN z 10.05.1979 r., I KR 47/79, OSNPG 1979, nr 12, poz. 173; wyr. SN z 20.06.1986 r., III KR 154/86, OSNPG 1987, nr 4, poz. 50; wyr. S.A. w Poznaniu z 27.02.1992 r., II Akr 54/92, OSA 1992, nr 7 – 8, poz. 44)².

Teza sformułowana na wstępie niniejszej glosy też nie jest wolna od niejasności. Przypomnijmy okoliczności, na podstawie których doszło do jej sformułowania.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 12 października 2004 r. utrzymał w mocy wyrok Sądu Rejonowego z dnia 14 kwietnia 2004 r., którym Mieczysław P. skazany został za występki zakwalifikowany z art. 178a § 1 k.k., między innymi, na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności.

Od powyższego wyroku Sądu Okręgowego, kasację na korzyść skazanego wniósł jego obrońca, zarzucając: 1/ rażące naruszenie art. 439 §

* OSN PriP 2007/12/3

¹ System informacji prawnej Lex (Lex OMEGA)21/2006.

² (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki: Kodeks postępowania karnego, komentarz, tom I. Dom Wydawniczy ABC, 2003, wyd. II.

1 pkt 10 k.p.k. poprzez utrzymanie w mocy wyroku Sądu I instancji, który wydany został z obrazą art. 79 § 1 i 2 k.p.k. polegającą na tym, że pomimo wynikającego z ujawnionych na rozprawie okoliczności i obowiązku, nie wyznaczył oskarżonemu obrońcy z urzędu; 2/ rażące naruszenie prawa procesowego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie: – art. 193 k.p.k., art. 194 k.p.k. oraz art. 200 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. przez zaniechanie obowiązku szczegółowego zbadania i wyjaśnienia wszystkich kwestii związanych z ustaleniem stopnia ograniczenia zdolności widzenia skazanego i zaniechanie wydania w tym zakresie stosownego postanowienia w trybie art. 194 k.p.k. celem uzyskania właściwej opinii biegłego okulisty, spełniającej wymogi art. 200 k.p.k., a dopiero uzyskanie takiej opinii mogło uprawniać Sąd Okręgowy do jednoznacznej oceny, czy w stosunku do skazanego występowała obligatoryjna obrona przed sądem I instancji; – art. 202 k.p.k. w zw. z art. 366 § 1 k.p.k. przez zaniechanie obowiązku szczegółowego zbadania i wyjaśnienia wszystkich kwestii, a przede wszystkim zaniechanie dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii w trybie art. 202 § 1 k.p.k. oraz przejście do porządku nad tym, iż sąd I instancji nie zainteresował się ani nie potwierdził samego faktu leczenia, ani też nie sprawdził istnienia jakiegokolwiek dokumentacji medycznej obrazującej przebieg leczenia, czy też stosowane środki terapeutyczne, a dopiero zebranie tych informacji mogło ewentualnie doprowadzić do powstania wątpliwości, o jakich mowa w przepisie art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. i zobligować sąd do podjęcia działań przewidzianych w procedurze. W związku z taką sytuacją, wniósł o uchylenie wyroków sądów obu instancji i przekazanie sprawy sądowi rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy w Izbie Karnej, na rozprawie w dniu 15 września 2005 r., po rozpoznaniu wymienionego nadzwyczajnego środka zaskarżenia – uznając zawarte w nim zarzuty za nietrafne – kasację oddalił.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie Sąd Najwyższy wskazał nietrafność zarzutów, jakoby sądy, odwoławczy i pierwszej instancji, dopuściły się naruszenia przepisów wyszczególnionych w wywodzie kasacji. Miało to być efektem nie wyznaczenia oskarżonemu już w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji obrońcy z urzędu z powodu jego stanu wzroku i podejrzenia zaburzeń psychicznych, a także przez nie przeprowadzenie na okoliczność dolegliwości zgłaszanych przez Mie-

czysława P. dowodu z opinii biegłych w sytuacji, gdy podawał on wystąpienie u niego epizodów padaczkowych w poprzednich latach. Sąd Najwyższy oparł się na następujących przesłankach.

Punktem wyjścia rozważań dotyczących wszystkich tych kwestii musi być ustalony w tej sprawie stan faktyczny. Wprawdzie poprawność jego ustalenia, z oczywistych względów, nie mogła być przedmiotem zarzutu kasacji, ale który nie był też kwestionowany nawet pośrednio przez sformułowanie zarzutu, że sąd odwoławczy dokonał ustaleń w wyniku rażącego naruszenia przepisów postępowania.

Wobec tego przyjąć należało, że Mieczysław P. prowadząc w dniu 15 września 2001 r. pojazd mechaniczny znajdował się w stanie nietrzeźwości, ale że w tym czasie, co wynikało przede wszystkim z jego konsekwentnych wyjaśnień, nie odczuwał żadnych dolegliwości neurologicznych, w tym padaczkowych, ani też nie odczuwał zmniejszenia czy też utraty przytomności (gdy podejmował decyzję o jeździe samochodem i gdy pojazd ten prowadził).

Nie było więc podstaw faktycznych do podejmowania przez sąd pierwszej instancji czynności zmierzających do ustalenia okoliczności związanych z leczeniem psychiatrycznym. Jest bowiem oczywiste – stwierdził SN – że padaczka jest wyłącznie dolegliwością neurologiczną, nie wymagającą czynności medycznych lekarza psychiatry. Skoro również oskarżony w swych wyjaśnieniach deklarował, że ostatni epizod padaczkowy zdarzył mu się kilka lat wcześniej, to brak było okoliczności, które stwarzałyby stan uzasadnionej wątpliwości co do jego poczytalności w chwili czynu (art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k.) lub wątpliwości co do częściowej albo pełnej nieprzytomności oskarżonego (z powodu padaczki), gdy podejmował decyzję o prowadzeniu samochodu w stanie nietrzeźwości i gdy tę decyzję realizował. Z tych względów nie można było uznać za naruszające przepisy postępowania (art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k.) nie ustanowienie (wyznaczenie) przez sąd pierwszej instancji Mieczysławowi P. obrońcy z urzędu.

W kwestii, która później znalazła swoje odzwierciedlenie w ostatnim zdaniu cytowanej na wstępie tezy, Sąd Najwyższy wskazał, że na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji również brak było podstaw faktycznych do ustalenia, jakoby stan wzroku Mieczysława P. stanowił okoliczność utrudniającą obronę (art. 79 § 2 k.p.k.), bądź że

wymieniony w czasie prowadzenia samochodu był niewidomy (art. 79 § 1 pkt 2 k.p.k.). Materiały z załączonych akt jednej z poprzednich spraw, które oskarżony miał przed tym samym sądem rejonowym wskazywały, że u przebywającego w areszcie śledczym oskarżonego, wykonane były badania specjalistyczne i przy ich okazji stwierdzono u niego znaczne niedowidzenie oka lewego i zez rozbieżny tego samego oka. Oskarżony nie podnosił jednak tego, jakoby był osobą niedowidzącą. Wobec tego już wówczas wskazanej dolegliwości okulistycznej nie uznano za okoliczność utrudniającą obronę w rozumieniu art. 79 § 2 k.k.

Przytoczone argumenty Sądu Najwyższego zadecydowały o tym, że kasacja jako niezasadna została oddalona.

Stanowisko Sądu Najwyższego w kwestii czy wcześniej stwierdzona u oskarżonego padaczka mogła mieć jakiś wpływ na przebieg przypisanego mu przestępstwa i sformułowanie w oparciu o te rozważania przytoczonej tezy, wymaga jednak szerszego rozważenia

Z. Gostyński i S. Zabłocki wskazali 14 przykładów wybranych z orzecznictwa, z którymi SN wiązał w konkretnych sprawach powstanie uzasadnionych wątpliwości do poczytalności oskarżonego. Wśród nich, opierając się na wyroku III KKN 404/01 z 14.11.2001 r. (publ. SUPREMUS) wskazali na stwierdzenie u oskarżonego padaczki na tle pourazowym, jak też wymienioną w wyroku III KKN 234/01 (LEX nr 53011) informację zawartą w wywiadzie kuratora zawodowego, że oskarżony od 7 lat chorował na epilepsję pozostając pod stałą opieką lekarza, przy czym ataki te były stosunkowo częste³. Czy wobec tego istnieje rozbieżność między dotychczasowym stanowiskiem SN w kwestii padaczki jako schorzenia stwierdzonego u oskarżonego, mogącego stać się podstawą przyjęcia wobec niego w postępowaniu karnym imperatywu z art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k., a stanowiskiem wyrażonym w tezie głosowanego tu wyroku? Pewne wątpliwości się nasuwają.

Padaczka nie jest wprawdzie odrębną jednostką chorobową, ale określa się tak zespół objawów towarzyszących wielu schorzeniom ośrodkowego układu nerwowego. Objawy te są spowodowane nadmiernymi wyładowaniami neuronów i nieprawidłowym rozprzestrzenianiem się

³ op. cit. S. 550; teza z wyroku SN III KKN 234/01 : Sąd Rejonowy najwyraźniej przeoczył informację zawartą w wywiadzie kuratora zawodowego, zgodnie z którą oskarżony od siedmiu lat choruje na epilepsję i pozostaje pod stałą opieką lekarza, a ataki są stosunkowo częste. Uwzględnienie tej informacji powinno prowadzić do powzięcia wątpliwości co do poczytalności oskarżonego, ta zaś wątpliwość uzasadniała obronę obligatoryjną w toku całego postępowania.

podbudzenia w mózgu. Charakterystyczne są tu napady padaczkowe, którym towarzyszą objawy somatyczne, wegetatywne i **psychiczne** (podkr. SMP). Napady te powtarzają się z różną częstotliwością i można je potwierdzić na podstawie zapisu elektroencefalograficznego (EEG). Z przytoczonego tu fragmentu wykładu wybitnego neurologa wynika, że jednak napadom padaczkowym mogą towarzyszyć negatywne objawy psychiczne⁴. Jeśli tak, to element „... innego zakłócenia czynności psychicznych...” wskazany w dyspozycji art. 31 § 1 k.k., może jednak wystąpić przy napadzie padaczkowym. Ta zaś okoliczność nie pozwalałaby chyba na autorytatywne stwierdzenie, iż w takiej sytuacji czynność medyczna lekarza psychiatry nie jest wymagana. A tak właśnie ujął to SN w głosowanej tezie. Z tych właśnie względów tezy tej nie można uznać za trafną.

Wprawdzie zabrzmiało to nielogicznie ale jednocześnie wyraźnie należy podkreślić, że w realiach omawianej sprawy kasacyjnej jej rozstrzygnięcie przez SN było trafne. *Tempore criminis* bowiem, co już wyżej podniesiono, u Mieczysława P. żaden objaw padaczkowy nie wystąpił. Nie można zatem sądom pierwszej, jak i drugiej instancji zarzucić, by w tej mierze naruszyły gwarancję procesową Mieczysława P., zapewnioną mu treścią art. 79 § 1 pkt 3. Ostatecznie można chyba wyrazić pogląd, że z trafnych ustaleń faktycznych w omawianej sprawie wywiedziona została wątpliwa teza.

⁴ Z artykułu prof. dr. hab. med. Romana Michałowicza: Padaczka – choroba mózgu, „Żyjmy dłużej” 1999/10/11 (o autorze: specjalista neurolog 2-go stopnia, kierownik Kliniki Neurologii Dziecięcej Instytutu Matki i Dziecka w Warszawie).

Do Autorów

Szanowni Państwo!

Materiały do publikacji, których objętość nie powinna co do zasady przekraczać 15 stron znormalizowanego maszynopisu (ok. 27 tysięcy znaków), należy nadsyłać do Redakcji wraz z dyskietką lub pocztą elektroniczną (z imieniem, nazwiskiem oraz numerami telefonów kontaktowych).

Do materiałów przysyłanych do Redakcji przez doktorantów, asystentów i aplikantów powinna być dołączona rekomendacja (recenzja) opiekuna naukowego.

Autorzy składający po raz pierwszy tekst do Redakcji proszeni są o dołączenie krótkiej informacji o sobie (c.v.).

Redakcja nie zwraca niezamówionych artykułów i zastrzega sobie prawo skracania i adiustacji tekstów oraz zmiany tytułów i śródtytułów.

Przekazując tekst do Redakcji, autor przenosi wyłączne prawo do publikacji, prawa autorskie i wydawnicze na Wydawcę Abacus Biuro Promocji Medycznej Sp. z o.o.

Przedruk materiałów opublikowanych w „Prawie i Medycynie” wymaga zgody Wydawcy. Cytowanie fragmentów publikacji jest możliwe wyłącznie z powołaniem się na źródło. Wydawca nie odpowiada za treść zamieszczonej reklamy.