

Maria Boratyńska

WOLNY WYBÓR

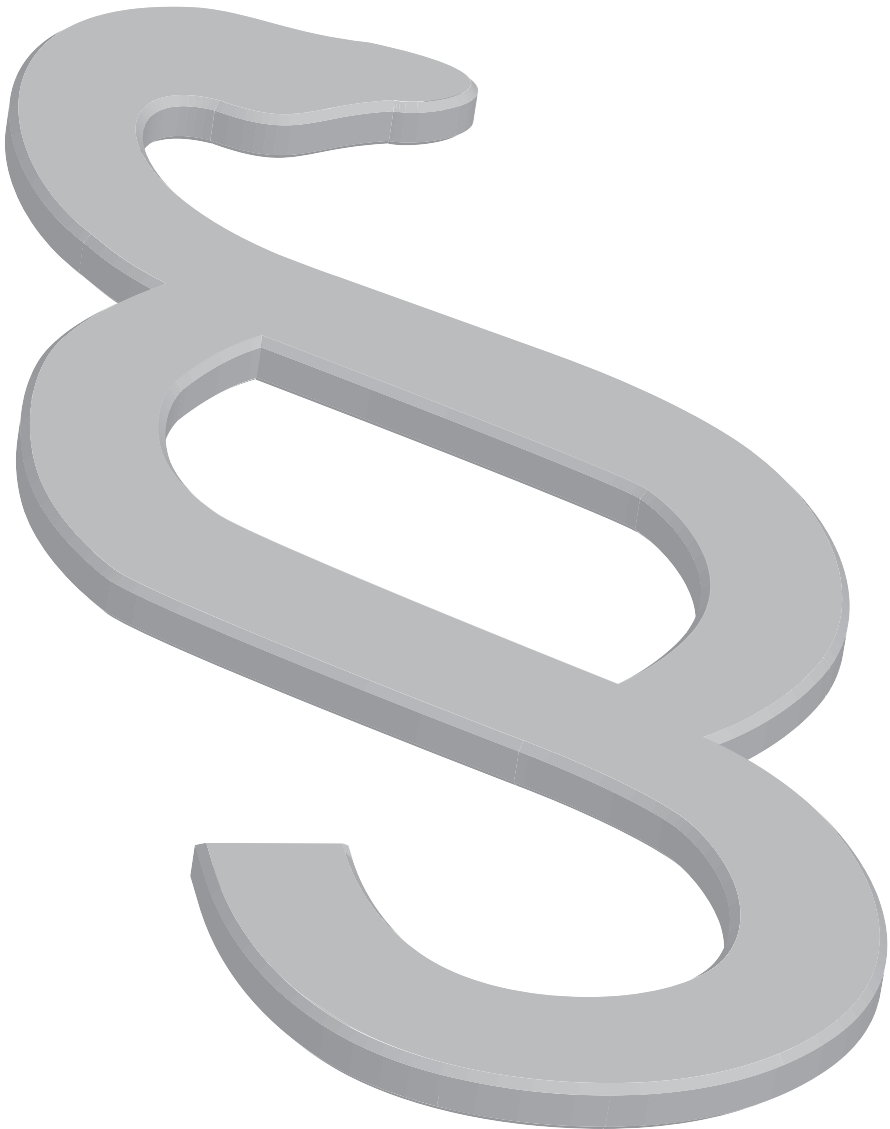
Gwarancje i granice prawa pacjenta
do samodecydowania



Maria Boratyńska

WOLNY WYBÓR

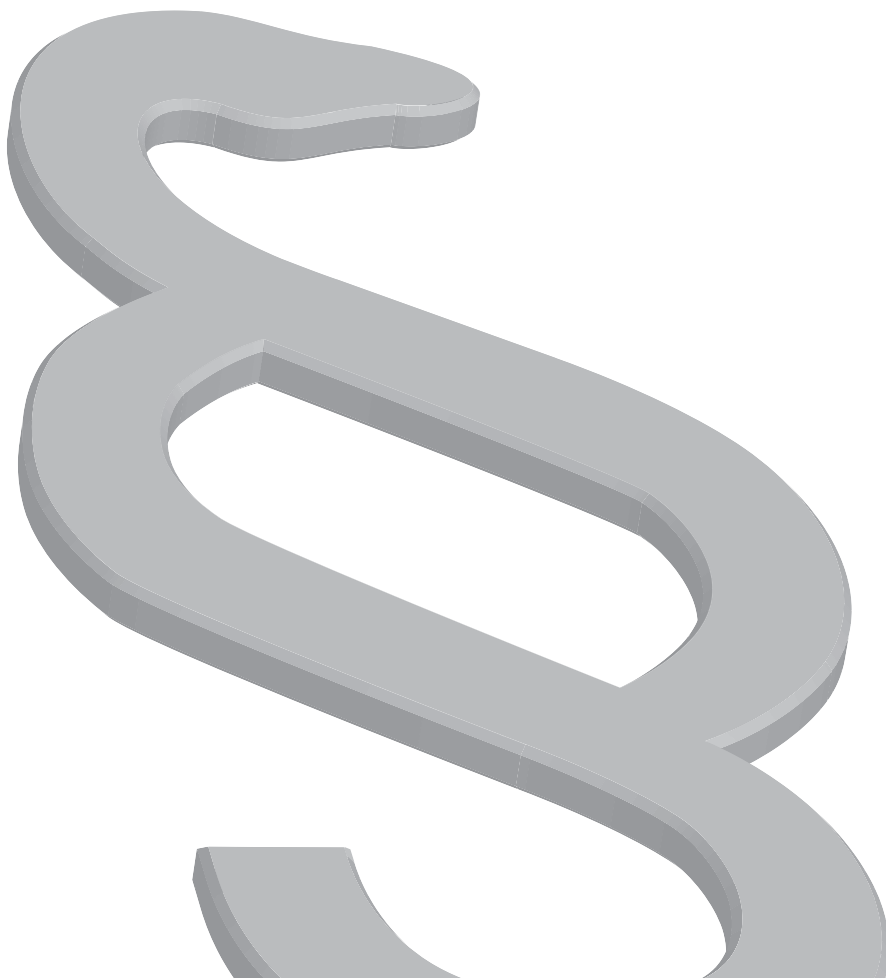
**Gwarancje i granice prawa pacjenta
do samodecydowania**



Maria Boratyńska

WOLNY WYBÓR

Gwarancje i granice prawa pacjenta
do samodecydowania



Książka rekomendowana przez portal



PrawoiMedycyna.pl

OGÓLNOPOLSKI PORTAL PRAWA MEDYCZNEGO

© Copyright by:

Instytut Problemów Ochrony Zdrowia sp. z o.o.,

Warszawa 2012

Wszelkie prawa zastrzeżone.

Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie
całości lub fragmentów niniejszej pracy
bez zgody wydawcy zabronione.

ISBN: 978-83-60955-17-8

Wydanie I

Warszawa 2012

Nakład 200 szt.

Skład i łamanie

Edit Sp. z o.o.

www.edit.net.pl

Wydawca:



Instytut Problemów Ochrony Zdrowia sp. z o.o.

02-106 Warszawa, ul. Pawińskiego 5a

tel. 022 867 24 25

e-mail: sekretariat@ipoz.pl

Księgarnia internetowa: www.prawoimedycyna.pl

Spis treści

Wstęp	10
Rozdział 1	
Autonomia pacjenta jako dobro prawne i wartość moralna	14
Wprowadzenie	14
Autonomia i paternalizm	19
Paternalizm medyczny	20
Autonomia: wolność i godność	44
Zakończenie	71
Rozdział 2	
Zgoda pacjenta	75
Elementy zgody. Wymagania materialne i formalne stawiane zgodzie pacjenta	75
Kompetencja formalna: prawna zdolność do wyrażenia zgody	85
Wiek	85
Ubezważnowolnienie całkowite	88
Chorzy psychicznie lub upośledzeni umysłowo	89
Ubezważnowolnienie częściowe	91
Treść udzielonej informacji	93
Rozumienie i dobrowolność	130
Rozumienie	130
Zwalczanie fałszywych przekonań	132
Ryzyko i lęki a rozumienie	134
Rozumienie ryzyka a poziom kompetencji	136
Dobrowolność	138
Okłamywanie i straszenie	140

Informowanie osób trzecich	142
Sposoby wyrażania woli w sprawie interwencji medycznej	143
Zgoda wyraźna i dorozumiana	145
Zgoda blankietowa	147
Zgoda domniemana (niejawna)	154
Zgoda poczytywana	155
Milczenie. Brak sprzeciwu	158
Odwołanie zgody	161
Odmowa zgody. Sprzeciw	163
Żądanie, życzenie, wniosek	169
Charakter prawny zgody	170
Kontratyp czynności leczniczej	170
Zasady współżycia społecznego	177
Stan wyższej konieczności	183
Cel leczniczy	188
Czynnik ryzyka	190
Trybunał Konstytucyjny: „Zapnij pasy”	192
Transplantacje	195
Zakres obowiązku informacyjnego	195
Autonomia dawcy	196
Sprzeciw <i>mortis causa</i>	196
Zgoda <i>mortis causa</i>	197
Zabiegi kosmetyczne	198
Czynności o charakterze nieleczniczym	203
Kwalifikacja prawna udzielonej zgody	214

Rozdział 3

Lekarskie standardy i przywileje zawodowe.	229
Standardy wykonywania zawodu.	229
Standardy medyczne	229
Wskazania aktualnej wiedzy medycznej	230
Przeciwwskazania	238
Tworzenie i zmiana wskazań	239
Dostępność środków	245
Należyta staranność	255
Pojęcie	255
Zasady ostrożności	258

Szczegółowe zagadnienia należytej staranności.	
Czynnik woli pacjenta	263
Rezultat negatywny jako oznaka zawinienia	263
Staranność oceniana na podstawie efektów	267
Miary staranności a odpowiedzialność	
za skutki przypadkowe	270
Rozziew między diagnozą a terapią	274
Należyta staranność a estetyka i życzenia pacjenta	277
Wykonanie zabiegu metodą przestarzałą	283
Etyka zawodowa	290
Przepisy KEL niespójne z obowiązującym stanem prawnym	292
Rozwinięcie standardów wykonywania zawodu w KEL	297
Standardy prawne	300
Lekarski obowiązek udzielenia pomocy	300
Obowiązek pomocy lekarskiej w stanach nagłych	
a brak zgody pacjenta	305
Rozszerzenie pola	312
Postępowanie z pacjentem niemogącym wyrazić zgody	
(art. 33 i 34 ust. 7 ustawy)	329
Przywilej terapeutyczny	333
Klauzula sumienia	349
Podsumowanie	369
 Rozdział 4	
Poszanowanie autonomii w ramach poszczególnych praw pacjenta	372
Uwagi ogólne. Dobra prawne pacjenta i ich ochrona	372
Prawo pacjenta do otrzymania świadczenia zdrowotnego	383
Prawo do dochowania tajemnicy lekarskiej	395
Zagrożenie bezpieczeństwa	399
Umyślne ujawnienie tajemnicy lekarskiej	408
Prawo dostępu do dokumentacji medycznej i prawo do ochrony danych w niej	
zawartych	410
Prawo do poszanowania godności i intymności	413
Zwalczanie bólu	428
Godność pacjentów zniechęconych	430
Godność w stanie wegetatywnym	430
Prawo do umierania w spokoju i godności	438

Uporczywa terapia i inne zmuszanie do życia	438
Szacunek dla autonomii. Eutanazja	452
Sedacja paliatywna (terminalna)	455
Hospicjum	461
Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w szczególności do kontaktów ze światem zewnętrznym. Prawo do dodatkowej opieki ze strony osób bliskich	466
Prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej	468
Prawo do informacji i rozeznanej zgody. Reasumcja	473
 Rozdział 5	
Postępowanie przymusowe w medycynie	476
Wprowadzenie. Pojęcie przymusu w medycynie	476
Psychiatria	477
Przymusowe leczenie odwykowe	504
Postępowanie przymusowe na terenie izby wytrzeźwień	511
Przymusowe leczenie osoby osadzonej w zakładzie karnym	513
Przymusowe badanie oskarżonego w postępowaniu karnym	517
Badanie na obecność alkoholu we krwi, moczu i w wydychanym powietrzu	519
Przymusowe leczenie chorób zakaźnych	521
Przymusowe leczenie w stanie kłęski żywiolowej	534
Zakończenie	536
 Rozdział 6	
Prawnomedyczne dylematy i wyzwania	538
Transgresja płci. Transseksualizm	538
Planowanie rodziny	558
Planowanie rodziny jako dobro osobiste	558
Prawo do rodzicielstwa	559
Antykoncepcja	561
Badania prenatalne	568
Sterylizacja	575
Przerwanie ciąży	579
Medyczne wspomaganie rozrodu. Zapłodnienie pozaustrojowe	605
Badania przedimplantacyjne	633
Sposób rozwiązania ciąży. Cesarskie cięcie	638

Klonowanie reprodukcyjne – wzmianka	652
Zaprzestanie podtrzymywania życia	654
Podtrzymywanie życia pacjentów w stanie wegetatywnym	655
Dyspozycje w sprawach „życia i śmierci”	674
„Dla dobra dziecka”	686
Uwagi ogólne	696
Noworodki skrajnie niedojrzałe	690
Daremność terapeutyczna	693
Decyzje medyczne wazące na przyszłości dziecka	699
Kolizja dóbr oraz interesów dzieci pozostających pod władzą.	
Jodie i Mary	706
Dobre chęci i wypaczenia. „Antyszczepionkowcy”	713
 Zakończenie	 720
 Bibliografia	 723

Wstęp

Niniejsza praca stanowi rozprawę z prawa medycznego. Wprawdzie prawa pacjenta i związane z nimi instytucje mają proveniencję cywilistyczną, jednak wykazują szereg odrębności. Wskutek tego tradycyjny aparat pojęciowy cywilistyki nie znajduje wobec nich zastosowania wprost. W pracy zostały zaakcentowane odrębności wobec prawa cywilnego oraz zaproponowany sposób ich interpretacji, między innymi w oparciu o dorobek współczesnej bioetyki. Prawo medyczne jako odrębna gałąź prawa zawiera przepisy tak administracyjne, jak karne i cywilne. Zadanie badawcze polegało na stworzeniu pomostu nadającego im spójny sens normatywny w zakresie objętym tematem, tzn. tam, gdzie rozważana jest doniosłość prawna aktów woli pacjenta.

Od czasu pierwszej monografii poświęconej prawom pacjenta dorobek doktryny prawa medycznego poważnie się wzbogacił. W 2000 r., gdy wspólnie z Przemysławem Konieczniakiem pisaliśmy „Prawa pacjenta” (wyd. 2001 r.), czuliśmy się zobligowani do wyjaśniania podstawowych pojęć prawa medycznego na poziomie adresowanym do całkiem nieorientowanych czytelników. Przez tych prawie dwanaście lat przybyło opracowań, a terminologia prawnomedyczna ugruntowała się w użyciu, dlatego obecnie wolno założyć brak konieczności wyjaśniania jej od samego początku. Obfitość literatury ma jednak i tę wadę, że rozważania prowadzone są w przeważającej mierze obok siebie, a nie w nawiązaniu, dostrzegam zatem potrzebę ponownego uporządkowania.

Prototypy są zazwyczaj niedoskonałe i odnosi się to również do prekursorskich opracowań takich jak nasze „Prawa pacjenta”, dlatego zmodyfikowałam wiele wcześniejszych przemyśleń. Nadal twierdzę, że rodzima regulacja prawnomedyczna, której trzon stanowi ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jest w sumie zupełnie dobra i dość nowoczesna. Wciąż jednak ponawiane są próby wypaczania jej sensu przez karkołomne interpretacje mające

na celu wtórne nadanie lekarzowi nad pacjentem władzy, która w istocie już dawno przestała przysługiwać. Jest to spowodowane wpływem etyk deontologicznych.

Gwarantowane prawnie samostanowienie jednostek w procedurach medycznych niesie ze sobą tylko jeden rodzaj realnego niebezpieczeństwa: dla dóbr osób niesamodzielnych prawnie, gdy w zastępstwie decydują ich opiekunowie. Jest to sfera wymagająca szczególnie wnikliwych i ostrożnych analiz oraz ustawowej reglamentacji co do kompetencji decyzyjnych – lekarskich też. Wypracowanie złotego środka jest nadzwyczaj trudne, gdy od samego pacjenta niczego dowiedzieć się nie można. Tak naprawdę władny w takich sprawach nie jest nikt: ani opiekun, ani lekarz, ani sąd. Ktoś jednak musi, więc ingerencja sądu stanowi najmniejsze zło i jednocześnie instrument kontroli. Użyteczna okazuje się tutaj znana prawom obcym instytucja kuratora *ad litem*, z urzędu zobowiązanego do kierowania się dobrem konkretnego pacjenta – jako jeszcze jeden z punktów widzenia, których nie należy jednak zbyt wiele mnożyć.

Rozważania prowadzone były na podstawie czynności medycznych o charakterze rutynowym. Z zakresu pracy została wyłączona prawna regulacja eksperymentu, która potrzebuje osobnych ujęć monograficznych. Wymaga jednak moim zdaniem zastanowienia unormowanie z myślą o przyszłości pewnych rezultatów medycznych dotychczas naukowo nieosiągalnych, które wcześniej czy później staną się faktem. Obecnie badania nad nimi kwalifikują się prawnie jako eksperymenty, niemniej potrzebna będzie regulacja dużo bardziej szczegółowa. Dla przykładu: sklonowani ludzie na pewno niedługo się pojawią, niezależnie od powszechnych deklaracji odrazy moralnej w tej sprawie. Doświadczenia historyczne pokazują, że prawne zakazy nie stanowią skutecznego środka powstrzymującego badania naukowe. Co najwyżej eksperymenty będą prowadzone w ukryciu lub na terenie, dajmy na to Chin, a „nieudane egzemplarze” potajemnie unieście. Nie ma na to sposobu. Tak czy inaczej wkrótce trzeba będzie odpowiedzieć żywym i rozumnym klonom na pytania co najmniej o ich status cywilnoprawny, zwłaszcza prawnorodzinny.

Polska doktryna prawa medycznego opiera się niemal wyłącznie na przykładach praktycznych zaczerpniętych z orzecznictwa sądów powszechnych. Ponieważ nie jest ono u nas zbyt bogate, trzeba wspierać się dodatkowo orzecznictwem sądów obcych. Dotyczy to zwłaszcza kwestii kontrowersyjnych i wymagających odniesienia do bioetyki – za granicą dobrze obrosłych praktyką i judykaturą, u nas zaś dotychczas nierozstrzyganych. Niniejsze opraco-

wanie opiera się w dużej mierze na przykładach z praktyki lekarskiej, w tym na kazusach zaczerpniętych z orzecznictwa zawodowego. Zaludniające moją pracę postaci – pacjenci żywi i martwi – swoimi przypadkami zaświadcza-
ją o sensie lub właśnie o bezsensowności przyjętych rozwiązań prawnych bądź utrwalonej praktyki. Odwołanie do realiów medycznych jest potrzebne szczególnie z tego względu, że brak fachowego przygotowania pociąga za sobą niemożność postawienia właściwych pytań i dostrzeżenia problemów, które dla lekarzy są widoczne w sposób oczywisty. W prawniczych rozważaniach na temat medycyny prowadzi to do zbytniego teoretyzowania. Wgłębienie się w zagadnienia medyczne zmienia tę perspektywę. Przygotowanie medyczne u sędziego jest jednak rzadkością i dlatego warto polegać na dorobku sądownictwa lekarskiego.

Oprócz judykatury sądów powszechnych wykorzystane zostało zarówno orzecznictwo zawodowe sądów lekarskich, jak przykłady z praktyki podawane przez lekarzy podczas szkoleń i konferencji, a także starannie wybrane pojedyncze przypadki opisywane w prasie: te, których część medyczna została podana w sposób wiarygodny i na tyle dokładny, by dało się je wykorzystać do rozważań prawniczych. Kazusy zaczerpnięte z wyroków lekarskiego sądownictwa zawodowego okazały się najbardziej użyteczne pod względem medycznej szczegółowości, której istota wydaje się niknąć w toku instancji powszechnego wymiaru sprawiedliwości.

Rozważania prawnicze prowadzone są z odwołaniem się do opracowań bioetycznych. Filozofowie wiedzą to od dawna, natomiast prawo powinno pozbyć się złudzeń co do własnej samowystarczalności. Najwyższy czas, aby obie te dziedziny poszły ramię w ramię w celu rozwiązywania dylematów, wobec których sformułowanie reguł prawnych jest nierealne. Lekarski Kodeks Etyki stanowi pod tym względem dzieło przestarzałe, niedoskonałe, niekompletne i zbyt jednostronne.

Jakkolwiek szokująco to brzmi, lekarze nagminnie łamią prawo. Robią to jawnie, można powiedzieć, z otwartą przyłbicą. Pospolity złodziej kradnie, ale wie, że nie powinien i dla uniknięcia odpowiedzialności stara się to ukryć. Lekarze nie ukrywają. Wielu z nich najzwyczajniej w świecie nie przyjmuje do wiadomości obowiązującego prawa. Ich ignorancja, szczerą bądź też wystudiowaną, wynika moim zdaniem z przeświadczenia, że normy prawa powszechnego nie muszą dotyczyć tych, których zadaniem jest ratowanie życia i przywracanie zdrowia. W konsekwencji przepisy prawa medycznego, legislacyjnie i aksjologicznie właściwe, okazują się w praktyce dysfunkcyjne. Przed doktryną prawa staje momentami niewdzięczne zadanie pokazy-

wania palcem i perswadowania na poziomie szkolnym, a i tak w większości bez odzewu. Pozostaje postulowanie *de lege ferenda* mało wyrafinowanych intelektualnie uszczelnień systemu: kazuistycznego dopowiadania lub mnożenia uregulowań biurokratyczno-dowodowych. Z punktu widzenia samostanowienia pacjentów ustawowe gwarancje w praktyce nie wystarczają – trzeba wybiegać dwa kroki naprzód celem wskazania, które uregulowania niosą ze sobą ryzyko jakich nadużyć i jak zapobiegać temu zawczasu. Szanuję i podziwiam lekarzy, ale uważam, że nie można im pozwolić stawać ponad prawem, tak jak nie można pozwolić nikomu, nawet najlepszemu i najszlachetniejszemu. Dlatego powstała ta książka.

Rozdział 1

Autonomia pacjenta jako dobro prawne i wartość moralna

Wprowadzenie

Współczesna bioetyka, a za nią doktryna prawa medycznego, zataczają koło. Po wypracowaniu, w opozycji do lekarskiego paternalizmu, koncepcji poszanowania dla autonomii pacjenta, odzywają się głosy, że autonomia owa w swej nazbyt rozbudowanej postaci może okazać się dla pacjenta szkodliwa dlatego, iż zanadto pozostawia go samemu sobie z decyzjami co do leczenia. W obawie przed naruszeniem autonomii i idącą za tym odpowiedzialnością odszkodowawczą lekarze przyjmują jakoby wobec pacjenta postawę wyczekującą: szeroko i wszechstronnie informują nic nie sugerując od siebie, w rezultacie czego pacjent pozostaje zdeorientowany – tym razem przez jakoby nadmiar informacji – a do tego pozbawiony światłego przewodnictwa.

Polskie orzecznictwo w sprawach medycznych pokazuje, że prawną skuteczność zgody na interwencję medyczną da się zawsze lub prawie zawsze podważyć z powołaniem się na niedostateczne poinformowanie, zwłaszcza że ciężar dowodu w tej kwestii został faktycznie przerzucony na stronę lekarską. Autonomiczny pacjent dopomina się z jednej strony o coraz więcej autonomii gwarantowanej przez możliwie pełną informację, z drugiej zaś – może czuć się otumaniony przez jej natłok.

Poszukiwanie złotego środka dla pogodzenia tych sprzeczności (o ile rzeczywiście mamy do czynienia ze sprzecznościami) czyni przydatnym odwołanie się do ich kontekstu filozoficznego, światopoglądowego oraz intelektualnego. Każdy z tych czynników warunkuje wolność wyboru pacjenta w sprawach medycznych. Konkretnie regulacje prawnomedyczne wyrażanie lub w sposób domyślny realizują określoną filozofię życia rzutującą na

prawa jednostki. Uświadomienie sobie tego tła pozwala lepiej zrozumieć *ratio legis* oraz etyczne konsekwencje przyjętych rozwiązań, a to z kolei powinno pomóc w interpretacji przypadków nietypowych, gdzie zarówno tradycyjne pojęcia filozoficzne jak obowiązujące prawo okazują się niewystarczające.

W medycynie odmienne poglądy filozoficzne pociągają za sobą bądź większe poszanowanie wolności jednostki i jej prawa do samostanowienia, bądź przesuwają akcenty w kierunku władczego podejścia do pacjenta podyktowanego jakoby jego dobrem. Punkt wyjścia do dalszych rozważań stanowi teza, iż racjonalizm filozofii kontynentalnej (zwłaszcza francuskiej i niemieckiej) determinuje w medycynie postawy nazywane paternalistycznymi, natomiast poszanowaniu autonomii pacjenta sprzyja anglosaski empiryzm¹. Wśród zasad etyki medycznej w modelu kontynentalnym dominuje zasada czynienia dobra. Autonomia ma wobec niej charakter wtórny i przejawia się tylko w przyzwoleniu ze strony pacjenta na paternalizm lekarza. Różnice między tymi dwiema tradycjami filozoficznymi zaznaczają się również na poziomie rozumienia samego pojęcia autonomii: tradycja filozofii kontynentalnej ukształtowała się pod znacznym wpływem kartezjanizmu oraz pojęcia autonomii moralnej w ujęciu Immanuela Kanta².

Pod wpływem tych poglądów wytworzyły się dwa różne modele medycznych relacji między lekarzem a pacjentem: europejski oraz północnoamerykański. Lekarz realizujący model europejski działa w poczuciu misji i ratuje zdrowie niczym kapłan duszę. Model północnoamerykański (zwany kontraktowym) sytuuje lekarza jako kontrahenta, który wykonuje leczenie jak swoją część umowy wobec równorzędnej i autonomicznej strony – pacjenta; występuje w charakterze profesjonalisty, który najpierw służy fachową opinią co do stanu organizmu pacjenta, oczekuje zleceń i następnie spełnia je zgodnie ze swą najlepszą wiedzą oraz umiejętnościami³.

Według Dominique Folscheid różnica między tymi dwoma modelami polega również na przyjęciu za podstawowe odmiennych zasad etyki medycznej: zasady czynienia dobra w modelu europejskim oraz zasady poszanowania autonomii pacjenta w modelu północnoamerykańskim. W żadnym z tych modeli nie podlega kwestii, iż pacjent jest osobą, niemniej dla modelu kontynentalnego oznacza to, że obowiązkiem lekarza jest robić, co w jego mocy dla

¹ M. Nowacka, *Autonomia pacjenta jako problem moralny*, Białystok 2005 s. 8.

² M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 43.

³ M. Nowacka, *op. cit.* s. 37.

dobra pacjenta, zaś dla modelu kontraktowego – że przede wszystkim należy szanować autonomię owej osoby⁴.

Już na tym poziomie dochodzi do ustalenia hierarchii wartości: w modelu kontynentalnym czynienie dobra (dobro pacjenta) zostaje postawione przed autonomią. Wynika stąd *implicite*, że lekarzowi w ramach misji czynienia dobra wolno wiedzieć lepiej, co dla pacjenta jest dobre. W konsekwencji dopuszcza to postawę paternalistyczną.

„Już samo rozróżnienie nasuwa skojarzenia ze znaną tezą o różnicy między filozofią anglosaską a filozofią kontynentalną, czyli w istocie między filozofią angielską i amerykańską a filozofią francuską i niemiecką. Najogólniej rzecz ujmując, filozofia kontynentalna sytuuje się w nurcie platońskiego idealizmu, a jej postać nowożytna wyznaczona została przez racjonalizm kartezjański, podczas gdy filozofia anglosaska należy do nurtu arystotelesowskiego realizmu, a jej postać nowożytna wyznaczona została przez empiryzm Locke’a. Oczywiście rozróżnienie to jest zasadne tylko jako daleko posunięte uogólnienie, niemniej jednak oddaje dobrze stan faktyczny: filozofia kontynentalna i filozofia anglosaska różnią się w aspekcie cech dominujących. Jeśli zaś przyjmiemy obie tezy: tę o różnicy między dwoma typami filozofii i tę o różnicy między dwoma modelami etyki medycznej, wówczas musimy logicznie uznać, że ta druga jest konsekwencją tej pierwszej”⁵.

Paternalizm medyczny ma zatem proveniencję kartezjańską, podczas gdy relacja między lekarzem a pacjentem oparta na zasadach partnerskich, kontraktowych, da się wywieść z filozofii Locke’a⁶. Z kolei empiryzm Locke’a stworzył podstawy dla utilitaryzmu etycznego, co prowadzi do wniosku, że wzorcem dla zasady poszanowania autonomii pacjenta jest filozofia utilitarystyczna⁷.

Marek Wichrowski zwraca uwagę na jeszcze inną linię podziału stanowisk moralnych: wyznacza ją analiza pojęcia czynu⁸. Każde działanie świadome ma trzy elementy konstytutywne: intencję, materię czynu (czyli opis

⁴ D. Folscheid, *La relation médecin patient*, Philosophie, éthique et droit de la médecine, red. D. Folscheid, B. Feuillet-Le Mintier, J.-F. Mattei, Paris 1997, s. 247–255, za: M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 37.

⁵ M. Nowacka, *op. cit.* s. 37.

⁶ Ibidem, s. 59.

⁷ Ibidem, s. 60.

⁸ M. Wichrowski, *Jodie i Mary – analiza etyczna*, Prawo i Medycyna nr 2/2000 s. 119.

togo, co zostało zdziałane lub zaniechane) oraz konsekwencje. Ocena czynu powinna uwzględniać każdy z nich⁹.

Jedna grupa systemów moralnych stawia na pierwszym miejscu ocenę intencji. Chodzi tu przede wszystkim o etyki wielkich religii monoteistycznych. Godny aprobaty jest czyn, którego intencja jest dobra moralnie, tzn. zgodna z obiektywnym kodeksem norm nadanym przez dane bóstwo. Niezależnie od tego, jakie przyniesie następstwa, czyn podjęty w złej intencji jest zawsze godny potępienia. Ta etyka intencji nazywana jest deontologiczną, od greckiego „Deon” – obowiązek: etyki deontologiczne są zatem etykami obowiązku. Obowiązek moralny polega na zachowaniu zgodnym z boskim kodeksem norm. W naszym kręgu kulturowym najważniejszą z nich jest katolicka teoria prawa naturalnego¹⁰. Warto zwrócić uwagę, że ta etyka obowiązku jest jednocześnie etyką posłuszeństwa autorytetowi.

Druga grupa etyk, pomijając ocenę intencji, ocenia działanie poprzez jego następstwa: zredukowanie cierpień, realizację preferencji czy wzrost powszechnego szczęścia. Są to etyki nazywane konsekwencjalistycznymi, wśród których najważniejszą jest utylitaryzm. Opozycja etyk deontologicznych do utylitarystycznych jest obecna w większości sporów bioetycznych¹¹.

„Konsekwencjalizm to nazwa teorii uznających, że o słuszności albo niesłuszności działań decyduje bilans złych i dobrych skutków, jakie działania te powodują. Czyn jest zawsze słuszny, jeśli powoduje konsekwencje oceniane jako najlepsze z ponadosobowego punktu widzenia, w równym stopniu uwzględniającego interes każdej z zaangażowanych stron. Najwybitniejszą teorią konsekwencjalistyczną jest utylitaryzm, sprowadzający się tylko do jednej zasady użyteczności. Zasada ta głosi, że powinniśmy zawsze powiększać nadwyżkę wartości dodatniej nad ujemną (lub, jeśli w grę wchodzi same wartości ujemne, wybierać najmniejsze zło)”¹².

Dominacja wzorca utylitarystycznego zaznacza się obecnie w polskich regulacjach prawnomedycznych, co łatwo zauważyć porównując dawną (z 1950 r.) i aktualnie obowiązującą ustawę o zawodzie lekarza. Zwycięstwo takiego „wolnościowego” podejścia nie jest jednak ostateczne: z różnych stron poja-

⁹ W.K. Frankena, *Ethics*, Englewood Cliffs 1963, s. 11–28, za: M. Wichrowski, *Jodie i Mary...* s. 120.

¹⁰ Na podstawie: M. Wichrowski, *Jodie i Mary...* s. 120.

¹¹ Ibidem.

¹² T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV, (tłum. W. Jacórzynski), Warszawa 1994, s. 57.

wiają się propozycje *de lege ferenda* lub koncepcje interpretacyjne *de lege lata* zmierzające wyraźnie w kierunku ograniczenia owej wolności. Autonomia jednostki w sprawach leczenia zostaje zakwestionowana jako wartość sama w sobie i daje się odczuć rodzaj tęsknoty za powrotem paternalizmu, który zdejmował z pacjenta ciężar ważkich decyzji. Pada m.in. argument, że budowaniu zaufania do lekarza sprzyja jego postawa paternalistyczna: pacjent może bowiem spokojnie położyć się do łóżka przekonany, że ów powiernik zadecyduje najlepiej. Wymaganie zaś każdorazowego udzielania świadomej zgody na czynność medyczną pociąga za sobą dla pacjenta konieczność stałej kontroli nad działaniami lekarskimi i tym samym pozbawia spokoju tak potrzebnego dla powodzenia terapii.

Ta kolejna zmiana nastawienia etycznego do stosunków prawnomedycznych, skoro podaje w wątpliwość autonomię jako wartość, oznacza tym samym niechętny stosunek do nadmiernej wolności jednostki, której autonomia i samostanowienie są pochodnymi. Można ją porównać do ruchu wahadła w kierunku przeciwnym, niż to w 2005 roku opisywała Maria Nowacka. Przyczyn opozycji między autonomizmem a tęsknotą do paternalizmu upatrywała w postmodernistycznym zagubieniu i poczuciu bezradności, które skutkuje tymi dwoma odmiennymi nastawieniami. Niemniej sprzeczność między nimi jest według Autorki tylko pozorna:

„Z jednej strony człowiek współczesny ma jakby zwiększoną potrzebę realizowania własnej wolności, z drugiej zaś ma zmniejszone poczucie odpowiedzialności za samego siebie; zarazem chce być wolny i oczekuje przejęcia przez innych części odpowiedzialności za siebie. Mówiąc inaczej, coraz mocniej odczuwa samego siebie jako osobę z istoty wolną, a zarazem w coraz większym stopniu żąda pomocy z zewnątrz w rozwiązywaniu swoich problemów. Sprzeczność ta okazuje się pozorna, jeśli zważymy że w istocie mamy tu do czynienia z jakby przewagą poczucia wolności „do” nad wolnością „od”. Dla człowieka współczesnego wolność „od” jest czymś normalnym: po prostu mamy być wolni od zewnętrznych przymusów, zakazów i nakazów, a jeśli im podlegamy, to tylko w takim stopniu, w jakim jest to konieczne ze względu na interesy innych. Ta utylitarystyczna postawa stała się tak oczywista, że aż niezauważalna. Coraz większego znaczenia natomiast nabiera wolność „do”, pojmowana jako „prawo do”: do pracy, minimum socjalnego, emerytury, bezpieczeństwa osobistego itp. W zakresie potrzeb zdrowotnych ta wolność „do” obejmować zaczyna nie tylko prawo do opieki lekarskiej (lecniczej i profilaktycznej), ale także nałożony na lekarza swoisty obowiązek współuczestniczenia w podejmowaniu istotnych decyzji związanych ze stanem zdrowia

jednostki. 1 tutaj właśnie dokonywać się może zderzenie autonomiczności pacjenta z jego żądaniem wzięcia przez lekarza współodpowiedzialności za podejmowane decyzje o charakterze egzystencjalnym i moralnym”¹³.

Autonomia i paternalizm

Autonomia oraz jej przeciwieństwo – paternalizm medyczny – bywają definiowane rozmaicie. W odniesieniu do autonomii, rozszerza się jej definicję przez formułowanie coraz większej liczby postulatów, a to z kolei czyni z niej model wyidealizowany do tego stopnia, że krytykowany jako zupełnie nierealny, przez co zbędny. Ta ostatnia linia rozumowania nie pochodzi jednak od prawników, lecz od bioetyków. Prawo jest oswojone na co dzień z modelami idealnymi, ponieważ niemal w całości się z nich składa. Prawdą jest jednak także, że gdy dany model okaże się dysfunkcyjny, to należy go zmodyfikować lub w całości uchylić. Wyjściowo można przyjąć hipotezę, iż mimo wszystko lepiej, by wariantem idealnym przy leczeniu była autonomia, niż najłagodniejsze choćby postacie posłuszeństwa czy przymusu.

Czy czujący się na cenzurowanym lekarze rzeczywiście uciekają w nadmiar neutralnych informacji przed ewentualną odpowiedzialnością za niewłaściwe przewodnictwo, przynajmniej na gruncie polskim jest w chwili obecnej co najmniej problematyczne. Nie należy lekceważyć problemu i przygotować się na jego rozwiązanie zawczasu, zanim pojawi się u nas. Tymczasem jednak główna aktywność prawa medycznego kieruje się na wzmacnianie poszanowania dla własnych decyzji pacjentów, nawet jeżeli wydają się one nie do końca racjonalne. To w etyce pojawiają się znowu koncepcje przeciwne, zwłaszcza w odniesieniu do najsilniej nacechowanych aksjologią sfer medycyny: praw reprodukcyjnych, uporczywej terapii, czy decyzji pacjentów *pro futuro*.

Autonomia pacjenta dość powszechnie jest przeciwstawiana paternalizmowi medycznemu, jednak trudności w odróżnieniu tych pojęć pojawiają się już na poziomie przyjmowanych definicji. Manewrowanie poszczególnymi składnikami owych definicji pozwala niektórym badaczom na zupełne odwrócenie pojęć i przestawienie akcentów. Wydaje się, że dla dobra przejrzystości w punkcie wyjścia obie definicje powinny być zredukowane do kwestii najważniejszych, a wyjściowe reguły sformułowane jako możliwie proste i wolne od nadmiaru epitetów; w przeciwnym bowiem razie dotychczasowa autono-

¹³ Ibidem, s. 79–80.

mia w niektórych swych aspektach okaże się paternalizmem lub odwrotnie. Warto chyba jednak od razu na początku przyjąć, która z owych dwóch koncepcji leczenia powinna stanowić zasadę, która zaś wyjątek i trzymać się tego konsekwentnie. Przegląd stosowanych w nauce definicji pozwala natomiast uchwycić punkty krytyczne, wymagające z tego powodu doprecyzowania na poziomie etycznym lub prawnym.

Zarówno w naszym systemie prawnym, jak w innych, z całokształtu przepisów da się wywieść autonomię jako zasadę, obwarowaną tylko dość licznymi wyjątkami; niemniej omówienie zaczniemy od jej antytezy.

Paternalizm medyczny

Postawa paternalistyczna wyraża się w przekonaniu, że w pewnych sytuacjach jesteśmy moralnie uprawnieni, a także zobowiązani, do działania dla dobra drugiego człowieka bez jego wiedzy i nawet wbrew jego woli¹⁴. Paternalistyczny lekarz ma być dla pacjentów niczym kochający ojciec przywołujący do porządku swe wystraszone i pogubione oraz pogrążone w ignorancji dzieci¹⁵. Słowo „paternalizm” bywa potocznie i nieprecyzyjnie używane w odniesieniu do praktyki traktowania jednostek w sposób, w jaki ojciec traktuje swoje dzieci. W etyce słowo to ma znaczenie węższe i oznacza ograniczanie wolności jednostek bez ich zgody, jeżeli uzasadnia się takie działanie albo zapobieganiem szkodzie, którą te osoby mogłyby sobie samym wyrządzić, albo wyświadczeniem im korzyści, która w innym razie (gdyby postępować według woli tych osób) mogłaby nie dojść do skutku. Natomiast „zasada paternalistyczna” głosi, że ograniczenie wolności osoby (paternalizm jest zawsze stosowany jako – trafne, czy nie – usprawiedliwienie ograniczenia wolności drugiego) jest uzasadnione, jeśli w wyniku własnych działań osoba ta wyrządziłaby sobie istotną szkodę albo nie uzyskała istotnej korzyści¹⁶.

W nawiązaniu do J.S. Milla, Gerald Dworkin definiuje paternalizm jako „naruszenie czyjejś wolności postępowania, które uzasadnia się racjami odnoszącymi się wyłącznie do dobra, powodzenia, szczęścia, potrzeb, interesów bądź wartości osoby poddawanej przymusowi”¹⁷. Dobrem pacjenta narusza-

¹⁴ M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 12.

¹⁵ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, s. 287.

¹⁶ T.L. Beauchamp [w:] *Encyclopedia of Bioethics*; hasło „Paternalism”, s. 1194.

¹⁷ G. Dworkin, *Paternalism*, [w:] S. Gorovitz, A.L. Jameton, R. Macklin i in. (red.), *Moral Problems in Medicine*, Prentice-Hall 1983 (pierwodruk, *Monist* 56,1 (1972), s. 64–84), s. 185, zob. też s. 188, za: P. Łuków, *Granice zgody. Autonomia zasad i dobro pacjenta*, Warszawa 2005 s. 107.

nym przez działanie paternalistyczne jest zatem w tym ujęciu **sfera wolności**: paternalizm oznacza bowiem arbitralne wkroczenie w preferencje danej osoby podyktowane jej dobrem. Zazwyczaj sprowadza się to do zastosowania przemocy i przymusu, a może też polegać na oszustwie, kłamstwie lub w najlepszym razie na manipulacji. Nie trzeba tłumaczyć, że stanowi to ograniczenie autonomicznych wyborów jednostki¹⁸. Wprawdzie pobudki są jak najbardziej szlachetne – zapobieżenie krzywdzie, jaką dana osoba mogłaby sobie wyrządzić bądź wyświadczenie jej dobra – jednak odbywa się to w zamierzony sposób wbrew znanym indywidualnym preferencjom beneficjenta. Do tego w każdym razie sprowadza się paternalizm w ujęciu klasycznym. Ta postać paternalizmu jest we współczesnej etyce medycznej konsekwentnie odrzuca-
na jako niszcząca autonomię pacjenta i niedająca się pogodzić z rozumieniem człowieka jako osoby¹⁹.

Paternalizm bywa jednak ujmowany w sposób rozszerzony: czy to jako decydowanie o leczeniu pacjentów niewłasnowolnych (nieprzytomnych, niekompetentnych, niedojrzałych lub z innych przyczyn pozbawionych umysłowego kontaktu z otoczeniem), czy to jako samodzielne ustalanie sposobu leczenia, ale w zgodzie z uprzednim porozumieniem z pacjentem co do jego preferencji²⁰.

Postawa szeroko rozumianego paternalizmu medycznego realizuje się zatem w działaniach terapeutycznych podejmowanych przez lekarza na podstawie własnego osądu, bez wiedzy i bez uzyskiwania zgody pacjenta. Można rozróżnić trzy rodzaje paternalizmu. Nazewnictwo bywa różne, niemniej chodzi o paternalizm w znaczeniu ścisłym – w sensie decydowania ponad głowę i wbrew wiadomej woli delikwenta, jak również o odmiany paternalizmu, polegające także na decydowaniu ponad głowę, ale już nie wbrew woli, a zamiast tego „osłabione” przez uwzględnienie dodatkowych czynników.

Paternalizm mocny, twardy (znany również jako **nieupoważniony**) jest postawą, w której w ogóle nie ma miejsce na zgodę i wolę osoby poddawanej interwencji²¹. „Paternalizm nieupoważniony polega na przyznaniu sobie

¹⁸ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*, s. 287.

¹⁹ M. Nowacka: *Autonomia pacjenta...*, s. 12.

²⁰ P. Łuków: *Granice zgody. Autonomia zasad i dobro pacjenta*, Warszawa 2005.

²¹ M. Nowacka: *Autonomia pacjenta...*, s. 12, na podst. H.R. Wulff, S.A. Pedersen, R. Rosenberg, *Filozofia medycyny*, Wprowadzenie, (tłum. Z. Szawarski), Warszawa 1993, s. 237–243, T.L. Beauchamp, Paternalism, hasło w: W.J. Reich (red.), *Encyclopedia of Bioethics*, Macmillan Library Reference USA, New York 1995, t. 4, s. 1914–1920 – wyróżnia paternalizm prawdziwy, paternalizm upoważniony i paternalizm nieupoważniony”.

przez jedną osobę prawa decydowania o innej osobie, mimo że osoba ta jest w pełni świadoma i zdolna do samodzielnego podejmowania decyzji; z reguły osoba przyjmująca taką postawę motywuje ją jakimiś racjami wyższego rzędu”²². Ten rodzaj paternalizmu polega na decydowaniu ponad głową jednostki niezależnie od tego, czy zachowała zdolność decydowania o sobie, czy nie.

Złagodzona postać paternalizmu, znana w nauce jako **paternalizm słaby, miękki**²³ lub paternalizm **prawdziwy**²⁴, oznacza decydowanie w zastępstwie jednostki, która trwale lub czasowo utraciła zdolność decydowania o sobie. Trudno tu jednak mówić o pogwałceniu autonomii, skoro dana osoba albo w ogóle jej nie ma – w sensie zdolności do decydowania o sobie – albo też ma ją do tego stopnia ograniczoną, że nie sposób porozumieć się z nią sensownie w podstawowych kwestiach dotyczących leczenia²⁵. Dlatego postuluje się to rozróżnienie znieść²⁶. Paternalizm słaby nie jest paternalizmem w znaczeniu ścisłym, tzn. działaniem wbrew czyjejś woli dla jej dobra: dla dobra owszem, ale przy preferencjach nieznanych i niemożliwych do ustalenia. Usprawiedliwieniem dla tego rodzaju działań jest założenie, że po odzyskaniu świadomości lub zdolności do rozsądnej oceny sytuacji pacjent zaakceptowałby interwencję jako zgodną ze swoim dobrem²⁷. Kwestią dyskusyjną jest tutaj przeprowadzenie granicy pomiędzy zachowaniami świadczącymi o całkowitej niezdolności do świadomego wyrażenia zgody – co w naszym systemie prawnym uzasadnia w pewnych okolicznościach interwencję według własnego przekonania lekarza – a reakcjami świadczącymi jedynie o ograniczeniu owej zdolności w większym lub mniejszym stopniu.

Obok pojęć paternalizmu mocnego i paternalizmu słabego (lub prawdziwego, choć to drugie określenie wydaje się raczej niefortunne), wyróżnia się jeszcze pośrednie pojęcie **paternalizmu upoważnionego**. Chodzi o działania podejmowane z upoważnienia pacjenta. Ma to miejsce z przypadkami, gdy stropiony, zagubiony i nierozumiejący procedur medycznych pacjent upoważnia, w sposób wyraźny lub dorozumiany, inną osobę, w szcze-

²² M. Nowacka: *Autonomia...*, s. 14.

²³ T.L. Beauchamp, L.B. McCullough: *Medical Ethics. The Moral Responsibilities of Physicians*, Englewood Cliffs, N.Y. Prentice Hall 1984, za: P. Łuków: *Granice zgody...* s. 109.

²⁴ M. Nowacka: *Autonomia...*, s. 13.

²⁵ Np. pacjentka przywieziona do szpitala w trybie nagłym jest do tego stopnia spanikowana, że na każde zapytanie lub propozycję odpowiada tylko niezmiennie: „– Ratujcie mnie, Ratujcie!”.

²⁶ T.L. Beauchamp, L.B. McCullough: *op. cit.* s. 91.

²⁷ M. Nowacka: *Autonomia...*, s. 13.

gólności lekarza, do decydowania w swoim zastępstwie²⁸. Można to określić jako przynajmniej do pewnego stopnia autonomiczną rezygnację z własnej autonomii przez przeniesienie kompetencji w danym zakresie na inną osobę. Również w tym kontekście trudno mówić o działaniu wbrew woli pacjenta, skoro on sam dobrowolnie wyraził świadomą wolę, by decydował zań ktoś inny. Jest to sytuacja z pogranicza paternalizmu i autonomii, którą zamiast paternalizmem upoważnionym można równie dobrze nazwać **autonomią blankietową**.

Maria Nowacka uważa paternalizm upoważniony za jedyną dopuszczalną w medycynie postać paternalizmu. „O ile jednak w wypadku pacjenta potrzeba zawierzenia lekarzowi, oddania w jego ręce swego losu jest realizowana aktem własnej decyzji inspirowanej stanem psychiki, o tyle w wypadku lekarza potrzeba przyjęcia postawy paternalistycznej podlega racjonalizowaniu. Inaczej mówiąc, pacjent poddaje się paternalistycznej opiece lekarskiej, ponieważ czuje taką potrzebę, lekarz natomiast również przyjmuje postawę paternalistyczną dlatego, że czuje taką potrzebę, ale ponadto czuje potrzebę racjonalnego uzasadnienia, że jest to postawa słuszna i wskazana”²⁹. Skoro tak, to może dlatego rezygnacja z autonomii (zgoda blankietowa) nie wymaga za strony pacjenta racjonalnego ani prawnego uzasadnienia, natomiast wszelka ingerencja o charakterze paternalistycznym jest ściśle reglamentowana szeregiem ustawowych przesłanek.

Spotyka się pogląd, że w praktyce działań medycznych dość trudno jest niekiedy odgraniczyć paternalizm upoważniony od paternalizmu nieupoważnionego, czyli mocnego³⁰. O tym, czy pacjent dysponuje zdolnością do świadomego wyrażenia zgody, decyduje lekarz (ponieważ nikt inny i tak nie byłby w tej sprawie kompetentny, chyba żeby do każdego przypadku wątpliwego wzywać psychiatrę lub chociaż psychologa), a ograniczenia owej zdolności nie mają charakteru prawnie relewantnego, więc w konkretnym przypadku mogą być trafnie lub nietrafnie zinterpretowane jako brak rozeznania lub przeciwnie – jako rozeznanie pełne (np. w odniesieniu do pacjenta nie całkiem trzeźwego).

„Wydaje się więc, że lekarzowi bardzo trudno jest dokonać rozgraniczenia paternalizmu upoważnionego od paternalizmu nieupoważnionego. Byłoby to

²⁸ H. R. Wulff, S. A. Pedersen, R. Rosenberg, *Filozofia medycyny Wprowadzenie*, s. 237–243, za: M. Nowacka: *Autonomia...*, s. 12.

²⁹ M. Nowacka: *Autonomia...*, s. 23–24.

³⁰ M. Nowacka: *Autonomia...*, s. 14.

możliwe, gdyby zawsze, w każdych warunkach, dało się odróżnić stan świadomości od stanu nieświadomości. Zazwyczaj jednak lekarz ma do czynienia z pacjentem, który znajduje się w stanie jakby pośrednim: jest wprowadzić świadomy swej sytuacji, jednak z punktu widzenia lekarza jest to świadomość niepełna, przytłumiona czynnikami psychicznymi biorącymi się z uwarunkowań choroby. Lekarz może niechętnie godzić się z myślą, że przyjmowanie postawy paternalizmu nieupoważnionego powinno być ograniczone do sytuacji całkowitego braku świadomości pacjenta. Niechęć taka będzie tym silniejsza, im częściej w swej praktyce terapeutycznej lekarz stykał się będzie z przypadkami skuteczności medycznej działań realizowanych (z różnych zresztą powodów) bez uzyskania świadomego przyzwolenia na nie od pacjenta. Prosta konstatacja faktu, że pacjent jest wdzięczny za uratowanie zdrowia czy życia, zmienia się w przeświadczenie, że pacjent jest wdzięczny także za działania podejmowane nawet wbrew jego stanowisku, jeśli tylko ich ostateczny rezultat jest pozytywny; akceptacja czynu po fakcie zaczyna być wówczas interpretowana jako zasadnicze przyzwolenie na paternalizm. A ponieważ jakaś część pacjentów rzeczywiście woli zdać się na decyzję lekarza, niż decydować o sobie samodzielnie, stąd paternalizm może wydać się zarówno wskazany (z punktu widzenia lekarza), jak i oczekiwany (z punktu widzenia pacjenta)”³¹.

W tym miejscu warto jedynie zaznaczyć, że na gruncie naszego prawa adresatem upoważnienia może być tylko lekarz, a sama delegacja musi mieć charakter wyraźny i odbywa się poprzez zrzeczenie się prawa do informacji przy udzielaniu zgody na zabieg. W praktyce medycznej ten rodzaj delegacji pojawia się dosyć często, co jednak nie świadczy m.zd. za przyjęciem tego modelu jako zasady wyjściowej. Ten, kto chce zdać się w całości na lekarza, zawsze ma taką opcję, jednak szacunek dla wolności indywidualnych wyborów powinien przemawiać za rozwiązaniami **modelowo antypaternalistycznymi**, czyli w możliwie szerokim zakresie szanującymi autonomię. Trudno natomiast *de lege lata* rozwiązać problem ograniczonego rozeznania po stronie pacjenta. Działania ponad głowę pacjenta dopuszczalne są jedynie w szczególnych okolicznościach, a brak rozeznania stanowi tylko jedną z przesłanek. W stanach pośrednich – rozeznania ograniczonego – wydaje się konieczne poszukiwanie porozumienia z pacjentem celem uzyskania odeń wyraźnej akceptacji, choćby o charakterze uproszczonym.

³¹ M. Nowacka: *Autonomia...*, s. 16.

Inny, nowatorski wariant paternalizmu, chociaż w sferze deklaracji nie-paternalistyczny, proponuje Paweł Łuków³². U podstaw takiego podejścia leżą następujące założenia: 1) zgłaszający się do lekarza pacjent w sposób dorozumiany, poprzez samo zgłoszenie się, upoważnia lekarza do podjęcia działań dla jego dobra; przez sam fakt zasięgnięcia porady lekarskiej pacjent udziela warunkowej zgody na postępowanie lekarza zgodne z dobrem pacjenta³³; 2) badania empiryczne pokazują, że wśród pacjentów potrzeba autonomii i informacji wcale nie jest aż tak powszechna; 3) nie istnieją przekonujące racje na rzecz wartości autonomii, wobec tego model relacji lekarz – pacjent oparty na tej zasadzie nie zawiera dostatecznego uzasadnienia dla zabiegania o zgodę pacjenta³⁴; 4) autonomia jest definiowana w sposób tak wyidealizowany, że w praktyce czyni ją to niemożliwą do osiągnięcia.

Przegląd definicji paternalizmu prowadzi Autora do wniosku, iż alternatywna, intuicyjnie trafniejsza definicja paternalizmu powinna ujmować go jako „działanie dla cudzego dobra na podstawie przekonañ o dobru, które nie pochodzą od beneficjenta tego działania, tj. od osoby, dla której dobra zostaje ono podjęte” (s. 112).

A zatem wnioskowanie z przeciwnieństwa pozwala przyjąć, iż działanie na podstawie danych o dobru pacjenta pochodzących od niego samego nie stanowi aktów paternalizmu niezależnie od tego, ile i jakich interwencji zostałoby podjętych bez jego zgody.

Rozumowanie to z pozoru wydaje się zbieżne z następującą wypowiedzią Zbigniewa Szawarskiego:

„W medycynie tradycyjnie mówi się o paternalizmie medycznym, rozumiejąc przez to sytuację, gdy lekarz nie tylko wie lepiej, co jest dla pacjenta dobre, lecz także podejmuje określone działania w tym kierunku i czyni to bez wiedzy i bez jakiegokolwiek próby uzyskania zgody pacjenta. Rzecz jednak w tym, że dobro pacjenta jest pojęciem dwuznacznym i może być rozumiane zarówno jako dobro kliniczne, jak i dobro moralne. Lekarz bez wątpienia jest ekspertem w sprawach klinicznych i z całą pewnością wie lepiej niż pacjent, jakie są kliniczne implikacje wyboru takiej lub innej metody leczenia. Lekarz nie jest jednak ekspertem w sprawach moralnych. Właściwe mu pojęcie dobra moralnego może być zasadniczo różne od tego, co sam pacjent uważa za swoje dobro. Ilustruje to znakomicie klasyczny przypadek rato-

³² P. Łuków: *Granice zgody...*

³³ Ibidem, s. 162.

³⁴ Ibidem, s. 104.

wania życia świadków Jehowy metodą przetaczania krwi. Zgodnie z zasadą Hipokratesa lekarz nigdy nie powinien działać na szkodę pacjenta, o tym jednak, co jest, a co nie jest szkodą (dobrem), powinien przede wszystkim decydować pacjent”³⁵.

W powyższym zakresie dylemat wydaje się więc rozwiązany. Dyskusyjne są natomiast przyjęte przez P. Łukówa domniemania, jakoby pacjent udający się na **wizytę** lekarską i korzystający z **porady**, obecnie nazywanej też **konsultacją**, wyrażał tym samym zgodę, chociażby warunkową, na cokolwiek. Rozwiązanie przyjęte przez lekarską ustawę zawodową pozwala przyjąć zgodę dorozumianą tylko w odniesieniu do czynności uprzednio **zaproponowanych**³⁶. Wprawdzie społeczny odbiór bytności u lekarza mógłby różnić się od reguł interpretacji prawnej, jednak nawet uzus językowy wyraźnie temu przeczy: z udzielonej porady można skorzystać lub nie, więc sam fakt jej zasięgania o niczym jeszcze nie świadczy. Stosownie do rozumowania Autora „warunkiem umożliwiającym działanie na podstawie tej zgody jest ustalenie dobra pacjenta”³⁷, zaś „naturalną hipotezą jest założenie, że wiedza lekarza o dobru pacjenta będzie pochodziła od pacjenta. Wówczas jednak postępowanie zgodne z tymi przekonaniem nie będzie naruszało autonomii pacjenta”³⁸. Przyjęte domniemania prowadzą jednak do uproszczeń: wiedza nie znaczy to samo co zgoda. Pacjent może świetnie sobie uświadamiać, co jest dla niego dobre, ale jednocześnie za bardzo się bać, by zdecydować o wyrażeniu zgody. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym dopóki to nie nastąpi, tzn. póki zgoda nie zostanie w sposób wyraźny lub dorozumiany udzielona – postępowania lekarza nie można uznać za uprawnione. Ponadto zgoda może w każdym momencie zostać cofnięta, podczas gdy w ujęciu P. Łukówa ustalenie dobra pacjenta kończy pewien etap, w którym już nie ma miejsca na odwrót. Jeszcze większy niepokój wzbudza wnioskowanie, iż „wchodząc w relację z lekarzem, informując go o swoich problemach i oczekiwaniach, pacjent upoważnia go do działania zgodnie z jego lekarskimi przekonaniem. Gdyby było inaczej, przekazywanie tych informacji lekarzowi byłoby bezprzedmiotowe”³⁹. To rozumowanie zakłada, że każda pochodząca od pacjenta informacja zawiera *implicite* zgodę na interwencję w konsekwencji korzystną. Po pierwsze: informacji może być więcej i kolidujących ze sobą

³⁵ Z. Szawarski: *Mądrość i sztuka leczenia*, Gdańsk 2005 s. 138

³⁶ Art. 32 ust. 7 ustawy.

³⁷ P. Łuków: *Granice zgody...*, s. 162.

³⁸ Ibidem, s. 110.

³⁹ s. 111.

z punktu widzenia dobra pacjenta, po drugie: w sensie prawnym tylko świadoma rezygnacja z prawa do informacji może uchylać obowiązek informacyjny w sprawie podejmowanych czynności medycznych. W sensie moralnym też nie wygląda to najlepiej, skoro po udzieleniu wyczerpujących informacji o własnych preferencjach pacjent traci kontrolę nad wydarzeniami. Odwracając to rozumowanie, musiałby w celu zachowania bieżącej kontroli wytrwale milczeć lub starannie dozować informacje, a i tak koniec końców nie wiedziałby, co konkretnie będzie się z nim działo. Pytanie czy lepiej, by miał prawo do wyczerpującej wiedzy, chyba że z niej dobrowolnie zrezygnuje, czy żeby nie był z zasady doinformowany, o ile wyraźnie się nie upomni. Nasze prawo przyjmuje jako zasadę, że pacjent ma prawo wiedzieć, chyba że nie zechce⁴⁰. Z przywileju terapeutycznego lekarzowi wolno skorzystać tylko gdy została przez pacjenta wskazana osoba upoważniona do odbioru informacji, a wówczas pacjent otrzyma informację pełną dopiero na swe wyraźne żądanie. Wciąż jednak powraca pytanie, czy fakt upoważnienia osoby trzeciej jest prawnie równoznaczny z rezygnacją z bycia informowanym w razie niepomysłnych rokowań. Nie jestem przekonana, ale jeżeli tak, to trzeba by to pacjentom uświadamiać na każdym kroku (a zwłaszcza w momencie przyjęcia do szpitala). No i przywilej terapeutyczny nie znajdzie podstaw dla zastosowania, o ile pacjent nikogo upoważnionego do odbioru informacji nie wskazał.

Zdarza się, że oczekiwania moralne rozmiągają się z rozwiązaniami prawnymi, jednak powyższe domniemania, uzasadniające każdą interwencję medyczną zgodną ze znanym dobrem pacjenta zadeklarowanym przez niego samego, uważam za nieuprawnione. Tym bardziej, że w konsekwencji mają stanowić o moralnej dopuszczalności kłamstwa:

„Pojęciowe odróżnienie etapu ustalania dobra pacjenta od leczenia pozwala uniknąć podobnych kontrowersyjnych rozstrzygnięć w kwestii lekarskiej prawdomówności, a relację pacjent – lekarz widzieć jako dynamiczną. Bezkompromisowa zasada prawdomówności etapu ustalania dobra pacjenta nie musi przenosić się na etap terapii, analogicznie do empatii, która będąc aspektem szacunku dla osób może ograniczać się do etapu ustalania dobra pacjenta. Prawdomówność etapu ustalania dobra pacjenta może w pewnych okolicznościach prowadzić do takiej koncepcji dobra pacjenta, która dopuszcza okłamywanie go lub zatajanie przed nim prawdy na etapie leczenia”, „jednak nie w wyniku równoważenia zasad czy dóbr, lecz dlatego, że w danym

⁴⁰ Art. 31 ust. 3 ustawy.

przypadku relacji lekarz – pacjent występują faktyczne lub moralne powody uniemożliwiające zastosowanie zasady prawdomówności na etapie ustalania dobra pacjenta lub leczenia. Odstępstwo od prawdomówności na etapie leczenia nie musi też być trwałe. W zależności od klinicznego stanu pacjenta, komunikacyjnych umiejętności lekarza i charakteru więzi powstających między nim a pacjentem w trakcie ich kontaktów, może dojść do zmian w koncepcji dobra pacjenta i analogicznych zmian w możliwości stosowania zasady prawdomówności. Taka relacja lekarz – pacjent może być statyczna na etapie ustalania dobra pacjenta i podlegać zmianom na etapie leczenia⁴¹.

Wprawdzie fakt bezwzględnego mówienia prawdy może być w pewnych okolicznościach uważany za przejaw paternalizmu⁴², jednak jest to wyjątek od reguły. Chodzi o sytuacje, gdy lekarz, ignorując pozawerbalne sygnały od pacjenta, niejako wmusza mu pełną informację, podczas gdy tamten bądź nie jest na nią jeszcze gotowy, bądź w ogóle nie chce jej usłyszeć. Z moralnego punktu widzenia jest to niewłaściwe, o ile negatywny przekaz ze strony pacjenta da się wyraźnie uchwycić. Z punktu widzenia polskiego porządku prawnego – to rezygnacja z prawa do informacji powinna mieć charakter wyraźny⁴³, w przeciwnym bowiem wypadku pacjentowi należy się informacja pełna, nawet gdy nie deklaruje nic (art. 9 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta

⁴¹ P. Łuków: *Granice zgody...*, s. 287.

⁴² Z. Szawarski: *Mądrość i sztuka leczenia*: „Rzecz istotna, równie paternalistycznie może postępować lekarz, który w imię dobra pacjenta mówi mu bezwzględnie prawdę i tylko prawdę. Osobliwy neopaternalizm współczesnej medycyny zachodniej polega na tym, iż traktuje ona obowiązek powiedzenia pacjentowi prawdy dokładnie tak samo, jak dawni lekarze traktowali obowiązek oszczędzania pacjentowi niepotrzebnego cierpienia. Lekarz taki przyjmuje więc znów rolę eksperta moralnego: wiem, że prawda jest dla ciebie dobra. I czy chcesz tego, czy nie, powiem ci, jaka jest diagnoza i dalsze prognozy twojego leczenia. Jeśli nie będziesz znał prawdy, nie będziesz mógł wyrazić świadomej zgody na zabieg, a bez zgody na zabieg nie mogę ci uratować życia. Tak czy inaczej, musisz znać prawdę. (...) Zauważmy, na czym polega tragiczna w istocie osobliwość moralna tej sytuacji. (...) Pacjent ma również niezbywalne prawo do niewyrażenia zgody na leczenie. Żeby jednak mógł kompetentnie podjąć decyzję, musi dysponować możliwie pełnym zasobem informacji o istniejącym stanie rzeczy i możliwych konsekwencjach takiej lub innej decyzji. Chcesz czy nie chcesz, musisz wiedzieć. Rola lekarza ogranicza się do roli doradcy, który proponuje, ale nie decyduje. Decyduje wyłącznie pacjent. Kłopot polega na tym, że pacjent z reguły nie jest merytorycznie przygotowany i psychologicznie zdolny do poczynienia właściwego wyboru, i że to lekarz w istocie rzeczy powinien pomóc mu w podjęciu właściwej decyzji (s. 139).

⁴³ Na **żądanie** pacjenta lekarz nie ma obowiązku udzielać pacjentowi informacji, o której mowa w ust. 1 – art. 31 ust. 3 uzawlek. [podkr. M.B.].

w zw. z art. 31 ust. 1 uzawlek.). Z punktu widzenia psychologicznego – negatywny przekaz pozawerbalny powinien być dla lekarza sygnałem do „wyhamowania” i upewnienia się, czy pacjent chce słuchać, czy może życzy sobie nie wiedzieć. Elementarna ludzka wrażliwość podpowiada, żeby kto jak kto, ale lekarz zwracał na takie niuanse uwagę.

Natomiast generalne upoważnienie do okłamywania pacjenta nie mieści się ani w powszechnie przyjętych zasadach etyki medycznej, ani w naszym porządku prawnym. Koncepcja P. Łukowa stanowi w istocie odmianę paternalizmu upoważnionego (lub jak kto woli autonomii blankietowej), jednak za źródło upoważnienia służy ciąg domniemań, które wydają się co najmniej wątpliwe. W naszym porządku prawnym nie ma na nie miejsca, podobnie jak nie ma w ogóle miejsca na okłamywanie pacjenta (instytucja przywileju terapeutycznego pozwala jedynie na **ograniczenie** informacji udzielonej pacjentowi – art. 31 ust. 4 uzawlek).

Można jeszcze na zakończenie tego etapu rozważań zastanowić się, jakie założenia aksjologiczne podyktowały taki właśnie sposób proponowanego postępowania z pacjentem. Wśród nich warto zapamiętać szczególnie jedno: „upieranie się przy standardowej definicji paternalizmu sugerowałoby swoiste fetyszyzowanie prawa jednostki do decydowania o sobie w sposób, który kałaby poświęcać dla niego wszystkie inne prawa i dobra lub **godzenia się na nierozsądne i autodestrukcyjne działania jednostek**” [podkr. M.B.]⁴⁴. Paradoksiem Kantowskiego wydania etyki obowiązku jest w tym ujęciu to, że generalne poszanowanie wyborów jednostki oraz deklarowana niedopuszczalność przedmiotowego traktowania człowieka nie stanowią przeszkody dla przeciwdziałania jego wyborom „nieracjonalnym”, „nierozsądnym”, czy – jak chciałby Paweł Łuków – „autodestrukcyjnym”. Wolność decyzji musi zatem skończyć się tam, gdzie pacjent przestaje spełniać określone kryteria. Nie są to jednak kryteria niekompetencji sprowadzające się do niedostatecznego rozeznania, lecz narzucone z zewnątrz ramy racjonalności. W ten sposób pacjenta, który „nieracjonalnie” upiera się przy czymś, co z punktu widzenia oceniającego nie byłoby dla niego „dobre”, wolno jest powstrzymać w ten sposób, że po uzyskaniu informacji co do jego subiektywnie ujmowanego dobra, wdrożyć leczenie zgodne z owym dobrem, ale zgodne już tylko w ocenie lekarza. Powstaje pytanie, po co na etapie leczenia byłyby kłamstwa? Czy tylko po to, by oszczędzić pacjentowi drastycznych lub mało apetycznych szczegółów?

⁴⁴ P. Łuków: *Granice zgody...*, s. 120.

Dzięki temu lekarzowi ma udać się pogodzić wolność pacjenta w ustalaniu własnego dobra z (arbitralnym) brakiem przyzwolenia na jego autodestrukcję lub brak rozsądku.

Zbyt dużo autonomii jest uważane za źródło kłopotów i to bardziej jak się wydaje dla samych pacjentów, niż dla ich lekarzy:

„Skoro bowiem profesjonalista zna dobro pacjenta lub potencjalnego uczestnika badań, to może sam ustalić, czy rozważane działanie służy jego dobru bądź zagraża jego celom i wartościom. Zapewnienie pacjentom i uczestnikom badań możliwości autonomicznego autoryzowania działań profesjonalisty może co najwyżej dać im satysfakcję, że sami dokonali wyboru. Ta satysfakcja jest jednak dostępna tylko osobom, które cenią autonomię działania. W przeciwnym razie dążenie do uzyskania i wydawanie świadomej zgody będzie zbędnym i kłopotliwym rytuałem”⁴⁵.

Jeśli pacjent nie ceni sobie autonomii działania, zawsze może z niej zrezygnować. Jeżeli natomiast ceni, takie rozwiązanie z zasady godzi w jego wolność. Wolność jest dobrem, którym wolno rozporządzać – wystarczy wskazać dobrowolne znalezienie się w zamknięciu. Czy zatem lepiej przyjąć wolność jako zasadę, z której możliwe jest zrezygnowanie, czy też zasadą uczynić podporządkowanie lekarzowi? Wstępne ustalenia, co pacjent uważa za swe dobro, nie gwarantują poszanowania owego dobra na etapie leczenia, skoro później pacjenta wolno nawet okłamać. Najważniejsze z punktu widzenia gwarancji dla pacjenta jest zapewnienie mu choćby pobieżnej kontroli nad podejmowanymi wobec niego czynnościami. Wymaganie co do udzielenia zgody na każdą z nich (lub na ich sekwencję) kontrolę tę zapewnia. Pacjent może w każdym momencie zmienić zdanie: cofnąć zgodę lub z dowolnych przyczyn zmodyfikować koncepcję własnego dobra. Wówczas interwencje podyktowane nieaktualnymi już danymi powinny zostać zaniechane.

„Akty paternalizmu są z punktu widzenia autonomii zasad dopuszczalne wtedy, gdy istnieje jasność w kwestii dobra pacjenta i ustalanie koncepcji tego dobra w danym przypadku relacji pacjent – lekarz jest praktycznie zbędne i/ lub gdy z technicznych bądź moralnych powodów poznanie przekonań pacjenta o jego dobru jest niemożliwe. W tych ostatnich przypadkach niepodjęcie aktu paternalizmu zagroziłoby dobru pacjenta. Akty paternalizmu są w proponowanym modelu relacji pacjent – lekarz dopuszczalne wtedy, gdy nie można zastosować zasady prawdomówności. W takich sytuacjach grani-

⁴⁵ Ibidem, s. 133.

ce zgody określa możliwość spełnienia postulatów prawdomówności i zasada szacunku dla osób⁴⁶.

„Jasność w kwestii dobra pacjenta” nie jest możliwa do ustalenia raz na zawsze lub raz na użytek konkretnej procedury medycznej. Co znaczy sformułowanie, że „z powodów moralnych niemożliwe jest poznanie przekonań pacjenta” – w ogóle trudno wyczuć, chyba że chodziłoby o pytania, których z przyczyn moralnych lekarz pacjentowi nie powinien zadawać; jednak taka interpretacja ociera się o absurd.

Jest to kolejna propozycja wpierania pacjentowi działań medycznych dla jego własnego dobra i niewiele zmienia fakt, że informacji o tym dobru udzielił wcześniej sam pacjent. Owe autonomiczne zasady mają jedną podstawową wadę: wobec pacjenta stanowią kryterium zewnętrzne, sposób ich zdefiniowania nie pochodzi od niego, tylko od autorytetu etycznego. Powstaje pytanie, jaką legitymację ma ów autorytet wobec wolnych ludzi. Normy moralne zostały inkorporowane do systemu prawnego poprzez wprowadzenie klauzuli zasad współżycia społecznego ograniczającej niewłaściwe korzystanie z praw cywilnych (art. 5 k.c.). Po raz kolejny można postawić pytanie, dlaczego np. celowe działanie autodestrukcyjne jednostki miałyby być uchybieniem wobec innych; godzić w dobro stosunków międzyludzkich. Można co najwyżej bronić poglądu, że oczekiwanie od lekarza zachowań czynnych odpowiadających tej intencji pacjenta jest moralnie nieestosowne, zważywszy jego powołanie zawodowe. Aczkolwiek i tutaj dałoby się sformułować wyjątki uzasadnione szczególną sytuacją pacjenta przemawiającą za udzieleniem mu pomocy w zejściu z tego świata (np. nieznosne cierpienie bólu, którego nie zmniejszają żadne środki uśmierzające). Gdy jednak chodzi o uzasadnienie dla **nieczynienia** – wystarczającym powodem powinna być wola pacjenta, który w konkretnym przypadku żąda, by zostawić go w spokoju. Niemniej, zgodnie z koncepcją P. Łukówa, powinien on uparcie i wytrwale milczeć, ażeby nie dostarczyć lekarzowi żadnych danych na temat swego dobra, ponieważ tylko w ten sposób zdoła uniknąć niechcianej interwencji leczniczej.

„[Rozszerzona definicja paternalizmu] dopuszcza wiele stanowisk normatywnych, których normy mogą wymagać ochrony przed nieusprawiedliwionym paternalizmem, a pozwalać na paternalizm oparty na zgodności przekonań działającego i beneficjenta. Uzależnienie dopuszczalności paternalizmu od zgodności przekonań działającego o dobru beneficjenta z jego

⁴⁶ Ibidem, s. 24.

własnymi przekonaniem o tym dobru nie jest konsekwencją uznania prawa jednostek do decydowania o sobie, lecz oznacza tylko, że zgodność taka gwarantuje, iż nie zostaną naruszone ważne przekonania beneficjenta”⁴⁷.

Ustalenie „ważnych przekonań beneficjenta” miałoby w ten sposób pozwolić na przejście do porządku nad jego wolą. Najpierw wspólnie z beneficjentem (pacjentem) ustala się, na czym w konkretnym przypadku polega jego dobro i to ma wystarczyć, żeby następnie, już bez pytania o zgodę i bez obowiązku informowania o planowanych czynnościach, podjąć takie, które w przekonaniu lekarza są z tym dobrem zgodne. **Jeżeli do wyboru jest więcej niż jeden sposób postępowania – decyzja należy do lekarza, a nie do pacjenta.** Na tym tle powstaje dychotomia: czym innym są „ważne przekonania pacjenta”, które podlegają ochronie, a czym innym wola tego pacjenta, która w tym ujęciu nie podlega już ochronie od momentu, gdy wyeksplikował lekarzowi swe dobro. Rozważania te mają przekonać, że pacjentowi niepotrzebna jest autonomia, gdy lekarz poznał już jego koncepcję własnego dobra.

Łatwo jest postulować autonomię z pozycji pryncypialnych (jako przejaw poszanowania dla wolności), trudniej natomiast uporać się z problemem w konkretnych przypadkach medycznych. Prawnik domaga się respektowania konkretnych zasad, podczas gdy lekarz gotów jest z marszu podać szereg przykładów co najmniej niejednoznacznych z moralnego czy medycznego punktu widzenia.

Na zasadzie pewnego uogólnienia, dobre strony wzorca paternalistycznego ukazywane są następująco:

„Paternalizm, choć często ubezwłasnowolniający pacjenta, był jednak stosunkiem opartym na poczuciu odpowiedzialności za losy pacjenta, na empatii, odpowiadał więc temu, co rozumiemy pod pojęciem humanitaryzmu. Stosunek oparty wyłącznie na spisanych prawach i obowiązkach staje się stosunkiem formalnym, gdzie lekarz bardziej będzie czuwał nad tym, aby postępować zgodnie z literą prawa, niż interesować się skutkami takiego postępowania. Obok wkroczenia do medycyny coraz bardziej skomplikowanej techniki, obok coraz węższej specjalizacji lekarzy, jest to kolejny krok, który niewłaściwie wykorzystany może stać się przyczyną dalszej dehumanizacji medycyny”⁴⁸.

Każda z tych postaw niesie ze sobą dla pacjenta inny rodzaj ryzyka, jednak takie eksponowanie różnic, prowadzące do przeciwstawienia paternalistycz-

⁴⁷ P. Łuków: *Granice zgody...*, s. 120–121.

⁴⁸ T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2002, s. 61. za: M. Nowacka, *Autonomia...* s. 61.

nej empatii i bezdusznego niezaangażowania oparte jest na uproszczeniu: porównuje się bowiem skrajnie pozytywne aspekty paternalizmu ze skrajnie negatywnymi aspektami poszanowania autonomii. Czy paternalistyczny lekarz decydujący samowolnie o mniej oszczędzającej dla pacjentki metodzie operacyjnej będzie rzeczywiście czuł się odpowiedzialny i empatycznie odbierał jej negatywne doznania? Taka czy inna postawa nie rzutuje na empatię ani na poczucie odpowiedzialności. Wyczerpujące poinformowanie pacjenta przed uzyskaniem świadomej zgody jest m.zd. przejawem większej odpowiedzialności za proponowaną metodę leczenia, a dopasowanie zakresu informacji do indywidualnych preferencji pacjenta, po zebraniu w tej sprawie wywiadu, świadczy o większej empatii. Kontrakt nie musi być odpersonalizowany tylko dlatego, iż jest kontraktem, zwłaszcza że umowa zlecenia, której mutacją jest umowa o leczenie, opiera się w dużej mierze na osobistym zaufaniu stron.

Jak już zostało trafnie zauważone, pokusa paternalizmu pojawia się zwłaszcza tam, gdzie pacjent uporczywie, irracjonalnie i z dużym ładunkiem emocji odmawia zgody na terapię, która zgodnie z najlepszą wiedzą i osobistym doświadczeniem lekarza powinna przynieść korzyści. „Sytuacje takie zdarzają się dość często, gdy ciężki stan chorego, perspektywa długotrwałego i męczącego leczenia czy konieczność dokonania zabiegu okaleczającego powodują u pacjenta nastrój rezygnacji, rodzą poczucie bezsensowności dalszej terapii”⁴⁹.

„Szczególnie dramatyczne akcenty rozmowy miały miejsce wtedy, gdy trzeba było zaproponować rodzicom amputację kończyny u ich dziecka. Niedokrotnie nasze argumenty naukowe i moralne przegrywały w konfrontacji z uporem i dezaprobatą”⁵⁰.

Dalej jednak cytowani lekarze referują, że w wielu przypadkach mimo wszystko zdołali uzyskać zgodę; dzięki wielokrotnym dialogom, przekonywaniu, zdobywaniu zaufania przez indywidualne rozmowy, czyli dokładnie tak, jak trzeba postępować z pacjentem: informacja, empatia, indywidualne podejście, a to wszystko dzięki ustawowemu wymaganiu, by na terapię pacjent wyraził zgodę. Tak więc pacjent (a dokładnie – przedstawiciel ustawowy pacjenta) doczekał się w pełni humanitarnego potraktowania dzięki prawnie

⁴⁹ M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 62.

⁵⁰ A. Patryn, W. Szulc, *Współdziałanie między pacjentem i jego rodziną a lekarzem w okresie choroby nowotworowej*, Rehabilitacja medyczno-socjalna w onkologii narządu ruchu, Materiały Sesji Naukowej, Lublin, 6–7 XII 1984 r., Warszawa 1986, s. 11, za: M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 62.

zagwarantowanemu poszanowaniu dla autonomii. Jest to szczególnie ważne zwłaszcza w obliczu tak dramatycznych decyzji jak zgoda na amputację. W odniesieniu do pacjentów małoletnich pozostaje jeszcze zawsze przełamanie sprzeciwu opiekunów przez odwołanie się do sądu. Wówczas paternalizm rodzicielski zostaje zastąpiony paternalizmem sądowym. Dorosły i sprawny umysłowo pacjent pozostaje natomiast z decyzją sam na sam.

Innym źródłem wyrazistych przykładów jest sfera rehabilitacji. Pacjenci trwale okaleczeni często przeżywają załamanie i w tym stanie nie dostrzegają celowości rehabilitacji, która w ich przypadku wymaga wielu wyrzeczeń: jest męcząca, bolesna i uciążliwa. Tymczasem czas nagli, bo im szybciej podejmie się stosowne działania, tym większe szanse na ich efektywność. Tutaj lekarz rzeczywiście wie lepiej od pacjenta i trudno mu zaakceptować odmowę, którą odbiera jako nie do końca świadomą. Podejście paternalistyczne może wobec tego wydawać mu się usprawiedliwione⁵¹. Jeżeliby ingerencja w wolę pacjenta zakończyła się sukcesem, jest w tej dziedzinie prawie pewne, iż *post factum* pacjent okaże wdzięczność, że zmobilizowany nawet wbrew samemu sobie odzyskał sprawność. Nie zmienia to jednak faktu, że jego autonomia została pogwałcona. Dla jego dobra i z pozytywnym rezultatem, któremu nie sposób zaprzeczyć. Równie dobrze jednak próba może zakończyć się fiaskiem i pacjent zgłosi pretensje z powodu zmuszania go do znoszenia cierpień. Lekarze odczuwają silną skłonność do argumentacji „z korzyści po fakcie”, niemniej trzeba zwrócić uwagę, że w świetle prawa późniejsza korzyść i nawet wdzięczność ze strony pacjenta nie sanują bezprawnego naruszenia wolności. Gdyby tak było, pacjent zostałby faktycznie pozbawiony wolności wyboru, ilekroć po fakcie okazałoby się, że odniósł korzyść. Powstaje pytanie, czy może jednak z moralnego punktu widzenia argumentacja „z korzyści po fakcie” nie jest słuszna, a ewentualnie podniesiony przez pacjenta zarzut paternalizmu należałoby potraktować jako nadużycie prawa?

Ci autorzy, którzy wśród koniecznych przesłanek paternalizmu wymieniają naruszenie lub gotowość do naruszenia zasady moralnej⁵², proponują jednocześnie kryterium moralnej dopuszczalności dla postawy paternalistycznej: „Jeżeli wszyscy rozumni ludzie zgodziliby się, że zło, którego udało

⁵¹ Zob. M. Sidor-Rządkowska, *Paternalizm w rehabilitacji*, Etyka nr 27/1994, za: M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 15–16.

⁵² zob. B. Gert, C. Culver, *The Justification of Paternalism*, W. Robinson, M. Pritchard (red.), *Medical responsibility*, Humana Press, New Jersey 1979, s. 2, za: M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 17.

się uniknąć dzięki powszechnemu przyzwoleniu na pogwałcenie reguł, byłoby większe niż zło spowodowane tym powszechnym przyzwoleniem, wówczas pogwałcenie to jest mocno usprawiedliwione; jeżeli zaś nikt by się z tym nie zgodził, wówczas byłoby nieusprawiedliwione”⁵³. Dodatkowego wyjaśnienia wymagałoby jednak zarówno, co znaczy „wszyscy” jak „rozumni”. O ile teoretycznie możliwe jest przeprowadzenie pod tym kątem badania opinii publicznej i ustalenie zdania owych „wszystkich” (lub znacznej większości), to dużo bardziej problematyczne (i nie od dziś) jest rozumienie kryterium „rozumności” (lub ewentualnie „rozsądku” – co wychodzi na jedno, nadal niewiadome). Jak słusznie zauważyła Maria Nowacka, przyjęcie go oznacza zamaskowany subiektywizm: ponieważ w istocie to autor kryterium decyduje, jaka postawa jest „rozumna” i tę usprawiedliwia. „Moralna ocena czynu pozornie tylko dokonana zostaje poza podmiotem działającym, czyli lekarzem, faktycznie zaś to lekarz miałby decydować, jaka jego postawa wobec pacjenta jest w danych okolicznościach postawą racjonalną”⁵⁴.

Manewrowanie definicjami paternalizmu i autonomii powoduje zaciemnienie różnic między sytuacjami granicznymi. Niewykluczone, że przeprowadzenie ostrych rozgraniczeń nie wszędzie okaże się możliwe. Różnice w sposobach definiowania służą usprawiedliwieniu niektórych sposobów podporządkowania sobie pacjenta przez lekarza i z tego punktu widzenia nie tyle istotna jest sama klasyfikacja, co stwierdzona możliwość decydowania **zamiast** pacjenta. Rekapitulacja rozważań pozwala odróżnić czysty paternalizm twardy, co do którego niedopuszczalności panuje w zasadzie jednomyślność, od postaw „mieszanych” tzn. uwzględniających wolę pacjenta, ale tylko do pewnego stopnia, jak również od decydowania w zastępstwie osób pozbawionych w ogóle własnej woli.

1. Czysty paternalizm twardy ujawnia się wówczas, gdy decyzja w sprawie leczenia zostaje podjęta wbrew znanej lekarzowi woli pacjenta własnowolnego, kompetentnego i dojrzałego.
2. Zamaskowaną wersją czystego paternalizmu twardego jest celowa interpretacja woli pacjenta jako wyrażonej w warunkach braku kompetencji: przypisanie mu stanu splątania, niepełnosprawności umysłowej wykluczającej zrozumienie lub innych zaburzeń świadczących jakoby o braku rozeznania. Przykładem może być następujące rozumowanie: To niemożliwe, by samobójca był w pełni władz umysłowych, skoro postąpił wbrew

⁵³ j.w. s. 6.

⁵⁴ M. Nowacka, *Autonomia...* s. 17.

- instynktowi samozachowawczemu. Na szczęście jednak może da się go odratować i związku w tym nie będziemy respektować jego sprzeciwu.
3. Drugą zakamuflowaną wersją czystego paternalizmu twardego jest uzyskanie zgody od pacjenta na zaplanowaną przez lekarza terapię dzięki kłamstwu lub manipulacji. Np. w sprawie o odszkodowanie za oczywiście bezzasadną amputację piersi⁵⁵ chirurg, aby nakłonić pacjentkę do operacji okłamał ją, że wyniki badań jednoznacznie wskazują na nowotwór i tylko amputacja piersi zapewni całkowite wyleczenie oraz że konsultował się w tej sprawie z onkologiem. (W rzeczywistości guz był gruczolakom – włóknakiem, którego nie leczy się tak radykalną metodą, a konsultacji onkologicznej lekarz nie przeprowadził). Autonomia pacjenta jest tutaj pozorna.
 4. Paternalizm „usprawiedliwiony wyższą racją moralną” to pogwałcenie woli pacjenta uzasadniane za pomocą kryterium moralnego następującej treści: „Jeżeli wszyscy rozumni ludzie zgodziliby się, że zło, którego udało się uniknąć dzięki naruszeniu reguł, byłoby większe niż zło spowodowane ich przestrzeganiem”. Zauważmy, że owa wyższa racja moralna służyć może jako usprawiedliwienie złamania wszelkich reguł, o ile krąg bliżej nieokreślonych „wszystkich rozumnych” opowiedziałby się za nią. Autonomię jednostki ogranicza w tym momencie zewnętrzna granica powszechniej jakoby racjonalności.
 5. Paternalizm ograniczonego kontaktu. Ograniczone rozeznanie pacjenta bądź inne czynniki powodują jedynie połowiczne zrozumienie przekazu od lekarza. Lekarz dostrzegając, że nie może się z pacjentem porozumieć, rezygnuje z dalszych prób i decyduje za niego.
 6. Paternalizm, który roboczo nazwę nierozumiejącym, polega na zacydowaniu wbrew woli pacjenta źle odebranej jako zgoda. Od strony dowodowej sytuacja jest nad wyraz trudna. Niezrozumienie może być usprawiedliwione okolicznościami – np. nieprecyzyjnym wysławianiem się pacjenta w okolicznościach nagłych. Wówczas lekarzowi nie da się przypisać winy choćby nieumyślnej. Działającemu w dobrej wierze lekarzowi trudno nawet przypisać postawę paternalistyczną. Ilustruje to następujący kazus: ciężarna pacjentka po wcześniejszych czterech cesarskich cięciach trafia do szpitala z krwotokiem. Lekarze przystępują do piątego cięcia ze świadomością, że następna ciąża może ją zabić, pro-

⁵⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 19 lipca 1999 r., I C 1150/98, OSP nr 2/2002, poz. 59 z gl. M. Nesterowicza.

ponują zatem sterylizację. Pacjentka w stanie przerażenia graniczącego z paniką powtarza tylko raz po raz, żeby ją ratować od śmierci, co zostaje uznane za zgodę również na sterylizację. Tymczasem już po wykonanym zabiegu pacjentka zgłasza pretensje twierdząc, że chodziło jej tylko o ratowanie życia zagrożonego bezpośrednio, a pytanie o sterylizację w ogóle do niej nie dotarło.

7. Paternalizm z fikcji upoważnienia. Działanie bez zgody pacjenta, ale na podstawie danych o dobru pacjenta pochodzących od niego samego (niezależnie od tego, ile i jakich interwencji zostałyby podjętych).
8. Paternalizm słaby (ograniczony). Działanie przy nieznanach preferencjach pacjenta niekompetentnego, niewłasnowolnego lub niedojrzałego.
9. Paternalizm szanujący autonomię: tzw. paternalizm upoważniony (autonomia blankietowa). Pacjent dobrowolnie rezygnuje z prawa do decydowania przenosząc je na lekarza.

Powyższe zestawienie relacji między lekarzem a pacjentem pokazuje, że ich nacechowanie paternalizmem lekarskim może różnić się co do stopnia, podobnie jak w różnym nasileniu przejawiają się postawy autonomiczne pacjentów.

Polski porządek prawny zwalnia z obowiązku uzyskania zgody pacjenta jedynie w okolicznościach, gdy ten ze względu na wiek lub stan zdrowia zgody udzielić nie może, a wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej (art. 33 ust. 1 ustawy). Przepis ten stanowi jedyne prawne uzasadnienie dla paternalizmu słabego. Sądowe zezwolenie zastępcze przewidziane jest tylko w odniesieniu do pacjentów niezdolnych do świadomego wyrażenia zgody lub małoletnich przy niemożności porozumienia z przedstawicielem ustawowym lub w razie jego braku (art. 32 ust. 2 ustawy) albo gdy chodzi o zabieg tzw. podwyższonego ryzyka (art. 34 ust. 3 ustawy). W razie zagrożenia życia lub ciężkim rozstrojem zdrowia bądź ciężkim uszkodzeniem ciała dla pacjenta niezdolnego, niepotrzebna jest nawet zgoda sądu (art. 34 ust. 7 ustawy). **Ustawa nie przewiduje zatem ograniczonej zdolności do świadomego wyrażenia zgody.** Oznacza to, że w przypadkach wątpliwych lekarz ma obowiązek zgodę uzyskać, nie wolno więc posilkować się paternalizmem sądowym, dopóki ustawowo kompetentny pacjent zachowuje choćby najbardziej ograniczone rozeznanie. Taka regulacja powinna chronić przed wszystkimi wymienionymi rodzajami paternalizmu. Ochronę gwarantuje ustawowa dychotomia: na zdolność lub niezdolność do świadomego wyrażenia zgody. Tylko całkowita niezdolność pacjenta uchyla obowiązek uzyskania zgody od niego samego. W praktyce grozi natomiast nadużywanie przez lekarzy kwalifikacji „niezdolny”, dlatego

zadaniem sądu powinno być w każdym przypadku upewnienie się co do tego. Tyle teoria wynikająca z przepisów, trudno natomiast o jednoznaczne rozwiązanie w przypadkach na tyle naglących, że nie ma czasu na nic oprócz ratowania – np. przywiezionej karetką na sygnale zbroczonej krwią ofiary wypadku drogowego, która jednak zachowała choćby śladowe rozeznanie. Gdy chodzi o paternalizm upoważniony – ustawową podstawą do jego przyjęcia jest art. 31 ust. 3 ustawy – przewidujący dobrowolną rezygnację przez pacjenta z prawa do informacji. Wówczas wymagana odeń przez prawo zgoda na interwencję medyczną zostaje udzielona w stanie niepoinformowania, ma zatem charakter blankietowy. Nie ma natomiast podstaw prawnych, by pacjent mógł na lekarza przenieść prawo do wyrażenia zgody na zabieg bądź sekwencję zabiegów.

Sprawą, w której paternalizm, tak medyczny, jak sądowy, przybrał formę szczególnie jaskrawą (by nie powiedzieć – drastyczną), był przypadek Angeli Carder (relacjonowany jako „kazus A.C.”), którą wbrew woli poddano zabiegowi cesarskiego cięcia. Pacjentka, lat 27, była śmiertelnie chora na raka i w dwudziestym szóstym tygodniu ciąży. Sprawa miała miejsce w 1987 roku. Opinia neonatologa dawała płodowi 50–60% szans na przeżycie w razie rozwiązania porodu przez cesarskie cięcie. Jednocześnie wiadomo było, że operacja przyspieszy śmierć pacjentki. Preferencje jej samej były niestałe, a lekarze nie wierzyli w jej całkowitą kompetencję. Wobec tego pełnomocnicy szpitala wystąpili do sądu o rozstrzygnięcie, czy szpital ma obowiązek starać się o uratowanie dziecka, gdy matce nie można już pomóc. Rozprawa odbyła się w trybie przyspieszonym na terenie szpitala i trwała trzy godziny. Sędzia wydał orzeczenie nie tylko ponad głową pacjentki, ale w ogóle bez jej wysłuchania i bez osobistej z nią styczności. Wniesiony przez adwokata Angeli Carder pozew o wstrzymanie wykonania orzeczenia został oddalony przez Sąd Apelacyjny Okręgu Columbia. Pacjentka zmarła dwa dni po operacji. Jej dziecko – dziewczynka – żyło dwie i pół godziny. Nadano mu imię i założono kartę narodzin. W pięć miesięcy później sędziowie przysięgli orzekli, że pacjentka miała przed sobą najwyżej dwa dni spokojnego życia. Podtrzymując oddalenie pozwu powołali się na precedens, według którego „stan ma obowiązek strzec interesu niewinnych osób trzecich przed decyzjami ludzi dorosłych o przerwaniu leczenia”. „Prawo płodu do życia może w tym wypadku przeważać nad prawem matki do własnego ciała”⁵⁶.

⁵⁶ *In re A.C.*, 533 A.2d („Atlantic Reporter” – seria 2) 611 (D.C. App. – District of Columbia, Court of Appeals – 1987).

Werdykt został następnie unieważniony⁵⁷, a sprawa wróciła na wokandę. W spory zaangażowały się organizacje prawnicze i lekarskie. W rezultacie ponownego rozpoznania sprawy Sąd Apelacyjny Stanu Columbia⁵⁸ stwierdził, że poprzednie orzeczenie było błędne, ponieważ ważyło interes i prawa matki oraz interes płodu z pominięciem świadomej decyzji pacjentki, względnie decyzji zastępczej gdyby pacjentka okazała się niekompetentna. W uzasadnieniu powołał się na prawo kompetentnych dorosłych do świadomego wyboru w sprawie kontynuacji lub przerwania leczenia oraz uznał, iż życzenia kobiety ciężarnej „będą faktycznie decydować we wszystkich przypadkach”. Cesarskie cięcie wbrew woli zostało potraktowane jako „brutalne wtargnięcie w integralność” i porównane z wymuszonym pobraniem organów do przeszczepu – podczas gdy poprzedni skład orzekający zezwalając na cesarskie cięcie oparł się właśnie na analogii do praktyki oraz przepisów dotyczących pobierania tkanek i narządów⁵⁹.

Komentujący orzeczenie Tom B. Beauchamp i James F. Childress zwrócili uwagę na niepokojący fakt, że cesarskie cięcia wbrew woli pacjentek były wykonywane nadal (stan na rok 1991), a samemu orzeczeniu wytknęli nierozwiązanie problemu wyważenia interesów oraz brak ustalenia kryteriów, według których konkretną sprawę dałoby się zakwalifikować bądź jako regułę, bądź jako wyjątek⁶⁰. W 1992 roku sąd brytyjski zezwolił szpitalowi na zabieg wbrew woli pacjentki, kierując się ochroną dziecka. Orzeczenie było następnie krytykowane⁶¹, jednak jego wydanie pozostaje złowrogim faktem. Z punktu widzenia obowiązującego w Polsce prawa medycznego nie ulega wątpliwości, że rozwiązanie porodu przez cesarskie cięcie stanowi zabieg na organizmie kobiety, więc to jej zdanie powinno mieć znaczenie decydujące. W razie gdy pacjentka jest niezdolna do świadomego wyrażenia zgody, wymaga się zezwolenia zastępczego sądu. Od wymagania tego wolno odstąpić jedynie *in extremis* (art. 34 ust. 7 ustawy). Pacjentką jest przede wszystkim kobieta ciężarna, a nie płód, ponieważ to jej brzuch ma być rozcinany i to ona otrzyma znieczulenie – jedno i drugie połączone z ryzykiem dla zdrowia oraz życia. Cesarskie cięcie wbrew woli stanowiłoby

⁵⁷ 539 A.2d 203 (1988).

⁵⁸ *In re A.C.* 573 A.2d 1235 (D.C. App. 1990).

⁵⁹ Na podstawie: T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV, Warszawa 1996, s. 452–453.

⁶⁰ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 453.

⁶¹ Sprawa *Re S.* – za: M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. X, s. 147.

naruszenie jej autonomii. Nie ma ustawowych podstaw do ważenia interesów kobiety i płodu. W zwykłych okolicznościach są one na ogół zbieżne. Zdarzyć się mogą jednak sytuacje takie, jak kasus Angeli Carder, która już to nie chciała skracać sobie resztek życia, już to zwyczajnie bała się operacji, a może jeszcze życzyła sobie umierania w spokoju – jednak w imię dobra płodu jej wola została zupełnie zlekceważona. Operacja skróciła jej życie. Niewykluczone, że na późniejszych negatywnych ocenach pierwszego orzeczenia zaważył fakt, że dziecko i tak nie przeżyło. Gdyby jednak przeżyło, z punktu widzenia dobra pacjentki sytuacja wyglądałaby identycznie: jej dobra i prawa musiały ustąpić przed dobrami i prawami *nasciturusa*. Dogasające życie kobiety zostało uznane za mniej ważne niż życie nienarodzonego, skoro wiadomo było, że operacja to życie jeszcze skróci – a zatem pozbawi ją części z ostatnich chwil. Konflikt dóbr: prawo do życia przeciw prawu do własnego ciała – został zatem przez pierwszą instancję od początku ustalony błędnie. Ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie jest natomiast zbieżne z prawem obowiązującym obecnie u nas. Wydawałoby się, że wobec tego na gruncie polskim ciężarna pacjentka nie musi się w tym zakresie obawiać o swą autonomię, gdyby nie to, że zarówno w bioetyce, jak w prawie, po ponad dwudziestu latach od sprawy Angeli Carder, podjęte zostały próby ekshumowania owego „trupa paternalizmu”⁶².

Dotychczasowe rozważania pozwalają wskazać szereg zagrożeń, jakie niesie ze sobą dopuszczenie jakiegokolwiek postaci paternalizmu:

1. O stanie niekompetencji pacjenta decyduje lekarz, a sąd wydający zezwolenie zastępcze nie sprawdza owej oceny dostatecznie wnikliwie. Lekarz nie jest w swym osądzie zupełnie obiektywny, ponieważ trudno mu uwierzyć i zaakceptować decyzje pacjenta przeciwne jego dobru, czyli jego niekorzyść na własne życzenie. Posługując się uproszczonym rozumowaniem, że przecież żaden człowiek nie działa świadomie na własną szkodę, dochodzi do wniosku, że wobec tego delikwent nie jest dostatecznie świadomy ani zdolny do podjęcia odpowiedzialnej decyzji⁶³.

Kontrola sądu nad lekarzem powinna zatem przebiegać dwutorowo: niezależnie od oceny, czy proponowane czynności są zgodne z jego dobrem, najpierw wymaga ustalenia, czy pacjent pozostaje rzeczywiście

⁶² Zob. A. Świtalska, *W obronie paternalizmu medycznego*, Współczesne wyzwania bioetyczne, red. L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 101–102, J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 375–378.

⁶³ Tak M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 15.

w stanie niekompetencji. Konieczne w tym momencie jest zorganizowanie posiedzenia na terenie placówki medycznej i osobista styczność sądu z pacjentem.

2. Przecistawianie autonomii pacjenta integralności moralnej lekarza i jego „moralnemu prawu” do czynienia swych powinności. Wówczas jednak autonomia pacjenta kończy się tam, gdzie lekarz odczuwa imperatyw działania, skoro przyznane mu zostaje własne prawo względem pacjentów. Notabene z ustaw lekarskich na ogół nie wynikają dla lekarzy prawa: przeważają obowiązki, więc co najwyżej wolno dyskutować, jak wobec sprzeciwu pacjenta lekarz miałby ów obowiązek spełnić i od razu odpowiedzieć, że obowiązek lekarski kończy się tam, gdzie spotyka się z brakiem zgody pacjenta.

„Przyznanie priorytetu lekarskiej powinności ratowania życia i zdrowia prowadzi niewątpliwie do akceptacji postaw paternalistycznych w medycynie, co czyni zasadę autonomii pacjenta iluzoryczną. Z drugiej strony zaś uznanie, że priorytet posiada zasada autonomii pacjenta, w wielu konkretnych sytuacjach skutkować może poważnymi dylematami moralnymi lekarza, rodziny pacjenta i samego pacjenta”⁶⁴.

Pacjent w każdej chwili może uwolnić się od owych dylematów przez rezygnację z autonomii i udzielenie zgody blankietowej. Zaangażowanie w proces decyzyjny rodziny pacjenta stanowiłoby również wyłom w zasadzie i zagrożenie dla autonomii, które jednak na gruncie naszego prawa teoretycznie nie ma miejsca, ponieważ rodzina pacjenta takich kompetencji nie posiada⁶⁵.

Uwikłanie indywidualnych spraw zdrowotnych w kontekst społeczny, teologiczny lub w bilateralną relację z lekarzem stanowi sposób na wykazanie, że nie godząc się z tym, co jacyś „inni” (lekarz, społeczeństwo, państwo, bóstwo) uważają za jego dobro, pacjent uchybia obowiązkowi wobec tych innych. Przymus leczenia ubrany zostaje w kamuflaż spełnienia przez pacjenta obowiązku. **Ażeby nadać temu sens, należałoby wyraźnie sformułować międzyludzki obowiązek leczenia się i uzasadnić go ważkimi racjami moralnymi.**

⁶⁴ M. Nowacka, *op. cit.* s. 205.

⁶⁵ Praktyka jest jednak niestety odmienna, zwłaszcza gdy chodzi o pobranie organów do przeszczepu. Wystarczy lektura prasy codziennej, relacjonującej delikatne negocjacje z rodziną pacjenta po wypadku.

3. Reglamentowanie informacji. Nadużywanie przywileju terapeutycznego i podnoszenie go do rangi reguły. Koncepcja „nadmiernej informacji” jako źródła szkody.

Dawkowanie informacji stanowi samo w sobie zagrożenie dla autonomii i faktycznie ułatwia działania paternalistyczne: im mniej wiadomości posiada pacjent, tym łatwiej nim powodować. Im mniej rozumie z medycznej terminologii, tym bardziej skłonny jest dać za wygraną i pozostawić decyzję lekarzowi. Im gorzej zorientowany w kwestiach medycznych, tym mniej zadaje kłopotliwych pytań.

„...skala przyzwolenia na paternalizm medyczny jest nadal dość rozległa. (...) im wyższy poziom edukacji społecznej, w szczególności im wyższy poziom wiedzy medycznej w społeczeństwie, tym mniejsze przyzwolenie na paternalizm”⁶⁶.

– Dlatego wszelkie ograniczenia informacyjne, tak w aspekcie prawnym jak moralnym, powinny być interpretowane możliwie wąsko. Każde ograniczenie informacji „dla dobra pacjenta” ciągnie z daleka paternalizmem, ponieważ zakłada, że ktoś (lekarz) ponad głowę pacjenta decyduje, jakie informacje są dlań odpowiednie, a jakie nie.

„Pacjent, aby podjąć autonomiczną decyzję co do poddania się określonej terapii, nie musi bynajmniej orientować się w materii ściśle medycznej, potrzebuje tylko podanej w zrozumiałej formie informacji o stanie swego zdrowia i przewidywanych konsekwencjach zastosowania określonej metody leczenia. Jeśli więc założymy, że przyczyną przyjmowania postawy paternalistycznej przez lekarza nie jest jego nieumiejętność nawiązania i dialogu z pacjentem, wówczas trzeba przyjąć, że powodem rzeczywistym paternalizmu jest przeświadczenie, że w interesie pacjenta leży aby nie znał pewnych danych o swym stanie zdrowia i przewidywanych konsekwencjach leczenia. Możemy powiedzieć, że im większy stan takiej niewiedzy lekarz uznaje za wskazany w tym większym stopniu jego postawa wobec pacjenta jest postawą paternalistyczną”⁶⁷.

4. Dobrowolna rezygnacja przez pacjenta z autonomii: brak granic dla paternalizmu upoważnionego.

„... pytanie, w jakich granicach lekarz może akceptować dobrowolne pozbawienie się przez pacjenta prawa współdecydowania o podjętych działaniach i zastosowanych środkach medycznych; w drugim aspekcie po-

⁶⁶ Ibidem, s. 30.

⁶⁷ Ibidem s. 19.

stawione pytanie dotyczyłoby granic, w jakich pacjent ma moralne prawo zrezygnować ze swej osobowej autonomii”⁶⁸.

– Wątpliwość ta wywodzi się z filozofii Johna Locke’a, który rozumie autonomię jednostki jako pełne i **niezbywalne** prawo do samego siebie. Wobec tego pacjentowi nie wolno, nawet świadomie i zupełnie dobrowolnie, zezwolić na paternalizm lekarski, ponieważ w ten sposób rezygnowałby z samego siebie⁶⁹. Kłopot jednak w tym, że taki przymus autonomii jest również rodzajem przymusu i stanowi ograniczenie wolności.

5. Teza, jakoby sprzeciw dla swej prawnej skuteczności wymagał dostatecznego poinformowania. Pacjent musiałby najpierw wysłuchać „odpowiedniej” informacji i nie mógłby odmówić pod rygorem bezskuteczności sprzeciwu. To, że pacjent ma prawo do informacji, nie oznacza, że jego obowiązkiem jest przyjęcie jej w każdym przypadku lub w razie zamierzonego sprzeciwu. Nałożenie obowiązku przyjęcia informacji godzi w autonomię; tutaj ogranicza swobodę sprzeciwu.
6. Koncepcja pierwotnej legalności zabiegu leczniczego. W konsekwencji to pacjent musiałby podać dobre powody, dla których odmawia poddania się leczeniu. Lekarz miałby „pierwotne” prawo leczyć i wówczas leczenie bez zgody nie stanowiłoby nadużycia.
7. Nakładanie na pacjenta „obowiązku leczenia”: formułowanie obowiązków pacjenta w zakresie poddania się czynnościom medycznym.
8. Kwestionowanie skuteczności sprzeciwu *pro futuro*. Wówczas autonomia pacjenta kończyłaby się zawsze z chwilą utraty przezeń kompetencji do podejmowania własnowolnych decyzji. Wersja złagodzona tej koncepcji polega na formułowaniu rygorów i ograniczeń sprawiających, że dotrzymanie ich w danym przypadku okazuje się niezwykle trudne. Notabene okolicznością sprzyjającą takiemu podejściu jest brak ustawowej regulacji co do oświadczeń pacjenta na przyszłość – w rezultacie czego łatwiej jest podważać wiarygodność konkretnych deklaracji.
9. Nadawanie osobnej wartości semantycznej sprzeciwowi pacjenta wobec leczenia i definiowanie sformalizowanych przesłanek, jakim ów sprzeciw powinien odpowiadać – pod sankcją jego bezskuteczności.
10. Interpretowanie milczenia pacjenta jako zgody na interwencję medyczną. Grozi to arbitralnością interpretacji przy braku dostatecznych danych, co zresztą odnosi się na poziomie ogólnym do interpretacji każdego

⁶⁸ Ibidem, s. 14–15.

⁶⁹ Ibidem, s. 51.

milczenia. O ile jednak można by to ewentualnie przyjąć dla relacji partnerów pozostających w stałych stosunkach gospodarczych, o tyle prawo medyczne posiada regulacje, które na to nie pozwalają, a gdyby taką wykładnię przyjąć – godziłaby ona w autonomię pacjenta.

11. Formułowanie praw i interesów nienarodzonego (np. prawa do urodzenia) stawianych arbitralnie ponad prawami i interesami kobiety w ciąży, pociągające za sobą w szczególności zabiegowe rozwiązanie porodu wbrew woli pacjentki. Wola kobiet ciężarnych przestaje się liczyć, gdy istnieją szanse na uratowanie płodu.

W doktrynie panuje pozorna jedność, że wolność jest wartością niekwestionowaną i powinna być respektowana. Bywa jednak, że postulat poszanowania wolności sprowadza się do deklaracji ogólnej, zaś w sprawach medycznych na pacjenta próbuje się nakładać szereg ograniczeń z powołaniem się na dowodzoną wyższość innych dóbr. Są to ograniczenia niejawne, wprowadzane niejako boczną furtką, tytułem wyjątków od reguły lub z powołaniem się na rozstrzyganie rzeczywistych bądź pozornych konfliktów dóbr oraz wartości. Urastają one jednak w konkretnych przypadkach do niepokojących rozmiarów, stawiając pod znakiem zapytania funkcjonalność reguły ogólnej.

Autonomia: wolność i godność

Zwrot w kierunku paternalizmu spowodował konieczność ponownego rozważenia wartości uważanych, jak by się wydawało, za niekwestionowane: wolności i samostanowienia jednostek. Wymaga również zastanowienia, czy trafny jest pogląd wywodzący prawo do samostanowienia również z innej wartości – mianowicie z godności. Jedno zresztą *prima facie* nie wyklucza drugiego: ograniczając czyjąś wolność być może depczemy również jego godność. Chodzi o godność osobistą rozumianą jako poczucie własnej wartości. Samostanowienie wydaje się utwierdzać jednostkę w indywidualnym poczuciu wartości, daje bowiem świadomość panowania nad własnym życiem. Obracamy się w kręgu wartości pierwotnych i fundamentalnych, zatem udowadnianie ich znaczenia może sprawiać wrażenie wyważania otwartych drzwi. Jest to jednak jak się okazuje konieczne, skoro pojawiły się pomysły ich podważania. Wprawdzie do punktów spornych w dyskusji należą nie tyle owe wartości, co ich postaci graniczne, jednak rozumowanie prowadzące do konkluzji, że coś wcale nie jest aż tak wartościowe, stawia pod znakiem zapytania cały sens ochrony. Jeżeli natomiast wyjściowo uznaje się jakąś wartość, to uzasadnienia wymaga wytyczenie dla niej granic. Twierdzi się, że autonomia odnośnie do

interwencji medycznych nie powinna być pełna, absolutna: że pacjent całkowicie i w sposób nieograniczony autonomiczny dysponowałby instrumentami zmuszenia lekarza jak szeregowego usługodawcy do najbardziej wymyślnych i nieprawdopodobnych świadczeń (w największym uproszczeniu: „– bo płacę i wymagam”). Dlatego proponuje się najróżniejsze wewnętrzne granice autonomii, które mają za zadanie wyeliminować konflikty aksjologiczne między pacjentem a lekarzem: „niekorzystne dla samego pacjenta”, „nie w porządku wobec lekarza”, „szkodliwe dla ogółu”, „kolidujące z prawami drugiego”, „nie do przyjęcia przez społeczeństwo”.

Uznanie jednak określonego dobra za jedną z wartości i to naczelných, pociąga za sobą konieczność precyzyjnego udowodnienia, dlaczego w tym konkretnym przypadku wartość owa **nie** zasługuje na pełną ochronę i poszanowanie. To jest właśnie ten dylemat, który próbuje się obejść lub osłabić coraz bardziej skomplikowanymi teoriami autonomii i paternalizmu.

Wartość wolności

Pochwałę wolności głosił chyba najbardziej sugestywnie uważany za ojca liberalnej demokracji John Stuart Mill, w swoim traktacie „O wolności”. Jego apologia wolności łączy się z pochwałą dla indywidualizmu i umiejętności samodzielnego myślenia.

„Ludzka zdolność postrzegania, sądzenia, rozróżniania i odczuwania, działalność umysłowa, a nawet skłonności moralne, doskonałą się tylko przy dokonywaniu wyboru. Kto czyni coś, ponieważ jest to zwyczajem, nie czyni wyboru, nie zdobywa żadnej wprawy w rozpoznawaniu lub życzeniu sobie tego, co jest najlepsze. Władze umysłowe i moralne, podobnie jak siły fizyczne, rozwijają się tylko dzięki ich używaniu”⁷⁰.

– Wynikająca z wolności możliwość dokonywania wyborów pozwala zatem kształcić umysł i chronić go przed popadnięciem w zastój oraz rozwija zdolność rozpoznawania indywidualnych wartości.

„Temu, kto pozwala światu lub najbliższemu otoczeniu ułożyć plan jego życia za niego, potrzebna jest tylko mała zdolność naśladowania. Ten, kto sam swój plan układa, rozwija wszystkie swoje zdolności. Musi umieć obserwować, by widzieć, rozumować i sądzić, by przewidywać, działać, by zebrać materiały potrzebne do decyzji, rozróżniać, by móc decydować, a gdy się zdecydował, zachować stałość i panowanie nad sobą, by trzymać się przemyśla-

⁷⁰ J.S. Mill, *O wolności*, (tłum. A. Kurlandzka), Warszawa 2003, s. 89

nej decyzji. A im częściej kieruje się w swoim postępowaniu własnym sądem i uczuciami, tym więcej tych zalet potrzebuje i silniej je rozwija. Można by go zapewne i bez tego skierować na dobrą drogę i uchronić od szwanku; lecz ile wart będzie jako człowiek? Ważne jest nie tylko to, co ludzie czynią, ale także jacy są ci ludzie”⁷¹.

– Wolność w tym ujęciu stanowi drogę do doskonalenia pożądanych cech intelektu: kształtuje z konieczności zdolność obserwacji, analizy i różnicowania.

„Ale ani jedna osoba, ani pewna liczba osób nie ma prawa powiedzieć innej dojrzałej ludzkiej istocie, że nie wolno jej robić ze sobą dla swego własnego dobra, co się jej żywnie podoba. Dobro tej osoby najwięcej interesuje ją samą; zainteresowanie kogoś innego, z wyjątkiem wypadków, gdy wchodzi w grę silne osobiste przywiązanie, jest drobnostką w porównaniu z zainteresowaniem, jakie czuje ona sama; społeczeństwo interesuje się nią jako jednostką – poza jej stosunkiem do innych – tylko częściowo i pośrednio, podczas gdy najzwyczajniejszy człowiek zna swoje uczucia i położenie nieskończenie lepiej, niż ktokolwiek inny”⁷².

– Obowiązek poszanowania cudzej wolności wyboru wynika stąd, że nikt oprócz samego zainteresowanego nie potrafi dostatecznie poznać jego uczuć i pragnień. Najlepszy interes samoświadomej jednostki stoi na pierwszym miejscu, przed wtórnym niejako zainteresowaniem ze strony innych.

„Lecz jeśli człowiek nie wtrąca się do cudzych spraw i po prostu kieruje się swoją skłonnością i sądem w sprawach własnych, te same powody, które wykazują potrzebę wolności opinii, każą mu również pozwolić bez żadnego dokuczania, by stosował swoje opinie w praktyce na swój własny koszt”⁷³.

– Nie istnieje żaden wart uwagi powód, dla którego jednostka nie mogłaby podejmować decyzji na własne ryzyko i bez jakiegokolwiek ingerencji osób trzecich. Można to przełożyć na zasadę w relacjach międzyludzkich, by zachować powściągliwość: nie wtrącać się bez upoważnienia w sprawy innych i pozwolić każdemu żyć po swojemu.

„Tak zwane obowiązki wobec nas samych nie są społecznie obowiązujące, chyba że okoliczności uczynią je jednocześnie obowiązkami wobec innych. Termin «obowiązek względem siebie», o ile oznacza coś więcej niż roztropność, to znaczy on tyle co szacunek dla siebie lub samodzielny rozwój; a nikt

⁷¹ J.S. Mill, op. cit. s. 89–90.

⁷² j.w. s. 114.

⁷³ j.w. s. 86

nie jest za te obowiązki odpowiedzialny przed swymi bliźnimi, ponieważ dobro ludzkości bynajmniej tej odpowiedzialności nie wymaga”⁷⁴.

– Mill stawia wyraźną granicę między obowiązkami społecznymi, wobec innych – a obowiązkami jednostki wobec siebie, które tylko jej wolno egzekwować. Jeżeli więc dane zachowanie nie daje się zakwalifikować jako obowiązek wobec innych, to dana osoba nie może być za nie odpowiedzialna inaczej jak tylko przed samą sobą.

„Ta zatem dziedzina spraw ludzkich jest właściwym polem działania indywidualności. We wzajemnym postępowaniu ludzi wobec siebie potrzebne jest zazwyczaj przestrzeganie ogólnych przepisów, aby ludzie wiedzieli, czego mają się spodziewać; ale każdy człowiek jest uprawniony do samorządnego działania w swoich sprawach. Inni mogą dawać mu, a nawet narzucać, rady przydatne do wyrobienia sobie sądu i napomnienia mające wzmocnić jego wolę; lecz on sam rozstrzyga ostatecznie. Wszystkie błędy, jakie mógłby popełnić wbrew uwagom i ostrzeżeniom, ważą mniej od krzywdy, jaka go spotyka, gdy pozwalamy innym zmuszać go do tego, co uważają za jego dobro”⁷⁵.

– Oto jest Millowski bilans korzyści i strat wynikających z wolności wyboru: wywieranie na kogoś przymusu w imię jego dobra stanowi krzywdę znacznie większą niż własne błędy. Jest to co prawda osąd subiektywny, którego inni podzielać nie muszą. Wręcz przeciwnie: mogą uważać, że winni są wdzięczność temu, kto przemocą uchronił ich od błędu. Jednak jedynym sensem stanowienia jakichkolwiek reguł i ograniczeń jest pewność w stosunkach międzyludzkich; indywidualne postępowanie człowieka wobec samego siebie reguł takich nie wymaga. Bliźnim pozostaje tylko funkcja doradcza.

„Zrozumielibyśmy bardzo źle tę doktrynę, gdybyśmy przypuszczali, że jest ona wyrazem samolubnej obojętności, która utrzymuje, że człowieka nie powinno obchodzić postępowanie jego bliźnich i że wolno mu się troszczyć o ich dobro tylko wtedy, gdy to jest w jego własnym interesie. Potrzeba nam nie mniej, lecz znacznie więcej bezinteresownej działalności dla dobra innych. Ale bezinteresowna życzliwość może znaleźć inne sposoby namawiania ludzi do dobrego, niż bicze i szpicruty w znaczeniu literalnym lub przenośnym”⁷⁶.

– Życzliwość wobec innych nie stanowi usprawiedliwienia dla ingerencji w cudzą sferę wolności. Jednostka korzystająca z wolności nie powinna być

⁷⁴ j.w. s. 118.

⁷⁵ j.w. s. 115.

⁷⁶ j.w. s. 113.

pozostawiona samej sobie w sensie braku zainteresowania ze strony innych, jednak zainteresowanie to nie może polegać na wywieraniu przymusu.

„Jakaż więc jest właściwa granica suwerennej władzy jednostki nad sobą? Gdzie zaczyna się władza społeczeństwa? Jaka część życia ludzkiego winna podlegać indywidualności, a jaka społeczeństwu?(...) Skoro tylko postęпки jakiejś osoby przynoszą uszczerbek interesom innych, społeczeństwo sprawuje nad nimi jurysdykcję i wyłania się kwestia, czy wtrącenie się do nich będzie korzystne dla dobra ogółu. Nie ma jednak okazji do podnoszenia takiej kwestii, gdy postępowanie człowieka wpływa wyłącznie na jego własne interesy lub może wpływać na interesy innych tylko za ich pozwoleniem (...). We wszystkich takich wypadkach powinno się mieć całkowitą prawną i społeczną swobodę dokonywania czynu i ponoszenia jego konsekwencji”⁷⁷.

– Kryterium interesu społecznego przeważającego nad indywidualnym jest więc według Milla granicą ingerencji społeczeństwa w wolność jednostki. Wolność wyboru oznacza również wolność ponoszenia tak dobrych, jak złych konsekwencji. Każdy ma prawo wybrać w imieniu własnym na dobre i na złe, a i ewentualne pretensje kierować potem wyłącznie do siebie. Mill odróżnia tutaj swobodę prawną od swobody społecznej, która nie powinna być krępowana z analogicznych przyczyn. Wolny wybór jest jego zdaniem prawidłowy tak samo pod względem prawnym, jak społecznym i moralnym.

„Celem niniejszego szkicu jest stwierdzenie jednej bardzo prostej zasady, która winna przyświecać wszelkim próbom kontrolowania lub przymuszania jednostki przez społeczeństwo, bez względu na to, czy używa ono siły fizycznej w postaci sankcji prawnych, czy też przymusu moralnego opinii publicznej. **Zasada ta brzmi, że jedynym celem usprawiedliwiającym ograniczenie przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jakiegokolwiek człowieka jest samoobrona, że jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie krzywdzie innych**” [podkr. M.B.]. „Jego własne dobro, fizyczne lub moralne, nie jest wystarczającym usprawiedliwieniem. Nie można go zmusić do uczynienia lub zaniechania czegoś, ponieważ tak będzie dla niego lepiej, ponieważ to go uszczęśliwi, ponieważ zdaniem innych osób będzie to mądrym lub nawet słusznym postępkim.

⁷⁷ j.w.

Są to poważne powody, by go napominać, przemawiać mu do rozumu, przekonywać go lub prosić, lecz nie, by go zmuszać lub karać w razie, gdyby nas nie słuchał. Aby to ostatnie było usprawiedliwione, postępowanie, od którego chcemy go odwieść, musi zmierzać do wyrządzenia krzywdy komuś innemu. Każdy jest odpowiedzialny przed społeczeństwem jedynie za tę część swego postępowania, która dotyczy innych. W tej części, która dotyczy wyłącznie jego samego, jest absolutnie niezależny; ma suwerenną władzę nad sobą, nad swoim ciałem i umysłem”⁷⁸.

– Dla każdej osoby ceniącej sobie wolność jest to uzasadnienie oczywiste. Potrzeba wolności nie jest wprawdzie u wszystkich jednakowa, ale czym innym jest dobrowolna i świadoma rezygnacja zagwarantowana temu, komu w danej sytuacji wolność nie odpowiada, a czym innym naginanie wszystkich bez wyjątku do określonych form posłuszeństwa (jeżeliby na przykład przyjąć istnienie obowiązku poddania się leczeniu dla dobra ogółu lub żeby nie ranić poczucia moralnego lekarzy).

„Społeczeństwo może spełniać i spełnia swoje własne zlecenia, a jeśli wydaje zlecenia niesłuszne zamiast słusznych lub dotyczące rzeczy, do których nie powinno się wtrącać, uprawia tyranię społeczną straszniejszą od wielu rodzajów politycznego ucisku; albowiem chociaż nie grozi zazwyczaj tak surowymi karami, to pozostawia mniej sposobów ucieczki, wnika o wiele głębiej w szczegóły życia, ujarzma samą duszę. Dlatego ochrona przed tyranią urzędnika nie wystarcza; potrzebna jest także ochrona przed tyranią panującej opinii i nastroju; przed skłonnością społeczeństwa do narzucania za pomocą innych środków niż kary prawne swoich własnych idei i praktyk jako reguł postępowania tym, którzy się z nimi nie godzą; do krępowania rozwoju lub, jeśli można, zapobiegania powstaniu jakiegokolwiek indywidualności nie stosującej się do jego zwyczajów oraz do zmuszania wszystkich charakterów, aby się kształtowały na jego modłę. Istnieje granica uprawnionego naruszania niezależności jednostki przez opinię ogółu i znalezienie tej granicy oraz utrzymanie jej wbrew wszelkim zakusom jest równie koniecznym warunkiem należytego układu stosunków ludzkich, co ochrona przed politycznym despotyzmem”⁷⁹.

– Ten aspekt wolności wykracza daleko poza kwestie prawne, chyba że uznamy powyższy fragment za antycypację klauzuli zasad współżycia społecznego. Rozważamy jednak ewentualny obowiązek leczenia również w ka-

⁷⁸ j.w. s. 20–21.

⁷⁹ j.w. s. 14.

tegoriach społecznych i moralnych. Mill słusznie zwraca uwagę, jakim zagrożeniem dla indywidualności jest presja społeczna.

„...represję moralną stosuje się jeszcze energiczniej względem tych, którzy nie zgadzają się z panującą opinią w sprawach osobistych, niż nawet względem tych, którzy mają odmienne zdanie w sprawach społecznych, gdyż **religia, najpotężniejszy z czynników wchodzących w skład uczuć moralnych**, [podkr. M.B.] ożywiona jest niemal zawsze albo ambicją hierarchii starającej się kontrolować każdą dziedzinę ludzkiego postępowania, lub też duchem purytanizmu”⁸⁰.

– Mill wypowiedział w tym miejscu prawdę, której w roztrząsaniach prawnych i moralnych na ogół się unika: o sile uwarunkowań religijnych, które pozostają faktem, choćby nie zostały głośno wypowiedziane.

„...nawet w moralności życia prywatnego cała wspaniałomyślność, wielkoduszność, godność osobista, a nawet poczucie honoru, są owocem czysto świeckiego, a nie religijnego działu naszego wychowania i nigdy nie mogłyby wyrosnąć na gruncie etyki, dla której jedyną wartością jest posłuszeństwo”⁸¹.

– Nie jest intencją niniejszej pracy wykazywanie przewag wychowania laickiego nad religijnym, niemniej warto zwrócić uwagę, że wiele etyk obowiązku zakłada (*explicite* lub *implicite*) posłuszeństwo autorytetowi. Koncepcja paternalizmu medycznego również jest rezultatem między innymi założenia, iż istnieje autorytet, któremu pacjent winien podporządkowanie. Lekarze spodziewają się ze strony pacjentów uległości i przez długi czas owa uległość była, by tak rzec, naturalnym zachowaniem pacjenta. Można za ryzykować hipotezę, że etyka obowiązku wyrabia odruch uległości. Pacjent działający w odruchu uległości traci zdolność refleksji i jeszcze łatwiej daje sobą powodować.

„Nie chcę przez to powiedzieć, że ludzie ci przedkładają zwyczaj nad to, co odpowiada ich skłonności. Nie przychodzi im do głowy mieć jakąś skłonność do tego, czego zwyczaj nie nakazuje. W ten sposób sam umysł jest w jarzmie; nawet czyniąc coś dla przyjemności, ludzie przede wszystkim oglądają się na innych; lubią to, co lubią inni; wybierają tylko to, co inni zwykle czynią; unikają osobliwości gustu i oryginalności postępowania jak zbrodni i zagłuszają głos swojej własnej natury tak długo, że w końcu przestają go słyszeć; ich władze duchowe marnieją i słabną, tak że stają się niezdolni do odczuwania silnych pragnień lub szukania własnych przyjemności i nie mają

⁸⁰ j.w. s. 26.

⁸¹ j.w. s. 78.

zazwyczaj samodzielnych poglądów ani spontanicznych uczuć. Czy jest to pożądany, czy też niepożądany stan natury ludzkiej?

Według nauki Kalwina stan taki jest pożądany, gdyż samowola jest głównym wykroczeniem popełnianym przez człowieka. Całe dobro, do którego ludzkość jest zdolna, mieści się w posłuszeństwie. Nie macie wyboru; musicie działać tak, a nie inaczej; «co nie jest obowiązkiem, jest grzechem». Ponieważ natura ludzka jest z gruntu zepsuta, nie ma dla człowieka odkupienia dopóki jej w sobie nie zabije. Dla zwolennika tej teorii życia zagłada ludzkich władz duchowych, zdolności i wrażliwości nie jest złem; człowiekowi potrzebna jest jedynie zdolność ulegania woli Bożej i jeśli nie używa swoich zdolności wyłącznie w celu skuteczniejszego spełniania tej domniemanej woli, lepiej by ich nie posiadał. Taka jest teoria kalwinizmu wyznawana w złagodzonej formie przez wielu ludzi nie uważających się za kalwinów; interpretują oni rzekomą wolę Bożą mniej ascetycznie twierdząc, że Bóg chce, aby ludzie zaspokajali niektóre swoje skłonności, oczywiście nie w ten sposób, w jaki by pragnęli, lecz na drodze posłuszeństwa – to znaczy w sposób przepisany im przez zwierzchność, a zatem z konieczności jednakowy dla wszystkich⁸².

– Dobrze jest uświadomić sobie proveniencję takiego podejścia, zanim zacznie się szermować argumentami o spełnianiu obowiązków i na korzyść decyzji osób trzecich powziętych wbrew woli zainteresowanego, ale za to dla jego własnego dobra.

Wolność jest jedną z fundamentalnych zasad współczesnej doktryny praw człowieka⁸³. Można z niej korzystać w szerszym bądź węższym zakresie, ale samo prawo do wolności nie powinno być kwestionowane. Niektórzy posuwają się nawet do tego, by podważać sens dobrowolnej rezygnacji z niektórych aspektów wolności. Wolność jest dobrem osobistym chronionym przez przepisy prawa. Art. 31 ust. 2 Konstytucji RP zabrania zmuszać kogokolwiek do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. Każde ograniczenia wolności wymagają również prawnej podstawy.

Mill nadał swej doktrynie wymiar społeczny, (co stanowi odejście od silnie indywidualistycznego utylitaryzmu Benthama): obok interesów jednostkowych wprowadził kategorię interesu społecznego i dowodził, że gdy człowiek ocenia czyn jeszcze przed realizacją, to choćby nieświadomie ma

⁸² j.w. s. 93–94.

⁸³ Art. 17 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Dz.U. Nr 38/1977 poz. 167 i art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. Nr 85/1992, poz. 427.

na uwadze jego przewidywane skutki. W ten sposób uwzględnia nie tylko interesy własne, ale też innych ludzi⁸⁴. Pojęcie obowiązku odnosi się więc do działań jednostki w ramach stosunków międzyludzkich, zyskuje wymiar społeczny. Obowiązki takie, narzucane przez społeczeństwo, wyznaczają więc granice dla indywidualnej wolności⁸⁵.

Argumenty Milla na korzyść wolności wyborów nie odnoszą się jednak wprost do sytuacji medycznych. Dlatego nie jest oczywiste, czy owa wolność zasługuje na równie silne poparcie w sytuacji choroby. Można by postawić hipotezę, że opór danego pacjenta wobec propozycji leczenia nie zasługuje na respekt, albowiem zdrowa jednostka ma w społeczeństwie określone role do spełnienia i wobec tego nie wolno jej pozwolić, by na własne życzenie poddawała się chorobie lub umierała. Dla dobra całego społeczeństwa, które w jak najmniejszym procencie powinno składać się z chorych i kalek, stanowiących obciążenie finansowe z punktu widzenia kosztów zabezpieczenia społecznego, warto by może zatem sformułować społeczny obowiązek życia w zdrowiu – jak w antyutopii Juli Zeh „Corpus Delicti”. I najlepiej jeszcze pilnego rozmnażania. Postawy paternalistyczne stanowią przejaw takich właśnie zakusów.

Dlatego granice autonomii powinno się pozostawić prawu pozytywnemu w imię realizowanych przez to prawo wartości. Jeśli przyjmiemy istnienie jakiegoś społecznego obowiązku życia w zdrowiu, wówczas sfera przymusu w medycynie powinna by być rozszerzona. Jeżeli zaś podpiszemy się pod utylitarystyczną zasadą nieszkodzenia innym, to granicę indywidualnej autonomii mogą wyznaczać tylko dobra ogólne. Czy to fizyczne bezpieczeństwo otoczenia, w imię którego trzymamy w zamknięciu tzw. niebezpiecznych wariatów, ale pozostawiamy na wolności nawet najbardziej nieporadnych życiowo bądź dążących do samookaleczenia; czy to odporność populacyjna, dla zachowania której wprowadzamy obowiązek szczepień ochronnych, których katalog stale się rozszerza (pytanie, do jakiego stopnia słusznie). Może to być również przeciwdziałanie rozprzestrzenianiu się szczególnie groźnych chorób, które wobec tego będą przymusowo leczone bez zważania na protesty chorych; nie bez znaczenia pozostaną tu koszty leczenia – np. gruźlicy czy chorób wenerycznych (pytanie, czy dlatego akurat te zostały zakwalifikowane do leczenia przymusowego). W imię utylitaryzmu powinniśmy natomiast dopuścić sterylizację na życzenie, bo co ma ogół do tego, że dany człowiek się nie rozmnaża.

⁸⁴ M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 56.

⁸⁵ Ibidem.

Największym zagrożeniem dla autonomii, wolności i swobody wyboru jest etyka obowiązku: jeżeli ze społecznego punktu widzenia na obywatela nałoży się jakieś pozytywne obowiązki – zachowania życia, pozostania w możliwie najlepszym zdrowiu, czy reprodukcji celem przysporzenia państwu podatników, którzy przyczynią się do utrzymania starszego pokolenia.

Wolność wyboru a godność

Etyczny wymiar świadomej i dobrowolnej zgody pacjenta na paternalizm lekarski Maria Nowacka ujęła w pytaniu, „czy i w jakiej mierze przyzwolenie takie jest rezygnacją z odpowiedzialności za siebie samego, a więc naruszeniem własnej godności i pomniejszaniem własnego człowieczeństwa”⁸⁶. W ten sposób odwołała się do dwóch aspektów godności, z których jeden uważany jest za niezbywalny. W celu odpowiedzenia na to pytanie trzeba zacząć od rozważenia, czy brak samostanowienia w sprawach osobistych może naruszać godność.

Niejednokrotnie zwracałam uwagę, że w Konstytucji godność jest ujęta na tyle ogólnie, że nie przekłada się na żadne konkrety. Co gorsza, w argumentacji każdy może ją sobie wykorzystywać jak chce, np. że godności uwłacza zastępcze macierzyństwo lub poddanie się zabiegowi zapłodnienia pozaustrojowego. Z pojęciem godności związanych jest wiele jej sfer, co prowadzi do wniosku, że nawet w języku prawa godność nie ma jednolitego znaczenia⁸⁷. Podążanie tym tropem pozwala wyróżnić różne sfery godności.

– Godność w pierwszym znaczeniu to godność ludzka, człowiecza – określona według ogólnych standardów cywilizacyjnych i kulturowych: bez niewolnictwa, handlu żywym towarem, rasizmu, dyskryminacji, tortur. Według Kanta przyrodzona godność ludzka (*Menschenwurde*) jest szczególną wartością moralną, przysługującą wyłącznie ludziom z racji ich człowieczeństwa. Człowiek ma wartość bezwzględna, jest celem samym w sobie. Taką godność nabywa się z chwilą urodzenia w rodzinie człowieczej i nie można jej nigdy utracić. Można ją natomiast naruszyć poprzez traktowanie człowieka lub siebie samego instrumentalnie: jako rzecz, abstrakcyjny numer (np. PESEL), anonimowy przypadek bądź tylko środek do celu⁸⁸. Tak pojmowana godność właściwa jest wszystkim istotom ludzkim w równym stopniu, a to z kolei sta-

⁸⁶ j.w.

⁸⁷ Zob. M. Środa: *Idea godności w kulturze i etyce*, Warszawa 1993, s. 7–8.

⁸⁸ Na podstawie Z. Szawarski, *Mądrość i sztuka leczenia*, Warszawa 2005, s. 40.

nowi podstawę dla posiadania praw moralnych. Art. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (ogłoszonej 10 grudnia 1948 roku przez ONZ) stwierdza: „Wszyscy ludzie rodzą się równi pod względem swej godności i swych praw. Są oni obdarzeni rozumem i sumieniem i powinni postępować wobec innych w duchu braterstwa”. Nie jest tylko do końca oczywiste, co stanowi rację tego człowieczeństwa: sama przynależność do gatunku ludzkiego, rozum, wolna wola, czy też właściwa człowiekowi autonomia działania, rozumiana jako umiejętność stanowienia zasad moralnych⁸⁹. Jednak bez względu na to, jak ją rozumiemy, godność ludzka w każdym wypadku pociąga za sobą prawo do szacunku⁹⁰.

O naruszeniu godności **ludzkiej** decydują obiektywne kryteria owej godności. Cywilizacja współczesna ukształtowała zmienny historycznie, obiektywny standard godności, który należy zrekonstruować i stosować jako wzorzec⁹¹. Stwierdzenie rozbieżności stanowi o naruszeniu. W tym sensie godność ludzka jest niezbywalna. Można postawić tezę, że do tej sfery godności odnosi się art. 30 Konstytucji RP: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Tak rozumianej godności nie da się jednak utożsamić z dobrem osobistym. Można wręcz powiedzieć, że tak ujmowana godność **nie nadaje się** na dobro osobiste. Godność ma stanowić „źródło wolności i praw człowieka”, z czego wynikałoby, iż – sama niebędąc wolnością ani prawem – stanowi warunek konieczny ich posiadania. Pojęcie godności pozornie służy ochronie praw i wolności jednostki. Zupełnie dobrze jednak może realizować cele wręcz przeciwne, stanowiąc podstawę nakładania na jednostkę zakazów i ograniczeń. Skłonność taka daje się zaobserwować w argumentacji prawniczej: konkretne działanie proklamuje się jako sprzeczne z godnością ludzką, niegodne człowieka, a zatem z góry niedopuszczalne. Rzadko natomiast autor takiego stanowiska fatyguje się wytłumaczyć, dlaczego właściwie jest to „niegodne”. Na ogół wystarcza mu samo odwołanie się do pojęcia godności, by uznać, że skutecznie zamknął usta ewentualnym oponentom. Można daćmy na to utrzymywać, iż godność (wartościowość) człowieka wymaga, by oszczędzić mu smutnego losu hrabiego Henryka, romantyka odizolować od

⁸⁹ Ibidem, s. 41.

⁹⁰ j.w. s. 44.

⁹¹ Trudność polega jednak na tym, że zakres tego pojęcia nigdy nie będzie bezsporny i określony raz na zawsze.

„książek zbójcekich”, przywołać siłą do powrotu na łono społeczeństwa; albo jeszcze zakazać noszenia wyzywającej bielizny czy podkoszułków z prowokacyjnymi napisami, a nawet żelazną ręką doprowadzić do zbawienia. Podobne absurdy można mnożyć dalej i wszystkie wywodzić z nazbyt ogólnie sformułowanego pojęcia godności ludzkiej. Taka ochrona przyniosłaby więcej szkody niż pożytku⁹². Niosłaby bowiem ze sobą ryzyko arbitralności i subiektywizmu.

Wobec niejasnej do końca treści pojęcia „godność ludzka” lepiej pozostawić je konstytucjom, deklaracjom i paktom międzynarodowym oraz interpretować bardzo wąsko: w kierunku wskazania tych naruszeń, które w toku rozwoju cywilizacyjnego i społecznego uważa się za stwierdzone i niewątpliwie uchylające człowieczeństwu: np. niewolnictwo, tortury, handel organami do przeszczepu. Naruszenie niezbywalnej godności ludzkiej znaczy tyle, co urągające człowieczeństwu i jednocześnie niehumanitarne, prowadzące do cierpienia. Natomiast na gruncie ustaw zwykłych statuujących konkretne prawa – należy odwołać się do innej, spersonalizowanej sfery godności.

– Powiada się, że godność **osobistą** (poczucie własnej wartości, dobrą samoocenę, honor) ma ten, kto stale broni uznawanych przez siebie wartości; obrona ta daje mu poczucie wartości własnej oraz oczekuje on od innych, że z tego powodu będą go oceniać pozytywnie. Wszystkie te wskaźniki są stopniowalne. Godność osobista może być pojmowana obiektywistycznie: jako wierność uznawanym wartościom oraz subiektywistycznie: jako poczucie własnej wartości⁹³. Można stąd wyprowadzić wniosek, że o stopniu naruszenia decyduje wola uprawnionego. Kryteria mają charakter zobiektywizowany: naruszenie ocenia się przez pryzmat ogólnej oceny danych zachowań w społeczeństwie, na zasadzie „każdy na jego/jej miejscu mógłby słusznie poczuć się upokorzony”, jednak w konkretnym przypadku sam zainteresowany decyduje, czy i do jakiego stopnia mu to uwłacza. Istotnym sygnałem dla osoby zainteresowanej jest uczucie wstydu, upokorzenia: oznacza ono, że doszło do podważenia swoistego dla delikwenta systemu wartości; że narusza się jego godność osobistą⁹⁴. Tak rozumiana godność jest dobrem osobistym.

⁹² Zob. M. Boratyńska: *Dobro osób niewłasnowolnych oraz stanowisko członków rodziny jako przesłanki sądowych rozstrzygnięć o zezwoleniu zastępczym w sprawach „życia i śmierci”* [w] *Etyczne aspekty decyzji medycznych.*, red. J. Hartman i M. Waligóra, Warszawa 2011.

⁹³ U. Schrader: *O pojęciu godności osobistej*, *Etyka* nr 24 (1988 r.), s. 79–90. Autor rozwija pewne poglądy Marii Ossowskiej (M. Ossowska: *Normy moralne. Próba systematyzacji*, Warszawa 1970, s. 51–75).

⁹⁴ Z. Szawarski, *Mądrość...*, s. 45–46.

Utrwalone orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego ujmuje godność człowieka w dwóch płaszczyznach⁹⁵. Godność w pierwszym znaczeniu jest wartością nadrzędną, pierwotną wobec innych praw i wolności (których jest źródłem). Jako przyrodzona i niezbywalna stanowi immanentną cechę każdej istoty ludzkiej; nie wymaga uprzedniego „zdobycia” ani nie może zostać przez człowieka utracona. W tym znaczeniu człowiek zachowuje godność zawsze i niczyje zachowania, w tym również prawodawcy, nie mogą tej godności pozbawić⁹⁶. Godność w znaczeniu drugim można określić jako „godność osobową” (nazywaną też niekiedy „czcią wewnętrzną”). Jest ona najbliższa temu, co da się nazwać prawem osobistości, obejmującym wartości życia psychicznego każdego człowieka oraz wszystkie wartości wyznaczające podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które według powszechnej opinii składają się na szacunek należny osobie. Jedynie godność w tym drugim znaczeniu może być przedmiotem naruszenia i być potencjalnie dotknięta przez zachowania innych osób oraz regulacje prawne⁹⁷. Godność ludzka polega ochronie bezwzględnej, co wynika ze sformułowania „nienaruszalna”. Oznacza to między innymi, że nie znajduje tutaj zastosowania mechanizm z art. 31 ust. 3 Konstytucji. „Tym samym konieczna jest znaczna powściągliwość w treściowym precyzowaniu „godności”. Ustalanie jej elementów musi ograniczać się do kwestii rzeczywiście podstawowych, ponieważ tylko wówczas możliwa będzie realizacja nakazu nienaruszalności godności człowieka”⁹⁸. Przedmiotem prawa do godności w najogólniejszym ujęciu jest stworzenie (zagwarantowanie) każdemu człowiekowi takiej sytuacji, by miał możliwość autonomicznego realizowania swojej osobowości, ale przede wszystkim, by nie stawał się przedmiotem działań ze strony innych (zwłaszcza władzy publicznej) i nie stanowił tylko instrumentu w urzeczywistnianiu ich celów⁹⁹.

Ochrona godności osobistej jako dobra osobistego w orzekaniu sądów powszechnych akcentuje, obok obiektywnego kryterium naruszenia, również aspekt subiektywny, decydujący o skorzystaniu z ochrony: „Ponieważ dobra

⁹⁵ Zob. wyrok TK z 5 marca 2003 r., sygn. K 7/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19.

⁹⁶ Wyrok TK z 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK 108/7/A/2009.

⁹⁷ Wyrok TK z 5 marca 2003 r., sygn. K 7/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 19.

⁹⁸ Wyrok TK z 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK 108/7/A/2009 oraz K. Complak: *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP*, Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP red. B. Banaszak i A. Preisner, Warszawa 2002, s. 78.

⁹⁹ Wyrok TK z 9 lipca 2009 r., SK 48/05 oraz L. Garlicki: tezy do art. 30: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003.

osobiste wypływające z godności osoby są ściśle związane z jej sferą życia wewnętrznego, dlatego zakres ich ochrony pozostaje w gestii pokrzywdzonego”¹⁰⁰.

Według Kurta Bayertza na nowożytnie pojęcie godności człowieka składa ją się trzy elementy¹⁰¹:

- 1) właściwa jednostkom ludzkim **świadomość i zdolność myślenia**; świadomość własnego istnienia;
- 2) **niezdeteterminowanie**: ludzie jako jedyne istoty na Ziemi mogą w sposób wolny decydować o swoim sposobie życia; rodzaj egzystencji jest własną kreacją człowieka, a nie czymś narzuconym przez przyrodę. Człowiek jest swoją własną kreacją, poprzez niego wyraża się ideał ciągłej zmiany. W ten sposób rodzi się idea stałego postępu ludzkości; – ten aspekt ludzkiej godności ma więc charakter dynamiczny, zmienny historycznie;
- 3) **autonomia**: człowiek jest twórcą wartości; ponieważ natura (przyroda) nie jest dlań wiążąca, on sam staje się własnym prawodawcą i twórcą wartości.

„Poprzez pojęcie ludzkiej godności, w jego specyficznie nowożytnym brzmieniu, istota ludzka wskazuje na **subiektywność** [podkr. M.B.] jako swoją istotę. Ani Bóg, ani Przeznaczenie, ani Natura nie nakazuje istocie ludzkiej, co myśleć i czynić. Człowiek jest swoim własnym panem. By wyrazić to dobitnie: istota ludzka nie jest już jedynie obrazem Boga, lecz sama staje się swego rodzaju bogiem, zdolnym do myślenia i rozumnego działania, kształtującym siebie i otoczenie, i wreszcie, stwarzającym swoje własne normy i wartości”¹⁰². Jedyna różnica pomiędzy człowiekiem a Bogiem polega na tym, że ten ostatni jest śmiertelny, że jego wielkość i potęga nie są mu po prostu dane, lecz rozwijają się w twórczym wysiłku; godność człowieka jest nie tyle dana, co **zadana** – czekająca na realizację. To właśnie człowiek ma jej dokonać, zatem idea ludzkiej godności jest swego rodzaju projektem i zarazem obowiązkiem.

¹⁰⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 17 kwietnia 2008 r., I CSK 492/07, LEX nr 492174. Odmowa ochrony udzielonej powódce została uzasadniona faktem, iż przez zbyt ogólnikowe sformułowanie pozwu nie wykazała ona, na czym polega naruszenie. Zdanie drugie tezy brzmi: „Jeżeli powódka upatrywała naruszenie swej godności w przedstawionej postaci, to dla udzielenia ochrony była obowiązana wykazać najpierw skonkretyzowane zdarzenie przypisywane pozwanym”.

¹⁰¹ K. Bayertz, *Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea*, K. Bayertz (red.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Kluwer Academics Publishers, Dordrecht/Boston/London 1996, s. 73–90.

¹⁰² Ibidem, s. 77.

Wewnętrzne ograniczenia dla rozwoju idei ludzkiej godności stanowią dla człowieka inni ludzie [odpowiednik interesu społecznego lub zasad współżycia społecznego]. Odwołanie do idei braterstwa w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka wskazuje na konieczność przełamywania wzajemnych uprzedzeń dla urzeczywistnienia idei ludzkiej godności.

Bayertz odróżnia dwa sposoby rozumienia godności ludzkiej:

- **filozoficzny**: wymierzony przeciw wertykalnym ograniczeniom ludzkiej subiektywności, czyli bytom nadprzyrodzonym oraz naturze (przyrodzie); ta godność, opierająca się na idei ciągłego doskonalenia się człowieka, odwołuje się do człowieka jako gatunku (ze względu na ludzką śmiertelność); doskonali się więc **rodzaj** ludzki i to on wznosi się na drodze postępu. Podobnie swoboda w doborze wartości przysługuje nie tyle jednostkowemu człowiekowi, ile raczej ludzkiej naturze, czy – jak to określają filozofowie Oświecenia – ową autonomią odznacza się „**wola powszechna**” (w przeciwieństwie do woli jednostkowej, która jest, według Diderota, „podejrzana”);
- **socjo-polityczny**: zmierzający do likwidacji ograniczeń horyzontalnych, tzn. działań innych ludzi, przede wszystkim poprzez warunki społeczne i instytucje – wśród których najważniejszą rolę odgrywa państwo; ochroną nie jest więc objęty człowiek jako samodzielny podmiot twórczy, lecz jako przedmiot działań innych ludzi; nie chodzi tu zatem o znoszenie ograniczeń, lecz o budowanie zapór chroniących przed tyranią innych; przedmiotem troski i ochrony jest tutaj nie rodzaj, a jednostka: indywidualny człowiek – a celem jest ochrona indywidualnych praw przed zakusami dyktowanymi dobrem rodzaju ludzkiego.

Wspomniana wcześniej godność „konstytucyjna” jako źródło praw i wolności wydaje się być bliższa godności gatunku, rodzaju ludzkiego jako takiego. Na podstawie doświadczeń historycznych da się sformułować wniosek, że owa godność jako idea nie jest niezmienna: stały postęp ludzkości nadaje jej wciąż nowe treści, inne zaś jako już nieaktualne przestają być brane pod uwagę. Niedaleko szukając: niewolnictwo przez długi czas było na porządku dziennym (np. we francuskich koloniach – do Wiosny Ludów), aczkolwiek zniesienie go postulowano pod hasłem wolności, nie zaś godności.

Ograniczenie swobody decydowania o własnych sprawach kwalifikuje się natomiast jako naruszenie tej drugiej sfery godności, ujmowanej indywidualistycznie.

„Zasada wymagająca okazywania szacunku dla autonomicznych wyborów innych ludzi jest tak silnie zakorzeniona w moralności potocznej jak żąd-

na inna, choć nie wszyscy zgadzają się co do jej natury i mocy oraz wpływających z niej uprawnień. Wielu filozofów utrzymywało, że gdyby nie było autonomicznych podmiotów, moralność w ogóle by nie istniała, każdy jednak rozumiał autonomię na swój sposób”¹⁰³.

Decyzja o dochodzeniu ochrony zależy tutaj od stopnia osobistej niezależności, indywidualnego zamiłowania do chodzenia własnymi drogami i podatności na wpływ autorytetów. Obiektywna reakcja otoczenia stanowi kryterium oceny prawnej, **natomiast brak aktywności ze strony osoby bezpośrednio zainteresowanej nie upoważnia nikogo do działania w jej zastępstwie i ponad jej głową**. Z całokształtu norm prawnych wynika jedna naczelna zasada: nie naruszać cudzej godności osobistej. Jednak uprawnionemu wolno jest swobodnie decydować, komu na to pozwoli i w jakim zakresie. Decyzja taka uchyla bezprawność naruszenia.

Pozbawienie lub ograniczenie dorosłego i sprawnego umysłowo człowieka kontroli nad własnymi sprawami na ogół uwłacza poczuciu jego własnej wartości. Jest to zachowanie właściwe wobec osób ubezwłasnowolnionych, każdy nim dotknięty może się zatem uważać za faktycznie ubezwłasnowolnionego bez podstaw. Niemniej u różnych osób przypuszczalnie występuje to w różnym nasileniu. Skonstruowanie jednego wzorca wydaje się niemożliwe, ale skoro z przepisów wynika zasada nieingerencji, to każde odejście od niej wypełnia znamiona naruszenia. Chyba że delikwent zadeklaruje, iż w danej sytuacji akurat mu to nie przeszkadza.

„Opowiadano mi historię o pacjentce, która przez całe życie była zdeklarowaną ateistką i kiedy przyszło jej umierać wskutek nowotworu na oddziale szpitalnym, każdego dnia odwiedzał ją ksiądz, namawiając do nawrócenia, spowiedzi i przyjęcia komunii. Nie mam najmniejszych wątpliwości, że był to przemożny i niczym nieuzasadniony nacisk psychologiczny na pacjentkę, stanowiący oczywiście pogwałcenie jej godności. Nikt bowiem nie ma prawa zmuszać mnie do czynienia rzeczy, których ze względu na swe głębokie przekonania moralne nie mogę uczynić. Nikt nie może dokonywać gwałtu na moim sumieniu”¹⁰⁴.

Powyższy przykład pokazuje, że niektóre naruszenia godności pacjenta mogą być dlań niemożliwe do obrony ze względu na stan choroby: przykuty do szpitalnego łóżka, wyniszczony chorobą, osamotniony – nie ma praktycznej możliwości skutecznego przeciwstawienia się tego rodzaju natręctwu. Równie dobrze podobny napór mógłby pochodzić od lekarza namawiającego

¹⁰³ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 131.

¹⁰⁴ Z. Szawarski, *Mądrość...* s. 46.

na niechciany zabieg czy na przyjęcie leku. Ochrona strony słabszej wymaga tutaj szczególnego względu w konstruowaniu gwarancji dla poszanowania jej praw. Niemniej bezprawna ingerencja, czy to kapłana w swobodę sumienia, czy to lekarza w niezależność odmowy – naruszają dobra osobiste, nie zaś człowieczeństwo pacjenta; zatem zadeklarowana przezeń akceptacja dla owego naprzykrzania uchylałaby bezprawność.

Jeżeli natomiast przyjęlibyśmy argument, że ingerencja taka uchyla człowieka człowieczeństwu (czyli narusza godność rodzaju ludzkiego w sferze niezbywalnej), to musielibyśmy dojść do wniosku, że jakakolwiek rezygnacja jest pozbawiona skutków prawnych.

Według Beauchampa i Childressa autonomia nie wyklucza podporządkowania: wolno jest realizować własną autonomię w ten sposób, by swobodnie wybierać, jakim instytucjom, tradycjom czy społeczeństwom poddać się jako władzy. Autorzy zwracają uwagę, iż moralność to nie jest zbiór indywidualnych reguł tworzonych dla samego siebie w oderwaniu od społeczeństwa¹⁰⁵.

Ponieważ stoję na stanowisku, że wolność decydowania o własnych sprawach osobistych należy do sfery godności osobistej, nie dostrzegam niebezpieczeństwa w tym, by pacjent w pełni świadomie rezygnował z owej pełnej kontroli oddając ją w ręce lekarza: w tym także upatruję przejawu wolności. Skoro wolno decydować, to wolno też NIE decydować lub przenieść prawo decydowania na lekarza. Ustawa o zawodzie lekarza daje temu wyraz w art. 31 ust. 3, zgodnie z którym na żądanie pacjenta lekarz nie ma obowiązku udzielać mu informacji o stanie zdrowia i możliwościach leczniczych. W ten sposób udzielona na leczenie zgoda ma charakter blankietowy, co w zwykłych okolicznościach powodowałoby jej prawną bezskuteczność. Pacjent udziela zatem zgody w warunkach niepoinformowania na własne życzenie. Taką samą sytuację mamy na gruncie przepisu znanego jako przywilej terapeutyczny (art. 31 ust. 4 *uzawlek*), gdy na wypadek niepomyślnych rokowań pacjent godzi się na ograniczenie informacji, poprzez upoważnienie osoby trzeciej do jej odbioru. Gdyby tych regulacji nie było, pacjent doznawałby również ograniczenia wolności: musiałby zawsze wysłuchać informacji pełnej niezależnie od swego nastawienia.

Autonomia

We współczesnej bioetyce pod pojęciem „autonomia” rozumie się zespół kryteriów decydujących, że jednostka może kształtować swe życie według osobi-

¹⁰⁵ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 135.

stych preferencji i własnych wyborów. Według Beauchampa i Childressa taka koncepcja autonomii nie ma proveniencji Kantowskiej, skoro dla tego filozofa autonomia moralna realizowała się jedynie poprzez postępowanie zgodne z powszechnie obowiązującymi zasadami moralnymi i to tylko takimi, które jednocześnie odpowiadają kryterium imperatywu kategorycznego. Jeżeli natomiast pobudki są inne niż wypływające z poszanowania zasad moralnych – wówczas według Kanta mamy do czynienia z „heteronomią”¹⁰⁶.

Już to jedno odniesienie pokazuje, że autonomia wcale nie jest pojęciem rozumianym jednolicie. Różne sposoby jej pojmowania mogą w istocie prowadzić do tak rygorystycznych wymagań, że przekształcą autonomię we własne przeciwieństwo i nałożą na pacjenta daleko idące ograniczenia po to, by na gruncie określonej teorii w ogóle dało się określić go mianem autonomicznego.

Niektóre teorie wymagają, aby autonomiczność zależała od takich cech jak autentyczność, opanowanie, konsekwencja, niezależność, dyscyplina wewnętrzna czy odporność na wpływ autorytetów. W dodatku autonomiczność powinna stanowić realizację osobistych wartości, przekonań i planów życiowych¹⁰⁷. Sformułowane zostało również wymaganie, by na miano autonomicznego zasługiwał tylko ten, kto uświadamia sobie i akceptuje każdą rację uzasadniającą własne działanie¹⁰⁸. Są to wymagania tak wygórowane, że w praktyce zupełnie nierealne i nieprzystające do kondycji zwykłego śmiertelnika – a wobec tego nieprzydatne, chyba że jako wariant idealny, do którego można tylko dążyć.

Krytycy nadmiernego ich zdaniem eksponowania autonomii pacjenta w teoriach etycznych wskazują, że zbytnia niezależność pacjenta od lekarzy odbywa się kosztem zerwania osobistych więzi. (Można na to odpowiedzieć, że niezależne jednostki nie muszą być wcale niezdolne do nawiązywania osobistych więzi, bo nawiązywanie ich zależy od innych cech osobowości. Jeżeli ktoś ma być nieakceptowany z powodu swej niezależności, to w istocie znaczy, że ten drugi oczekuje podporządkowania i tylko ono dałoby mu satysfakcję. Szanowanie niezależności drugiego jest jednym z ważkich warunków dla udanych układów partnerskich). Pewni filozofowie są przeciwni

¹⁰⁶ Ibidem, s. 68.

¹⁰⁷ Zob. S. Benn: *Freedom, Autonomy and the Concept of a Person*, w: „Proceedings of the Aristotelian Society, 76 (1976), s. 123–130, na podstawie: T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 134.

¹⁰⁸ G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, New York (Cambridge University Press) 1988, s. 15–20.

autonomii uważając, że występująca pod postacią rozumnej woli dystansuje nas od takich wartości jak życie we wspólnocie, wzajemność czy stopniowe doskonalenie ludzi¹⁰⁹. Dochodzi tu chyba do pomylenia pojęć autonomii i indywidualizmu. Co do doskonalenia się – przekonująco uzasadniał je korzystaniem z wolności J.S. Mill. Zarzuty oponentów są o tyle chybione, że żadna teoria autonomii nie kwestionuje faktu, iż życie w społeczeństwie oraz związki międzyludzkie wywierają wpływ na indywidualny rozwój¹¹⁰. Niemniej poszczególne teorie autonomii różnią się pod pewnymi względami dość istotnie. Obok teorii umiarkowanych, które przed powyższymi zarzutami łatwo się obronią, istnieją też i inne, które ujmują autonomię w sposób skrajnie indywidualistyczny¹¹¹. **Dlatego należy poszukiwać takiego rozumienia autonomii, które nie zakłóciłoby równowagi między indywidualizmem a socjalizacją.**

Tradycja religijna traktuje autonomię podejrzliwie. Część osób wierzących przejawia obawy, iż autonomia człowieka polega na uniezależnieniu go również od transcendentnej mocy¹¹² (czyli – nazywając rzecz po imieniu – stawia pod znakiem zapytania obowiązek posłuszeństwa wobec bóstwa).

Krytyka współczesnych koncepcji autonomii w etyce medycznej zasada się na konstatacji, że ani autonomia nie jest przecież jedyną wartością, ani szacunek dla autonomii jedynym imperatywem moralnym. Tyle że nie wszystkie teorie etyczne uważają autonomię za zasadę absolutną czy najwyższą w hierarchii. Beauchamp i Childress proponują, by traktować autonomię jako „glejt upoważniający do egzekwowania prawa do kierowania własnym życiem”, co nie znaczy że jako jedyne źródło moralnych praw i obowiązków¹¹³. Najgorszą, by tak rzec, prasę, zapewniły zasadzie autonomii nadmierna gloryfikacja oraz stosowane uproszczenia. **Dlatego należy poszukiwać takiego rozumienia autonomii, które byłoby wolne od skrajności, a zaaprobować koncepcje umiarkowane i wyważone.**

Wspólnym mianownikiem wszystkich teorii autonomii są dwie przesłanki: 1) wolność – w sensie niezależności od czynników kontrolujących; 2) spontaniczne działanie – rozumiane jako zdolność do intencjonalnego działania. Beauchamp i Childress dodają jeszcze przesłankę trzecią: 3) zrozu-

¹⁰⁹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 136.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Zob. j.w.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem, s. 138.

mienie. Działanie autonomiczne polega więc według nich na zachowaniu intencjonalnym (czyli w określonym zamiarze), ze zrozumieniem oraz bez wpływów z zewnątrz¹¹⁴. Dwa ostatnie warunki mogą być spełnione w większym lub mniejszym stopniu, co oznacza, że i **autonomia jest stopniowalna**. Zarówno stan zrozumienia jak wolność od przymusu mogą być oceniane na skali ciągłej: od zera w postaci całkowitego niezrozumienia do maksimum w postaci zrozumienia pełnego i od zupełnego zniewolenia do całkowitej niezależności¹¹⁵.

Gdy chodzi o niepodleganie narzuconym wpływom, Ruth R. Faden i Tom L. Beauchamp rozróżniają **przymus, manipulację i perswazję**¹¹⁶. Przymus ma na skali ciągłej wartość zerową, ponieważ oznacza całkowite zniewolenie. Manipulacja stanowi ukrytą formę przymusu: polega na przekazywaniu informacji (zarówno prawdziwych jak fałszywych) spreparowanych tak, by dana osoba (pacjent) podjęła decyzję pożądaną przez manipulatora, ale w przekonaniu, że uczyniła to zupełnie swobodnie. W gruncie rzeczy manipulacja jest prawie równoznaczna z przymusem, problem polega jednak na tym, że jest stopniowalna i trudno ocenić, jaka manipulacja jeszcze nie narusza autonomii, a jaka już ją narusza. Ponadto może być trudne jeśli nie niemożliwe, wyznaczenie granicy między manipulacją a perswazją¹¹⁷. Perswazja rozumiana jest jako różne sposoby przekonywania danej osoby, które jednak nie ograniczają jej w wolności działania i podejmowania decyzji.

Umiarkowane podejście do autonomii zakłada, że **dla uznania danego działania za autonomiczne wystarczy, by pacjent w wystarczającym stopniu rozumiał swoje czyny oraz żeby nie ulegał presji z zewnątrz**¹¹⁸. Każde zwiększone wymaganie może obrócić się na jego niekorzyść.

„Największe jednak problemy moralne pojawiają się, gdy mówimy o godności pojmowanej jako szacunek dla samego siebie. W rozumieniu tym szacunek dla pacjenta obejmuje co najmniej dwie rzeczy: 1) szacunek dla jego autonomii moralnej i 2) powstrzymanie się od jakichkolwiek działań, które w najmniejszym choćby stopniu mogłyby podważać szacunek pacjenta dla sa-

¹¹⁴ Ibidem, s. 134.

¹¹⁵ Z. Szawarski, *Mądrość...*, s. 26–27.

¹¹⁶ Zob. R.R. Faden, T.L. Beauchamp, and N. M. King, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York 1986, s. 235–273.

¹¹⁷ Z. Szawarski, *Mądrość...*, s. 26–27.

¹¹⁸ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 135.

mego siebie. Autonomia moralna, wypływająca przede wszystkim z odkrycia naszej indywidualności, stanowi bodaj najważniejszą, niemal konstytutywną wartość bycia osobą. Powiemy, że ktoś działa autonomicznie wtedy i tylko wtedy, gdy po pierwsze, świadom jest samego siebie, świadom jest swoich myśli, pragnień, zamiarów i konsekwencji swoich działań, po drugie gdy działa bez jakichkolwiek nacisków zewnętrznych lub wewnętrznych, i po trzecie – gdy podejmowane przezeń decyzje są **rezultatem rozumnego namysłu**¹¹⁹.

Jest różnica między stanem zrozumienia sytuacji a rozumnym nad nią namysłem. Zrozumienie nie wyklucza działania pod wpływem impulsu lub emocji. Wymaganie rozumnego namysłu podważa autonomię pacjenta działającego irracjonalnie lub odmawiającego podania przyczyn, na zasadzie „bo mi się tak podoba”. Zakwestionowanie autonomii może wówczas prowadzić do uznania pacjenta za niewłasnowolnego i przyjęcia wobec niego postawy paternalistycznej.

Podobne pułapki niesie ze sobą przyjmowanie następujących, wyidealizowanych założeń:

„Bycie autonomicznym w myśleniu wymaga sprawności intelektualnych, ale także zdolności kontrolowania emocji utrudniających właściwe wykorzystanie tych sprawności. Pewne emocje, takie jak strach czy niecierpliwość, mogą utrudniać myślenie lub w ogóle je uniemożliwiać, mogą także powstrzymać przed podjęciem działania wskazanego przez osąd. Silne emocje mogą czasowo uczynić myślenie nieefektywnym, a strach przed postąpieniem źle może niszczyć samą zdolność myślenia. »Sprawności intelektualne nie mogą istnieć bez jakości charakteru. Strach i niepokój, które osłabiają umysł przy tworzeniu sądu, osłabiają także wolę trwania przy tym osądzie i wolę przełożenia go na działanie«¹²⁰. Bycie autonomicznym wymaga więc zarówno sprawnego umysłu, jak i siły charakteru”¹²¹.

Jeżeliby potraktować ten wywód dosłownie, to większość populacji funkcjonowałaby w warunkach permanentnego ograniczenia autonomii. Należy w tym miejscu powtórzyć wnioskowanie z akapitu poprzedniego: **przypisanie pacjentowi niedostatecznej sprawności intelektualnej, działania pod wpływem strachu lub silnych emocji pozwalałoby przyjąć przynajmniej ograniczenie autonomii z konsekwencjami w postaci**

¹¹⁹ Z. Szawarski, *Mądrość...*, s. 44–45.

¹²⁰ J. Benson, *Who is the Autonomous Man?*, [w] *Philosophy*, 58, 223, 1983, s. 16, za: M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 103–104.

¹²¹ M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 103.

usprawiedliwienia dla paternalizmu. Dlatego formułowanie tak wygórowanych kryteriów dla autonomii w praktyce okazuje się wysoce ryzykowne. Przydałoby się więcej tolerancji dla ludzkiej niedoskonałości.

Jedyną cechą, która nie zasługuje na tolerancję, jest brak zmysłu krytycznego przy uzależnieniu od autorytetów. Należy zgodzić się z Johnem Benso-
nem i Marią Nowacką, że przy takim uwarunkowaniu brak zmysłu krytycz-
nego rzeczywiście wyklucza autonomię.

„Akceptowanie rozsądnych racji, dla których w pewnych kwestiach w określonym zakresie zdajemy się na świadectwo innych, zamiast samemu dochodzić do formułowania twierdzeń mających stać się podstawą działania, nie jest więc oznaką braku autonomii. Dlatego za przeciwieństwo człowieka intelektualnie autonomicznego należy uznać osobę, która wszystko, co jej zostaje przekazane, akceptuje bezkrytycznie, bez żadnych racji lub na podstawie racji zbyt słabych. (...) Warunkiem koniecznym bycia człowiekiem autonomicznym jest więc posiadanie swoistego **zmysłu krytycznego** [podkr. M.B.], ułatwiającego rozstrzygnięcie, kiedy można, a kiedy nie można, zdać się na świadectwo innych. (...) Bycie autonomicznym zakłada więc z jednej strony zaufanie do własnych sił i gotowość posłużenia się nimi, z drugiej strony zaś zdolność oceny kiedy siły te okazać się mogą niewystarczające i zdać się należy na autorytet zewnętrzny uznany na podstawie rozsądnych racji za autorytet rzetelny”¹²².

Trudność według bioetyków polega na tym, co miałyby oznaczać sformułowanie: „rozumiał w wystarczającym stopniu”. Na szczęście język praw to nie wzory matematyczne i można sobie w nim pozwolić na miejsca niedookreślenia. Granicę między tym, co wystarczająco autonomiczne a tym, co niewystarczające, daje się wytyczyć przy uwzględnieniu okoliczności konkretnego przypadku. Stan niedostatecznej autonomii wymaga podjęcia wysiłku w celu jej przywrócenia; mówiąc w uproszczeniu – trzeba tłumaczyć coraz bardziej przystępnie, a wpływ z zewnątrz ograniczać perswazją. W tym miejscu warto przywołać oczywistą konstatację, że relacja między lekarzem a pacjentem jest niesymetryczna: ma charakter zależności i faktycznego podporządkowania. W medycynie wciąż obserwuje się pokusę, by posiadanej przez lekarzy władzy nad pacjentami używać nie do umacniania ich autonomii, lecz do pogłębiania zależności¹²³. Dlatego autonomia pacjenta potrzebuje solidnych gwarancji tak w prawie, jak w bioetyce – **wymaga tego ochrona strony słabszej.**

¹²² M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 99–100.

¹²³ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 138.

Jeżeli jednym z możliwych ograniczeń uniemożliwiających rzeczywisty wybór jest brak należytej zdolności pojmowania – regulacja prawna powinna dążyć do tego, by w danej sytuacji ta zdolność była zachowana w jak największym stopniu (stąd tak nie lubiane przez lekarzy sformułowanie ustawowe – „obowiązek udzielenia **przystępnej** informacji”). Nielubiane z przyczyn natury komunikacyjnej: podyktowanych trudnościami w przekodowaniu fachowej i hermetycznej terminologii na język zrozumiały dla laika). Osoba o zmniejszonej autonomii jest bardziej podatna na naciski lub nawet niezdolna do myślenia bądź postępowania zgodnego z własnymi zamysłami¹²⁴. Idąc w tym kierunku, Beauchamp i Childress proponują zastąpić zasadę autonomii – zasadą szacunku dla autonomii. Albowiem szacunek dla autonomii wyraża się ich zdaniem nie tylko w odpowiednim nastawieniu, postawie, ale i wymaga niekiedy aktywnych działań:

„Mieć autonomię to nie to samo co być przedmiotem szacunku jako osoba autonomiczna. Poszanowanie dla cudzej autonomii zakłada co najmniej uznanie prawa jednostki do posiadania poglądów, dokonywania wyborów i podejmowania działań zgodnie z wyznawanymi przez nią wartościami i przekonaniami. Szacunek dla autonomii wyraża się przeto w należytym postępowaniu, a nie tylko w odpowiedniej postawie. Zakłada on coś więcej niż tylko obowiązki niemieszania się do spraw innych ludzi. Wymaga ponadto podtrzymywania czyichś zdolności do dokonywania autonomicznych wyborów, przewyżniania lęku i innych przeszkód, niszczących i podważających autonomię. Szacunek polega więc na traktowaniu innych ludzi w sposób, który uzdolniłby ich do autonomicznego działania. Brak szacunku dla autonomii wyraża się kolei w takich postawach i działaniach, które ignorują, obrażają i poniżają autonomię innych, odmawiając im tym samym minimalnej równości”¹²⁵.

W ten sposób pacjent nie będzie pozostawiony samemu sobie, niczym „samotna wyspa”. Szacunek dla autonomii pacjenta pociąga za sobą obowiązek spontanicznego udzielania przez personel medyczny informacji (a nie tylko na wyraźne żądanie, po usilnym naleganiu lub w rezultacie interwencji u przełożonych), skontrolowania, czy pacjent ją zrozumiał oraz upewnienia się, czy działanie pacjenta jest własnowolne¹²⁶. Nie wszystkie te obowiązki są *expressis verbis* zapisane w ustawie, niemniej orzecznictwo wprowadziło jako zasadę, iż ciężar dowodu co do udzielenia adekwatnej informacji spo-

¹²⁴ Zob. ibidem. s. 132.

¹²⁵ Ibidem, s. 136.

¹²⁶ s. 138.

czywa na stronie medycznej. W rezultacie placówki medyczne zaczęły posługiwać się mniej lub bardziej ujednoliconymi formularzami zgody. Podpisanie takiego dokumentu *prima facie* stwarza domniemanie zadośćuczynienia obowiązкови informacyjnemu. Niemniej pacjent mógł podpisać bez czytania lub przeczytać bez zrozumienia, co nie spełnia podstawowych wymagań stawianych działaniu autonomicznemu. (Nie na darmo akt notarialny kończy się formułą: „akt ten został odczytany, przyjęty i podpisany” – ale i tak wielu klientów notariusza deklaruje później, że z tego czytania nic nie rozumieli). Formularze zgody uzupełniane są zatem przez mniej lub bardziej rozbudowane broszury informacyjne, co jednak stosuje się przy procedurach skomplikowanych lub obarczonych zwiększonym ryzykiem. Mimo to nawet i wówczas pojawia się problem, prawdziwego lub udawanego, niedostatecznego poinformowania pacjenta¹²⁷.

Czynnikami stanowiącymi największą przeszkodę dla zachowań racjonalnych, jest **lęk**¹²⁸. W opinii niektórych lekarzy lęk to choroba, więc stany lękowe należy najpierw wyleczyć, a następnie zadać pacjentowi pytanie ponownie. Nie zawsze jednak starczy na to czasu i nie zawsze lęk da się całkowicie wyeliminować. Zasada szacunku dla autonomii wymaga, by w miarę możliwości pomagać pacjentowi opanować lęk, tak by lęk nie paraliżował jego woli i ograniczył się do zwykłego strachu, który w sytuacjach medycznych nie jest niczym nadzwyczajnym. Im poważniejsza choroba, tym silniejszy strach i większe wahania nastrojów. Paniczny strach poważnie ogranicza, a nawet może wykluczać autonomię. Zadaniem strony medycznej będzie przynajmniej czynić próby w kierunku przywrócenia pacjentowi autonomii i dopiero gdy owe próby zawiodą na całej linii – uznać jego niekompetencję. Nie sposób jednak ustalić z góry, jak daleko wolno i trzeba się posunąć na dro-

¹²⁷ W sprawie zakończonej orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie (z dn. 31.III.2006 I ACa 973/05 [w] OSA nr 1/2008 poz. 2) pacjent, który doznał powikłań po zabiegu okulistycznym wykonanym bez zarzutu, otrzymał odszkodowanie tylko dlatego, że nie została udokumentowana jego zgoda na zastosowanie materiału medycznego pochodzącego z importu, ale niedopuszczonego podówczas do obrotu w Polsce (chodziło o implant akrylowy soczewki oka). Sąd uznał pobranie dodatkowej opłaty z tytułu zapewnienia renomowanej soczewki produkcji zagranicznej za... nadużycie zaufania przez stronę medyczną. Jest to skrajnie mało prawdopodobna interpretacja faktów: jak pacjent będący emerytem mógłby nie zapytać i, co za tym idzie, nie uzyskać informacji, ZA CO dopłaca do zabiegu sumę około 600 zł. W omawianej sprawie pacjent kwestionował, co tylko się dało, by ustalić odpowiedzialność ZOZ-u ubezpieczonego od odpowiedzialności cywilnej, aby odszkodowanie zapłacił ubezpieczyciel.

¹²⁸ M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 129.

dze do usuwania lęku: czy zaaplikowanie środków uspokajających przywróci autonomię, czy właśnie ją ograniczy powodując u pacjenta stan stopienia reakcji i podatności na sugestię. Mamy tu do czynienia z jeszcze jedną sferą mentalną, gdzie przeprowadzenie ostrej linii podziału między autonomią a jej brakiem jest niewykonalne. W praktyce wiele zależy jak zwykle od tego, do jakiego stopnia decyzja pacjenta jest zgodna z przekonaniem zawodowym lekarza. Pod wpływem lęku pacjent może zarówno nalegać na zabieg, jak sprzeciwiać się jego wykonaniu. Wystarczy go dobrze postraszyć, żeby zgodził się na prawie wszystko i tutaj kłania się dylemat między perswazją a manipulacją: okłamana i nastraszona pacjentka z guzem piersi wręcz domagała się amputacji¹²⁹. Zdarzają się pacjentki z zupełnie irracjonalną obawą przed cesarskim cięciem: przekonanie ich do zgody na zabieg może być w konkretnym przypadku bardzo trudne. Pewien chirurg przechwalał się z kolei, że potrafi udzielić informacji tak *pełnej i wyczerpującej*, że pacjent na pewno wystraszy się i zrezygnuje z zabiegu. Przykłady te pokazują, że nie ma jednej gotowej recepty na właściwe postępowanie wobec pacjenta i nie ma możliwości skonstruowania uniwersalnych przepisów prawa. Zwłaszcza w tej sferze stosunków wiele spraw po prostu musi zostać unormowanych w sposób niedookreślony, a zadaniem doktryny prawa i bioetyki jest uczulanie na kwestie najbardziej drażliwe oraz kształtowanie właściwych postaw. Na marginesie mogę tylko dodać, że świadome i celowe sterowanie lękami pacjenta stanowi w moim odczuciu jeden z najbardziej odrażających przejawów paternalizmu. Minimalnym warunkiem dla zachowania autonomii w stanie lęku jest uświadomienie sobie, że konkretna decyzja zostaje podjęta pod jego wpływem¹³⁰.

Zasada szacunku dla autonomii ma dwa aspekty: pozytywny i negatywny. Negatywny polega na nieingerowaniu we własną wolę pacjenta, pozytywny – na wzmacnianiu lub przywracaniu autonomii poprzez ujawnianie informacji i prowadzenie dialogu. Poszanowanie wolności pacjenta powinno być zatem połączone z aktywnym wysiłkiem w kierunku umacniania i realizowania jego **subiektywnie** pojmowanych interesów¹³¹.

Maria Nowacka uważa, że autonomia jest własnością osoby ludzkiej i jako taka jest niezbywalna. Przysługuje istocie ludzkiej z samej jej natury i stanowi warunek konieczny stanu wolności i posiadania wolnej woli. Czynniki zewnętrzne – np. działania innych ludzi, stan choroby bądź własne de-

¹²⁹ Zob. wyrok powołany w przyp. 55.

¹³⁰ M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 125–126.

¹³¹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady...*, s. 186.

cyzje – mogą człowieka w tej autonomii ograniczać, ale samej autonomii nie pomniejszają. Czym innym jest autonomia jako cecha przysługująca człowiekowi w sposób pierwotny, a czym innym stopień korzystania z niej¹³². Na gruncie cywilistycznym można to porównać do zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych: autonomia przysługuje zawsze, jako cecha jest nieograniczona i niezbywalna, natomiast zdolność do czynności autonomicznych może być w konkretnym przypadku ograniczona różnymi czynnikami. W oparciu o to rozróżnienie Autorka ukazuje różnice między autonomią w ujęciu Kanta a jej rozumieniem utylitarystycznym:

„Autonomia w sensie Kanta to własna praworządność człowieka, jego wolna wola autonomiczna w swych aktach; każde ograniczanie czy naruszanie tak pojętej autonomii jest uprzedmiotowianiem człowieka, a więc jest gwałtem na jego człowieczeństwie. Etyka Kanta nie dopuszcza tutaj pod żadnym względem wyjątków. Inaczej natomiast wygląda ta kwestia z utylitarystycznego punktu widzenia. Ocena moralna czynu dokonywana jest ze względu na jego przewidywalne skutki, a zatem jeśli nawet zazwyczaj korzystne (użyteczne) jest poszanowanie autonomii danej osoby (gdyż daje dobre skutki), to mogą zdarzać się sytuacje, w których ograniczenie czy naruszenie autonomii również prowadzić może do skutków korzystnych (użytecznych), ponieważ czyn zły sam w sobie może prowadzić do skutków pozytywnych” [np. przymus szczepień obowiązkowych w celu utrzymania tzw. odporności populacyjnej]. „Z utylitarystycznego punktu widzenia w takich sytuacjach należy przeprowadzić stosowny rachunek użyteczności, w wyniku którego będzie można podjąć decyzję albo poszanowania albo ograniczenia czyjejś autonomii. Etyka Kanta jest bezkompromisowa, etyka utylitarystyczna jest elastyczna; ale właśnie dlatego w sferze działań medycznych utylitarystyczne podejście do moralności zdawać się może przydatnym, ponieważ może jawić się lekarzowi jako korzystniejsze dla pacjenta”¹³³.

Z utylitarystycznego punktu widzenia autonomia ma charakter absolutny o tyle, że daje pacjentowi moralne prawo do swobodnego decydowania w sprawach własnej osoby. Jedynym ich ograniczeniem jest jednoczesny brak negatywnych konsekwencji dla innych. Pacjent pozostaje autonomiczny, gdy decyduje tylko w oparciu o wolę własną, bez zależności od czynników zewnętrznych. Głównym wyznacznikiem tych decyzji jest jego własny interes:

¹³² M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 82.

¹³³ Ibidem, s. 83.

to, co subiektywnie uważa za „dobre” dla siebie¹³⁴. Podejście utylitarystyczne zakłada przeprowadzenie czegoś w rodzaju bilansu zysków i strat wynikającego z podjęcia takiego a nie innego sposobu leczenia (lub zaniechania go w ogóle). Pacjentowi wolno jest odmówić leczenia stanowiącego ratunek dla jego życia, o ile uzna, iż z punktu widzenia preferowanych wartości pozostanie przy życiu nie przyniesie mu dostatecznych korzyści (np. skaże na życie w cierpieniu, kalectwie czy bezświadości). Etyka utylitarystyczna akceptuje utylitarystycznie uzasadnione prawo do rezygnacji z życia (i tym różni się od etyk deontologicznych)¹³⁵.

Zdolność do działań autonomicznych może być zerowa, ograniczona w różnym stopniu lub pełna. Każda choroba jest stanem ograniczenia w zdolności do działań autonomicznych, aczkolwiek stopień tego ograniczenia zależy od okoliczności konkretnego przypadku. Zgodnie z koncepcją Beauchampa i Childressa zasada szacunku dla autonomii wymaga, by strona medyczna dążyła do przywrócenia pacjentowi zdolności do działań autonomicznych w możliwie największym stopniu. Dopiero gdy to się nie powiedzie, wolno podjąć działania paternalistyczne, które stanowią odpowiedź lekarza na niezdolność pacjenta do pełnego korzystania z autonomii i wówczas nie naruszają one przysługujących mu praw¹³⁶. Właściwe ustalenie relacji między postawą poszanowania autonomii pacjenta a potrzebą przyjęcia postawy paternalistycznej wymaga przeprowadzenia rozumowania zależnie od okoliczności, tzn. stosownie do stanu psychofizycznego pacjenta¹³⁷.

Wciąż jednak pozostaje aktualna podnoszona już wcześniej obawa, że o uznaniu, na ile dany pacjent jest zdolny do działań autonomicznych, decyduje lekarz. Kontrola nad tym jest możliwa w sytuacjach, gdy stan ograniczenia lub braku autonomii po stronie pacjenta wymaga wydania zezwolenia zastępczego przez sąd. Jednakże aktywność sądu koncentruje się na ocenie zaproponowanego leczenia z punktu widzenia dobra pacjenta. W ten sposób pacjent, który w opinii lekarza postępuje nieracjonalnie – czyli w praktyce wówczas, gdy

¹³⁴ Ibidem, s. 151.

¹³⁵ s. 152.

¹³⁶ M.S. Komrad, *A Defence of Medical Paternalism; Maximising Patients' Autonomy*, *Journal of Medical Ethics* 9,1, 1983, s. 41, na podstawie M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 84–84.

¹³⁷ Stanowi to odwołanie do „dynamicznego” modelu relacji między lekarzem a pacjentem: T.S. Szasz i M. H. Hollender, *A Contribution to the Philosophy of Medicine: Three Basic Models of the Doctor Patient Relationship*, *Archives of Internal Medicine* 97, 1957 s. 585–592., za: M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 84.

stanowisko pacjenta jest sprzeczne z profesjonalną wiedzą lekarza¹³⁸ – może zostać arbitralnie zakwalifikowany jako niezdolny do świadomego wyrażenia zgody i poddany paternalizmowi sądowemu (i tym samym medycznemu). W dodatku, jak już była o tym mowa, zgoda sądu nie jest potrzebna w przypadkach nagłych (zagrożenie życia, ciężkim rozstrojem zdrowia lub ciężkim uszkodzeniem ciała – art. 34 ust. 7 uzawlek), gdy chodzi o pacjenta niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody. W takich sytuacjach pole do nadużycia kwalifikacji „niezdolny” poszerza się znacznie. Kilkakrotnie zdarzyło mi się słyszeć i powtarzam przy każdej okazji (ku przestrodze) dobrą radę udzielaną sobie nawzajem przez lekarzy: w razie protestów pacjenta poczekać aż straci przytomność – wówczas literalnie rzecz biorąc spełnione zostają oba ustawowe kryteria uprawniające do interwencji paternalistycznej bez kontroli sądowej.

Zakończenie

Tak naprawdę nigdy nie jesteśmy całkowicie autonomiczni i każda nasza decyzja jest mniej lub bardziej uwarunkowana. Dlatego Faden i Beauchamp uważają autonomię działania za stan idealny, do którego należy dążyć, ale który jest nieosiągalny w pełni. Z tego powodu potrzebne jest wyznaczenie progu minimalnego autonomii, dostosowanego do wymagań przeciętności¹³⁹. Nieostre wprawdzie, ale użyteczne kryterium dostatecznego rozeznania (w sensie zrozumienia i niezależności od zewnętrznych wpływów), ocenianego zawsze *in concreto*, powinno okazać się właściwe.

Autonomia, rozumiana po arystotelesowsku jako cnota, należy do dziedziny zachowań racjonalnych¹⁴⁰. Nadmierne przywiązanie do racjonalności prowadzi jednak do stawiania wobec autonomii wymagań zbyt wysokich i przez to oderwanych od rzeczywistości. Emocje, impulsy oraz zwykłe widzimisię stanowią skazy na ideale, ale są rzeczą ludzką i bardzo powszechną. Tak powszechną, że także wymagającą wzięcia pod uwagę. Preferowana hierarchia wartości czy uwarunkowania światopoglądowe również niewątpliwie rzutują na proces decyzyjny i jeżeli pacjent ma w swych decyzjach pozostać rzeczywiście wolnym, to powinny być szanowane. Istotne jest tylko, by zdawał sobie sprawę, **dłaczego** jego decyzja jest właśnie taka. Innymi słowy – powyższe ograniczenia nie wyłączają stanu autonomii, jeżeli pacjent jest ich świadomy.

¹³⁸ M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 85.

¹³⁹ R. R. Faden. T.L. Beauchamp, *op. cit.* s. 240.

¹⁴⁰ M. Nowacka, *op. cit.* s. 129.

Decyzja pacjenta powinna być przede wszystkim WŁASNA; ważniejsze żeby własna, niż nawet że racjonalna.

Trudniejsze do oceny jest natomiast działanie pacjenta pod wpływem zauważalnych błędów, zniekształceń, zafałszowań informacyjnych, czy nawet przesądów. Z jednej strony wyprowadzenie go z tego stanu stanowi warunek uznania decyzji za wystarczająco autonomiczne, z drugiej jednak – nie może usprawiedliwiać każdego wpierania informacji ani perswadowania na siłę.

Pacjentowi wolno jest zrezygnować z działań autonomicznych poprzez udzielenie zgody blankietowej. Stanowi to jednocześnie upoważnienie dla paternalizmu lekarskiego, skoro zgoda udzielona została czysto formalnie, przy rezygnacji z poinformowania. Wbrew pozorom jest to również sposób korzystania z przysługującej wolności, który nie powinien być ograniczany. Podnosi się wprawdzie, że brak krytycznego namysłu wyklucza autonomię, jednak na bezmyślność system prawny nie wypracował żadnych sankcji i raczej nie jest to możliwe. Bezmyślny też ma prawo do wolności. Alternatywą byłoby tylko ustawowe upoważnienie do działania w zastępstwie bezmyślnego – czyli jeszcze jedno przyzwolenie na paternalizm. Jak już zostało powiedziane, nie można pod hasłem autonomii stawiać ludzkiemu umysłowi zbyt wysokich wymagań. Nie sposób odmówić racji twierdzeniu, że podtrzymywanie własnej autonomii wymaga bycia świadomym własnych celów, oczekiwań i preferencji¹⁴¹ – słowem – pewnego wysiłku umysłowego. Jednak w razie stwierdzenia niezdolności do owego wysiłku, uznanie braku autonomii nie jest rozwiązaniem problemu. Zasada szacunku dla autonomii nakazuje tutaj aktywne wspomaganie pacjenta. Wprawdzie między paternalizmem lekarskim a zasadą poszanowania autonomii zachodzi stosunek odwrotnej proporcjonalności¹⁴², ale nie oznacza to, że w pole braku autonomii automatycznie może wkroczyć paternalizm. Relacja między lekarzem a pacjentem ma charakter dynamiczny; w procesie tym poszanowanie dla autonomii oraz paternalizm nie wykluczają się, lecz wzajemnie warunkują¹⁴³. Jednak istnienie u pacjenta tych wszystkich deficytów, które wymieniają orędownicy „autonomicznego idealizmu”, tworzy rodzaj szarej strefy, gdzie zawodzą regulacje prawne, a potrzeba empatycznej perswazji ze strony lekarza. To samo można by na dobrą sprawę odnieść również do innych sfer stosunków społecznych, w szczególności do korzystania z porady prawnej, gdy klient sam do końca nie wie, czego

¹⁴¹ Ibidem, s. 128.

¹⁴² Ibidem, s. 90.

¹⁴³ Ibidem, s. 85.

chce, a prawnik różnymi sposobami próbuje zorientować się w jego preferencjach. Różnica polega jednak na tym, że czynność konwencjonalną na ogół da się w ten czy inny sposób anulować, podczas gdy ingerencje medyczne są raczej nieodwracalne. Stąd zwiększona ostrożność w interpretowaniu woli pacjenta i większa odpowiedzialność moralna lekarza.

Jednocześnie jednak ta zwiększona odpowiedzialność moralna wymaga hamulców prawnych, by pod hasłem wykonywania moralnych obowiązków lekarskich nie odbywało się pogwałcenie wolnej woli pacjenta. „Wątpliwości i rozterki moralne lekarza pozostają wewnątrz jego sumienia, nie mogą stać się wyznacznikiem działań sprzeciwiających się woli pacjenta”¹⁴⁴. Różnica w sytuacji moralnej pacjenta i lekarza jest taka, że pacjent może zaszkodzić tylko samemu sobie, podczas gdy lekarz ryzykuje krzywdę cudzą: pacjenta. Dlatego nawet jeżeli odmowa poddania się leczeniu oceniana jest w konkretnym przypadku jako nieetyczna – pacjenta nie można do niczego w tym zakresie przymusić¹⁴⁵. W stosunku do pacjenta dorosłego, sprawnego umysłowo i świadomego swej sytuacji nie da się wskazać, jakie kryteria pozwoliłyby na zalegalizowanie przymusowej interwencji medycznej, której on się sprzeciwia. Jedynym uzasadnieniem może być wzgląd na dobra innych osób znajdujące się w kolizji (chodzi tu o szczepienia obowiązkowe, leczenie niektórych chorób zakaźnych oraz przymus psychiatryczny). Nasza regulacja prawnomedyczna jest pod tym względem wyraźnie utylitarystyczna: żadne unormowania nie konstruują takich obowiązków, a postępowanie przymusowe ogranicza się w sumie do przeciwdziałania zagrożeniu epidemicznego i ochrony bezpieczeństwa. I właśnie tak powinno być. Wolność jednostki oznacza również to, że we własnych sprawach tylko ona jest władna dokonywać wiążącej oceny moralnej planowanych działań i tylko jej kalkulacja w zakresie układu preferowanych wartości powinna mieć znaczenie prawne. Rzecz jasna jest to podejście jak najbardziej utylitarystyczne i wolno zadać pytanie, dlaczego ta właśnie etyczna koncepcja miałaby być preferowana przez system. Odpowiedź brzmi: ponieważ najlepiej gwarantuje wolność jednostki bez szkody dla otoczenia. Gdy przy indywidualnych decyzjach leczniczych pacjent ogląda się na statystykę niepełnosprawności w społeczeństwie lub na swe obowiązki rodzinne, to w istocie stawia dobro innych ponad swoim: „nie mogę być ciężarem”, „dzieci mnie potrzebują”, „nie zrobię tego matce”. To także mu wolno, ale taka postawa jest supererogacją; liczy się za moralny

¹⁴⁴ Ibidem, s. 190.

¹⁴⁵ Ibidem, s. 187.

heroizm. W sprawach ściśle osobistych (a taką jest własne zdrowie) wolno myśleć przede wszystkim o sobie, ponieważ z tym ciałem i z tym umysłem nikt inny nie będzie żyć równie blisko. W utylitarystycznym modelu relacji między lekarzem a pacjentem o tym, czy planowana interwencja leży w interesie pacjenta, rozstrzyga jego subiektywne odczucie.

Przedstawiciele etyk deontologicznych próbują ten porządek podważyć przez tworzenie wyrafinowanych konstrukcji uzasadniających rozmaite postacie lekarskiego paternalizmu, jednak system prawny okazuje się dość odporny. Wprawdzie ryzyko nadużyć nie może być wyeliminowane całkowicie, ale orzecznictwo z wolna zmierza w kierunku coraz większego poszanowania dla autonomii pacjenta. Lekarzowi, ze względu na jego faktyczną przewagę nad pacjentem, raczej nie grozi sprowadzenie do roli szeregowego usługodawcy: prawa pacjenta co do uzyskania określonych świadczeń zdrowotnych stosunkowo rzadko przybierają kształt prawny roszczeń, a lekarska klauzula sumienia gwarantuje dużą niezależność. Z drugiej strony, oczekiwania pacjentów stale rosną i można spodziewać się najdziwniejszych nawet fanaberii (zwłaszcza gdy chodzi o poprawianie wyglądu). Nie należy jednak przy tym zapominać, do kogo należy poddawane interwencji ciało.

Rozdział 2

Zgoda pacjenta

Elementy zgody. Wymagania materialne i formalne stawiane zgodzie pacjenta

Instytucja zgody pacjenta na każde świadczenie medyczne jest pochodną zasady szacunku dla autonomii. Sędzia M.D. Kirby, przewodniczący Australijskiej Komisji ds. Reformy Prawa uznał, że przyczyną stworzenia prawnego wymogu respektowania tzw. świadomej zgody pacjenta jest właśnie ów związek. Sędzia Kirby nie jest w swoim poglądzie odosobniony, właśnie jego wypowiedź jest jednak warta przytoczenia ze względu na uzasadnienie aksjologiczne: „Za fundamentalną zasadę leżącą u podstaw wymagania zgody uważa się prawo do samostanowienia: zasadę lub wybór wartości, jest to autonomia osoby. (...) Uważa się, że ma ona swą podstawę w wewnętrznych prawach naturalnych. (...) **Zasada ta nie jest jedynie regułą prawną wymyśloną przez jedną profesję po to, aby nękać drugą.** [podkr. M.B.] Jest to zasada etyczna, która po prostu znajduje w przepisach prawa swoje odbicie, **ponieważ nasze prawo zostało rozwinięte przez sędziów wrażliwych na stosowanie w praktyce powszechnie przyjętych zasad moralnych** [M.B.]”¹⁴⁶. Można co prawda dyskutować na temat legitymizacji pojęcia prawa naturalnego, jednak należy zgodzić się, że wolność jest jednym z najbardziej pierwotnych ludzkich praw. Instytucja tzw. świadomej zgody ochrania wolność w tym sensie, że umożliwia i gwarantuje jednostkom w sferze medycznej autonomiczny wybór. Jeżeli uznajemy, że „każdy człowiek ma prawo określać, co w danej sytuacji stanowi jego dobro i ma prawo ustalać

¹⁴⁶ M.D. Kirby: *Informed Consent: What Does it Mean?* Journal of Medical Ethics 9, 1, 1983, s. 70., cyt. za: M. Nowacka, *Autonomia...*, s. 93.

swoją drogę do szczęścia”¹⁴⁷, to traktujemy autonomię jako samoistną wartość moralną. Jeśli uznajemy wartość autonomii, to w konsekwencji musimy też przyjąć, że decyzja w sprawie poddania się leczeniu nie należy do dziedziny czysto medycznej, lecz jest **decyzją o charakterze moralnym**. To dlatego zgoda na leczenie nie może być zredukowana jedynie do przesłanki dostatecznego poinformowania.

Warunkiem koniecznym udzielenia tzw. świadomej zgody na leczenie jest autonomiczność pacjenta, niemniej relacja między autonomią a zgodą na konkretną interwencję w organizm nie jest symetryczna. Uznanie, że pacjent udzielił prawnie skutecznej zgody nie jest równoznaczne z przyjęciem, że pozostaje on autonomiczny we wszystkich swych działaniach.

Już przed wojną S. Popower wskazywał, że „Zezwolenie winno być udzielone **do określonego działania** [podkr. M.B.], natomiast zezwolenie „in blanco”, do pokrzywdzenia wogóle, nie jest skuteczne. Możliwe jest wszakże i skuteczne zezwolenie „zbiorowe”, t. zn. równoczesne zezwolenie do szeregu określonych działań”¹⁴⁸.

Przez długi czas panowała jednak znaczna rozbieżność między literą ustawy i poglądami doktryny prawniczej, a codzienną praktyką w medycynie. Tak jest zresztą do dzisiaj, zaś judykatura sama siebie wtłoczyła w uwarunkowane opiniami lekarzy (przypuszczalnie biegłych w sprawach) koleiny, gdzie dominują poglądy konserwatywne, bez oparcia w ustawodawstwie i bez większego odniesienia do zmian stanu prawnego. Z orzeczenia na orzeczenie przez dłuższy czas powtarzane były te same argumenty, mimo że prawo i bioetyka wciąż idą naprzód. Niemniej dla porządku należy zacząć od przedstawienia sytuacji normatywnej.

Poprzednia ustawa o zawodzie lekarza (z 1950 r.) formułowała bardzo lakoniczne reguły co do uzyskiwania od pacjenta zgody na leczenie. Art. 17 ust. 1 stanowił, co następuje: „Dokonanie zabiegu operacyjnego wymaga zgody chorego, jeżeli zaś chodzi o małoletnich i osoby dotknięte chorobą psychiczną lub niedorozwojem psychicznym – zgody ustawowego przedstawiciela bądź faktycznego opiekuna”. Ustęp drugi dodawał, że „Przepis ust. 1 nie stosuje się w przypadku, gdy chory jest nieprzytomny lub niemożliwe jest porozumienie się z jego ustawowym przedstawicielem (faktycznym opiekunem), a zwłoka w wykonywaniu zabiegu może spowodować ujemne

¹⁴⁷ T. Brzeziński: *Tradycyjne zasady deontologii lekarskiej*; T. Kielanowski (red.) *Etyka i deontologia lekarska*, Warszawa 1985 s. 61.

¹⁴⁸ S. Popower [w:] *Encyklopedia podręczna prawa karnego* t. II; hasło „Lekarz”, s. 808.

następstwa. W tym przypadku lekarz obowiązany jest zasięgnąć opinii drugiego lekarza. Jeżeli zasięgnięcie opinii jest niemożliwe lub połączone ze znacznymi trudnościami, lekarz może dokonać zabiegu sam, o czym powinien uczynić wzmiankę w karcie operacyjnej”. Przepis nawiązywał do stosowanego wówczas podziału wszelkich czynności leczniczych na „zwykłe” i „operacyjne” (albo też „chirurgiczne”). Regulacja z 1950 r. odnosiła się wyraźnie tylko do tych ostatnich – jak należy przypuszczać na podstawie założenia, iż czynności takie wiążą się dla pacjenta z niebezpieczeństwem na tyle znacznym, że nie sposób odmówić prawa do wyrażenia na nie zgody. Natomiast co do obowiązku odbierania zgody także na zabiegi nieoperacyjne – wobec milczenia ustawy uzasadniano go wprost przepisami konstytucyjnymi (art. 87 pkt. 1 Konstytucji z 1952 r.)¹⁴⁹. Tą samą drogą poszło orzecznictwo, uznając m.in., że zgoda wymagana jest przy czynnościach takich, jak elektrowstrząsy w psychiatrii czy pobranie wycinka tkanki do badania histopatologicznego.

Zgodę na leczenie co do zasady więc od pacjenta pobierano, zastrzeżenia tylko budzi sposób jej formułowania i przywiązane skutki prawne. Stosowaną nagminnie do końca lat osiemdziesiątych praktykę, stanowiło uzyskiwanie tzw. **zgody blankietowej**, czyli ogólnej zgody na leczenie. Były to (wciąż jeszcze spotykane gdzieś, choć na szczęście już coraz rzadziej) sformułowania w rodzaju: „wyrażam zgodę na wszelkie zabiegi lecznicze”, „niezbędne zabiegi lecznicze”, „czynności jakie okażą się potrzebne” itp. Pojęciem zgody blankietowej objęte są również akty zgody na czynności wskazane rodzajowo, ale ujęte w sposób zbyt ogólnikowy (np: „wyrażam zgodę na zabieg operacyjny w znieczuleniu” – z czego nie da się wywnioskować ani jaki to zabieg, ani jaka metoda znieczulenia). Informacja na ten temat udzielana wcześniej pacjentowi była zdawkowa albo i żadna.

W dawnej ustawie lekarskiej obowiązek informacyjny wobec pacjenta w ogóle nie był uregulowany.

Projekt zmiany ustawy o zawodzie lekarza (z 1962 r.) przewidywał podział czynności leczniczych na takie, które niosą ze sobą przeciętne ryzyko oraz takie, z którymi wiąże się dla życia lub zdrowia pacjenta ryzyko wyższe od przeciętnego bądź które grożą mu trwałym kalectwem. Na te pierwsze projekt przewidywał **zgodę w formie domniemanej poprzez brak sprzeciwu**, na drugie – wymagał **zgody wyraźnej**. Natomiast obowiązek in-

¹⁴⁹ A. Zoll: *Odpowiedzialność karna...*; s. 16–17.

formowania pacjenta przy obu rodzajach czynności, co do diagnozy i rokowania ograniczał się do zakresu niezbędnego dla przeprowadzanego leczenia¹⁵⁰. W żadnym razie nie da się tego nazwać krokiem naprzód, już raczej w tył, skoro brak sprzeciwu miał być równoznaczny ze zgodą, a o zakresie informacji decydowała wyłącznie ich niezbędność w procesie leczenia. Szczęśliwie projekt nigdy nie stał się prawem obowiązującym, niemniej niektóre proponowane w nim rozwiązania obecne są wciąż w doktrynie. Obie te regulacje, obowiązująca wcześniej oraz projektowana, wprowadziły niejasności, gdy chodzi o milczenie (brak sprzeciwu) pacjenta. Mimo, iż ustawodawstwo od tamtego czasu zmieniło się poważnie, wciąż dają się odnotować pokutujące poglądy o milczeniu równoznacznym ze zgodą, a informacje należne pacjentowi próbuje się w ten czy inny sposób reglamentować.

Tymczasem na Zachodzie pojawiło się dużo bardziej precyzyjne wymaganie, zgodnie z którym zgoda powinna być *specific* oraz *informed*. *Specific* – czyli odnosząca się do poszczególnych, jednoznacznie określonych czynności w postępowaniu medycznym, a zatem przeciwieństwo zgody „blankietowej”. *Informed* – tłumaczy się jako „poinformowania”, „świadoma”, „po należyтым poinformowaniu”. Więcej epitetów bliskoznacznych dostarcza doktryna obca¹⁵¹, żaden jednak nie jest adekwatny, ponieważ nie oddaje istoty stosowanej w bioetyce, a wypracowanej przez Beauchampa i Childressa, pięcioelementowej definicji zgody – a w każdym razie trzech elementów podstawowych: **dostatecznego poinformowania, zrozumienia oraz faktycznej kompetencji**. Zgoda określana jako „świadoma” koncentruje uwagę na stanie pełnej świadomości, którego przeciwieństwem byłaby znana prawu cywilnemu wada oświadczenia woli: brak świadomości (lub swobody) w powzięciu decyzji i wyrażeniu woli; zgoda „poinformowana” – na odpowiednim zasobie dostarczonych informacji; *éclairé* [„objaśniona”] – na wyjaśnieniach umożliwiających zrozumienie. Potrzebny byłby epitet łączący w sobie wszystkie te elementy.

Najczęściej spotykany w praktyce sposób rozumienia „zgody świadomej” to po prostu zgoda wyrażona przez pacjenta po tym, jak udzielono mu informacji. Wszechstronną analizę pojęcia zgody pacjenta w etyce przeprowadzili Beauchamp i Childress, którzy definicję taką nazwali „jednoterminową” i przeciwstawili jej bardziej precyzyjną, uwzględniającą pięć elementów.

¹⁵⁰ J. Sawicki: *Stosunek lekarz – pacjent jako zagadnienie ustawodawcze*; W kręgu starych i nowych konfliktów; Warszawa 1967 s. 113–115.

¹⁵¹ Zob. np. M.Świdarska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 17–19.

Według niej „**ktos udziela świadomej zgody na interwencję wtedy (a może wtedy i tylko wtedy), gdy jest kompetentny w działaniu, otrzymuje pełną informację, rozumie ją, działa dobrowolnie i przyzwala na interwencję**”. Tak więc pięcioma składnikami prawidłowo pod względem etycznym udzielonej przez pacjenta zgody są według nich:

1. kompetencja (do podjęcia danej decyzji),
2. ujawnienie informacji,
3. rozumienie sytuacji,
4. dobrowolność,
5. przyzwolenie [akt wyrażenia zgody]¹⁵².

Definicja pięcioterminowa ma zdecydowaną przewagę nad proponowaną często przez sądy i lekarzy definicją jednoterminową, sprowadzającą świadomą zgodę do ujawnienia informacji. Listę informacji można mnożyć prawie w nieskończoność, jednak nie tutaj, a w każdym razie nie tylko tutaj tkwi istota problemu zgody. Powołani etycy słusznie akcentują czynnik zrozumienia – bo przecież co pacjentowi po wiadomościach, których nie rozumie i których znaczenia nikt mu nie wytłumaczył. Równie ważna jest faktyczna kompetencja do udzielenia zgody: informowanie o czymkolwiek osoby, która nie odbiera ani nie przyswaja komunikatów, jest skazane z góry na niepowodzenie, ponieważ nie będzie ona w stanie zrobić z nich użytku. Element dobrowolności, podobnie jak czynnik zrozumienia – znane są już z definicji zdolności do działań autonomicznych. Zaś akt przyzwolenia stanowi formalne ukoronowanie całego procesu. W tych okolicznościach pozwalam sobie zaproponować określenie **zgoda rozeznaną**, albowiem w moim odczuciu najpełniej (choć też niedokładnie) uwzględnia wskazane elementy: **świadomości, poinformowania oraz zrozumienia**. Według obu *Słowników języka polskiego*¹⁵³ „rozeznac (się)” znaczy tyle co: zorientować się, zdać sobie z czegoś sprawę, odróżnić jedno od drugiego, rozpoznać; zaś dwa znaczenia rzeczownika „rozeznanie” to: znajomość przedmiotu, orientacja w jakiejś dziedzinie lub – świadomość popełnionych czynów.

Autonomia i kompetencja różnią się znaczeniowo. Autonomia to ogólna zdolność do samokierowania, natomiast kompetencja jest zdolnością do wykonania jakiegoś zadania konkretnego. Niemniej kryteria, jakie muszą być spełnione, by można było mówić o osobach kompetentnych i autonomicz-

¹⁵² T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*, s. 157–158.

¹⁵³ *Słownik języka polskiego* t. I–III, red. M. Szymczak, Warszawa 1981 oraz *Słownik języka polskiego* t. I–XI, red. W. Doroszewski, Warszawa 1965.

nych, są prawie identyczne¹⁵⁴. „Pacjent jest kompetentny w podejmowaniu decyzji, jeśli ma zdolność do zrozumienia treści przekazywanych mu informacji, umie oceniać te informacje w świetle wyznawanych wartości, chce urzeczywistnienia pewnego skutku oraz może swobodnie komunikować swe życzenia pracownikom służby zdrowia”¹⁵⁵. Jest to rozumienie kompetencji materialne, w odróżnieniu od formalnego, tzn. określonego przepisami prawa zestawu wymagań stawianych osobie pacjenta, by jego zgoda na interwencję medyczną mogła zostać uznana za prawnie skuteczną.

Przez **kompetencję (materialną, faktyczną)** autorzy ci rozumieją **zdolność** konkretnej osoby **do właściwego podjęcia decyzji**. Zdolność ta zależy w oczywisty sposób od rodzaju podejmowanej decyzji: „kompetencja powinna być rozumiana zawsze jako zdolność do zrobienia czegoś, nie zaś jako zdolność do zrobienia wszystkiego”; z tego, że dana osoba jest kompetentna w jednej dziedzinie, nie wynika automatycznie, że jest kompetentna w innej. Jako przykład można podać upośledzoną psychicznie pacjentkę, która nie potrafi pojąć żadnych kwestii związanych z leczeniem, za wyjątkiem tych, które dotyczą rozwiązania porodu przez cesarskie cięcie. Jest to spowodowane tym, że urodziła już ośmioro dzieci i miała cztery cesarskie cięcia – zatem w tej jedynej sprawie posiada własne doświadczenie, dzięki czemu nadąża za wyjaśnieniami lekarza.

Kompetencja do podjęcia określonej decyzji może mieć charakter zmienny w czasie: istnieją osoby, u których utracona kompetencja powraca trwale lub przejściowo. Najprostszy przykładem byłaby czasowa utrata przytomności. Jednakże niejednokrotnie zdarzają się sytuacje złożone i w praktyce trudne do oceny, gdy u tego samego pacjenta trzeba odróżnić schorzenia powodujące trwałe zmiany w umyśle, pamięci i mowie od chorób, w których utrata tych funkcji jest odwracalna; u pacjentów takich „kompetencja może się wahać z godziny na godzinę”¹⁵⁶.

Jako przykład na występowanie jednostronnej, sporadycznej kompetencji Beauchamp i Childress podają przypadek pacjentki, która została umieszczona w szpitalu wbrew woli ze względu na okresowe utraty pamięci i władz umysłowych. Przez większość czasu wykazywała jednocześnie kompetencję w wypełnianiu zwykłych zadań. Personel medyczny oraz sąd mieli za zadanie określić, czy może ona zostać poddana leczeniu zalecanemu w jej sytuacji

¹⁵⁴ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*, s. 147.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibid.

(i czy kwalifikuje się jako niekompetentna). W takich wypadkach, w celu uniknięcia arbitralnych uogólnień dotyczących pozbawienia pacjentki prawa do podejmowania wszystkich decyzji, wykorzystywane jest pojęcie częściowej niekompetencji¹⁵⁷. Nie jestem przekonana co do trafności takiej koncepcji, zresztą nasz system prawny tego nie przewiduje. Bardziej adekwatne wydaje mi się pojęcie **niekompetencji przejściowej**.

W prawie i medycynie kryteria kompetencji dotyczą przede wszystkim zdolności i predyspozycji umysłowych związanych ściśle z wymaganiami, jakie stawia się osobom autonomicznym (np. istnienie odpowiednich władz poznawczych oraz niezależność w sądach). W prawie karnym i cywilnym oraz medycynie klinicznej kryteria kompetencji koncentrują się wokół zdolności do rozumienia i przetwarzania informacji oraz oceny następstw działań alternatywnych. Chociaż nie ma zgody co do tego, jakie warunki mają charakter decydujący, **za kompetentną uważa się w etyce medycznej osobę, która potrafi zrozumieć, na czym polega terapia, a więc taką, która jest zdolna do oceny spodziewanych zysków i strat oraz umie po namyśle podjąć decyzję**¹⁵⁸.

Ustalenie tego może być jednak trudne w odniesieniu do pacjentów o zmniejszonych możliwościach rozumienia, namysłu czy podejmowania decyzji. Przykładem mogą być niektórzy fanatycy religijni lub pacjenci cierpiący na psychozy. Wskutek tego żywią oni fikcyjne i złudne przekonania kierujące w całości ich postępowaniem. Jednocześnie jednak mają predyspozycje do rozumienia, namysłu i podejmowania decyzji. Psychoza jest zaburzeniem psychicznym, które może pociągać za sobą uznanie niekompetencji, ale już nie takie to oczywiste w odniesieniu do przejawów fanatyzmu religijnego. Z kolei pacjenci o niskim ilorazie inteligencji, spowodowanym przez przebyte zapalenie opon mózgowych, są zdolni świadomie odrzucić propozycję intubacji czy cewnikowania: mimo że mało kompetentni, coś jednak kojarzą i trzeba by to uszanować.

Beauchamp i Childress zauważają, że utarte opinie na temat kompetencji nie zawsze wystarczą¹⁵⁹ i podają kolejny, dający do myślenia przez swą niejednoznaczność, przykład: pacjent, który zachowywał się na ogół normalnie, został poddany przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej, ponieważ odciął

¹⁵⁷ Zob. *Lake v. Cameron*, 267 F. Supp. („Federal Supplement”) 155 (D.D.C – District of District of Columbia – 1967). za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*, s. 146.

¹⁵⁸ Ibidem, s. 148.

¹⁵⁹ Ibidem.

sobie rękę i wydlubał oko. Uznano go za niekompetentnego, choć jego zachowanie nie dawało po temu podstaw: uzasadniał samookaleczenie w sposób do pewnego stopnia rozsądny – przez odwołanie się do przekonań religijnych. Sam fakt wyznawania nieortodoksyjnej religii nie może świadczyć o niekompetencji, skoro delikwent sprawnie wyprowadza logiczne konsekwencje ze swoich przekonań¹⁶⁰.

Tak więc największe trudności w zakwalifikowaniu jako kompetentnych pojawić się mogą w odniesieniu do osób kompetentnych z punktu widzenia formalnego, jednak dotkniętych zaburzeniami stawiającymi pod znakiem zapytania ich kompetencję materialną. Poszukiwania badaczy zmierzają do stworzenia zestawu kryteriów, według którego dałoby się ocenić stan faktycznej kompetencji danego pacjenta.

Według Beauchampa i Childressa, teoretycznie możliwe są następujące kryteria niekompetencji (ułożone w kolejności od najmniej do najbardziej rygorystycznych):

1. Niezdolność do wyrażenia lub zakomunikowania preferencji czy wyboru.
2. Niezdolność do zrozumienia sytuacji wraz z wszystkimi jej konsekwencjami.
3. Niezdolność do zrozumienia istotnych informacji.
4. Niezdolność do podania racji.
5. Niezdolność do podania racji racjonalnej (przy zdolności do podania innych racji).
6. Niezdolność do podania racji stojących za oceną spodziewanych strat i zysków (przy zdolności do podania [innych] racji racjonalnych).
7. Niezdolność do podjęcia rozumnej decyzji (uznanej za taką z punktu widzenia rozsądnej hierarchii wartości, prezentowanej przez daną osobę).

Autorzy wskazują, że kryterium 1. mówi o prostej zdolności do wyrażenia preferencji, 2. i 3. informują dodatkowo o zdolności do rozumienia informacji i oceny sytuacji, wreszcie 4. – 7. oprócz tego daje pojęcie o zdolności do wzajemnego porównywania ze sobą konsekwencji alternatywnych. Liberalne kryterium nr 1 najbardziej utrudnia uznanie osoby za niekompetentną, ale i stosunkowo mało chroni jej bezpieczeństwo; w następnych stosunek ten zmienia się na korzyść bezpieczeństwa i niekorzyść kompetencji¹⁶¹.

Ustawa o zawodzie lekarza posługuje się pojęciami: „zdolność [niezdolność] do zrozumienia znaczenia informacji” (art. 31 ust. 6), „zdolność [nie-

¹⁶⁰ s. 149.

¹⁶¹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*, s. 149, 151.

zdolność] do świadomego wyrażenia zgody” (art. 32 ust. 2), „niemożność wyrażenia zgody (art. 33 ust. 1) oraz „dysponowanie [lub niedysponowanie] dostatecznym rozeznaniem” (art. 32 ust. 6). Marek Safjan wskazuje, że sformułowania te dotyczą podobnych, czy może nawet identycznych stanów faktycznych, co uznaje za „istotną wadliwość”, stwarzającą przy tym niebezpieczeństwo arbitralności w ocenianiu – zwłaszcza, że są to pojęcia niedookreślone¹⁶². Analiza językowa tych sformułowań i kontekstu, w jakim występują, zdaje się sugerować, że są to określenia tożsame znaczeniowo, którymi wbrew zasadom dobrej techniki legislacyjnej, przepisy ustawy posługują się wymiennie.

M. Safjan utrzymuje dalej, że na tle przepisów ustawy o zawodzie lekarza pojęcie zdolności do świadomego wyrażenia zgody powinno być interpretowane możliwie najszerszej, a pojęcie braku takiej zdolności – możliwie restryktywnie. Jako brak zdolności do świadomego wyrażenia zgody proponuje on traktować jedynie „stan w zasadzie pełnego braku świadomości, a nie tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym lub ograniczonej percepcji”¹⁶³, co ma realizować cel możliwie pełnej ochrony autonomii pacjenta. Z kolei Teresa Dukiet-Nagórska podniosła wątpliwość, czy taki punkt widzenia daje się pogodzić z wymogiem świadomej zgody, ale swych wątpliwości nie wyjaśniła bliżej¹⁶⁴. Faktem jest, że sformułowanie ustawowe brzmi „niezdolny”. Sugeruje to niezdolność całkowitą, wystarczy więc wykładnia literalna. Z kolei stan poważnego ograniczenia w zdolności do świadomego wyrażenia zgody także oznacza, że udzielona zgoda dotknięta jest wadami w istocie zaprzeczającymi temu, co rozumie się pod pojęciem czynienia czegoś świadomie. Mówi się, że ktoś czyni świadomie, gdy żywi „prawdziwe przekonania o tworzywie czy też technice swego czynu”, ewentualnie gdy jeszcze orientuje się w jego możliwych konsekwencjach¹⁶⁵. Wykładnia, zgodnie z którą wyrażenie „niezdolny do świadomego wyrażenia zgody” miałoby oznaczać wyłącznie stan zupełnego braku świadomości, prowadziłaby do całkowitego pominięcia w interpretacji określenia „świadoma” zgoda. Zgodę, której pacjent udzielił

¹⁶² M. Safjan: *Prawo i medycyna. Ochrona prawa jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998; s. 41. Pojęciem pierwszym posługują się: art. 32 ust. 2 oraz art. 34 ust. 3 i 6; drugim – artykuły: 25 ust. 2, 4 i 5, art. 32 ust. 4 i 6.

¹⁶³ M. Safjan: *Prawo...*; s. 43.

¹⁶⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, *Prawo i Medycyna* nr 6–7/2000 s. 86.

¹⁶⁵ M. Ossowska: *Podstawy nauki o moralności*; Ossolineum 1994, s. 212 i n.

w pełni władz umysłowych, ale w oparciu o informację niekompletną (gdy lekarz pominął fakty istotne) – uważa się za bezskuteczną, jako naruszającą jego prawo do samostanowienia. W istocie nie wyraził on jej „świadomie”, bo niebędąc świadom faktów istotnych dla podjęcia decyzji. W przypadkach, gdy możliwość postrzegania i rozumienia komunikatu z zewnątrz jest poważnie zawężona, może dojść do tego, że pacjent nie będzie zdolny do pojęcia istotnej informacji. Nielogiczne i niespójne byłoby uznanie za zdolnego do wyrażenia świadomej zgody takiego pacjenta, który w analogicznej sytuacji w ogóle owej istotnej informacji nie był w stanie zrozumieć. **Świadome wyrażenie zgody jest zatem pojęciem szerszym niż stan świadomości rozumiany jako jasność umysłu.** Niemniej, przy tych poprawkach, należy zgodzić się z poglądem, że większą gwarancję dla ochrony autonomii pacjenta daje podział dychotomiczny na „niezdolność do świadomego wyrażenia zgody” oraz pozostałe stany, które na zasadzie przeciwieństwa kwalifikują się pod względem prawnym jako „zdolność” – niż hipotetyczne wprowadzanie kategorii pośrednich. Trichotomia pociągałaby bowiem za sobą konieczność ustawowego określenia, jak należy wówczas z pacjentem postępować. Z drugiej strony, ze względu na uwarunkowania informacyjne oraz dotyczące postrzegania ze zrozumieniem, wykładnia „zdolności do świadomego wyrażenia zgody” powinna być również restrykcyjna. Natomiast faktycznie wyodrębniona w ten sposób sfera pośrednia, w której znajdują się najróżniejsze stany ograniczenia, wymagać będzie ze strony lekarskiej aktywności prowadzącej do uzyskania przez pacjenta stanu ustawowej zdolności pełnej (rozumiem przez to dostateczne rozeznanie) – skoro tylko taka nadaje udzielonej zgodzie cechę niewadliwości. Brak ustawowej regulacji dla owej sfery pośredniej pociąga za sobą konieczność, by w takich przypadkach kompetencja pacjenta była oceniana indywidualnie: zależnie od jego stanu psychiki, ale też przy wzięciu pod uwagę trudności i złożoności podejmowanej przezeń decyzji. Pogląd M. Safjana znajduje w całej rozciągłości uzasadnienie na tle art. 33 ust. 1 uzawlek., który posługuje się sformułowaniem: pacjent, który ze względu na stan zdrowia lub wiek „nie może wyrazić zgody” (bez dodatkowych określeń).

Zdolność do świadomego wyrażenia zgody nie oznacza natomiast zdolności do rozsądnego, w pełni racjonalnego podjęcia decyzji. Jeśli więc jakaś osoba pojmuje sytuację i swoją zgodę lub jej brak wyraża z powodu irracjonalnych własnych przekonań (lub wydających się takimi z punktu widzenia lekarza, czy szerzej – otoczenia), należy mimo to uznać ją za kompetentną.

Wszystkie powyższe uwagi odnoszą się moim zdaniem także do dychotomii na „działanie z rozeznaniem” – „bez rozeznania”.

Rozwiązanie przyjęte przez ustawę o zawodzie lekarza odpowiada sumie kryteriów 1–3 z kanonu Beauchampa i Childressa: niezdolności do wyrażenia lub zakomunikowania preferencji, niezdolności do zrozumienia sytuacji i niezdolności do zrozumienia istotnych informacji. Natomiast przy ocenie „zdolności do świadomego wyrażenia zgody” lub „działania z rozeznaniem” nie są istotne kryteria pozostałe: niezdolność do podania racji, niezdolność do podania racji racjonalnej, niezdolność do podania racji stojących za oceną spodziewanych strat i zysków oraz niezdolność do podjęcia rozumnej decyzji. Przy okazji rozważań nad pojęciem zdolności do świadomego wyrażenia zgody daje się zauważyć, że dla interpretacji przepisów prawa medycznego nie zawsze okazuje się wystarczająca terminologia prawa cywilnego.

Kompetencja formalna: prawna zdolność do wyrażenia zgody

Prawo cywilne wiąże nabycie zdolności do czynności prawnych z przekroczeniem formalnie ustalonej granicy wieku, a wtórnie odbiera ją lub ogranicza przez orzeczenie ubezwłasnowolnienia. Rozwiązanie opierające kompetencję do decydowania w określonej kategorii spraw na kryteriach formalnych ma swoje racje w prawie cywilnym, ale już niekoniecznie w prawie medycznym. Z jednej strony pełną kompetencję formalną ma tylko pacjent pełnoletni, z drugiej – w odniesieniu do niektórych kategorii pacjentów formalnie niekompetentnych wymagana jest ich zgoda równoległa, przy czym w stosunku do małoletnich decyduje formalne kryterium wiekowe, zaś co do ubezwłasnowolnionych całkowicie – kryterium materialne: zdolność do wypowiedzenia z rozeznaniem opinii w sprawie badania (art. 32 ust. 4 uzawlek.).

W ustawach medycznych formalne kryteria kompetencji wspomagane są w pewnych sytuacjach przez kryteria materialne.

Wiek

Jeśli chodzi o kompetencję do samodzielnego wyrażenia zgody, ustawa o zawodzie lekarza przyjęła zasadę – choć wynika to z przepisów w sposób mało wyraźny – że nabywa się ją z chwilą ukończenia osiemnastu lat, czyli równocześnie z uzyskaniem pełnej zdolności do czynności prawnych. W przedziale wiekowym od szesnastu do (nieukończonych) osiemnastu lat działa zasada zgody równoległej: małoletniego oraz jego przedstawiciela ustawowego. Ustawa posługuje się metodą formalnego wskazania sztywno ustalonej granicy wieku. Pułap ukończonych szesnastu lat jest bardzo wysoki. Widać to przy

porównaniu z prawem cywilnym, gdzie ograniczoną zdolność do czynności prawnych uzyskuje się w chwili ukończenia lat trzynastu. W prawie medycznym młodzież gimnazjalna jest więc całkowicie pozbawiona głosu. Jedyne wyjątek wprowadziła ustawa o planowaniu rodziny..., która na przerwanie ciąży wymaga zawsze zgody pacjentki niezależnie od wieku. Bariera szesnastu lat godzi zwłaszcza w dziewczęta, które wobec tego na każdą poradę w sprawach tak intymnych jak ginekologiczne muszą mieć zgodę rodziców. Piętnastolatka, z którą uprawianie seksu nie jest już nielegalne – z czego wynika, że podjęta przez nią samą dobrowolna decyzja o rozpoczęciu życia seksualnego jest przez prawo szanowana, nie może we własnym zakresie postarać się o środki antykoncepcyjne. Mało tego: srogi rodzic może ją pod przymusem zaprowadzić do ginekologa celem zbadania, czy jest jeszcze dziewicą. Jeżeli rodzice hołdują (znanej mi z życia) ciemnogrodzkiej zasadzie, że „przyzwoita kobieta odwiedza ginekologa dopiero gdy jest w ciąży” – nastolatka może z tego powodu być pozbawiona pomocy medycznej, chyba że zwróci się o pomoc do sądu. Dotyczy to zresztą wszystkich młodocianych pacjentów niezależnie od płci, tyle że sprawy ginekologiczne stanowią przykład szczególnie drażliwy. Sądowy tryb rozwiązywania tego rodzaju sporów między dzieckiem a rodzicami jest jednak czystą iluzją, bo niepełnoletnie dzieci z własnej inicjatywy raczej nie pójść do sądu przeciwko rodzicom, chyba że wesprze je w tym jakiś godny zaufania dorosły. W odniesieniu do dziewcząt w sprawach ginekologicznych postulowałabym *de lege ferenda* jako przesłankę samodzielnej skutecznej zgody kryterium fizjologiczne wespół z materialnym: pierwsza menstruacja oraz dostateczne rozeznanie. Pierwsza menstruacja dlatego, że po tym czasie dziewczynka może zajść w ciążę i z tego powodu zrujnować sobie zdrowie albo nawet stracić życie (dzieciące parametry ciała to nie są warunki do prawidłowego przebiegu ciąży), a bezmyślność niektórych rodziców bywa porażająca. Młodociana pacjentka powinna więc otrzymać skuteczny instrument prawny, aby mogła wziąć sprawy w swoje ręce, w szczególności uzyskać szybki i dyskretny dostęp do odpowiedniej w jej wieku antykoncepcji, a także (i przede wszystkim) edukacji seksualnej. Na marginesie można tylko dodać, że praktyka wyciągania przez matki dorastających dziewcząt z zajęć wychowania seksualnego powinna być ukrócona tym samym sposobem: osobnym programem pełnej zdolności do określonych działań, ustalonym w ustawie o planowaniu rodziny.

Niektóre państwa (m.in. Finlandia) posługują się rozwiązaniem nowocześniejszym, które respektuje autonomię jednostki w sposób optymalny (choć wymaga pewnie sporego nakładu kosztów ludzkich i finansowych):

kompetencja dorosłego jest formalnie uznawana przez ustawę, zaś kompetencję małoletniego ustala się każdorazowo, oceniając rozumienie przezeń sytuacji. Tutaj przydatne mogą okazać się operacyjne testy kompetencji, o jakich wspominali Beauchamp i Childress. M. Safjan wskazuje, że od momentu wejścia w życie Europejskiej Konwencji Bioetycznej możliwe będzie stosowanie bezpośrednie reguły wyrażonej w jej art. 6 ust. 2 („Opinię małoletniego należy uważać za czynnik, którego znaczenie wzrasta w zależności od wieku i stopnia dojrzałości”). Wówczas zgoda lub sprzeciw małoletniego poniżej szesnastego roku życia, ale *de facto* kompetentnego, musiałyby być brane pod uwagę przynajmniej w pewnych sytuacjach szczególnych¹⁶⁶. Pytanie tylko, co ma konkretnie znaczyć, iż „znaczenie wzrasta”? Z punktu widzenia szacunku dla autonomii na pewno nie wystarczy np. prawo bycia wysłuchanym czy prawo do wyrażenia opinii. Tutaj potrzebne jest rozwiązanie jednoznaczne; choćby takie, że zgoda małoletniego wypowiadającego się z rozeznaniem jest prawnie wiążąca w sposób równoległy ze zgodą przedstawiciela ustawowego.

W odniesieniu do pacjentów małoletnich, którzy ukończyli lat szesnastę wymagana jest „także” ich zgoda, tzn. wyrażona równoległe z decyzją przedstawiciela ustawowego. Wystarcza ona wówczas, gdy pacjent na leczenie przyzwala. Natomiast sprzeciw wyrażony przez małoletniego (przy zgodzie przedstawiciela ustawowego), lub przez przedstawiciela ustawowego (przy zgodzie małoletniego), a nawet sprzeciw ich obu łącznie¹⁶⁷ może być przełamany zezwoleniem sądu. Dotyczy to zarówno czynności zwykłych (z art. 32 uzawlek.), jak czynności „stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta” (z art. 34). Rozwiązanie takie, pozwalające na zignorowanie, choćby i przez sąd, jednoczesnej niezgody dwóch kompetentnych osób, chroni autonomię jednostki w sposób iluzoryczny. Zdolność małoletnich między szesnastym a osiemnastym rokiem życia do wyrażania zgody jest więc w dzisiejszym stanie prawnym respektowana połowicznie. M. Safjan ocenia to jako „szczególny rodzaj kompetencji do samodzielnego wyrażenia zgody, ale już

¹⁶⁶ M. Safjan: *Polskie prawo a Europejska Konwencja Bioetyczna*; Prawo i Medycyna, nr 5 (2000), s. 12. Autor podaje przykład decyzji o poddaniu się jakiejś interwencji szczególnie ryzykownej przez osobę czternastoletnią. Zob. też A. Cholewińska: *Dylematy etyczne. Zgoda na leczenie w przypadku niepełnoletnich*; „Gazeta Lekarska”, 10/1997.

¹⁶⁷ Wynika to z art. 32 ust. 6 ustawy: „Jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego **albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego**”.

nie sprzeciwu – co należy uznać za istotny mankament przyjętych rozwiązań¹⁶⁸. W innym miejscu zauważa, że możliwość przełamania sprzeciwu małoletniego orzeczeniem sądowym sprawia w ogóle, że „sama zasada respektu dla autonomii staje się fikcyjna, bowiem działa jedynie jednokierunkowo”¹⁶⁹. Ze zdaniem tym należy się zgodzić w całej rozciągłości, ponieważ jeśli uznajemy, że ktoś **w danej sprawie** ma zdolność, by rozsądnie powiedzieć: TAK, milcząco musimy założyć, że **w tej samej sprawie** ma on także analogiczną zdolność do powiedzenia: NIE. *Ratio legis* tej ustawowej asymetrii zatracą mi paternalizmem: gdy młodzież godzi się na leczenie, to wszystko w porządku, jednak opór z zasady jest podejrzany. Ten, kto potwierdza, nie musi się tłumaczyć, ale już tego, kto się sprzeciwia – należy skontrolować. Ta regulacja wydaje się niebezpiecznie zbieżna z następującą linią rozumowania: skoro pacjent zgadza się z zaleceniami lekarzy, to najwyraźniej jest mądry i kompetentny; jeśli jednak chce inaczej, jest niekompetentny i głupi, a może nawet i chory psychicznie¹⁷⁰. Deklaracja o szanowaniu autonomii pacjenta tylko w sytuacjach, gdy podejmuje on decyzje rozsądne (czyli takie, jakie lekarz podjąłby sam) przy użyciu argumentu, iż w przeciwnym razie przeważać musi obiektywnie rozumiane dobro pacjenta, oznacza w istocie pogardę dla autonomii.

Ubezwłasnowolnienie całkowite

Za ubezwłasnowolnionego całkowicie zgodę wyraża przedstawiciel ustawowy. Dotyczy to co do zasady wszystkich czynności medycznych. Tylko w odniesieniu do badania wymagana jest równoległa zgoda pacjenta, o ile konkretny pacjent jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w tym przedmiocie (czyli jest kompetentny w sensie faktycznym, materialnym). Ubezwłasnowolnionego pyta się więc o zgodę tylko na badanie. Natomiast sprzeciw wobec zwykłej czynności leczniczej lub badania wymaga przełamania zezwoleniem

¹⁶⁸ M. Safjan: *Prawo...*; s. 41.

¹⁶⁹ M. Safjan: *Polskie prawo a Europejska Konwencja Bioetyczna*; s. 12.

¹⁷⁰ Jak zauważa T. Sensky: *Obowiązki lekarza wobec pacjenta*, „Puls”, 5–6.1996 [przebieg z „British Medical Journal”] „Gdy pacjenci nie zgadzają się na leczenie w nagłych przypadkach stanowiących zagrożenie życia, lekarze często zwracają się do psychiatrów o pomoc. Często proszą psychiatrę, by uznał przypadek za zgodny z [brytyjską] Ustawą psychiatryczną (*Mental Health Act*), przyjmując, iż niezgodzenie się na leczenie świadczy o zaburzeniu psychicznym, lub też sądząc, że ustawa może pomóc w opiece nad pacjentem. Pierwsze założenie nie musi być słuszne ani istotne, natomiast drugie jest zwykle mylne”.

sądu. Jedynym więc sposobem na to, by wola ubezwłasnowolnionego częściowo została zauważona, jest sprzeciwienie się interwencji zwykłej.

Chorzy psychicznie lub upośledzeni umysłowo

Chorzy psychicznie lub upośledzeni umysłowo (ale nie ubezwłasnowolnieni) nie doznają formalnych ograniczeń co do kompetencji w sprawie udzielenia zgody. Natomiast ich sprzeciw, o ile został wyrażony z dostatecznym rozeznaniem, może być przełamany tylko przez zezwolenie sądu.

Zupełnie niezrozumiałe jest, czemu identycznie jak ubezwłasnowolnionych, potraktowano sprzeciw pacjentów chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo, „dysponujących dostatecznym rozeznaniem” i do tego nieubezwłasnowolnionych. W dodatku brzmienie przepisu sugeruje, że mają oni przedstawiciela ustawowego¹⁷¹. Ta część regulacji sprawia wrażenie chaotycznej i przypadkowej.

Beauchamp i Childress, zwrócili uwagę, że lekarze wykazują skłonność do uznawania niektórych kategorii pacjentów („narażonych na chroniczny ból, dotkniętych ciężkim upośledzeniem umysłowym czy cierpiących na psychozy”, a nawet epileptyków) niezgodnie ze stanem wiedzy za osoby w ogóle niezdolne do samostanowienia w jakiegokolwiek sprawie¹⁷². Niewykluczone, że polska ustawa lekarska przyjęła ten sam schemat rozumowania, ograniczony na szczęście tylko do pacjentów ze zdiagnozowanymi deficytami umysłowymi. Tyle że brakuje po temu spójnego usprawiedliwienia: tacy pacjenci nie mogą mieć przedstawiciela ustawowego, skoro zachowali pełną zdolność do czynności prawnych, więc ich sprzeciw, zgodnie z ustawą lekarską, może zostać przełamany tylko przez sąd. Pytanie, czy takie formalne ograniczenie kompetencji nie dyskryminuje ich bez powodu. Można wskazać więcej grup pacjentów „podejrzanych” o niedostateczną kompetencję, jak na przykład osoby o słabym charakterze, łatwo ulegające autorytetom, czy zwyczajnie bezmyślne i pozbawione własnego zdania. Takim osobom należy, zgodnie z zasadą szacunku dla autonomii, różnymi sposobami przywracać kompetencję: tłumaczyć długo i wytrwale. Dlaczego chorzy psychicznie i upośledzeni umysłowo mieliby być z tej kategorii wyłączeni? Są przecież różne choroby psychiczne i różne stopnie upośledzenia umysłowego. Materialne kryterium dostatecznego rozeznania przy formalnie

¹⁷¹ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 53.

¹⁷² T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*, s. 146–147.

pełnej zdolności do czynności prawnych powinno przemawiać za pełnym szacunkiem dla autonomii i niemieszaniem do tego sądu. Dobrowolność tych osób, w rozumieniu prawa formalnie kompetentnych i niedoznających ograniczeń w zdolności do czynności prawnych, ogranicza się do wyrażania zgody na czynności medyczne. Jest zatem honorowana jednokierunkowo. Wobec tego stanowi fikcję. W dodatku nie mają one przedstawiciela ustawowego, który mógłby służyć wsparciem: w razie sprzeciwu zostają sam na sam z sądem.

W doktrynie polskiej już przed wojną S. Popower wskazywał, że osoby z zaburzeniami psychicznymi, niepoczytalne z punktu widzenia ustalania odpowiedzialności karnej za przestępstwo, mogą w konkretnej sytuacji wykazywać zdolność do należytej oceny okoliczności przy podejmowaniu decyzji o poddaniu się interwencji lekarza:

„Jak wiadomo, przesłanką winy sprawcy jest jego poczytalność; w związku z tem wymaga rozstrzygnięcia pytanie, czy i warunkiem skutecznego zezwolenia pokrzywdzonego jest poczytalność pokrzywdzonego¹⁷³. (...) Poczytalność (...) interesuje nas i w wypadku zezwolenia, skoro bowiem zezwolenie jest zrzeczeniem się nietykalności pewnego dobra, pewnego interesu – zasadnie uznać należy, że ten tylko może skutecznie zrzec się nietykalności swojego interesu, kto potrafi rozróżnić między tem, co jest dlań szkodliwym, a tem, co jest dlań pożytecznym. Są tu więc inne przesłanki poczytalności, niż stosowane przy ustalaniu winy. Można sobie wyobrazić ludzi, pozbawionych zdolności rozpoznania, co jest społecznie szkodliwe czy pożyteczne, zdających sobie jednak doskonale sprawę z tego, co jest **dla nich** ze szkodą, lub korzyścią”¹⁷⁴.

Możliwe, że na nową ustawę o zawodzie lekarza padł zbyt długi cień poprzedniej, która przewidywała, (art. 17 ust. 1) iż z założenia w ogóle pozbawione były zdolności do wyrażenia zgody osoby dotknięte chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym – czyli również chorzy psychicznie w okresie całkowitej remisji objawów psychotycznych lub dotknięci nimi w sposób niewpływający na faktyczne rozeznanie. Była to sytuacja paradoksalna i dokładnie przeciwna wnioskowi z cytowanych wywodów Popowera.

¹⁷³ Autor posługuje się tu typowo karnistycznym terminem „poczytalność”. Oznacza to jednak coś analogicznego do „kompetencji” w prawie i etyce medycznej, mianowicie zdolność do rozpoznania znaczenia własnego zachowania oraz kierowania tym zachowaniem.

¹⁷⁴ S. Popower [w:] *Encyklopedia podręczna prawa karnego* t. II, hasło „Lekarz”, s. 807.

Ubezważnowolnienie częściowe

W sprawie ubezważnowolnionych częściowo ustawy medyczne milczą. Nie ma też wyraźnej regulacji, że samodzielność do wyrażania zgody posiadają tylko osoby pełnoletnie. W związku z tym, przy braku innych uregulowań, działa zasada z art. 32 ust. 1 uzawlek., czyli zgoda udzielona w sposób samodzielny. Regulacjami szczególnymi są: sprzeciw ubezważnowolnionego (*lege non distinguente* co do rodzaju ubezważnowolnienia), który pociąga za sobą wydanie sądowego zezwolenia przełamującego (art. 32 ust. 6 uzawlek.) oraz zabieg operacyjny lub metoda o podwyższonym ryzyku (art. 34 ust. 3 uzawlek.) – na które wymagana jest zgoda przedstawiciela ustawowego. Wobec tego zgodę na czynności medyczne nieoperacyjne ani nieniosące ze sobą podwyższonego ryzyka osoba ubezważnowolniona częściowo wyraża samodzielnie, natomiast jej sprzeciw może być przełamany. W doktrynie prawa cywilnego zostało stwierdzone, że ubezważnowolniony częściowo korzysta z większej samodzielności niż małoletni, który ukończył lat trzynaście – mimo że obie te kategorie osób mają zdolność do czynności prawnych ograniczoną. Pogląd taki może być wywiedziony z brzmienia art. 181 k.r.o.: kurator ustanowiony dla ubezważnowolnionego częściowo powołany jest do reprezentacji i zarządu majątkiem tylko wtedy, gdy tak postanowi sąd¹⁷⁵. Gdy to nie nastąpi, kurator ubezważnowolnionego częściowo służy mu tylko jako doradca¹⁷⁶. Ubezważnowolnieni częściowo stanowią grupę niejednorodną, w przeciwieństwie do ubezważnowolnionych całkowicie, którzy zostają za takich uznani z powodu niemożności kierowania własnym postępowaniem. Ubezważnowolnienie częściowe orzeka się, gdy różnie uwarunkowane stany indolencji nie uzasadniają ubezważnowolnienia całkowicie. Jest to zatem indolencja występująca w różnym nasileniu i tym kieruje się sąd ustanawiając kuratora oraz nadając mu zakres kompetencji. Powstaje zatem problem: czy powołanie kuratora bez prawa reprezentacji oznacza, że konkretny ubezważnowolniony ze względu na swój stan NIE MA go, czy NIE POTRZEBUJE¹⁷⁷? Jeżeli nie potrzebuje, to znaczy że zdaniem sądu dyspo-

¹⁷⁵ Zob. T. Smoczyński, *System prawa prywatnego* t. 12, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003, s. 827.

¹⁷⁶ J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000 s. 423, K. Korzan: *Glosa do orz.* SN z 8 września 1970 r., II CZ 115/70, Państwo i Prawo nr 11/1972, s. 165.

¹⁷⁷ Zob. M. Kapko: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2008, s. 471 i tam powołana literatura.

nuje dostatecznym rozeznaniem, by pozwolić mu na działanie samodzielne. Z drugiej strony – prawną podstawę do działania kuratora stanowią przepisy prawa materialnego, jak np. art. 17 k.c., wymagające zgody przedstawiciela ustawowego na zaciągnięcie zobowiązania lub rozporządzenie prawem przez osobę ograniczoną w zdolności do czynności prawnych (co obejmuje również ubezwłasnowolnionego częściowo). Jest oczywiste, że sąd może umocować kuratora tylko w zakresie, w jakim pozwala na to prawo materialne – dlatego wobec milczenia ustaw medycznych kurator nie mógłby decydować w tzw. zwykłych sprawach dotyczących leczenia. Sprawa jest jednak niejednoznaczna w odniesieniu do zabiegów operacyjnych i połączonych z podwyższonym ryzykiem: zezwolenie wydaje sąd, gdy ubezwłasnowolniony (zarówno całkowicie jak częściowo) pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim jest niemożliwe. Co zatem robić, gdy kurator jest ustanowiony, ale tylko w charakterze doradcy? M. Świdorska wyraziła opinię, że jest to równoznaczne z tym, iż pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego¹⁷⁸. A zatem ten sam sąd, który wcześniej uznał, że delikwent nie potrzebuje kuratora w charakterze decydenta do spraw medycznych, miałby nagle być tym decydentem sam? To wydaje się i nielogiczne, i niecelowe. Słusznie zauważył M. Safjan, że taka interpretacja rozszerza zakres interwencji sądu¹⁷⁹. Moim zdaniem brak przedstawiciela ustawowego nie może być zrównywany z brakiem po jego stronie stosownego umocowania. Sąd już raz w tym zakresie orzekł, a proponowana przez M. Świdorską wykładnia prowadziłaby w praktyce do podważenia tego pierwszego orzeczenia. Tak więc z wykładnią rozszerzającą należy w prawie medycznym być bardzo ostrożnym.

W sprawie kompetencji formalnej lekarska ustawa zawodowa zawiera jedną lukę, której w żaden rozsądny sposób nie da się wypełnić. Chodzi o pacjentów z formalnego punktu widzenia kompetentnych – tzn. dorosłych, przytomnych i nieprzejawiających zaburzeń umysłowych, z którymi jednak nie ma możliwości faktycznego porozumienia ze względu na barierę językową. Jeżeli do szpitala (i to nie tylko na odległej prowincji) trafi w trybie pilnym cudzoziemiec niewładający żadnym z powszechnie używanych języków europejskich – sytuacja jest w stu procentach patowa. Jest to pacjent faktycznie niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji, ale tylko dlatego, iż nie ma sposobu, by mu ją przekazać. W sprawach medycznych komunikat na migi nie wchodzi przecież w ogóle w rachubę.

¹⁷⁸ M. Świdorska: *Zgoda pacjenta...*, s. 53.

¹⁷⁹ M. Safjan: *Prawo i medycyna*, s. 51–52.

Treść udzielonej informacji

Instytucję rozeznanej zgody pacjenta wprowadził do polskiego systemu prawnego dopiero art. 19 ust. 1 punkt 3) nieobowiązującej już ustawy o zakładach opieki zdrowotnej (z 1991 r.) stanowiąc, że pacjent ma prawo do „wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji”. Kluczowe znaczenie miały tu wyrażenia: zgoda na „określone” świadczenia oraz „odpowiednia” informacja, które formalnie wyłączyły możliwość odbierania zgody blankietowej. Uchylenie ustawy spowodowało wylanie dziecka z kąpielą, ponieważ w ten sposób zniknął z systemu prawnego niezwykle przydatny i głęboko uzasadniony epitet „**odpowiednia**”.

Art. 31 ust. 1 nowej ustawy o zawodzie lekarza (z 1996 r.) stanowi, że „Lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”. Przepis ten jest sformułowany zdecydowanie bardziej kazuistycznie, niż cytowany wcześniej przepis ustawy o zoz-ach, co jest w gruncie rzeczy jego zaletą.

Ponadto ustawa przyjmuje założenie, że **informacja należy się w zasadzie każdemu pacjentowi, który jest ją w stanie zrozumieć**, niezależnie od zdolności do wyrażenia zgody¹⁸⁰: według ust. 5 art. 31 obowiązek informacyjny „dotyczy także pacjentów, którzy ukończyli 16 lat”. Natomiast ust. 7 nakazuje informować – choć w ograniczonym zakresie – także pacjenta, który nie ukończył 16 lat. W takim wypadku lekarz udziela informacji „w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego i wysłuchuje jego zdania”. Ustawa o prawach pacjenta jako *lex posterior* wprowadziła odpowiednio ograniczone prawo pacjenta do informacji ze względu na wiek poniżej szesnastu lat (art. 9 ust. 7), niemniej jednocześnie ustaliła prawo pacjenta do informacji o samym stanie zdrowia niezależnie od wieku: „Pacjent ma prawo do informacji o stanie zdrowia” (art. 9 ust. 1). Jeżeli zapis ten nie ma być traktowany jako czysta deklaracja, to obowiązek informacyjny wobec małoletniego poniżej szesnastu lat na-

¹⁸⁰ Prawo do informacji ma więc charakter samodzielny i odrębny wobec prawa do wyrażania zgody.

leży uznać za ograniczony w części dotyczącej prognoz, następstw, wyników leczenia i proponowanych metod, natomiast nieograniczony w odniesieniu do stanu zdrowia. Literalnie odesłanie z ust. 7 do ust. 2 art. 9 wydaje się temu przeczyć: „Pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego ustawowy przedstawiciel mają prawo do uzyskania od lekarza przystępnej informacji o stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”. (art. 9 ust. 2). Jednak wobec tego ust. 1 art. 9 trzeba byłoby uznać za w ogóle zbędny. Ustawa o prawach pacjenta nie jest może najlepiej sformułowana, trzeba ją jednak interpretować w sposób umożliwiający zachowanie jak największej spójności wewnętrznej. Zatem albo ust. 1 art. 9 jest zbędny, albo ust. 2 art. 9 zawiera *superfluum* co do stanu zdrowia oraz rozpoznania. Rozpoznanie wymienione odrębnie od stanu zdrowia stanowi kolejną niezręczność, ponieważ z logicznego punktu widzenia trudno byłoby uznać, że informacja o stanie zdrowia NIE obejmuje rozpoznania¹⁸¹.

W odniesieniu do osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi, obowiązek informowania określony w art. 31 ust. 1 jest nieograniczony i to niezależnie od tego, czy osoba taka jest ubezwłasnowolniona. Art. 31 ust. 6 pozwala całkowicie zaniechać informowania jedynie pacjentów „nieprzytomnych lub niezdolnych do zrozumienia znaczenia informacji” (zresztą zarówno małoletnich jak dorosłych).

Wreszcie – art. 16 w zw. z art. 9 ustawy o prawach pacjenta (z 2008 r.) sformułowały prawo pacjenta w zakresie wyrażenia zgody lub odmowy na zasadach analogicznych do w art. 31 ustawy o zawodzie lekarza.

Jest to w sumie regulacja silnie kazuistyczna, akcentująca w ten sposób możliwie pełny i wyczerpujący zakres danych przekazywanych pacjentowi. Nieodżałowany przymiot „odpowiedniości” oznaczał, że zakres informacji miał być dopasowany jak antybiotykowa terapia celowana: dostosowany do stanu oraz zapotrzebowania konkretnego pacjenta. Nie było więc jednego dla wszystkich pacjentów po postawieniu określonej diagnozy, ustandaryzowanego zakresu informacji, obejmującego spektrum tak szerokie jak tylko to możliwe. Z jednej strony nie można było więc wymagać, by pacjent został powiadomiony o wszelkich możliwych ewentualnościach. Z drugiej – lekarz

¹⁸¹ Informacja o stanie zdrowia musi obejmować postawione rozpoznanie, bo w przeciwnym razie jest niekompletna, a nawet pozbawiona sensu. Obowiązkiem lekarza jest udzielić pacjentowi informacji, że wrzody, z którymi się zgłosił, to kilaki.

stawał przed podwójnymi wymaganiami. Najpierw, drogą zbierania wywiadu, powinien był prawidłowo ustalić, jakich informacji potrzebuje do podjęcia decyzji pacjent znajdujący się nie tylko w określonym stanie klinicznym, ale także: wieku, stanie rodzinnym, fizycznym, statusie zawodowym itp. Innych wiadomości dla przykładu potrzebowałby sportowiec, pilot samolotu, trzydziestoletni pracownik fizyczny, pracująca umysłowo samotna matka dzieciom, a jeszcze innych – emeryt zamieszkujący razem z gotowymi do opieki nad nim członkami rodziny. Dotyczyło to w szczególności takich sposobów leczenia i późniejszej rehabilitacji, które pozwoliłyby utrzymać w miarę możliwości dotychczasowy tryb życia. Trzeba było zatem najpierw zapytać pacjenta o wszystkie dane pozwalające dostosować, jeśli to możliwe, sposoby leczenia do jego indywidualnej kondycji, a następnie powiadomić o istniejących możliwościach z podaniem ich zalet oraz wad. W chwili obecnej nie istnieje (ustawowe) wymaganie co do „odpowiedniości” informacji. Można je co najwyżej wywodzić z utylitarystycznego rozumienia autonomii: skoro decydujące znaczenie ma dobro pacjenta pojmowane subiektywnie, to zadaniem lekarza jest w taki sposób dążyć do jego ustalenia.

Ten szeroko określony przez ustawę zakres informacji ma swoje uzasadnienie w ochronie pacjenta jako strony gorzej zorientowanej i przez to słabszej, przed faktyczną barierą komunikacyjną ze strony wysoko specjalizowanego fachowca – lekarza. Każdy specjalista ma, będącą pochodną posiadanej rozległej i skomplikowanej wiedzy, psychologicznie uwarunkowaną skłonność do przekonania, że i tak nie zostanie zrozumiany, a hermetycznej wiedzy nie da się przetłumaczyć na język dostępny profanom. Ustawowa kazuistyka ma więc przede wszystkim za zadanie wyperswadować lekarzom taki sposób myślenia – poprzez pokazanie nieomalże palcem, iż nie tylko należy informować w szerokim zakresie, ale i informacja owa wymaga przekazania w sposób przystępny, aby mogła być przez konkretnego pacjenta zrozumiana.

„Informacja udzielona przez lekarza przed zabiegiem powinna zawierać takie dane, które pozwolą pacjentowi podjąć decyzję o wyrażeniu zgody na zabieg z pełną świadomością tego, na co się godzi i czego może się spodziewać. Lekarz powinien zatem poinformować pacjenta o rodzaju i celu zabiegu oraz o wszystkich jego następstwach, które są zwykle skutkiem zabiegu, to jest pożądanym – ze względu na jego cel – skutkach zabiegu jak i o innych jego skutkach (tzw. skutkach ubocznych). Informacja powinna w szczególności obejmować te dające się przewidzieć możliwe następstwa zabiegu, zwłaszcza jeżeli są to następstwa polegające na znacznym i istotnym uszczerbku zdrowia, które – jako skutek uboczny – wprowadzie wy-

stępują rzadko lub bardzo rzadko, ale nie można ich wykluczyć i powinna określać stopień prawdopodobieństwa ich wystąpienia. W tym wypadku nie można jednakże wymagać, by informacja wymieniała wszystkie możliwe objawy następstw zabiegu i zawierała ich opis. Wystarczające jest ogólne określenie rodzaju możliwych następstw zabiegu oraz wskazanie, czy zagrażają życiu pacjenta ewentualnie, jaki mogą mieć wpływ (doniosłość) na prawidłowe funkcjonowanie organizmu”. Wbrew pozorom nie jest to fragment komentarza do ustawy o prawach pacjenta, lecz tak rozbudowana teza orzeczenia Sądu Najwyższego z 1999 r.¹⁸². W sprawie, o którą chodzi, niepełna czteroletnia dziewczynka została poddana udanej operacji korygującej wrodzoną poważną wadę serca. W rezultacie zabiegu nastąpiły jednak powikłania neurologiczne: przykurcz kończyn, ich niekontrolowane ruchy oraz drgawki powodujące niezdolność chodzenia, a także niezdolność mówienia. W sumie dziecko wymaga całodobowej opieki, ponieważ jest zupełnie niesamodzielne. W tym stanie rzeczy matka wystąpiła o odszkodowanie i rentę dla dziecka. Sądy, w tym Sąd Najwyższy, oddaliły żądanie, ponieważ zabieg został uznany za wykonany bez uchybień, zaś udzielona przez matkę zgoda „wyrażona została z pełną świadomością najgorszych skutków zabiegu, wiedząc, że jest to zabieg ratujący życie dziecku” [gramatyka oryginalna – M.B.]¹⁸³. Jak wyjaśniono dalej: „Okoliczność, że informacja nie wskazywała na możliwość wystąpienia konkretnie takich objawów neurologicznych, jakie w rzeczywistości nastąpiły, nie odbiera tej informacji waloru informacji prawidłowej i rzetelnej w sytuacji, gdy matka małoletniej powódki została poinformowana ogólnie o możliwości wystąpienia – oprócz innych – także powikłań dotyczących centralnego układu nerwowego i udzielona jej informacja wyraźnie wskazywała na znaczne ryzyko – nawet dla życia dziecka – wiążące się z przeprowadzeniem zabiegu. Nie jest przy tym bez znaczenia okoliczność, że matka małoletniej powódki udzielając zgody na zabieg zdawała sobie sprawę z ryzyka, jakie dla życia i zdrowia dziecka wiązało się z jego przeprowadzeniem”¹⁸⁴. Wprawdzie wyrok zapadł w dawnym stanie prawnym, jest jednak tym bardziej aktualny pod rządem obecnej lekarskiej ustawy zawodowej. Pokazuje on właściwy kierunek informowania pacjen-

¹⁸² Wyrok SN z dnia 28 września 1999 r., II CKN 511/96, LEX nr 453701, skrót: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 190 z komentarzem Z. Banaszczyka.

¹⁸³ *Prawo wobec medycyny i biotechnologii...*, s. 191.

¹⁸⁴ *Ibidem*, s. 192.

ta: nie musi to być wyliczenie absolutnie wszystkich możliwych powikłań, lecz uświadomienie, z jakiego typu ryzykiem należy się liczyć. Prawdłowo udzielona informacja powinna pozwolić, by pacjent wyrobił sobie zdanie na temat celowości poddania się zabiegowi oraz o potencjalnych korzyściach i zagrożeniach, jakie wiążą się z jego wykonaniem lub nie. W podobnym duchu, acz nieco zwięźlej, wypowiedział się Sąd Najwyższy we wcześniejszym rozstrzygnięciu (z 1979 r.)¹⁸⁵: „Spoczywający na lekarzu obowiązek wyjaśnienia pacjentowi konsekwencji zabiegu operacyjnego ma na celu takie zapoznanie pacjenta ze stanem jego zdrowia i następstwami tego zabiegu, ażeby pacjent podejmował decyzję o wyrażeniu zgody na ten zabieg z pełną świadomością, na co się godzi i czego może się spodziewać”. Tyle tylko, że w drugim zdaniu tezy Sąd trochę zagmatwał argumentację: „W związku z tym lekarz powinien wyjaśnić pacjentowi cel i rodzaj zabiegu oraz zwykle jego następstwa, natomiast nie potrzebuje, a często nawet ze względu na samopoczucie i zdrowie pacjenta nie powinien zapoznawać go z nietypowymi następstwami, nie objętymi normalnym ryzykiem podejmowanego zabiegu, które w szczególnych wypadkach powikłań mogą nastąpić”. W sprawie tej pacjentka została poddana operacji rozległego usunięcia narządów rodnych (znanej jako zabieg Wertheima) z powodu wznowienia raka szyjki macicy. Leczenie zostało ocenione przez biegłych jako pod każdym względem prawidłowe, niemniej doszło do komplikacji w postaci przetoki pochwowej (której mimo kilkakrotnych operacji nie udało się zamknąć), a w konsekwencji – roponercza i usunięcia nerki. Również ta operacja miała na celu ratowanie życia i – co zostało zaznaczone w uzasadnieniu – pacjentka wiedziała, iż jest to jedyny sposób, skoro odmówiła zgody na leczenie promieniami jonizującymi. Jednocześnie biegli określili zastosowaną metodę jako jeden z najcięższych zabiegów ginekologicznych, przy którym powikłania w postaci uszkodzenia pęcherza i moczowodu powodujące powstanie przetoki moczowej (jak u tej pacjentki) występują w kilku procentach (poniżej dziesięciu) wykonanych zabiegów. Natomiast roponercze i usunięcie nerki stanowią dalsze powikłania pooperacyjnego przebiegu leczenia i **„nie można ich uznać za bezpośrednie, normalne następstwo objęte ryzykiem zabiegu”** [podkr. M.B.] Wertheima. Wobec tego, zdaniem Sądu, „do skuteczności zgody na operację raka szyjki macicy systemem Wertheima z reguły zbędne jest informowanie pacjentki o możliwości wytworzenia się

¹⁸⁵ Wyrok SN z 20 listopada 1979 r., IV CR 389/79, OSNCP nr 4/1980 poz. 81.

roponercza i [konieczności] usunięcia nerki w przebiegu dalszych powikłań pooperacyjnych”. Z tych względów rewizja powódki (czyli pacjentki) została oddalona.

Z kolei według Sądu Apelacyjnego w Poznaniu (wyrok z 2005 r.)¹⁸⁶ „zakres obowiązku informacji nie zależy od tego, co lekarz sądzi, ile pacjent powinien wiedzieć, lecz od tego, co rozsądna osoba będąca w sytuacji pacjenta obiektywnie powinna usłyszeć od lekarza, aby podjąć »poinformowaną« i inteligentną decyzję wobec proponowanego zabiegu”. Pacjentka powoływała się na niedostatecznie rozebraną zgodę na wszczepienie implantów zębowych. Nie poinformowano jej bowiem, że z przyczyn natury medycznej wszczepienie może nastąpić w innych miejscach niż wskazane przez protetyka – o czym ostatecznie musi zdecydować wykonujący operację chirurg (i dopiero po odsłonięciu łuku szczękowego). Orzekający w I instancji Sąd Okręgowy bezkrytycznie przytoczył natomiast istne kuriozum, przed którego zacytowaniem nie mogę się powstrzymać: „Sama zaś zgoda powódki na rzeczony zabieg nawet jeśli złożona w sposób dorozumiany jest dopuszczalna, jednak nie oznacza jeszcze, że była ona poinformowana o jego wszelkich medycznych aspektach, w tym o możliwości zmiany miejsca proponowanej implantacji, **choć wskazać należy i pewną prawidłowość, na którą wskazuje pozwany, a która to wynika z obserwacji poczynionych w innych podobnych sprawach, że zakres informacji lekarza uzależniony jest od docieklivosti pacjenta**” [podkr. M.B.].

Te trzy orzeczenia wyznaczają kierunek, w jakim powinno się odbywać informowanie pacjenta, nie należy jednak ulegać złudzeniu, że trzymanie się tej linii rozwiąże wszystkie problemy informacyjne. Wciąż operuje się w tym względzie pojęciami niedookreślonymi, których precyzyjne dookreślenie jest niemożliwe. Obok orzeczeń uniwersalnych z powodu rozsądnie uogólnionego sposobu zarysowania co do zakresu należnej pacjentowi informacji pojawiają się i takie, w których proponuje się informacyjne różnicowanie całkowicie pozbawione uzasadnienia normatywnego, a jednocześnie zagrażające autonomii pacjenta.

W tym miejscu warto przypomnieć znane bioetyce trzy modele informowania pacjenta¹⁸⁷, poczynając od ukształtowanego najwcześniej modelu „profesjonalno-praktycznego”, znanego również jako **model „racjonalnego lekarza”**, przez **model racjonalnego pacjenta**, aż po najpełniej szanu-

¹⁸⁶ Wyrok z 29 września 2005 roku, I ACa 236/05, OSA 2007, nr 7, poz. 22, z głosem aprobującą P. Daniluka, Palestra, nr 5–6/2007, s. 318 i n.).

¹⁸⁷ Zob. szerzej M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001 s. 251–263.

jący autonomię **model subiektywistyczny**. Model racjonalnego, idealnego lekarza pozwalał dowolnie racjonować informacje, z powołaniem się na „dobro chorego”. Model „racjonalnego pacjenta” lub „rozumnego obserwatora” (*patient-oriented standard*) posługuje się kryterium indywidualnego rozsądku, jest jednak w swoich efektach nieelastyczny¹⁸⁸.

Wedle tego wzorca lekarz powinien powiedzieć pacjentowi tyle, ile oczekiwałby hipotetyczny, rozsądnie rozumujący pacjent w sytuacji takiej samej, w jakiej znajduje się pacjent realny. Również ta koncepcja odsyła zatem do myślowego, idealnego wzorca postępowania w danej klasie przypadków. Jak to określił M. Nesterowicz (relacjonując amerykańskie orzeczenie w sprawie *Canterbury v. Spence*) w tym wypadku „zakres obowiązku informowania nie zależy od tego, co lekarz sądzi, ile pacjent powinien wiedzieć, lecz od tego, co rozsądna osoba będąca w sytuacji pacjenta obiektywnie potrzebuje usłyszeć od lekarza, aby podjąć ‘poinformowaną’ i inteligentną decyzję wobec proponowanego leczenia”. (Od razu widać, z jakiego źródła Sąd Apelacyjny w Poznaniu czerpał inspirację). I tutaj jednak w wyjątkowych przypadkach dopuszcza się przemilczanie faktów¹⁸⁹.

Model „racjonalnego pacjenta” zakłada generalne wyrównanie kryteriów, wspólne dla wszystkich pacjentów przy określonej diagnozie. W tych okolicznościach nastawienie się na jeden standardowy zestaw informacji przy danym sposobie leczenia może w wielu wypadkach narazić realnego pacjenta na ryzyko, że tak naprawdę nie będzie sobie na jego podstawie uświadamiać życiowych konsekwencji dokonanego wyboru. Może chodzić o wykonywany zawód – tak jak w przypadku pacjentki z wolem zamostkowym, która przed operacją pracowała jako kelnerka, więc utrata głosu pozbawiła ją pracy – ale może też chodzić o zainteresowania pozazawodowe, które dla danego pacjenta stanowią treść życia. „– A po co pani w tym wieku czysty głos?” – pytała ze zdziwieniem lekarka, gdy chora na serce pacjentka prosiła w szpitalu o konsultację laryngologiczną z powodu chronicznej chrypki po przyjęciu leków. „– Żebym mogła czytać wnukom baśnie Grimmów” – brzmiała odpowiedź. Pacjenci bywają różnicowani także pod względem niemedyceznym i od tego różnicowania mogą zależeć ich indywidualne wybory.

Dlatego został stworzony trzeci model informowania, nazwany „**subiektywistycznym**” (z punktu widzenia pacjenta). Ten model stawia przed leka-

¹⁸⁸ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 161–162; M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*; wyd. V, s. 104.

¹⁸⁹ M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*; wyd. V, s. 102.

rzem największe wymagania, skoro „o ilości i charakterze ujawnianej informacji nie decyduje abstrakcyjny obserwator, lecz każdy człowiek z osobna”. W tych okolicznościach „jeśli lekarz wie, czy też może się domyślać, na jakiej informacji zależy pacjentowi, to jej nieujawnienie można mu poczytać za naruszenie autonomii”¹⁹⁰. Dałoby się mu postawić zarzut nierealnych wymagań, niemniej lekarz ma nad pacjentem miażdżącą przewagę wiedzy. Nikt nie żąda, by podzielił się nią całą, a tylko żeby na podstawie zebranego od pacjenta wywiadu ustalił, które wiadomości mogą okazać się użyteczne i te pacjentowi podał. Z drugiej strony, ze względów praktycznych, dyrektywy dotyczące informowania pacjenta muszą być wyjściowo nastawione na jakąś przeciętną. Dlatego rozsądnym rozwiązaniem wydaje się wzorzec mieszany, łączący elementy modelu „racjonalnego pacjenta” z subiektywistycznym.

W tym celu należy na początek odróżnić informację, której lekarz ma udzielać **z własnej inicjatywy**, od informacji, którą należy podawać **na życzenie pacjenta**. Obowiązek informacyjny można podzielić pod względem treści na dwie części: standardową – czyli podstawowe wiadomości, jakie o danym sposobie leczenia powinien usłyszeć każdy pacjent ze względu na określoną diagnozę – chodzi tutaj w szczególności o informacje na temat rodzaju zabiegu; oraz na część indywidualnie dostosowaną: te informacje dodatkowe, których potrzeba wynika z ustalonych przez lekarzy osobistych właściwości i cech pacjenta. Ta pierwsza siłą rzeczy musi mieć charakter sztywny i nastawiony na jakąś przeciętność. Podaje się w literaturze, że personel medyczny winien rutynowo przedstawić fakty, czy opisy, które pacjenci uważają zazwyczaj za ważne przy podejmowaniu decyzji o podejmowaniu leczenia danym sposobem. Następnie – podać informacje, które są istotne zdaniem samego lekarza oraz jego własne zalecenia. Wreszcie – wyjaśnić swój zamiar uzyskania zgody oraz cel, dla jakiego miałyby ona zostać udzielona (że jest to wymóg prawny, bez którego leczenie nie jest zasadniczo dopuszczalne)¹⁹¹. Niewątpliwie wśród tego gąszczy znajdują się i takie informacje, które konkretny pacjent oceni jako nieprzydatne jemu (choć zazwyczaj okazywały się przydatne innym). Równocześnie jednak uzyska coś niezwykle ważnego: wstępną orientację w sprawie dającą mu możliwość zadania pytań dotyczących zagadnień subiektywnie istotnych. W drugiej części informacji jest miejsce na pewną elastyczność, w szczególności na dodatkowe dociekania pacjenta. Zakres informacji zależy też od danych o pacjencie, które le-

¹⁹⁰ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 162.

¹⁹¹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 159.

karz otrzymał, zaś uchybienie może polegać na nieustaleniu kwestii, których ustalenia można było wymagać (np. czy pacjentka nie cierpi na osteoporozę, co występuje stosunkowo często w okresie menopauzalnym, natomiast nad wyraz rzadko zdarza się u pacjentek przed trzydziestką – lub czy planuje posiadanie dzieci). Następnie więc informowanie będzie musiało przybrać formę dialogu, wymiany pytań i odpowiedzi zadawanych zarówno przez lekarza, jak pacjenta. Uzyskanie rzetelnej, rozeznanej zgody okazuje się więc procesem rozciągniętym w czasie. W każdym razie w niektórych nietypowych przypadkach nie wystarczy jednorazowe podanie pacjentowi informacji o leczeniu – nawet, jeśli była ona szczegółowa i pacjent ją zrozumiał. Oprócz tego wolno też wymagać, by poza informacjami rutynowymi lekarz, nie czekając na pytania pacjenta, zebrał od niego wywiad pod kątem sytuacji życiowej, która może rzutować na zakres informacji – np. „– czy pan prowadzi samochód?” Jest to w istocie trzecia kategoria informacji, których udzielenie warunkuje **własna inicjatywa lekarza, ale treść zależy od odpowiedzi pacjenta**. Jak widać dobre informowanie pacjenta nie może ograniczać się do toku podawczego: konieczna jest wymiana informacji, od których zależy prawo pacjenta i obowiązek lekarza co do udzielenia następnych.

Obowiązek ten odzwierciedlają przywołane przez Bauchampa i Childresa orzeczenia Sądu Najwyższego Stanu Oklahoma¹⁹². Zgodnie z modelem subiektywistycznym lekarz ma obowiązek udzielić nie tylko informacji, jakich, w granicach zakreślonych własne potrzeby związane z medycyną życia sobie pacjent, lecz także przez to, co sam lekarz powinien wiedzieć o sytuacji swego podopiecznego. Model racjonalnego pacjenta autorzy słusznie uważają za niewystarczający, ponieważ pacjenci często nie wiedzą, która informacja może mieć dla nich znaczenie przy podejmowaniu decyzji. Model subiektywistyczny wychodzi temu naprzeciw i jako jedyny kładzie nacisk na indywidualne potrzeby pacjentów – dlatego ze względów moralnych powinno się przedkładać go nad inne¹⁹³.

Owe indywidualne informacje powinny wynikać z okoliczności obiektywnych, a nie cech charakterologicznych czy stanu psychicznego: pacjentowi należy się informacja w pełnym zakresie. Uwarunkowania psychiczne po stronie pacjenta mogą przemawiać tylko za szczególnie ostrożnym **sposobem** przekazywania informacji, który jednak nie może prowadzić do ogra-

¹⁹² Zob. *Scott v. Bradford*, 606 P2d 554 (Oklahoma Supreme Court 1979), s. 559 oraz *Masgiiat v. Maguire*, 638 P2d 1105, Oklahoma Supreme Court 1981).

¹⁹³ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 162–163.

niczenia treści (chyba że zachodzą przesłanki umożliwiające skorzystanie z przywileju terapeutycznego).

Obowiązujący w Polsce stan prawny na zasadach ogólnych odrzuca model informacyjny „racjonalnego lekarza”: zakres informacji jest szeroki, kazuistyczny i nie pozostawiający pola do dowolnej interpretacji. Tylko pacjenci małoletni poniżej szesnastego roku życia mają być informowani „w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego” (art. 31 ust. 7 uzawlek.) – co odpowiada modelowi „racjonalnego lekarza”. Należy wszakże pamiętać, że jest to tylko wyjątek dotyczący wyszczególnionej grupy osób. Podobnie wyjątkowym odwołaniem do tego modelu jest art. 31 ust. 4 uzawlek., przewidujący instytucję znaną jako przywilej terapeutyczny. Wobec tego model „rozsądnego lekarza” w informowaniu ma w naszym systemie prawnym rację bytu ograniczoną tylko do wąskiego zakresu sytuacji wyraźnie określonych. Nie trzeba chyba zatem tłumaczyć, że poza tym zakresem nie powinien być realizowany. Art. 31 ust. 1 uzawlek. wylicza listę faktów, o jakich należy pacjentowi powiedzieć z własnej inicjatywy, niezwłocznie, jak tylko fakty te staną się znane samemu lekarzowi. Wydaje się on więc być nastawiony na standard „racjonalnego pacjenta”. Natomiast nieodwołany, uchylony wraz z całą ustawą art. 19 ust. 1 pkt. 3) ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, przewidywał **prawo pacjenta do wyrażenia lub odmowy zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych, po uzyskaniu odpowiedniej informacji**. Analiza językowa tego przepisu prowadzi do wniosku, że należąca pacjentowi informacja, miała być „odpowiednia” do czynności, jakiej miałby się on poddać, tzn. **odpowiednia dla podjęcia stosownej decyzji** według kryteriów i preferencji samego pacjenta. Ponieważ zaś dla różnych osób podejmujących analogiczną decyzję „odpowiednie” mogą okazać się zupełnie różne informacje, przepis ten odwoływał się właśnie do modelu subiektywistycznego. Było to **prawo** pacjenta, któremu nie wolno było uchybić. Warto też zwrócić uwagę, że informacja, **która mogłaby pacjenta zaniepokoić czy zniechęcić do leczenia** (a więc taka, której zdaniem niektórych lekarzy przekazywać nie należy) **jest właśnie dlatego informacją „odpowiednią” do podjęcia decyzji i wyrażenia zgody**. Powołane przepisy bardzo dobrze się więc uzupełniały.

Art. 31 ust. 1 uzawlek., ujęty techniką kazuistycznej wyliczanki, wydaje się adresowany bardziej do lekarzy: jest łatwiejszy do odczytania dla nieprawnika i przez to stanowi jasną dyrektywę działania w początkach kontaktów lekarza z pacjentem, gdy osobiste preferencje tego ostatniego mogą być lekarzowi w ogóle jeszcze nieznane. Przepis ten znajduje też automatyczne za-

stosowanie zawsze i przy każdym leczeniu, gdy tymczasem potrzeba informowania nastawionego na subiektywne potrzeby konkretnego pacjenta pojawia się dopiero na pewnym etapie (o ile nie mamy do czynienia z jednorazową sytuacją nagłą, bo wtedy zwyczajnie nie ma kiedy ustalać indywidualnych preferencji).

Beauchamp i Childress opisują kasus radiologa, który nie powiadomił pacjentki, że przy radiografii dróg moczowych występuje niewielkie – ok. 1:10 000 – prawdopodobieństwo zgonu, ponieważ bał się, iż taka informacja może ją wytrącić z równowagi, że byłoby to „niebezpieczne” i „nie leżałoby w najlepiej pojętym interesie pacjenta”; pech chciał, że przypadek okazał się owym jednym na dziesięć tysięcy¹⁹⁴.

Jeżeli lekarz paternalista obawia się, że informacja o zgonie z prawdopodobieństwem jeden na dziesięć tysięcy pacjenta przestraszy (zaniepokoi, zniechęci do leczenia, doprowadzi do nerwicy etc.) do tego stopnia, że nie wspomina mu o tym w ogóle, to chyba jeszcze mniej skłonny będzie powiadomić o możliwości śmierci z prawdopodobieństwem jednym na tysiąc, czy jednym na sto przypadków. Linia rozumowania przedstawia się następująco: jeśli coś jest niegroźne, nie warto informować, bo po co pacjentowi ta informacja; jeśli groźne, to nie należy informować, bo jeszcze się biedak przestraszy. Jeśli coś jest nieważne, nie trzeba informować, bo nieważne; jeśli zaś ważne – nie informować, bo „przyłoży nadmierną wagę” i „nie będzie potrafił racjonalnie ocenić”. I przeciwnie, jeżeli lekarz będący zwolennikiem modelu partnerskiego uzna, że pacjent musi być powiadomiony o ryzyku zgonu 1:10000, bo w przeciwnym razie decyzja jego będzie manipulowana i nieautentyczna – tym bardziej powiadomi pacjenta o ryzyku poważniejszym. A że pacjent się przestraszy – to jego dobre prawo; zadaniem lekarza jest w takim przypadku uczciwa, oparta na faktach perswazja. I wobec tego jeśli w tej samej sytuacji faktycznej dwaj działający w dobrej wierze lekarze mogą dojść do diametralnie przeciwnych wniosków odnośnie tego, czy pacjent ma zostać poinformowany, oznacza to w praktyce, że propagowana przez wielu lekarzy formuła „niech lekarz informuje zgodnie z własnym sumieniem” oznaczałaby „niech lekarz robi, co uważa za właściwe”. W tych warunkach model informowania jest czymś, co nie powinno być pozostawiane do indywidualnej decyzji, ale właśnie podlegać regulacji gwarantującej pacjentowi poszanowanie autonomii. Dlatego *de lege ferenda* stanowczo proponuję przywrócenie

¹⁹⁴ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 164.

prawa pacjenta do otrzymania ODPOWIEDNIEJ informacji. Byłoby to zgodne z subiektywistycznym modelem informacyjnym, najpełniej gwarantowało poszanowanie autonomii i nie wydaje mi się, żeby prowadziło do „rozmycia” czegokolwiek¹⁹⁵.

To, że zakres informacji powinien być utylitarystycznie różnicowany w stosunku do indywidualnego stanu, sytuacji życiowej oraz potrzeb danego pacjenta, nie oznacza, że stronie medycznej wolno jest stosować inne kryteria reglamentowania. Niemniej w doktrynie i orzecznictwie akceptowane są ograniczenia informacyjne. Można je podzielić na następujące kategorie:

- 1) Ograniczony obowiązek informacyjny przy zabiegach ratujących życie i rozszerzony dla zabiegów czysto kosmetycznych.
- 2) Informacja o powikłaniach nietypowych, występujących bardzo rzadko;
- 3) Zróżnicowanie zakresu informacji w zależności od tego, czy pacjent zgadza się na proponowane leczenie, czy też zgody odmawia.
- 4) Uzależnienie zakresu informacji od rodzaju wskazań medycznych do zabiegu – bezwzględnych lub względnych.
- 5) Unikanie „nadmiaru” informacji, który mógłby pacjenta zdruzgotać lub zaburzyć proces decyzyjny.
- 6) Ograniczenia, do których upoważnia lekarski przywilej terapeutyczny.

Jako uzasadnienie dla ograniczenia informacji przed wykonaniem zabiegu ratującego życie podaje się działanie dla dobra pacjenta: z jednej strony chodzi o ratowanie go, z drugiej – „chronienie” przed informacją, która mogłaby go przestraszyć, zniechęcić i przez to spowodować odmowę leczenia. Dla dobra pacjenta lepiej więc, by nie wiedział o tym czy innym ubocznym skutku zabiegu ratującego życie, bo mógłby z tego powodu nie chcieć być ratowany. Przykładem takiego rozumowania jest wyrok Sądu Najwyższego z 1974 r.¹⁹⁶: „Obowiązek lekarza uprzedzenia chorego o możliwych komplikacjach zamierzonej operacji inaczej przedstawia się w sytuacji, gdy chodzi o operację mającą na celu tylko poprawę zdrowia, a inaczej, gdy operacja jest niezbędna dla ratowania życia chorego. W tym drugim przypadku lekarz **nie może udzielać pacjentowi tego rodzaju informacji o możliwych powikłaniach operacyjnych, które mogłyby wpłynąć ujemnie na psychikę chorego, a tym samym zwiększyć ryzyko operacji**”

¹⁹⁵ Tezę o tym, iż sformułowanie „odpowiednia informacja” jest bardziej „rozmyte” (cokolwiek by to mogło znaczyć) od innych ustawowych epitetów określających właściwe informowanie pacjenta można znaleźć u M. Świdorskiej: *Zgoda pacjenta...*, s. 104 (przyp. 182).

¹⁹⁶ Wyrok SN z 11 stycznia 1974 r., II CK 732/73, OSP nr 1/1975 poz. 6.

[podkr. M.B.]. Chory na nowotwór krtani pacjent przeszedł ratującą go przed uduszeniem operację tracheotomii gardła, po której doszło do powikłania w postaci przetoki gardłowo-krtaniowej. Skończyło się założeniem na stałe rurki tracheotomicznej. Sam zabieg został uznany za przeprowadzony prawidłowo i zgodnie z zasadami wiedzy medycznej, a przetoka była spowodowana uszkodzeniem tkanek i ich osłabioną zdolnością gojenia po wcześniejszej radioterapii. Pacjent zgłaszał pretensje, że zgodę na zabieg podpisał bez odpowiedniego pouczenia o komplikacjach pooperacyjnych. Zdaniem Sądu „uprzedzenie o możliwościach powstania przetoki nie było w danych okolicznościach (...) konieczne, zwłaszcza że chociaż możliwość taka zachodziła, nie była ona równoznaczna z pewnością i nie było wykluczone, że przetoki da się uniknąć”. Czas zdarzenia i wyrokowania mieści się w okresie obowiązywania dawnej ustawy lekarskiej z 1950 r., która jednak nie zawierała upoważnienia do takiego racjonowania informacji. Nie chodzi tutaj nawet o niskie prawdopodobieństwo wystąpienia powikłań, lecz o **komplikacje takie, o których wiedza „mogłaby ujemnie wpłynąć na psychikę chorego”**. Decyzja o możliwym wpływie na psychikę należy zatem do lekarza. Możliwe powikłania dzieli on ponad głowę pacjenta na takie, które mogą i które nie mogą wpłynąć ujemnie na jego psychikę, a obowiązek informacyjny obejmuje tylko tę drugą kategorię. Mało tego: o tych pierwszych lekarz **nie może** poinformować – *ergo* **powinien** je zataić (!).

Również w wyroku z 2007 r. Sąd Najwyższy odmówił ochrony pacjentce, która doznała powikłań popromiennych w rezultacie prawidłowo przeprowadzonej radioterapii raka piersi¹⁹⁷. Pacjentka twierdziła, że nie została o nich poinformowana. Sąd Najwyższy na to, że **brak informacji o powikłaniach nie powoduje nieskuteczności wyrażenia zgody na zabieg, zwłaszcza że pacjentka tego nie udowodniła** [?! – M.B.]. „Obowiązek udzielenia pacjentowi informacji nie wymaga [...] wskazania wszystkich możliwych skutków wykonania zabiegu operacyjnego” [co ma do tego zabieg operacyjny? – M.B.] **ratującego życie**. Sąd nie wypowiedział się jednak, czy powikłania, które dotknęły pacjentkę, należy uznać za typowe, czy też występujące rzadko – posłużył się tylko określeniem „wszystkie **możliwe**”. Jedyne zacytowane opinie biegłych zawiera sformułowanie, że reakcja osobnicza u pacjentki była **niemożliwa** do przewidzenia z powodu wcześniejszego przyjęcia chemioterapii. Wygląda więc, że Sąd nie wdawał się zbytnio w szczegóły, jakiego typu

¹⁹⁷ Wyrok SN z 26 kwietnia 2007 r., II CSK 2/07, OSP nr 1/2009 poz. 6 z gl. P. Daniluka, z gl. M. Nesterowicza, Prawo i Medycyna nr 3/2010 i z gl. W. Borysiaka, OSP nr 2/2011 poz. 16.

powikłanie przydarzyło się pacjentce, skoro zabieg miał na celu ratowanie jej życia. Charakterystyczne jest przytoczenie w uzasadnieniu opinii Sądu Apelacyjnego: „Chociaż Sąd Apelacyjny powinien powstrzymać się od tego typu uwag, rzeczywiście z doświadczenia życiowego można wnosić, że nawet informacja o możliwości wystąpienia powikłań nie wpłynęłaby na zmianę stanowiska powódki w sprawie poddania się leczeniu”.

W głosie do powyższego orzeczenia Mirosław Nesterowicz uznał, że w sprawie, o którą chodzi, znajduje zastosowanie instytucja przywileju terapeutycznego¹⁹⁸ jako podstawa ograniczenia obowiązku informacji. Pogląd ten powtórzył w komentarzu Leszek Bosek¹⁹⁹. Obaj autorzy pominęli jednak zupełnie zapis ustawy mocno ograniczający przywilej do sytuacji, gdy zastępczo zostaje poinformowana o stanie pacjenta osoba przez niego upoważniona. Bez tego ograniczenie lub zatajenie informacji ma charakter działania bezprawnego. Pełne brzmienie przepisu jest następujące: „W sytuacjach wyjątkowych, jeżeli rokowanie jest niepomysłne dla pacjenta, lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i rokowaniu, jeżeli według oceny lekarza przemawia za tym dobro pacjenta. **W takich przypadkach lekarz informuje** przedstawiciela ustawowego pacjenta lub **osobę upoważnioną przez pacjenta** [podkr. M.B.]. Na żądanie pacjenta lekarz ma jednak obowiązek udzielić mu żądanej informacji” (art. 31 ust. 4 *in extenso* uzawlek.) W sprawie, o którą chodzi, nie padło ani jedno słowo na temat informowania osoby trzeciej upoważnionej przez pacjentkę: nie powołali się na to ani lekarze, ani tym bardziej pacjentka, ani żaden z Sądów w uzasadnieniu – z czego należy wnosić, że nic podobnego nie miało miejsca. Przywilej terapeutyczny nie jest wytrychem usprawiedliwiającym dowolne ograniczenia informacyjne, tylko ściśle reglamentowanym ustawowym wyjątkiem od prawa pacjenta do pełnej informacji. Ów wyjątek ustawowy stanowi samodzielne rozstrzygnięcie kolizji dóbr i (jako wyjątek) nie może być dowolnie rozszerzany, a różnicowanie informacji należnej pacjentowi, dla której usprawiedliwienia L. Bosek doszukuje się z powołaniem na normy konstytucyjne chroniące zdrowie, życie i godność ludzką, nie znajduje żadnej podstawy prawnej. Jest to zatem interpretacja nieuprawniona i całkowicie chybiona. Zakres obowiązku informacyjnego zależny od rodzaju zabiegu i bezwzględnej konieczności jego przeprowadzenia nie ma żadnego umocowania w przepisach prawa. Podobne

¹⁹⁸ Wyrok SN z 26 kwietnia 2007 r., II CSK 2/07, OSP nr 1/2009 poz. 6 z gl. M. Nesterowicza, Prawo i Medycyna nr 3/2010 s. 129.

¹⁹⁹ *Prawo wobec medycyny i biotechnologii...* s. 283.

twierdzenia stanowią przejaw wypaczeń w kierunku paternalizmu²⁰⁰, u których podstaw leży arbitralne przeświadczenie o wyższości obowiązku ratowania życia nad wolnością jednostki. Arbitralne, zwłaszcza że wolność jest wartością tak samo chronioną konstytucyjnie.

Odmienne stanowisko, uwarunkowane okolicznościami stanu faktycznego, zajął natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w 2003 r²⁰¹: „Pacjent powinien zostać poinformowany o mogących powstać skutkach zabiegu operacyjnego, zwłaszcza gdy zachodzi ryzyko powikłań. W przeciwnym razie, skoro powikłanie można było przewidzieć, odpowiedzialność za skutki zabiegu ponosi szpital”. Pacjentka poddała się operacji rozrostu tarczycy (wola guzowatego zlokalizowanego za mostkiem). Zabieg został przeprowadzony prawidłowo, jednak doszło do powikłania w postaci porażenia struny głosowej, co w konsekwencji doprowadziło do całkowitej utraty głosu. Statystyczne ryzyko komplikacji tego rodzaju mieściło się w przedziale od 1 do 10%, aczkolwiek według opinii biegłych duże rozmiary guza u pacjentki stwarzały większe prawdopodobieństwo zaistnienia powikłań i lekarz powinien był to przewidzieć. Tymczasem pacjentka nie została o takim powikłaniu poinformowana i na tym opierała żądanie pozwu. Przesłuchiwany w charakterze świadka ordynator Oddziału Chirurgicznego pozwanego szpitala, złożył zeznanie z gatunku samopograżających: „przyznał również, że zgodnie z przepisami ustawy o zawodzie lekarza chory ma pełne prawo do uzyskania informacji o zagrożeniach, ale takich, które nie doprowadziłyby w efekcie do zaniechania leczenia operacyjnego czy zniechęcenia pacjenta do dalszego leczenia”²⁰². Sąd zasądził zadośćuczynienie, odszkodowanie i rentę – za niepoinformowanie o powikłaniu możliwym do przewidzenia z prawdopodobieństwem na tyle dużym, że wymagającym poinformowania. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostał stwierdzony w postępowaniu fakt, że zabieg był konieczny dla ratowania życia (zapobieżenia uduszeniu przez ucisk guza na tchawicę) oraz że „powódka, co jest okolicznością bezsporną, **nie mogła nie poddać się zabiegowi** [podkr. M.B.]. Powódka tę świadomość miała”. Decydujący okazał się więc brak dostatecznej informacji. Znamienny jest podkreślony fragment, oddający stosunek składu orzekającego do autono-

²⁰⁰ Podobnie P. Daniluk: Glosa... OSP nr1 1/2009 s. 37.

²⁰¹ Wyrok SO w Krakowie z 30.XII.2003, I C 110/02, Prawo i Medycyna nr 1/2006 z gl. M. Nesterowicza.

²⁰² Stanowi to dowód anegdotyczny na to, jak orzecznictwo sądów powszechnych w sprawach medycznych jest odbierane przez lekarzy.

mii pacjenta wobec zabiegów ratujących życie. Na tle omawianej sprawy można tylko poteoretyzować, czy rzeczywiście nie można było **nie** poddać się zabiegowi. Odpowiedź brzmi – oczywiście że można. Statystyczna większość pacjentów **świadomych** alternatywy co do utraty głosu lub uduszenia wybrałaby zapewne ewentualność pierwszą, jest to jednak kwestia autonomicznego wyboru, którego nie można przesądzić z góry, tak jak to zrobił Sąd.

Inny wyrok Sądu Najwyższego, z 1973 r.²⁰³, dotyczył diagnostyki inwazyjnej: „Nie można wymagać od lekarza, by uprzedzał pacjenta o wszelkich mogących wystąpić komplikacjach, zwłaszcza takich, które zdarzają się niezmiernie rzadko. Takie uprzedzenie mogłoby prowadzić do złego pogorszenia samopoczucia pacjenta i do **bezpodstawnej odmowy** [podkr. M.B.] zgody na dokonanie zabiegu. Sposób pouczenia przy odbieraniu zgody na zabieg (operację czy też badanie) musi być uzależniony od rodzaju zabiegu”. Pacjent, cierpiący na powtarzające się stany chwilowej utraty przytomności, został poddany badaniu z użyciem kontrastu: angiografii mózgowej. Po badaniu doznał poważnych powikłań neurologicznych. Roszczenie odszkodowawcze opierał na twierdzeniu, że nie został uprzedzony o ryzyku takich powikłań, mimo iż niebezpieczeństwo było w jego przypadku zwiększone z względu na zmiany miażdżycowe w tętnicach mózgowych powodujące niedokrwienie. Jak słusznie zauważył komentator²⁰⁴, nie ma takiego przepisu prawnego, który uzależniałby zakres udzielanych pacjentowi informacji od rodzaju zabiegu. Nie ma znaczenia, czy zabieg jest potrzebny dla ratowania życia – pacjentowi i tak należy się informacja o wszystkich typowych następstwach. Pytanie – co z następstwami nietypowymi i czy rzeczywiście w danym przypadku można je uznać za nietypowe. Sąd Najwyższy przekazał bowiem sprawę do ponownego rozpoznania celem ustalenia, czy przy zabiegu zachowano wszelkie środki ostrożności: czy użyto odpowiedniej ilości kontrastu i czy istniała możliwość ustalenia przed zabiegiem, że u pacjenta występuje miażdżycowe przewężenie tętnic oraz czy nie stanowiło to przeciwwskazania do angiografii.

Dwa wyroki Sądu Najwyższego zapadły na tle podobnych do siebie przypadków kardiologicznych. W pierwszej sprawie, z 1997 r. (wyrok z 2004 r.)²⁰⁵, pacjent stracił wzrok po wykonanej w trybie pilnym operacji pomostowania

²⁰³ Wyrok z 28 sierpnia 1973 r., I CR 441/73, OSNC nr 7–8/1974 poz. 131, skrót: *Prawo wobec medycyny...* z komentarzem P. Sobolewskiego, s. 184.

²⁰⁴ P. Sobolewski, jw. s. 185.

²⁰⁵ Wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., II CK 134/03, LEX nr 355344.

naczyń wieńcowych przez wszczepienie *by*-pasów. Podnosił, że o takim powikłaniu nie został poinformowany. Sąd oddalił roszczenie odszkodowawcze uzasadniając, że „lekarze nie mieli obowiązku uprzedzania skarżącego o możliwości wystąpienia neuropatii niedokrwiennej nerwów wzrokowych, ponieważ nie była ona następstwem zwykłym i typowym, które w wypadku operacji pomostowania naczyń wieńcowych mogło być brane pod uwagę. Trzeba dodać, że przeprowadzona operacja nie była warunkiem decydującym o wystąpieniu tego schorzenia, bowiem z ustalonego stanu faktycznego wynika, iż mogło ono wystąpić u skarżącego także bez operacji w normalnym przebiegu choroby niedokrwiennej serca”. Nie zostało zatem w ogóle stwierdzone powiązanie przyczynowe między powikłaniem a przeprowadzonym zabiegiem. Teza wyroku jest jednak przytaczana w doktrynie i późniejszym orzecznictwie na poparcie twierdzenia, że obowiązek informacyjny co do następstw zabiegu ogranicza się tylko do takich, które są *zwykłe i typowe*.

Drugi wyrok Sądu Najwyższego, z 2007 r.²⁰⁶, dotyczył również operacji pomostowania naczyń wieńcowych, koniecznej dla ratowania życia pacjenta. Pacjent został poinformowany, że to jedyny sposób ratunku, ale połączony z ryzykiem śmierci. Po operacji pacjent w krótkim czasie stracił wzrok. Wśród możliwych powikłań wymienionych przez lekarzy podczas przedzabiegowej rozmowy z pacjentem nie zostały wymienione zaburzenia widzenia ani utrata wzroku. Biegli powołani w sprawie stwierdzili, że występują one niezmiernie rzadko i w przypadku poważnych komplikacji podczas zabiegu lub w okresie pooperacyjnym. Przeprowadzona operacja przyspieszyła tylko rozwój istniejącej jaskry, o której pacjent sam nie wiedział, więc i nie podał jej w wywiadzie. Reasumując, zakres udzielonej pacjentowi informacji był w opinii Sądu Najwyższego zgodny z prawem: „następstwa proponowanej metody leczenia objęte obowiązkiem informacji muszą być tego rodzaju, aby **dawały się przewidzieć**”. (...) „W sytuacji, w której zachodzi bezwzględna konieczność operacji, lekarz powinien wyjaśnić pacjentowi jedynie cel i rodzaj zabiegu oraz jego *zwykłe następstwa*”. „Lekarz nie powinien zapoznawać pacjenta z powikłaniami rzadko się zdarzającymi, bowiem groziłoby to **nadmierną informacją** o ryzykach wyjątkowych powiązanych ze skutkami dramatycznymi, ze szkodą dla informacji o skutkach bardziej banalnych lecz znacznie częstszych. Mogłoby to prowadzić do braku należytej oceny ryzyka i nieuzasadnionej odmowy poddania się zabiegowi medycznemu”.

²⁰⁶ Wyrok SN z 9 listopada 2007 r., V CSK 220/07, LEX nr 494157.

Na tle obu powołanych orzeczeń powstaje wrażenie, że ich tezy sformułowane zostały obok, a nie w nawiązaniu do ustaleń medycznych.

W wyrokowaniu pojawia się opozycja: następstwa normalne, typowe, zwykłe oraz: nietypowe, nieprzewidziane, nadzwyczajne, nieobjęte normalnym ryzykiem zabiegu i które mogą wystąpić w szczególnych wypadkach. Obecna ustawa lekarska powiada o „dających się przewidzieć następstwach”, co sugeruje, iż stopień prawdopodobieństwo nie ma nic do rzeczy – wystarczy że ono w ogóle istnieje. Wydaje się, że następstwa pośrednie nie muszą być brane pod uwagę, chociaż w sprawie operacji raka szyjki macicy z 1979 r. odpowiednia informacja należała się pacjentce po wystąpieniu przetoki, zaś przed wykonaniem zabiegu Wertheima – o tym, że przetokę należy brać pod uwagę. Równolegle do należytej informacji, akcentowana jest kwestia ratowania życia. Podkreśla się, że przyjęte metody były jedynymi w danym przypadku, a pacjent wiedział o ryzyku dla życia – tak jakby ratowanie życia miało stanowić koronny argument przeciwko zastrzeżeniom pacjenta do innych konsekwencji zabiegu.

Według Beauchampa i Childressa fakty dzielą się na drobne i oczywiste oraz istotne i decydujące²⁰⁷. Ich rozumienie nie musi być zupełne: wystarczy, jeśli pacjent zrozumie te najważniejsze. **W niektórych jednak przypadkach pominięcie najmniejszego nawet ryzyka, trudności czy faktu uniemożliwia właściwe rozeznanie sytuacji.** Jako przykład podają sprawę pacjenta o nazwisku Bang (Bang v. Miller Hospital), który udzielił formalnej zgody na operację prostaty. Nie poinformowano go jednak, że zabieg pociągnie za sobą sterylizację. Zgoda Banga nie zawierała tym samym zgody na sterylizację. (Sterylizacja nie jest koniecznym następstwem wszystkich operacji prostaty, ale metoda leczenia Banga pociągała za sobą ten skutek). Pominięcie owej jednej kwestii spowodowało, że pacjent nie rozumiał właściwie swojej sytuacji, a jego zgoda była wadliwa.

W dwóch innych orzeczeniach Sądu Najwyższego zaznacza się tendencja do nałożenia na lekarzy obowiązku różnicowania informacji zależnie od tego, czy pacjent wyraża, czy nie wyraża zgody na proponowane leczenie. Pierwsza ze spraw, z 2003 r.²⁰⁸, dotyczyła pacjenta, który niebędąc całkiem trzeźwym spadł z oblodzonych schodów i doznał urazu kręgosłupa oraz na krótko stracił przytomność. Znieczulony wypitym alkoholem sprzeciwił się

²⁰⁷ T.L. Beauchamp i J. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 170.

²⁰⁸ Wyrok SN z 23 listopada 2007 r., IV CSK 240/07, OSNC nr 1/2009 poz. 16, skróty: *Prawo wobec medycyny...*, z komentarzem B. Janiszewskiej, s. 213.

jednak przewiezieniu przez wezwane pogotowie do szpitala i wkrótce doznał paraliżu od pasa w dół. Roszczenie odszkodowawcze opierał na twierdzeniu, że pochodząca od lekarza pogotowia informacja o konsekwencjach odmowy leczenia była niewystarczająca, a pacjent znajdował się w stanie niekompetencji. Według opinii biegłych rozeznanie pacjenta było jednak dostateczne. Sąd Najwyższy przekazał mimo to sprawę do ponownego rozpoznania celem ustalenia, czy informacja udzielona przez lekarza pogotowia była dostatecznie pełna. Zakwestionował stanowisko Sądu Apelacyjnego, iż „na etapie udzielania pierwszej pomocy nie zachodzi w ogóle potrzeba informowania pacjenta o wynikach leczenia lub rokowaniu, gdyż obowiązek taki powstaje dopiero po pogłębionej diagnozie”. Trudno powiedzieć, czy nie zachodzi tutaj brak precyzji w referowaniu, bowiem według Sądu Apelacyjnego „na etapie udzielania pierwszej pomocy trudno przyjmować, by konieczne było informowanie o wynikach leczenia oraz rokowaniu; obowiązek taki powstałby dopiero po pogłębionej diagnozie”. Rozbieżności stylistyczne mogą pociągać za sobą różnice znaczeniowe. Zdaniem Sądu Apelacyjnego „Pozwany natomiast wykonał wszystkie należące do niego czynności. Poinformował bowiem powoda o postawionej diagnozie i konieczności hospitalizacji w celu pogłębionych badań oraz dalszego leczenia”. Warto zwrócić uwagę na rzecz wydawałoby się oczywistą: że na etapie udzielania pierwszej pomocy wyniki leczenia oraz związane z tym rokowanie stanowią niewiadomą. Lekarz może tylko podejrzewać rodzaj urazu oraz jego konsekwencje. Nie chodzi więc o to, jak to zrozumiał Sąd Najwyższy, iż nie ma obowiązku informowania lub jest on ograniczony, ale że w pewnych kwestiach brakuje danych, więc od lekarza pogotowia nie można wymagać jasnowidzeń. Dopiero przy tych zastrzeżeniach można z czystym sumieniem przytoczyć tezę wyroku: „Jeżeli istnieje konieczność hospitalizacji, a pacjent się temu sprzeciwił, obowiązkiem lekarza jest udzielenie pełnej informacji o powziętych podejrzeniach, o konieczności poszerzenia diagnostyki w warunkach szpitalnych oraz o ewentualnych konsekwencjach zdrowotnych, do jakich może doprowadzić odmowa lub spóźnione zastosowanie się do zaleceń”.

W istocie nie ma ustawowego obowiązku informowania o podejrzeniach, chyba że te podejrzenia są typowe na etapie badania wstępnego i rzeczywiście mogą rzutować na zmianę decyzji pacjenta odmawiającego. Lekarz pogotowia nie jest specjalistą w dziedzinie ortopedii; tu przydałoby się przeanalizować bliżej opinię biegłych oraz fakt, czy od lekarza pogotowia można było wymagać, by na podstawie dostępnego mu sposobu zbadania zyskał dane do powzięcia podejrzenia o tak dramatycznych konsekwencjach doznanego przez

pacjenta urazu. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy, chodziło o to, by pacjent zyskał „pełną świadomość ewentualnych skutków zdrowotnych odmowy udania się do szpitala”, czemu nie sposób odmówić słuszności, jednak przy założeniu, że na tym etapie sam lekarz owe informacje posiada (lub można wymagać, by posiadał). Jeżeli pacjent odmawia leczenia, z ustawowego punktu widzenia lekarz nie ma nic więcej do roboty, skoro informacja o stanie zdrowia winna **poprzedzać** decyzję pacjenta. Z drugiej strony – szacunek dla autonomii wymaga, by pacjent zrozumiał przekazaną informację, lekarz może więc i powinien to ustalić. Nie stanowi to w żadnym razie pretekstu do nalegań ani nacisku, ale zwłaszcza co do pacjenta o kompetencji ograniczonej (w tym przypadku – pod wpływem alkoholu i krótko po ocknięciu się z utraty przytomności) trzeba upewnić się, czy zdaje on sobie sprawę z powagi sytuacji.

W drugiej sprawie, też z 2003 r.²⁰⁹, najzupełniej trzeźwa powódka spadła ze stolka i złamała nogę. Ona również nie chciała iść do szpitala (był 23 grudnia – tuż przed świętami), mimo że lekarz w pogotowiu ratunkowym rozpoznał złamanie z przemieszczeniem kości piszczelowej w okolicy stawu kolanowego i wystawił skierowanie do szpitala, pouczając o skutkach niepodjęcia leczenia szpitalnego. Z powodu obrzęku nogi, w pogotowiu ratunkowym pacjentce założono tylko szynę Kramera, zalecając zgłoszenie się do poradni chirurgicznej. Kilka dni później, podczas wizyty w poradni chirurgicznej, analiza zdjęcia RTG wykazała przedstawowe złamanie kłykcia bocznego kości piszczelowej. Powódce założono opatrunek gipsowy, zmieniany w trakcie kolejnych wizyt, odbywanych na przestrzeni kilku następnych miesięcy. W toku sprawy ustalono, że rodzaj złamania od początku wymagał przeprowadzenia operacji; ze względu na konieczność repozycji przesuniętego odcinka kości leczenie zachowawcze nie mogło bowiem dać choćby dobrego wyniku. Pozwana w sprawie była poradnia chirurgiczna, od której pacjentka żądała odszkodowania. Dopiero tam, na podstawie prześwietlenia, postawione zostało dokładne rozpoznanie. Wobec tego Sąd Najwyższy uznał za prawdopodobne, że dopiero wówczas stało się możliwe udzielenie pacjentce szczegółowej informacji o wskazaniach do zabiegu operacyjnego, czego pozwana poradnia nie dopełniła. Nie zwolniło z tego obowiązku wcześniejsze poinformowanie ze strony lekarza pogotowia: „nie zasługuje na aprobatę pogląd Sądu Okręgowego, (...) że udzielenie skarżącej informacji o konsekwencjach niepodjęcia leczenia szpitalnego przez lekarza pogotowia ratunkowego zwolniło lekarzy pozwanego Zakładu Opieki Zdrowot-

²⁰⁹ Wyrok SN z 7.XI.2008, II CSK 259/08, (niepubl.) skrót: *Prawo wobec medycyny...*, s. 218–222, z komentarzem B. Janiszewskiej.

nej z obowiązku informacyjnego wynikającego z art. 31 ust. 1 u.z.l.: w szczególności z obowiązku udzielenia skarżącej adekwatnie szczegółowej informacji, że bez operacyjnej repozycji przemieszczonego odłamku kości nie będzie możliwe uzyskanie dobrego wyniku leczenia, o ile była jeszcze wówczas możliwość skutecznego wykonania tego zabiegu. W wypadku uprzedniego udzielenia tej treści informacji w pogotowiu ratunkowym, z obowiązku jej ponowienia”. Pozwanej poradni zostało zarzucone podjęcie metody terapeutycznej o mniejszej przydatności, bez stosownego poinformowania pacjentki. Kluczowy fragment uzasadnienia brzmi: „Informacja o ryzyku w przypadku zaniechania zabiegu medycznego jest «lustrzanym odbiciem» informacji o ryzyku związanym z podjęciem tegoż zabiegu. Powinna zatem charakteryzować się wszystkimi tymi cechami, co ta ostatnia, a w szczególności musi być rzetelna i przystępna”. Jest to rozumowanie logicznie wynikające z litery ustawy, gdzie mowa o dających się przewidzieć następstwach tak zastosowania, jak zaniechania określonych metod leczniczych (art. 31 ust. 1 u.z.l.). Sąd pokusił się jednak o sformułowanie dla lekarzy wytycznej postępowania na wypadek, gdy pacjent trwa w opozycji: „Szczególnie starannie musi lekarz informować o użyteczności różnych metod terapeutycznych wówczas, gdy pacjent skłania się ku metodzie mało skutecznej, ale np. mniej inwazyjnej. Jeśli zabieg jest celowy, a pacjent zaniebduje zalecenia lub odmawia poddania się takiemu zabiegowi, lekarz ma obowiązek ponawiać próby przekonania pacjenta do zabiegu, jeśli pozostaje z nim w bezpośrednim kontakcie. **Niepodobna z góry określić, ile takich prób powinien podjąć. Im bardziej niezbędny zabieg, tym więcej. Niekiedy ma obowiązek powtarzać zalecenie tak długo, jak to jest możliwe, co szczególnie oczywiste jest, gdy chodzi o zabiegi niezbędne dla ratowania życia.** [podkr. M.B.] Lekarz musi dochować najwyższej staranności, choć nigdy nie może zostać uznany za odpowiedzialnego za rezultat tych starań”. Bardzo słusznie zostało zauważone przez B. Janiszewską, że sytuacja, gdy pomimo odmowy zgody pacjent miałby być bez ograniczeń nagabywany przez lekarza na wykonanie zabiegu medycznego, jest trudna do zaakceptowania²¹⁰. Sąd poszedł tutaj zdecydowanie za daleko. Podwyższony standard staranności zawodowca, jaki obowiązuje lekarza, nie polega na staranności najwyższej, albowiem lekarska ustawa zawodowa w art. 4 wymaga staranności należytej – taka supererogacja wobec lekarzy nie ma podstawy ustawowej. W ramach owego standardu pacjenta wolno oczywiście przekonywać, ale tylko jak długo ten

²¹⁰ B. Janiszewska jw., s. 220.

zechce słuchać. Szacunek dla autonomii wymaga, by lekarz pacjentowi się nie narzucał. Uchybienie lekarzy w poradni chirurgicznej polegało na niepoinformowaniu o konieczności zoperowania złamanej nogi, gdy wynik prześwietlenia jednoznacznie to potwierdził. Gdyby tak zrobili, a pacjentka nadal odmawiała, nie można by im nic zarzucić.

Zróżnicowanie zakresu informacji uzależnione jest rzecz jasna od tego, jakimi danymi dysponuje w danym momencie sam lekarz. Pewnych wiadomości może dostarczyć zebrany wywiad – pod warunkiem że pacjent odpowie na zadawane pytania i pod warunkiem, że odpowiednie pytania zostaną postawione; więcej da się następnie uzyskać badaniem palpacyjnym – o ile pacjent pozwoli się zbadać. Gdy to nie wystarczy – może powstać potrzeba wykonania specjalistycznej diagnostyki, prześwietleń, analizy płynów ustrojowych lub wycinków tkanek. Na każde badanie pacjent powinien wyrazić osobną zgodę. Ponadto zakres informacji należnych pacjentowi zależy od wyjściowego stanu wiedzy medycznej, jaką może i powinien posiadać lekarz. Inne wymagania wolno formułować w odniesieniu do specjalisty w danej dziedzinie medycyny, inne wobec lekarza ogólnego, a jeszcze inne stawiać lekarzowi pogotowia.

Literalnie rzecz biorąc, nie ma obowiązku informowania pacjenta o powziętych podejrzeniach, których zakres może być bardzo szeroki, zwłaszcza w przypadku, gdy objawy mają charakter nieswoisty. Jeżeli jednak pacjent otrzymuje skierowanie na badania – należy mu się informacja, pod jakim kątem badania powinny być przeprowadzone.

Nie można natomiast zgodzić się z poglądem, iż **zakres** informacji może być zróżnicowany zależnie od „inteligencji, stanu psychicznego, i wrażliwości chorego” oraz od „konieczności i nagłości zabiegu”²¹¹. W pewnych tylko przypadkach nagłość sytuacji przemawia za tym, by zastosować informację skróconą i uproszczoną: gdy istnieje obawa, że pacjent nie dożyje do końca wyjaśnień lub jego stan poważnie pogorszy się z powodu opóźnienia pomocy.

Jeszcze innym proponowanym w orzecznictwie kryterium jakoby usprawiedliwiającym selekcjonowanie informacji jest rodzaj istniejących do zabiegu wskazań: bezwzględnych lub względnych. Podział ten pojawił się w uzasadnieniach dwóch orzeczeń. Pierwsze, wydane przez Sąd Najwyższy jeszcze z 1969 r.²¹², dotyczyło pacjentki, powódki w sprawie, która w 1956 r. poddała się operacji polegającej na usunięciu zesztywnienia łokcia. Po pewnym czasie

²¹¹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. IX, Toruń 1020 s. 163.

²¹² Wyrok SN z 29.XII.1969, II CR 564/69, OSP nr 10/1970, poz. 202, skróty: *Prawo wobec medycyny*... s. 181, z komentarzem P. Sobolewskiego.

wywiązał się stan zapalny i inne powikłania, co spowodowało konieczność następnych trzech bolesnych operacji. W rezultacie stan ręki był gorszy niż przed pierwszą operacją, ponieważ części kości uległy zniszczeniu i wyłęczkowaniu, a kości ramienia i przedramienia wymagały usztywnienia drucianą pętlą. Według opinii biegłych szkoda nie wynikała z zawinienia lekarzy, a stan zdrowia pacjentki przed operacją uzasadniał zaproponowanie zabiegu operacyjnego, mającego na celu przywrócenie ruchomości stawu łokciowego. Jeden z biegłych wypowiedział pogląd, że w opisanej sytuacji lekarz, kierujący pacjentką na zabieg operacyjny, miał do wyboru dwie możliwości: przeprowadzić zabieg mający na celu przywrócenie ruchomości stawu bądź też poprawić wadliwe ustawienie stawu przy pozostawieniu jego sztywności. Nie zostało natomiast wyjaśnione, czy zespół leczący uprzedził pacjentkę o możliwościach powikłań i pogorszenia stanu zdrowia wskutek zabiegu. Jak wynika z akt, w danym wypadku nie chodziło o tzw. **operację ze wskazań bezwzględnych, lecz ze wskazań względnych. Oznacza to, że pacjentce nie groziły żadne komplikacje w razie nieprzeprowadzenia zabiegu.** Operacja miała jedynie na celu poprawę funkcjonowania usztywnionej ręki. W takim stanie rzeczy, „gdy za operacją przemawiają jedynie względne wskazania, jest szczególnie niezbędne, aby lekarz pouczył pacjenta, że proponowany zabieg może wprowadzić i normalnie powinien przynieść poprawę, może jednak także wywołać stany zapalne i pogorszenie. Chodzi o to, aby pacjent z całą świadomością poddał się zabiegowi albo z niego zrezygnował, nie chcąc ponosić ryzyka pogorszenia”. Tylko na zasadzie przeciwieństwa wolno z tego wnioskować, że informacja o możliwym pogorszeniu nie byłaby konieczna w razie zabiegu ze wskazań bezwzględnych. Należy zatem trzymać się konkretnego stanu faktycznego i nie stawiać zbyt daleko sięgających hipotez, niemniej trzeba zwrócić uwagę, że Sąd (już w 1969 r.) wprowadził do orzekania pojęcie bezwzględnych oraz względnych wskazań medycznych oraz ogólny sens uzależnionego od nich różnicowania zakresu informacji.

W drugiej sprawie, rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w 2007 r.²¹³, u ciężarnej pacjentki wykonano diagnostyczną biopsję nerki. Wdały się poważne powikłania, poczynając od krwotoku z nerki, który doprowadził do jej usunięcia, przez pooperacyjny wstrząs krwotoczny i krew w jamie opłucnowej. Pacjentka musiała przebywać jakiś czas pod respiratorem i w sumie trzykrotnie przetaczano jej krew. Poród został rozwiązany przez cesarskie

²¹³ Wyrok SA w Warszawie z 10.I.2007, VI Ca 753/06, Lex Polonica nr 1491642. skrót: *Prawo wobec medycyny...*, s. 209, z komentarzem P. Sobolewskiego.

cięcie z powodu narastającego u płodu wodogłowia. Miesiąc później dziecko zmarło. Sąd Okręgowy, opierając się na zeznaniach świadków i opinii biegłych lekarzy, uznał, że decyzja o wykonaniu biopsji nerki była słuszna i uzasadniona stanem zdrowia pacjentki, a w trakcie wykonywania zabiegów nie popełniono żadnych błędów, mimo iż podczas pierwszego nakłucia nie udało się pobrać próbki tkanki do badań i dlatego wykonano drugie. Stosowane wcześniej metody lecznicze i diagnostyczne nie wyeliminowały dolegliwości ani nie pozwoliły na ustalenie ich przyczyny. Występujące objawy i wyniki badań mogły wskazywać na podostre zapalenie kłębuszkowe nerek lub na tocząc układowo-trzewny, które to schorzenia mogły stanowić zagrożenie dla ciąży, jak również dla zdrowia i życia pacjentki. Jednakże nie została ona pouczona o możliwych skutkach zabiegu biopsji nerki. Zdaniem Sądu powódka nie była świadoma możliwości ewentualnych powikłań i dlatego zgoda została uznana za wadliwą. Wprawdzie pacjentka podpisała formalną zgodę, jednak twierdziła, że nie została poinformowana o ryzyku związanym z zabiegiem biopsji nerki i o rodzaju możliwych powikłań, zaś lekarz, który miał obowiązek udzielenia takich informacji, nie pamiętał dokładnie przebiegu rozmowy [!]. Wprawdzie tego rodzaju powikłania po zabiegu biopsji nerki, jak konieczność jej usunięcia zdarzają się bardzo rzadko i o tym, zdaniem Sądu, lekarz nie musiał powódki uprzedzać, zachodzi jednak przypuszczenie, iż pacjentka nie wiedziała nawet, że może dojść do krwawienia z nerki. Według opinii biegłych istniały bezwzględne przesłanki do wykonania biopsji, aczkolwiek jeden z nich w opinii uzupełniającej podał, że nie istnieje w nomenklaturze medycznej termin „wskazania bezwzględne”, a Sąd Apelacyjny uznał za stosowne umieścić to stwierdzenie w uzasadnieniu.

Od razu więc na początku wymaga sprostowania kwestia bezwzględnych i względnych wskazań do zabiegu. Zacytowany przez Sąd Apelacyjny biegły nie popisał się tutaj erudycją, albowiem wbrew jego stanowczemu twierdzeniu, rozróżnienie na te dwa typy wskazań jest w naukach medycznych stosowane²¹⁴. Zresztą Sąd Najwyższy w 1969 r. nie wyssał sobie przecież tej terminologii z palca ani nie stworzył jej *ad hoc* – skądś musiał koncepcję zaczerpnąć, w przeciwnym bowiem razie zdefiniowałby owe pojęcia samodzielnie w uzasadnieniu. Bezwzględny charakter wskazań do biopsji nerki nie został przez Sąd Apelacyjny uwzględniony dla określenia obowiązku informacyjnego, a powikłanie w postaci konieczności usunięcia nerki po biop-

²¹⁴ Zob. M. Boratyńska i P. Konieczniak, *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*, *Studia Iuridica* t. 49 (2008), s. 9–42.

sji uznano za na tyle rzadko występujące, iż nie wymagało poinformowania. O wadliwości udzielonej zgody zdecydował fakt, że pacjentka nie została powiadomiona o ryzyku krwawienia. Natomiast do orzecznictwa Sądu Najwyższego podział na bezwzględne i względne wskazania medyczne wszedł jako kryterium określające węższy bądź szerszy zakres obowiązku informowania pacjenta. Po raz kolejny należy więc wskazać, że nie istnieje prawne uzasadnienie dla takich ograniczeń w informowaniu oraz zgodzić się z komentującym wyrok Przemysławem Sobolewskim, iż takie podejście stanowi przejaw ukrytego paternalizmu²¹⁵. Pomijanie informacji o niektórych powikłaniach co do zabiegów ratujących życie służy lekarzom do wywierania wpływu na decyzje pacjentów – aby nie dać powodów do sprzeciwienia się zabiegowi. Intencje te są bardzo czytelne, o czym świadczą zarówno uzasadnienia wyroków, jak fragmenty zeznań składanych przez lekarzy. Przyznając w takich przypadkach rację lekarzom, sądownictwo prezentuje również postawę paternalistyczną i sankcjonuje manipulowanie pacjentami.

W przytoczonych orzeczeniach zaznacza się podział na rodzaje informacji udzielane pacjentowi, spośród których nie wszystkie jakoby podlegają obowiązkowi ujawnienia. Była już mowa o tym, że przepisy ustaw do niczego takiego nie upoważniają, z drugiej jednak strony pojawia się czysto praktyczna przeszkoda w literalnie pełnym informowaniu pacjenta – laik nawet nie potrafi sobie wyobrazić, jak szczegółowa musiałaby ona być. Stąd zapewne przekonanie sądownictwa, że obowiązkiem informacyjnym nie są objęte komplikacje wprawdzie możliwe do przewidzenia, ale występujące niezwykle rzadko. Z punktu widzenia zdrowego rozsądku należałoby się z tym *prima facie* zgodzić, skoro od lekarza oczekuje się nie tylko wyczerpującego informowania, ale i rozbioru krytycznego wszystkich danych, ażeby pacjent został uświadomiony, czego może się spodziewać prawie na pewno, a co zdarzyć się wprawdzie może, ale stosunkowo rzadko. Dlatego wprowadzony został do orzekania podział na następstwa (lub powikłania) zwykłe, typowe oraz na nietypowe i występujące rzadko. Kłopot w tym, że prawdopodobieństwo jest stopniowalne i trzeba by wobec tego (arbitralnie) przyjąć jakieś przedziały procentowe. Ponadto da się wyróżnić grupę skutków, by tak rzec, wysoce dramatycznych: paraliż, ślepotą, głuchota (niektóre antybiotyki uszkadzają słuch), utrata głosu, uszkodzenie mózgu, bezpłodność, śmierć. Trzeba sobie powiedzieć otwarcie, że jeżeli takie powikłanie dotknie pacjenta

²¹⁵ P. Sobolewski, komentarz do wyroku powołanego w przyp. 212, s. 182.

nieuprzedzonego, to (o ile ten przeżyje) szok będzie znacznie większy niż gdyby wiedział zawczasu, a statystyczne prawdopodobieństwo wystąpienia nie ma nic do rzeczy. Człowiek czuje się wówczas oszukany nie tylko przez los, ale i przez lekarzy.

W prawie ubezpieczeniowym znane jest pojęcie *low probability – high risk* („niskie prawdopodobieństwo, ale wysokie ryzyko”). To zestawienie przemawia samo za siebie i da się odnieść do roztrząsań na temat prawdopodobieństwa dramatu medycznego (a już zwłaszcza, gdy dostępna jest alternatywa *high probability – low risk*). Nie ma moralnego uzasadnienia, by ktoś w takich sprawach decydował zamiast pacjenta. Nie widzę przekonującej odpowiedzi na pytanie, dlaczego jeden (lekarz) miałby być moralnie obciążony decyzją dotyczącą drugiego (pacjenta). **Jest to równie ważne w odniesieniu do zdarzeń częstych, jak rzadkich.** Tak więc fakt, iż dane powikłanie występuje rzadko, nie usprawiedliwia pominięcia go w informacji i to szczególnie wtedy, gdy zalicza się do dramatycznych. Problem w tym, że to właśnie dla zatajenia informacji o najbardziej dramatycznych powikłaniach poszukiwane są usprawiedliwienia.

Dla porównania: Mirosław Nesterowicz przytacza orzecznictwo francuskie, gdzie od 1998 roku datuje się nacisk na wyczerpujące informowanie pacjenta, zwłaszcza gdy chodzi o zabiegi poważne lub połączone z dużym ryzykiem²¹⁶. I tak w orzeczeniu z 7.X.1998 r.²¹⁷ Sąd Kasacyjny ustalił obowiązek informowania jasnego, rzetelnego oraz **odpowiedniego do poważnego ryzyka zabiegu**. Nawet gdy ryzyko może zrealizować się tylko wyjątkowo, lekarz ma obowiązek o nim informować, gdy jest to ryzyko **poważnej szkody lub komplikacji zdrowotnych**. Natomiast w innym orzeczeniu, z 18.VII.2000 r.²¹⁸, ten sam Sąd Kasacyjny stwierdził, że konieczność interwencji medycznej nie zwalnia lekarza z obowiązku informowania co do wielkości ryzyka operacji.

Pogląd, że nazbyt szczegółowa informacja mogłaby pacjentowi zaszkodzić w ten sposób, iż wylękniony podpadłby na duchu i odmówił poddania się leczeniu, jest w naszym orzecznictwie ugruntowany od dawna. Wolno jednak przypuszczać, że nie pochodzi on od wymiaru sprawiedliwości, lecz został bezkrytycznie powtórzony za lekarzami. **Z punktu widzenia szacunku dla autonomii pacjenta jest to podejście, które powinno się**

²¹⁶ M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. 2001 r., s. 113–114.

²¹⁷ D. 1999, Somm. 259.

²¹⁸ D. 2000, I.R. 217.

zwalczać wszelkimi sposobami. Nie dość, że gwałci autonomię, to nie jest poparte żadnym uzasadnieniem; nie ma mocnych dowodów na to, że pacjenci rzeczywiście tak reagują. Wręcz przeciwnie: istnieją dowody empiryczne, iż zapoznanie pacjenta ze szczegółami kuracji lub zabiegu niesie ze sobą same korzyści. Stuart Sutherland przytacza²¹⁹ wyniki eksperymentu, który przeprowadzono na pacjentach przyjętych do szpitala w celu wykonania operacji brzusznych²²⁰. Podzielono ich losowo na dwie grupy. W pierwszej grupie pacjenci byli przed operacją informowani, jak długo potrwa zabieg, w jakich okolicznościach obudzą się ze znieczulenia ogólnego, jakiego bólu mogą się spodziewać itd. Druga grupa została poddana rutynowej procedurze szpitalnej bez żadnych informacji. Pacjenci z pierwszej grupy mniej skarżyli się później na ból, potrzebowali mniej środków przeciwbólowych i szybciej wracali do zdrowia, co przejawiało się w tym, że opuszczali szpital przeciętnie o trzy dni wcześniej niż pacjenci z drugiej grupy. Wnioski z owego eksperymentu są proste: pacjent, który wie, co go czeka, jest przygotowany, a to z kolei przekłada się na konkretne efekty terapii. Stanowisko przeciwne bywa popierane przywoływaniem pojedynczych przypadków z własnej lub cudzej praktyki, które spełniają funkcję wyłącznie dowodów anegdotycznych – na zasadzie „zdarzyło mi się pewnego razu”.

Co więcej – istnieje dziedzina medycyny, w której zakres informowania pacjentów jest maksymalnie szeroki, a nie prowadzi do porzucania przez nich leczenia z tego właśnie powodu. Ta dziedzina to farmakologia. Listy możliwych działań niepożądanych leku układane są z uwzględnieniem nie tylko reakcji, które zdarzają się niezmiernie rzadko, ale i oddziaływań hipotetycznych bądź będących wciąż przedmiotem badań. Zetknął się z tym każdy, kto kiedykolwiek zadał sobie fatywę i przeczytał ulotkę informacyjną dołączoną do zaordynowanego lekarstwa – czyli prawie wszyscy.

Prawdą jest, że daje się odnotować zjawisko poczucia zagubienia z powodu natłoku informacji. Lektura ulotek lekowych daje o tym pewne pojęcie, ponieważ są one redagowane głównie metodą prostego wyliczenia. Długa lista możliwych powikłań, bez wyróżnienia, które z nich zaliczają się do typowych, które zaś występują rzadko lub bardzo rzadko, nie spełnia jednak kryterium przystępnej i odpowiedniej informacji. W dodatku istnieją przecież powikła-

²¹⁹ S. Sutherland: *Rozum na manowcach. Dlaczego postępujemy irracjonalnie*, (tłum. H. Jankowska), Warszawa 1992, s. 175.

²²⁰ L. Egbert, G. Battit, C. Welch, M. Bartlett: *Reduction of postoperative pain by encouragement and instruction of patients*, New England Journal of Medicine, 1964, 270, s. 825–827.

nia, których prawdopodobieństwo wystąpienia zależy od stanu klinicznego konkretnego pacjenta: jego płci, wieku, obecności innych schorzeń. **Na tym polega indywidualnie dopasowana pełna informacja, żeby pacjentowi stosownie do jego stanu wyakcentować, które komplikacje mogą się u niego pojawić z większym, a które z mniejszym prawdopodobieństwem.** Zasada szacunku dla autonomii wymaga również, by pacjenta nie pozostawiać samego z gołymi faktami medycznymi. Tylko tak rozumiany natłok informacji może pacjentowi zaszkodzić przez to, że go zdezorientuje. **Jednak natłok nie jest tym samym, co nadmiar. Jeżeli pacjentowi należy się informacja pełna, to nadmiar w obrębie danego tematu nie jest logicznie możliwy.** Zadaniem lekarza jest nie tylko wyliczenie, ale i wskazanie, która metoda leczenia wydaje się optymalna i dlaczego oraz jakie powikłania w konkretnym przypadku są prawdopodobne. Co prawda prawdopodobieństwo może być większe lub mniejsze – co pokazuje omówiony wcześniej przypadek pacjentki z wolem zamostkowym – dlatego podanie sztywnych ram informowania jest niewykonalne. Bez wątplenia prawdopodobieństwo tak znikome, że stawiające pod znakiem zapytania związek przyczynowy między zabiegiem a zaistniałą komplikacją usprawiedliwia zaniechanie informowania. Jeżeli natomiast w konkretnej sprawie zostanie wykazane, że nieudzielona informacja o powikłaniu dostatecznie prawdopodobnym w stosunku do danego pacjenta miałaby wpływ na jego decyzję w sprawie leczenia – udzieloną przezeń zgodę należy uznać za wadliwą. Trudno jednak mówić o jakichś konkretnych wartościach liczbowych.

W jednym z orzeczeń pojawiło się pojęcie „nadmiernej informacji”²²¹ w kontekście bezwzględnej konieczności zabiegu operacyjnego. Owa *nadmierna* informacja miałaby dotyczyć powikłań zdarzających się rzadko. Powiadomienie o ryzyku wyjątkowym, ale za to grożącym skutkami dramatycznymi, odbyłoby się jakoby ze szkodą dla informacji o skutkach bardziej banalnych, lecz znacznie częstszych, co z kolei mogłoby prowadzić do braku należytej oceny ryzyka i odmowy („nieuzasadnionej”) poddania się zabiegowi. Takie rozumowanie oparte jest na nieporozumieniu: wymienienie powikłań nietypowych tylko wówczas zaciemni obraz całości, gdy odbędzie się na zasadzie zarzucenia pacjenta bezładem informacji różnej wagi, a bez wyjaśnienia ich ciężaru gatunkowego. Niezorientowany pacjent sam nie zdoła ich powartościować, ale przecież taka informacja jest, jak już wspomniałam, wadliwa

²²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 9 listopada 2007 r., V CSK 220/07, LEX nr 494157.

z innych przyczyn: nie spełnia wymagania przystępności. Nie chodzi o to, by informacje selekcjonować, lecz by ustawić je w odpowiednim porządku.

W kontekście „nadmiernej” informacji przywoływany jest wyrok Sądu Wyższego Okręgowego w Kolonii z 1987 r. Był to kazus pacjenta, któremu lekarz powiedział wprost, że cierpi on na rosnący nowotwór mózgu oraz że nie jest pewne, czy nie jest to nowotwór złośliwy i czy nadaje się do operacji. Pacjent doznał szoku i wstrząsu psychicznego. Rozwinęła się u niego choroba serca, częściowy paraliż i trudności w mówieniu. Sąd uznał odpowiedzialność lekarza za szkodę. Mimo że lekarz miał prawo powiadomić pacjenta o diagnozie, to ujawnienie tych faktów w sytuacji zagrożenia życia pacjenta naruszyło prawo²²². Dosłowne przeniesienie tego przypadku na grunt polski oznaczałoby, że lekarz poniósł odpowiedzialność odszkodowawczą za sam skutek w postaci ujawnienia informacji, do których podania był w dodatku zobowiązany. M. Świdarska uzupełniła, iż sąd uznał, że **sposób** ujawnienia tej informacji doprowadził do wyrządzenia szkody²²³. Bardziej zrozumiałe jest stanowisko brytyjskiego wymiaru sprawiedliwości w osobie Lorda Templemana orzekającego w sprawie *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital* z 1985 r.; „Pacjent może podjąć niewłaściwą decyzję z braku odpowiednich informacji, z drugiej strony także może podjąć niewłaściwą decyzję, jeżeli otrzyma za dużo informacji i zostanie ostrzeżony o **ewentualnościach, których nie jest zdolny ocenić** [podkr. M.B.] z braku wiedzy medycznej, rodzaju choroby i jego osobowości”²²⁴. Kluczowe znaczenie wydaje się tutaj mieć nie ilość informacji, lecz ich uporządkowanie, którego to sam pacjent nie jest w stanie dokonać bez przewodnictwa lekarza. Sytuację tę obrazuje opowiedziana mi przez pewną kobietę autentyczna historia. Pacjentka lat 42, ze zdiagnozowanym rakiem piersi, została zapoznana z kilkoma alternatywnymi sposobami leczenia, wśród których była i chemioterapia, i radioterapia, i operacja usunięcia guza oraz pachowych węzłów chłonnych, i całkowita sterylizacja (celem zapobieżenia niekorzystnemu oddziaływaniu przez żeńskie hormony). Przytłoczona informacjami pacjentka odczuła dezorientację, jednak sama poradziła sobie z tym bardzo rozsądnie, zapytując lekarza: „– A co doradziłby pan własnej

²²² Podaję za M. Nesterowiczem, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., II CSK 2/07*, s.131. Brak jakichkolwiek bliższych informacji, w szczególności adresu bibliograficznego niemieckiego orzeczenia, utrudnia zapoznanie się z oryginalnym uzasadnieniem.

²²³ M. Świdarska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, s. 129 i przyp. 232.

²²⁴ Cyt. za: M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2007 r., II CSK 2/07*, s.131–132.

córcę?” Nie każdy pacjent jest jednak obdarzony taką przytomnością umysłu, do zadań lekarza należy więc delikatnie go poprowadzić.

W tym miejscu warto zacytować trafne spostrzeżenie Wojciecha Fendlera, laureata Nagrody Naukowej POLITYKI za rok 2011 w dziedzinie medycyny: „nie zawsze długie i wnikliwe rozmowy [z pacjentem – M.B.] są potrzebne, potrzebne są natomiast rozmowy rzetelne. Spostrzegawczość lekarza, umiejętność kojarzenia faktów i selekcji informacji, to kluczowe zdolności odróżniające lekarzy wybitnych od lekarzy dobrych. Można powiedzieć, że właśnie w tym aspekcie medycyna najbardziej zbliża się do sztuki”²²⁵.

W nawiązaniu do przypadku z Kolonii można podać orzeczenie Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie, który trzy razy w różnych składach orzekających porał się ze sprawą z 1998 r., wykazującą pewne podobieństwa do niemieckiej²²⁶. Opis stanu faktycznego pokazuje, że rodzaj podanej informacji został w świadomości jej adresatów nierozzerwalnie połączony z formą, w jakiej to nastąpiło. Zawiadomienie o popełnieniu przewinienia zawodowego złożyli członkowie rodziny, poinformowani przez lekarza o stanie pacjentki z jej upoważnienia. Lekarz podał, że podejrzewa u starszej pani chorobę nowotworową. Rozpoznanie później się nie potwierdziło, niemniej obwiniony lekarz miał podstawy, by wstępnie je postawić. Wnosił to mianowicie z występującego u pacjentki wychudzenia, utraty apetytu oraz zjawiska określanego fachowo jako *fetor ex ore* (łac. ‘smród z ust’). Dwie z trzech osób wysłuchujących diagnozy – mąż i córka pacjentki – poculi się zaszokowani. (Trzecia z nich – przyjaciółka pacjentki – zeznająca jako świadek, nie dostrzegła w zachowaniu lekarza niczego niewłaściwego). Podnosili, że obwiniony lekarz dogłębnie ich przeraził, wywołał długotrwały rozstrój emocjonalny, liczne choroby, a jego wypowiedź doprowadziła ich do trwałego uszkodzenia zdrowia. Szok oraz oburzenie wywołała również forma wypowiedzi: lekarz miał bowiem użyć sformułowania „z ust jej śmierdzi zgniłym mięsem”, co uznali za grubiańskie i niegrzeczne. W kontekście niepotwierdzenia hipotezy o nowotworze kwestionowali też kompetencje fachowe lekarza i uważali, że jego zachowanie było nieodpowiedzialne. Sąd stwierdził, że „obwiniony miał podstawy faktyczne, aby postawić takie wstępne rozpoznanie, niezależnie od tego jak dalece byłoby to szokujące dla bliskich pacjentki. **Żadne normy nie zobowiązują lekarza do zatajenia informacji tego rodzaju ani tym bardziej do podawania nieprawdy.** [podkr. M.B.] Co się na koniec

²²⁵ „Polityka” nr 47 (2834), 16.XI.–22.XI.2011, s. 73.

²²⁶ OSL-15/99. Orzecznictwo sądów lekarskich nie jest publikowane.

tyczy formy wypowiedzi, to (...) jest to sformułowanie brutalne, niemniej trudno je uznać za obraźliwe wobec rodziny pacjentki”. Sprawa była dwukrotnie przekazywana do ponownego rozpoznania przez Naczelny Sąd Lekarski, który upierał się przy stanowisku, że użyte sformułowania mają zabarwienie jednoznacznie pejoratywne i są niekulturalne, natomiast nie kwestionował ustalenia, iż fakt poinformowania o powziętych przez lekarza podejrzeniach co do diagnozy nie nosił znamion przewinienia zawodowego. Sąd Okręgowy trwał jednak przy pierwotnym stanowisku, podpierając się autorytetem fachowym autora *Słownika języka polskiego*, gdzie rzeczownik „smród” nie został zakwalifikowany ani jako wulgaryzm, ani pejoratywizm ani nawet *augmentativum*. „Co prawda wiele osób uważa za nietaktowne w ogóle wszelkie wzmianki o naturalnych procesach fizjologicznych lub czynnościach takich jak oddawanie kału, moczu, pocenie się, wymioty, wiatry, menstruacja, stosunek płciowy itp. Osoby takie o „tych rzeczach” nie mówią w ogóle, względnie mówią ze wstydem i używając rozmaitych eufemizmów. OSL nie uważa jednak, jakoby medycyna miała obowiązek dostosowywać się do szczególnej obyczajowości panującej np. w reklamach telewizyjnych, gdzie wsiąkliwość podpasek demonstruje się za pomocą błękitnej, przejrzystej cieczy”. Tak więc fakt, że lekarz wykazał się mało wyszukanymi manierami, nie został uznany za podstawę orzeczenia kary dyscyplinarnej²²⁷. Co do smrodu zgniłego mięsa dobywającego się z ust, to na podstawie własnego doświadczenia muszę ze smutkiem przyznać, że w stosunku do pacjenta chorego na zaawansowany nowotwór jest to określenie po prostu adekwatnie oddające istotę rzeczy. Różnice w zapatrywaniach mogą więc także wynikać z posiadanych doświadczeń, ale nigdzie nie jest powiedziane, że forma przekazu powinna być dostosowana do subiektywnego przeświadczenia adresata, zwłaszcza gdy adresatem nie jest sam pacjent. Co do niego – zgoda: sposób podawania informacji powinien być taktowny i oględny zwłaszcza przy podejrzeniach tak poważnych, czy rozpoznaniu i rokowaniu szczególnie niepomysłnym. Powtórzmy jednak: punktem ciężkości nie jest rodzaj ani ilość informacji.

W rozważaniach nad tym, czy pacjent jest gotowy na przyjęcie całej prawdy lub czy czyjaś psychika zniesie bolesną rzeczywistość, zakłada się z góry ogólną słabość i z tego względu **przyzwala na pogwałcenie autonomii wszystkich pacjentów usprawiedliwiane obawą, że być może nie-**

²²⁷ Oczywiście polszczyzna literacka zna wiele eufemizmów, ale posługiwanie się nimi zależy od indywidualnego poziomu czytania, głównie w literaturze pięknej i nie może tworzyć standardu.

którzy pod wpływem prawdy doznają załamania. Wolno przypuścić, że dochodzi tu także do pomieszania pojęć: kwestii powiedzenia całej prawdy oraz sposobu postępowania z pacjentem, czyli odpowiedniego przygotowania na niekorzystną informację i ogłędności przekazu. Doskonale wiadomo, że można prawdą uderzyć jak obuchem między oczy: szybko, krótko i brutalnie, aby samemu jak najprędzej zdjąć z siebie ciężar rozmowy – a można trochę się postarać. Ale nie tylko lekarze nie potrafią. Sposób prowadzenia trudnych rozmów wymaga i empatii, i inteligencji, i elementarnej znajomości psychologii. O ileż łatwiej zasłonić się w tym względzie wymagowanym „dobrem pacjenta” i w ogóle poniechać wyjaśnień. Pacjenta traktuje się tutaj z zasady niczym małe dziecko lub demencyjnego staruszka, jak w starej piosence: „po co babcię denerwować, niech się babcia cieszy”. To też jest rodzaj paternalizmu, choć istnieje podejrzenie, iż u jego podłoża leży własny interes lekarza rozumiany w uproszczeniu jako higiena psychiczna.

Na marginesie warto zwrócić uwagę na kuriozalną warstwę stylistyczną niektórych omawianych orzeczeń: „**bezpodstawna odmowa** [podkr. M.B.] zgody na dokonanie zabiegu; „**lekarz nie może udzielać pacjentowi tego rodzaju informacji** o możliwych powikłaniach operacyjnych, które mogłyby wpłynąć ujemnie na psychikę chorego, a tym samym zwiększyć ryzyko operacji”; „**nieuzasadniona odmowa** poddania się zabiegowi medycznemu”, „**nadmierna informacja**”, „powódka **nie mogła nie poddać się operacji**”. Logicznie rzecz biorąc, żadne z przytoczonych wyrażení ani zwrotów nie rzutowało bezpośrednio na rozstrzygnięcie. Jednak z punktu widzenia psycholingwistycznego stylistyka owa zdradza określony sposób myślenia: odzwierciedla paternalistyczny stosunek do pacjenta, tym razem w wydaniu sądowym. Nie ma czegoś takiego jak „bezpodstawna” czy „nieuzasadniona” odmowa poddania się leczeniu, skoro pacjent dysponuje swobodą wyboru, chyba żeby przypisać mu obowiązek pokornego znoszenia interwencji medycznych podyktowanych jego dobrem.

Dotychczas omówiona judykatura z jednej strony akcentowała fakt, że warunkiem legalności działania lekarza jest zgoda pacjenta odpowiednio poinformowanego, z drugiej jednak formułowała niepokojące wyjątki już to pozwalające stronie medycznej na przemilczenie pewnych faktów, już to nakazujące nagabywać pacjenta odmawiającego zgody. Jedno i drugie stanowi niedopuszczalną ingerencję w autonomię jednostki, podyktowaną różnie rozumianym dobrem pacjenta i uwarunkowaną paternalistycznie. Nasuwa się tutaj raczej gorzkie spostrzeżenie, że gdy paternalizmu poniecha lekarz, to sprawę „wyprostuje” sąd, przywołując stronę medyczną natychmiast do porządku.

Jak trudnym zagadnieniem jest właściwe poinformowanie pacjenta, pokazuje wyrok Sądu Apelacyjnego z 2006 r. (zdarzenie miało miejsce zimą 2001 r.)²²⁸ z następującą tezą: „Zabieg medyczny wykonany bez zgody pacjenta jest czynnością bezprawną nawet wówczas, gdy wykonany jest zgodnie z zasadami wiedzy”. Pacjent, emeryt, rocznik 1931, chory na cukrzycę typu II, nadciśnienie tętnicze, jaskrę i chorobę wieńcową domagał się odszkodowania i zadośćuczynienia za powikłania doznane po operacyjnym usunięciu zaćmy. Zabieg został wykonany metodą fakoemulsyfikacji²²⁹. Według opinii biegłego i stosownie do zapisów w dokumentacji medycznej, zabieg został przeprowadzony bez uchybień, w szczególności co do sterylizacji sprzętu i zapobieżenia infekcjom śródoperacyjnym. Nie znalazł potwierdzenia zarzut pacjenta, jakoby preparat wiskoelastyczny był przeterminowany. Ustalono jednak, że implant akrylowy produkcji irlandzkiej nie był podówczas w Polsce dopuszczony do obrotu (a do Unii Europejskiej Polska jeszcze nie należała)²³⁰. Pacjent zgłosił się do lekarza dopiero w czwartym dniu po zabiegu, ze stanem zapalnym oka. Prawidłowe leczenie zapalenia wymagało usunięcia sztucznej soczewki, soczewka naturalna zaś uległa nieodwracalnemu zniszczeniu. W toku postępowania dowodowego nie zostało potwierdzone, jakoby stan zapalny stanowił normalne następstwo wszczepienia implantu. Stanowisko to podzielił Sąd Apelacyjny: „Zbieżność czasowa zachorowania i zabiegu nie jest wystarczająca, gdyż proces zapalny w odniesieniu do takiego organu

²²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 31 marca 2006 r., I ACa 973/05, OSA nr 1/2008 poz. 2 z gł. M. Nesterowicza, Prawo i Medycyna nr 2/2010 s. 131, skrót: *Prawo wobec medycyny*..., z komentarzem Z. Banaszczyka s. 203.

²²⁹ Polega to na rozbiciu zmętniałej soczewki oka przy użyciu ultradźwięków, odessaniu pozostałości przez trzymilimetrowe nacięcie i wprowadzeniu przez ten sam otwór zwiniętego implantu akrylowego. Soczewka daje się następnie rozwinąć wewnątrz gałki ocznej. Zabieg odbywa się trybem chirurgii jednodniowej i wymaga znieczulenia miejscowego. Jest to metoda operacyjna bezszwowa, wymagająca tylko nałożenia bezpośrednio na oko opatrunku wiskoelastycznego aplikowanego w sprayu – oprócz zewnętrznego zabezpieczenia z gazy. Pacjent otrzymuje surowe wytyczne, aby w pierwszej dobie po zabiegu nie nosił ciężarów, nie kąpał się, a nawet nie opuszczał głowy oraz zalecenie zgłoszenia się na wizytę kontrolną od razu następnego dnia (przyp. M.B).

²³⁰ Użycie materiału importowanego wymaga dopłaty w kwocie około 600 zł. Soczewkę produkcji polskiej finansuje obecnie NFZ, ale jej wszczepienie jest, a w każdym razie jeszcze w 2006 r., z którego to okresu pochodzą moje informacje – było – bardziej skomplikowane technicznie i połączone z większym ryzykiem infekcji. Soczewka zagraniczna znajdowała się bowiem w fabrycznym aplikatorze już zwinięta, podczas gdy soczewkę polską lekarz musiał po odpakowaniu zwijać pęsetą (M.B).

przebiega bardzo szybko, a powód zgłosił się do lekarza z dolegliwościami bólowymi czwartego dnia po zabiegu. Przekonywająco zostało umotywowane ustalenie o braku zaniedbań sanitarnych oraz zachowaniu procedur okołoperacyjnych. (...) Przyjąć zatem należy, że proces zapalny niewiadomego pochodzenia był powikłaniem pooperacyjnym nie wywołanym uchybieniami w wykonywaniu czynności zawodowych”. Mimo to zadośćuczynienie zostało zasądzone. Uchybienia dopatrzył się Sąd Apelacyjny co do poinformowania pacjenta: „Z uwagi na stwarzanie użyciem materiałów medycznych niedopuszczonych do obrotu podwyższonego ryzyka zabieg operacyjny z ich zastosowaniem powinien być przeprowadzony po przekazaniu pacjentowi w tym zakresie szczegółowych informacji i po uzyskaniu kwalifikowanej zgody w formie pisemnej. Powinien on w związku z tym znać przedmiot zgody, metodę leczenia, ryzyko i następstwa zwłaszcza nieodwracalne. (...) W przedmiotowym wypadku nie wykazano, że powód udzielił takiej zgody”. Stronie medycznej zostało też zarzucone „pewnego rodzaju nadużycie zaufania jakiego dopuścił się pozwany NZOZ, pobierający dodatkową opłatę za zapewnienie renomowanych soczewek produkcji zagranicznej”. Bezprawność działania pozwanego Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej polegała zatem, pod rządą ówczesnych przepisów, na użyciu soczewki niedopuszczonej w Polsce do obrotu (w połączeniu z zaniechaniem na poziomie powołania się na szczególne przyczyny i odnotowania tego w dokumentacji). Bezprawność ta nie miała jednak żadnego związku z pogorszeniem stanu zdrowia pacjenta. Argumentacja Sądu sprowadza się do nałożenia na stronę medyczną szczególnego obowiązku informacyjnego: o ryzyku połączonym z użyciem takiego formalnie niesprawdzonego materiału medycznego. W kontekście ustalania zadośćuczynienia Sąd powołał się w dodatku na „nadużycie zaufania przez pobranie dodatkowej opłaty za zapewnienie renomowanych soczewek produkcji zagranicznej” – ale z tego wynikałoby, że pacjent wiedział, iż implant jest importowany, nie wiedział natomiast, że nie ma certyfikatu dopuszczenia do obrotu. Biorąc pod uwagę fakt, że poza tym do używanych przez NZOZ soczewek nie były kierowane zastrzeżenia jakościowe²³¹, a stan zapalny okazał się niewiadomego pochodzenia, trudno tu mówić o nadużyciu zaufania. Za podstawę zasądzenia na korzyść pacjenta posłużyło jedyne uchybienie informacyjne, jakie udało się stwierdzić i to w sytuacji, gdy powikłanie pozabiegowe nie miało z nim żadnego związku.

²³¹ Z uzasadnienia wynika, że były to soczewki produkcji irlandzkiej.

We wszystkich pogłębionych rozważaniach nad właściwym informowaniem pacjentów podkreśla się, że powinien to być cały rozciągnięty na pewien czas proces (o ile nic nie nagli). Tylko wtedy istnieją szanse powodzenia, gdy jedna i druga strona zadają pytania oraz udzielają szczerych odpowiedzi. Ważne jest zarówno ujawnianie informacji bez zatajania kwestii niepokojących, jak – i zwłaszcza – odpowiednie rozkładanie akcentów. Wolno rzecz jasna przekonywać niezdecydowanych lub ogarniętych paniką pacjentów przy użyciu racjonalnej argumentacji, nie należy jednak naprzykrzać się z perswazją bądź zakładać obowiązek przekonywania aż dopokąd pacjent nie ustąpi. Trzeba pamiętać, że bez odpowiedniego zasobu informacji pacjent nie zdoła podjąć rozeznanej decyzji, jednak moralny punkt ciężkości spoczywa nie na wydłużaniu w nieskończoność listy informacji do ujawnienia, lecz na rzeczywistym rozpoznaniu potrzeb konkretnego pacjenta²³².

Dostosowanie zakresu informacji do indywidualnych potrzeb pacjenta, obowiązek przedstawiania rozwiązań alternatywnych, uprzedzanie o możliwych typowych i nietypowych powikłaniach oraz skutkach ubocznych – stawiają przed lekarzem zadania odbierane przez nich jako praktycznie niewykonalne. W odniesieniu do procedur skomplikowanych, wielowariantowych, formularze zgody czy nawet drobiazgowo opracowane broszury informacyjne nie zawsze okazują się wystarczające. Ostatnio omówione rozstrzygnięcie pokazuje, że gdy dobrze poszukać, to uchybienie informacyjne znajdzie się zawsze lub prawie zawsze. Prawidłowe poinformowanie pacjenta urasta do rangi kluczowej przesłanki warunkującej skuteczność udzielonej zgody, co pociąga za sobą potrzebę stałego doskonalenia procedur informacyjnych przez stronę medyczną. Najnowszym osiągnięciem w tej dziedzinie są specjalnie opracowane interaktywne programy komputerowe, zróżnicowane w zależności od przeznaczenia i odbiorcy. Użytkownicy są z ich wprowadzenia zadowoleni: wskazują na polepszenie zrozumiałości wyводу co do wad i zalet każdej inwazyjnej procedury medycznej oraz żywią przekonanie, że zmusza to lekarzy do znacznie wcześniejszego niż dotychczas podjęcia z pacjentem dyskusji na temat korzyści i ryzyka danej metody leczenia. To z kolei pozwala pacjentowi naprawdę zdać sobie sprawę z wyboru, przed którym stoi. Jednocześnie przybywa dowodów, że tradycyjne formularze zgody (stosowane w Stanach Zjednoczonych) ani nie zwiększają świadomości pacjen-

²³² T.L. Beauchamp i J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 159.

tów, ani nie poprawiają jakości opieki medycznej. Analiza 540 formularzy świadomej zgody pochodzących ze 157 wybranych losowo szpitali, opublikowana w 2000 r. przez zespół ekspertów do spraw zdrowia publicznego kierowany przez Melissę M. Bottrell z New York University ujawniła panujący w tej dziedzinie chaos. Jedne formularze były zbyt krótkie i niejasne, inne – za długie i zagmatwane. Wiele z nich napisano prawniczym językiem, który zacierał decyzyjny charakter zgody. Jedynie co czwarty formularz wykraczał poza prosty opis procedur i informował o ryzyku, korzyściach oraz rozwiązaniach alternatywnych. Zdaniem Harlana M. Krumholza z Yale University, zajmującego się mechanizmami błędnego działania systemu, „proces informowania pacjentów zbyt często stawał się narzędziem zarządzania ryzykiem i ochrony własnych interesów przed oskarżeniami o błędy w sztuce, zamiast służyć podejmowaniu korzystnych decyzji. To ogromny wstyd”. Z badań wynika, że prawniczy język formularza irytuje pacjenta i wzbudza podejrzliwość wobec lekarzy i szpitala, a to z kolei zwiększa prawdopodobieństwo późniejszego pozwu. Długa lista możliwych powikłań czy działań niepożądanych wcale nie pomaga w zrozumieniu, że nawet idealnie przeprowadzony zabieg połączony jest z ryzykiem. Pacjenci często domagają się odszkodowań mylnie wnioskując, że znana komplikacja zastosowanego u nich leczenia jest zawsze wynikiem błędu. Rozwlekłe formularze zamiast rozwiewać takie wątpliwości, jeszcze je podsycają. Dean Schillinger, internista i specjalista do spraw edukacji zdrowotnej z University of California w San Francisco opublikował wraz ze współpracownikami podsumowanie badań oceniających próby udoskonalenia procesu uzyskiwania świadomej zgody od pacjentów. Jak się okazało, kluczem do zrozumienia ryzyka zabiegu, jego wad i zalet, jest dobrze przeprowadzona merytoryczna dyskusja – obojętne, czy zainspirowana programem komputerowym, czy ulotką zawierającą czytelny wykaz wad i zalet wraz ze zrozumiałym opisem danej procedury jak również możliwości alternatywnych. Znacząco ulepsza proces wyrażania świadomej zgody wszystko, co zmusza pacjenta do powtórzenia własnymi słowami tego, czego się dowiedział²³³. W 2006 r. Stanford Medical Center zakupiło system informatyczny usprawniający podejmowanie przez pacjentów świadomej zgody na zabieg. Do portalu można zalogować się z komputera domowego lub przez gabinet lekarski. Prezentacje obejmują około dwustu najczęściej przeprowadzanych procedur medycznych i pozwalają aktywować opcję za-

²³³ Na podstawie: D. Franklin, *Pacjent prawie poinformowany*, Świat nauki (*Scientific American*), nr 4/2011 s. 24–25.

dawania pytań adresowanych do wybranego członka zespołu medycznego emailiem lub na czacie. System automatycznie sprawdza stopień zrozumienia treści przez pacjenta, zaznacza zagadnienia do przedyskutowania, m.in. rejestruje zadawane pytania i prośby o dodatkowe informacje. Ich lista pozwala lekarzowi na omówienie tych kwestii na najbliższym spotkaniu z pacjentem. Przed zabiegiem pacjent kwituje zapoznanie się z prezentacją i przedyskutowanie procedury z lekarzem. Tytułem przykładu podano, że jedna z pacjentek zrezygnowała z pozwu, gdy wykazano jej, iż informacje na temat krytycznego powikłania wyświetlała czterokrotnie i przedyskutowała je ze swoim lekarzem²³⁴.

Najważniejszym wnioskiem z zastosowania tego typu metod jest to, że uzyskiwanie zgody pacjenta powinno być świadomym procesem, który wybiega poza suche informacje o podstawowych prawach, w którym jednak i tak nic nie zastąpi bezpośredniej rozmowy z lekarzem. Niemniej opisana technika niebywale usprawnia przekaz odpowiednich informacji, dzięki czemu sama rozmowa może dotyczyć już tylko spraw dla pacjenta najistotniejszych.

Najnowszym osiągnięciem informacyjnym w skali kraju są opracowane przez Towarzystwo Chirurgów Polskich formularze zgody na każdą operację. Rozpoczynają się opisem schorzenia, zawierają omówienie zabiegu „krok po kroku”, inne możliwe sposoby leczenia i ich skuteczność, wreszcie – wszystkie możliwe powikłania, ze śmiercią włącznie. Zapytani o opinię prawnicy przytomnie zwrócili uwagę, że pacjent powinien napisać, iż wszystko rozumiał. Według psychologów – niektóre sformułowania wymagają złagodzenia. Pacjenci bywają zdetonowani natłokiem wiadomości, lekarze zaś deklarują, że w oparciu o formularz prowadzą następnie rozmowę z pacjentem i przeprowadzają porównania do ulotek lekowych²³⁵. Jeżeli ów czynnik ludzki będzie w dostateczny sposób uwzględniony – formularze mogą spełnić zadanie analogiczne do bardziej nowoczesnych programów interaktywnych. Jeżeli nie – pacjent zostawiony sam na sam z formularzem na pewno nie zdobędzie właściwego rozeznania. Tylko z dowodowego punktu widzenia zadziała *prima facie* zasada „jak podpisałeś, to się nie dziw”. Sądzę przeczyta formularz i sam sobie będzie musiał zadać pytanie, czy wszystko jest zrozumiałe. Z punktu widzenia konkretnego pacjenta, a nie wykształconych w prawie sędziów.

²³⁴ Ibidem, s. 25.

²³⁵ A. Czerwiński: *Możesz umrzeć. Zgadzasz się?*, Gazeta Wyborcza z 4.XI.2011 r., s. 3.

Rozumienie i dobrowolność

Rozumienie

Kompetentny formalnie i materialnie pacjent, który uzyskał komplet istotnych dlań informacji, nie jest jeszcze gotowy do udzielenia rozeznanej zgody na czynność medyczną. Potrzeba nadto, aby zrozumiał nadany komunikat: na tym polega różnica między „świadomą” zgodą pojmowaną jako „zgoda pacjenta należycie poinformowanego”²³⁶, a zgodą rozeznaną. Nawet zresztą samo określenie „świadoma” powinno konotować również i zrozumienie, bo bez tego trudno mówić o stanie dostatecznej świadomości, na co się zgody udziela. Stan pełnego zrozumienia należy zakwalifikować raczej jako idealny model etyczny niezwykle rzadki co do możliwości realizacji, dlatego prawo wymaga poinformowania „tylko” w sposób przystępny, czyli zrozumiały (co nie znaczy, że zawsze zrozumiany). Skoro jednak prawem (pozytywnym i moralnym) pacjenta jest otrzymanie informacji *przystępnej*, należy zadać pytanie o kryterium owej przystępności. Zgodnie z subiektywistycznym modelem informowania powinna to być przystępność oceniana z punktu widzenia konkretnego odbiorcy komunikatu. Model racjonalnego pacjenta konotuje raczej komunikat na średnim poziomie zrozumiałości. Gdybyśmy rozważali treść adresowanego indywidualnie oświadczenia woli, decydowałby poziom zrozumiałości ustandaryzowany. Refleksy takiego myślenia dadzą się zauważyć w wyrokowaniu sądów. Jednak od uczestników obrotu cywilnoprawnego oczekuje się pewnej mobilizacji umysłu, uwagi oraz staranności tak w nadawaniu, jak w odbiorze. Tendencja do generalnego wyrównania wymagań podyktowana jest pewnością obrotu oraz wynika z zasady równorzędności podmiotów. Ta pewność obrotu nie stanowi wartości dla prawa medycznego. I jest to jedna z przyczyn, dla których sposób wnioskowania oraz aparatura pojęciowa cywilistyki nie znajdują prostego przełożenia na prawo medyczne. Ugruntowane i powszechnie akceptowane standardy cywilistyczne mogą okazać się nie tylko zawodne, ale przede wszystkim krzywdzące dla pacjenta. W prawie

²³⁶ Takie rozumienie pojęcia zgody pacjenta podaje M. Świdarska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, s. 18–19 i proponuje następnie definicję rozwiniętą, która w ogóle nie uwzględnia czynnika zrozumienia: „swobodnie podjęty i wyrażony według reguł znaczeniowych dostępnych dla innych uczestników procesu medycznego akt woli pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, podjęty na podstawie przystępnie udzielonej, rzetelnej informacji co do wszelkich stadiów postępowania medycznego”.

medycznym nie ma równości stron: pacjent jest zawsze tym słabszym, nawet gdy wiedziony czystym upodobaniem i zasobnością portfela odwiedza chirurga – plastyka, żeby ten poprawił mu kształt nosa. Lekarz ma przewagę w każdym przypadku. Jak już wspominałam, jest to w mojej opinii przewaga miażdżąca, ponieważ wynikająca z wiedzy. Jeżeli nie co innego, to elementarna uczciwość wymaga zatem, by silniejszy schylił się do poziomu słabszego. Kiedyś pewnie powstanie doktrynalne dzieło pt. „System prawa medycznego”, którego autorzy zaczną od sformułowania naczelných zasad tej gałęzi prawa. Jedną z nich powinna stać się zasada ochrony pacjenta jako strony słabszej. Normy prawa medycznego wymagają interpretowania z tego punktu widzenia. Podobieństwa do zbliżonych instytucji prawa cywilnego okazują się znacznie mniejsze, niż by to wyglądało na pierwszy rzut oka.

To wyjaśnia na razie jedynie, że przekaz powinien być zredagowany w sposób zrozumiały dla odbiorcy. Jakimi cechami powinien odznaczać się odbiorca, nie da się jednak ustalić z góry. Odwołanie do prawa cywilnego pozwala uchwycić następną różnicę: w prawie cywilnym strony co do zasady funkcjonują w sytuacji względnego spokoju i równowagi. Owszem, zdarzają się stany skrajne lub przymusowe i prawo cywilne dysponuje na takie okoliczności rozwiązaniami nadzwyczajnymi: instytucjami wad oświadczeń woli, wyzysku lub niedozwolonych klauzul umownych. W prawie medycznym stan nadzwyczajny jest na porządku dziennym, a dotyczy zawsze tylko jednej strony: pacjenta. Tym stanem nadzwyczajnym jest choroba, na którą każdy reaguje inaczej, ale dla każdego stanowi sytuację anormalną. Nawet niewielka operacja plastyczna na własne życzenie powoduje stres: jak wypadnie efekt, czy blizna długo będzie się goić i jak organizm zareaguje na znieczulenie. Pacjent znajduje się zatem co do zasady w stanie anormalnym i w stresie. Trzeba to brać pod uwagę przy formułowaniu wytycznych co do przekazywania informacji. **Przystępna informacja oznacza więc moim zdaniem zrozumiałą dla pacjenta, do którego została skierowana.** W tym miejscu należy oddać honor polskiemu Kodeksowi Etyki Lekarskiej: art. 13 ust. 2 powiada, iż „Informacja udzielona pacjentowi powinna być sformułowana w sposób dla niego zrozumiały”.

Nie będzie łatwo. Konkretny pacjent może okazać się nie tylko mało lotny z usposobienia. Specyficzne okoliczności choroby wytrącają każdego z dotychczasowego rytmu życia. Niektórzy panikują, inni truchleją, do jeszcze innych komunikaty docierają jak przez grube szkło. Ale lekarz to ten, od kogo wolno wymagać, by panował nad sytuacją: dla niego to przeważnie któryś już „taki przypadek”, uczył się medycyny przez długie lata, a przede wszystkim

– nie on choruje. Dla pacjentów zaś wszystko jest nowością, a ich ignorancja w sprawach medycznych poważnie utrudnia komunikację. Są jednak i na to sposoby. Beauchamp i Childress proponują metodę analogii do sytuacji z codziennego życia: prowadzenia samochodu, używania niebezpiecznych narzędzi²³⁷. W każdym razie lekarz ma obowiązek podjęcia takiej aktywności, która umożliwi pacjentowi zrozumienie. W tym kontekście należy ponownie zwrócić uwagę na problem natłoku i bezzładu wiadomości. Lekarzom trudno jest oderwać się od terminologii fachowej, którą operują między sobą na co dzień – natomiast im więcej tego w komunikacji do pacjenta, tym oczywiście jego zrozumienie mniejsze. Wystarczy podać krótki przykład zalecenia skierowanego do pacjentki na oddziale położniczym: „– Proszę dokładnie notować objętość przyswajanych i wydalanych płynów, ponieważ pan ordynator kładzie duży nacisk na prawidłową diurezę”. I teraz pytanie, ile pacjentek rozumie słowo „diureza”²³⁸. W badaniach nad stopniem zrozumienia informacji medycznych przez pacjentów postuluje się, aby: redukować do minimum terminologię fachową, podawać informacje w sposób zwięzły oraz aby przekazywane wiadomości układały się w sensowną całość²³⁹.

Zwalczanie fałszywych przekonań

Poważną przeszkodę na drodze do zrozumienia informacji medycznych mogą stanowić fałszywe przekonania pacjenta. Dopóki pacjent trwa w błędnym mniemaniu, jego decyzji nie można nazwać świadomą, rozebraną. Beauchamp i Childress podają obrazowy przykład pacjentki, która wbrew znanym jej wynikom badań nie wierzyła, że ma raka²⁴⁰. Trafiła do szpitala ze złamanym biodrem, ale poza tym czuła się dobrze. Po wykonaniu rutynowych badań wykryto u niej raka szyjki macicy we wczesnej fazie (1A), dającej szansę na wyleczenie pod warunkiem wykonania histerektomii. Kobieta była uboga, niewykształcona (miała ukończone trzy klasy szkoły), rasy białej. Uważała, że nie może mieć raka, ponieważ chorzy na raka są mizerni, źle się czują i tracą na wadze. A skoro sądziła, że to nie może być rak, to i konsekwentnie odmawiała poddania się operacji. Lekarze napotykają w tym momencie barierę

²³⁷ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 171.

²³⁸ Chodzi po prostu o oddawanie moczu.

²³⁹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 171.

²⁴⁰ Ibidem, s. 174. za: R. Faden i A. Faden: *False Belief and the Refusal of Medical Treatment*, *Journal of Medical Ethics* 3 (1977); s. 133–136.

informacyjną wydawałoby się nie do przebycia. Pacjent został poinformowany należycie i zrozumiale, zapoznany z wynikiem badań, pojmując przekaz, ale uparcie wypiera prawdę. Przykład nosi jako datę publikacji rok 1977. Wówczas pacjentów traktowano bardziej bezceremonialnie niż obecnie. Lekarze uznali decyzję pacjentki za dowód umysłowej niekompetencji, zasugerowani przypuszczalnie jej niskim statusem społecznym i brakiem wykształcenia. Niemniej odwołali się do opinii psychiatrów i neurologów. **Psychiatra przyznał im rację, uznał kobietę za umysłowo chorą i niekompetentną, skoro „nierozumnie” upierała się przy odmowie operacji.** (Jest to nawiasem mówiąc bardzo symptomatyczny sposób rozumowania, aczkolwiek pozwolę sobie zauważyć, że nie przystoi i to zwłaszcza psychiatrze). Neurolog nie znalazł jednak żadnych objawów choroby umysłowej i opinię psychiatry podważył. Lekarz prowadzący poważnie brał pod uwagę wszczęcie procedury uchylającej decyzję pacjentki. Na gruncie polskiej ustawy lekarskiej wystarczyłoby uznanie pacjentki za niezdolną do świadomego wyrażenia zgody ze względu na diagnozę psychiatryczną (swoją drogą ciekawe, jak zostałaby sformułowana) plus stwierdzenie, że pacjentka nie ma rozeznania – żeby można było zwrócić się o zezwolenie sądowe w trybie art. 34 ust. 3 ustawy. Jedyną nadzieją w neurologu, że zdołałby przekonać sąd. Niemniej ów „nierozumny” opór najprawdopodobniej zostałby przełamany. Tymczasem drugim czynnikiem blokującym rozeznana decyzję pacjentki okazało się uprzedzenie rasowe. Najważniejszą przeszkodę w zaakceptowaniu diagnozy stanowił fakt, że przekazujący informację lekarz był czarnoskóry. Wystarczyło, by to samo powtórzył lekarz rasy białej (prawda, że dyskusja trwała długo i brała w niej udział również córka pacjentki), a zgoda na operację została udzielona. Kompetencję pacjentki najwyraźniej uznano za odzyskaną, skoro dała się przekonać...

Ta historia zawiera kilka interesujących nas wątków: przesłanki materialnej niekompetencji, sposób rozumowania lekarzy, przypisanie pacjentce choroby psychicznej tylko dlatego, że decyzję odmowną podejmuje w sposób „nierozumny”, ewidentna u pacjentki fałszywość przeświadczenia. Pokazuje stosunek strony medycznej do pacjentów o ograniczonej kompetencji: wezwać psychiatrę, uznać za chorego psychicznie *ergo* niekompetentnego, przełamać sprzeciw. W bioetyce spotyka się pogląd, że gdy autonomiczny pacjent odmawia zapoznania się z faktami, nie wolno go zmuszać²⁴¹. Rozumo-

²⁴¹ Zob. M. Siegler: *Critical Illness: The Limits of Autonomy*, Hastings Center Report nr 12 (październik 1977): s. 12–15, oraz odpowiedź J. Katza: *The Silent World*, s. 156–159, za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s.173.

wanie jest co do zasady słuszne. Rażąco fałszywe przekonanie wynikające z niewiedzy lub wypieranie prawdy należy jednak odróżnić od programowego zamknięcia na jakąkolwiek wiedzę. Pacjent ma prawo nie chcieć słuchać, odrzucić w ogóle oferowaną informację. Lekarzowi wolno zapytać, dlaczego, ale pacjent nie musi odpowiedzieć i tym samym uzasadniać sprzeciwu (bo przeważnie o sprzeciw chodzi). Inaczej jednak, gdy informację przyjął, zrozumiał, ale nie chce zaakceptować – ponieważ widoczna staje się po jego stronie przeszkoda poznawcza. Tę przeszkodę poznawczą wolno jest pokonywać przy użyciu racjonalnych argumentów. Pacjentowi brakuje bowiem wciąż odpowiednich danych. Jest to chyba jedyna grupa sytuacji, gdy lekarzowi należy pozwolić na informowanie i przekonywanie do skutku: aż pacjent wyzbędzie się fałszywego przekonania. Dopiero wówczas bowiem można mówić o zrozumieniu przezeń sytuacji. Niemniej stwarzamy tutaj w imię zrozumienia miejsce na presję, natarczywość, narzucanie się; dlatego fałszywe przekonanie i jego wpływ na proces decyzyjny u pacjenta powinny być najpierw stwierdzone w sposób jednoznaczny.

Ryzyko i lęki a rozumienie

Zrozumienie przez pacjentów ryzyka związanego z czynnością medyczną może zostać zaburzone przez stan lęku. „O ryzyku mówimy wówczas, gdy wiemy, że może zająć zdarzenie uważane przez nas za szkodliwe, ale jednocześnie nie jesteśmy pewni, czy ono zajdzie i dlatego przypisujemy mu pewne prawdopodobieństwo”²⁴². Prawdopodobieństwo stanowi opisowy element ryzyka, natomiast skutki oceniane jako szkodliwe wprowadzają czynnik wartościujący. Zidentyfikowanie ryzyka polega na wykryciu niebezpieczeństwa. Należy wyjaśnić nie tylko, na czym grożąca szkoda polega w sensie biologicznym, ale także – jaki może wywrzeć wpływ na przyszłe interesy życiowe pacjenta. Obliczenie ryzyka – na określeniu prawdopodobieństwa i rozmiaru szkodliwości danego skutku. Natomiast ocena ryzyka wiąże się z akceptacją owych wyników w porównaniu ze skutkami pożądanymi²⁴³. Tyle tylko, że gdy chodzi o informowanie co do prawdopodobieństwa, wiele osób nie potrafi w gruncie rzeczy intuicyjnie rozumować w tych kategoriach. Rozumiejąc na poziomie werbalnym podawane przez lekarza liczby, pacjent może nadal nie pojmować wielkości ryzyka. W tych warunkach, „Dobłą metodą przeką-

²⁴² T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 395.

²⁴³ Ibidem, s. 310.

zywania informacji jest snucie analogii między ujawnianymi faktami a zdarzeniami, z jakimi chory jest obznajomiony na co dzień. Specjalista może mówić o prawdopodobieństwie zdarzeń, używając np. liczb, ale pamiętając o tym, by odnosić je do ryzyka związanego ze zdarzeniami jakie pacjent zna z doświadczenia, m.in. ryzyka prowadzenia pojazdu lub używania niebezpiecznych narzędzi”²⁴⁴.

Świadomość zidentyfikowanego niebezpieczeństwa może wzbudzić lęki i przed tym lekarze – paternaliści starają się (przynajmniej w sferze deklaracji) ochronić pacjentów. Udawanie, że leczenie nie stwarza żadnego zagrożenia, jest niczym innym jak usypianiem świadomości. Pacjent powinien zdawać sobie sprawę z ryzyka, by stosownie do niego podjąć decyzję. Beauchamp i Childress podają przykład operacji założenia przepływu omijającego wieńcowego. Śmiertelność w wyniku operacji wynosi 1–2%. Pacjent, któremu najbardziej zależy na powrocie do aktywnego życia, może to ryzyko uznać za minimalne w stosunku do spodziewanej korzyści²⁴⁵ oraz faktu, że bardziej przeraża go niepełnosprawność. Inny, mniej aktywny życiowo, nie zleknie się niepełnosprawności, za to nawet takie prawdopodobieństwo śmierci na stole operacyjnym zniechęci go do operacji i skłoni do wyboru innego, bezpieczniejszego sposobu leczenia. Jeden gotów jest zaryzykować więcej dla komfortu życia; drugi chce przede wszystkim przeżyć leczenie. Każdy boi się czegoś innego i ten strach determinuje wybory, pozwala też sporządzić swego rodzaju bilans życiowy. Jest więc potrzebny do podjęcia rozeznanej decyzji. Z drugiej strony znane są wyniki badań wskazujące na związek między informacją o ryzyku określonej terapii a wypaczeniem przez pacjentów informacji, błędami w rozumowaniu i przesadnym strachem przed niepowodzeniem w leczeniu²⁴⁶. Okazało się jednak, że nie chodzi o treść, lecz o sposób przekazywania informacji, który może być obarczony taką wieloznacznością, że prowadzi do błędnej interpretacji sensu. Respondenci poproszeni o dokonanie hipotetycznego wyboru między radioterapią raka płuc a operacją udzielali różnych odpowiedzi w zależności od tego, czy te same dane były im podawane jako **szanse przeżycia**, czy jako **ryzyko śmierci**. Najwyraźniej więc ich

²⁴⁴ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 171.

²⁴⁵ Ibidem, s. 313.

²⁴⁶ A. Tversky i D. Kahnemann: *Choices, Values and Frames*, *American Psychologist* nr 39 (1984), s. 341–350; *Judgment under Certainty: Heuristics and Biases*, *Science*, nr 185 (1974), s. 1124–1131; *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, *Science* nr 211 (1981), s. 453–458, za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 172.

rozumienie informacji uległo ograniczeniu z powodu techniki przekazu, która wywołała błąd w odbiorze. **Oznacza to jednak, że należy doskonalić technikę, a nie pozbawiać informacji na temat ryzyka.** Niekorzystna statystyka może też sama w sobie budzić lęk. Wiele ludzkich decyzji podejmowanych jest ze strachu i to nie znaczy, że wymagają skorygowania. Tylko lęki wypaczające przekaz, powodujące błędy w odbiorze, pozwalają na przeciwdziałanie. Z kolei lęki patologiczne powinny być leczone jak każdy inny stan chorobowy. Uchwycenie różnicy między zwykłym strachem a stanem lękowym należy jednak do wykwalifikowanych fachowców i to nie takich, którzy próbują przypisać niekompetencję każdemu, czyje decyzje wydają się im nieracjonalne.

Wariant idealny jest taki, że nie wolno dopuścić, by jakaś informacja wywołała w pacjencie przerażenie, zwłaszcza gdy wiadomo, że znajduje się on w ciężkim stanie psychicznym i niewiele trzeba, by doznał załamania. „Ujawnione fakty i argumenty mogą w racjonalny sposób przekonać jednego pacjenta, lecz zdruzgotać innego. Panika i strach zjawiające się w ślad za informacją niekiedy uniemożliwiają jakiegokolwiek rozumowanie”²⁴⁷. Z drugiej jednak strony informacje całkowicie neutralne typu „ma pan raka” nie mogą zostać zakwalifikowane jako przerażające same w sobie, bo to prowadziłoby do niepisanego obowiązku zatajania informacji przed pacjentem (por. omówiony wyrok OSL w Warszawie). To pokazuje, że moralne reguły nie mogą być uniwersalne; jednak prawne – muszą. Prawo do informacji nie jest i nie powinno być reglamentowane. Co w granicach prawa uczyni lekarz, w bardzo dużym stopniu zależy od sposobu poinformowania, wyboru odpowiedniej chwili, wcześniejszego przygotowania na złą wiadomość. W pewnym amerykańskim filmie lekarz powiadomił pacjentkę o zaawansowanej białaczce i natychmiast zaproponował przygotowane wcześniej środki uspokajające oraz skierował na konsultację do psychologa. Najwyraźniej jest to promowane jako standard.

Rozumienie ryzyka a poziom kompetencji

Spotyka się pogląd, że wymagany poziom kompetencji powinien być zmienny w zależności od rodzaju podejmowanej decyzji. W szczególności odnosi się to do stopnia ryzyka: im większe, tym bardziej kompetentny powinien być pacjent. Kompetencja ma charakter stopniowalny. Rozumowanie to, znane

²⁴⁷ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 179.

jako koncepcja ruchomej skali, pozwala zmieniać kryteria kompetencji zależnie od stopnia ryzyka zawierającego się w wyborze²⁴⁸. Wynika stąd, że ta sama osoba może być wystarczająco kompetentna w sprawie przyjmowania leków uspokajających, a niekompetentna co do decyzji w sprawie angiografii mózgowej. Beauchamp i Childress wskazują jednak, że dochodzi tutaj do pomieszania pojęć ryzyka i trudności²⁴⁹. To trudna lub złożona decyzja wymaga wyższego poziomu kompetencji niż łatwa i prosta. Skłonność do podjęcia większego ryzyka nie zasługuje na większą akceptację w wydaniu osób bardziej niż mniej wykształconych lub inteligentnych. Można wręcz zaryzykować twierdzenie, że łatwiejsze do ogarnięcia nawet prostym umysłem jest ryzyko wysokie. A już na pewno nie można zgodzić się z twierdzeniem, że decyzja odbierana jako zbyt ryzykowna świadczy o niskiej kompetencji. Źródłem nieporozumienia jest niezgoda co do wartości. Dopóki pacjent postępuje tak, jak chce lekarz, jego kompetencja nie jest podważana. Za to gdy stawia opór i życzy sobie nie tego, co wedle lekarzy leżałoby w jego najlepszym interesie – jego kompetencja zaczyna być kwestionowana²⁵⁰; oczekuje się odeń wówczas podania racjonalnych uzasadnień i próbuje przełamywać wolę. Skłonność do zwiększonego ryzyka jest kwestią charakterologiczną, a jej racjonalne uwarunkowanie może być wynikiem zbilansowania potencjalnych korzyści i strat z punktu widzenia indywidualnego stylu życia. Tak więc wymagania co do kompetencji zwiększa nie duże ryzyko, lecz skomplikowana i trudna natura terapii, czyli inaczej mówiąc – trudność zadania, przed którym staje pacjent. W tym tylko zakresie strategia ruchomej skali znajduje zastosowanie, niemniej trzeba pamiętać, że zadaniem strony medycznej jest to zadanie maksymalnie ułatwiać poprzez odpowiednio przystępne informowanie. Dopiero gdy pacjent nie obejmuje zdolnością pojmowania nawet komunikatu na poziomie elementarnym, wolno zastanawiać się nad uznaniem po jego stronie braku kompetencji: pacjent okazuje się niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji i z tej przyczyny niezdolny do świadomego wyrażenia zgody.

²⁴⁸ Zob. A. Buchanan i D. Brock: *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge (Cambridge University Press) 1989, s. 52–55 oraz D. Brock: *Decisionmaking Competence and Risk*, *Bioethics* nr 5 (1991), s. 91–104, za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 150.

²⁴⁹ s. 153.

²⁵⁰ W. Carlton: *In Our Professional Opinion...*, *The Primacy of Clinical Judgment over Moral Choice*, Notre Dame, IN (University of Notre Dame Press), 1978, s. 5–6, za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 153.

Dobrowolność

W sensie potocznym dobrowolność jest równoznaczna z brakiem przymusu. Istnieją jednak bardziej subtelne sposoby oddziaływania, które również sprawiają, iż decyzji nie da się uznać za podjętą dobrowolnie. W bioetyce przez dobrowolność rozumie się wolność nie tylko od przymusu czy groźby, ale także od manipulacji faktami. Zgoda uzyskana drogą manipulacji nie jest w istocie swej rozeznana. Problem dyskusyjny stanowi natomiast generalnie dozwolona perswazja, o ile przekroczone zostały dopuszczalne granice natarczywości.

Podobna wypowiedź może być manipulacją lub nie, w zależności od drobnych różnic treściowych albo nawet w zależności od kontekstu sytuacyjnego. Typowe zdanie, kierowane do pacjenta: „wszystko będzie dobrze” może ignorować fakt istnienia ryzyka i wypadałoby się z nim powstrzymać, jeżeli pacjent jeszcze nie podjął decyzji. To samo zdanie wypowiedziane po tym, jak pacjent już się zdecydował i wolę swoją wyraził, nie wzbudza podobnych zastrzeżeń. Dla porównania, zdanie: „miejmy nadzieję, że wszystko będzie dobrze” ujawnia jedynie subiektywną wiarę lekarza i raczej nie może być uznane za manipulowanie pacjentem²⁵¹.

W medycynie manipulowanie pacjentem polega przede wszystkim na rozmaitym reglamentowaniu podawanych informacji; na przemyślnym urabianiu, dzięki któremu uzyskuje się zmianę rozumienia sytuacji przez pacjenta w celu pobudzenia go do określonych działań²⁵². Manipulacja pozwala uniknąć perswadowania (którego wynik wcale nie jest pewny) i pójść na poznawcze skróty. Dużo skuteczniejsze jest wprowadzenie w błąd, kłamstwo, zatajenie faktów bądź przesadne wyolbrzymienie niektórych z nich celem wytworzenia w pacjencie fałszywego przekonania. Czystej wody manipulacją jest przytaczane poprzednio zatajenie informacji, które mogłyby pogorszyć samopoczucie pacjenta, a przede wszystkim – zniechęcić go do poddania się zabiegowi ocenianemu przez osobę trzecią (lekarza, sąd) jako konieczny dla jego dobra. W tym samym celu bywa wykorzystywana również instytucja przywileju terapeutycznego, dlatego jego stosowanie w praktyce powinno być nie tylko ograniczone do ustawowego minimum, ale i z zasady traktowane podejrzliwie. Można chwilami odnieść wrażenie, że pod jego postacią lekarze zdumiewająco często chcieliby zyskać pełną swobodę dysponowania informa-

²⁵¹ M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 250.

²⁵² T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 177.

cją, czego nie potrafią ukryć²⁵³. Uzyskana w wyniku manipulacji zgoda jest **wyłudzona**. Manipulacja ma na celu wyrobienie fałszywego przeświadczenia, zniekształcenie rozumienia niezbędnego dla podjęcia rozeznanej decyzji. Dopiero co zostało powiedziane, że warunkiem udzielenia rozeznanej zgody jest wyzbycie się fałszywych przekonań. Manipulacja działa w przeciwną stronę: powoduje fałszywe rozumienie, jest więc zaprzeczeniem poszanowania autonomii i przeszkodą dla zrozumienia.

Specyficzne sposoby manipulowania mogą polegać na wygrywaniu emocji, napuszczaniu na pacjenta członków rodziny, którym wcześniej zostało zaszczeplone błędne mniemanie z wykorzystaniem ich obawy o chorego oraz uczucia, jakim go darzą: np. „– Jeśli kocha pani swoją córkę, proszę ją przekonać do operacji”. „– Jeżeli nie chce pan tego zrobić dla siebie, proszę pomyśleć, jak musi cierpieć pańska żona”. W bioetyce zostało sformułowane pojęcie „zniewalającej perswazji” zakładającej zniewolenie lub użycie bałamutnych argumentów. Jako przykład podano reakcję internisty, któremu pacjent odmówił zgody na prześwietlenie. Tamten oświadczył, że „musi mieć zdjęcie i wszelka odmowa jest wykluczona”. Pacjent niechętnie przyzwolił²⁵⁴.

Zdaniem Beauchampa i Childressa nie jest to żadna perswazja, tylko zwykła manipulacja²⁵⁵. Perswazję ograniczają oni do argumentacji **racjonalnej** i podnoszą, że argumenty same w sobie nigdy nie stanowią niewłaściwej formy wywierania wpływu. Taka perswazja na ogół nie narusza autonomii. „Przemyślane argumenty wytoczone podczas rozmowy z pacjentem rozszerzają jego wiedzę i pozwalają mu lepiej zrozumieć sytuację, w jakiej się znalazł”²⁵⁶. Trudno się z tym nie zgodzić, ale należy też nanieść jedną korektę: wiedzę poszerzają tylko **nowe** racjonalne argumenty; powtarzanie tych samych nie wnosi do dyskusji nic, poznawczo jest zatem jałowe. Gdy przez pacjenta nagabywanie jest odbierane jako zbyt natarczywe, należy natychmiast go zaprzestać. Moim zdaniem nawet niezależnie od reakcji pacjenta nie powinno się nań nalegać przy użyciu wciąż tej samej argumentacji, ponieważ staje się ona przez to nieuzasadnionym poznawczo natręctwem. Wystarczy wyobrazić sobie sytuację, gdy unieruchomiony w łóżku szpitalnym pacjent kilka razy dziennie nacho-

²⁵³ Zob. przykłady: M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 250–251.

²⁵⁴ P. S. Appelbaum i L. H. Roth: *Treatment Refusal in Medical Hospitals*, Komisja Prezydencka: Making Health Care Decisions, t. II, s. 317–410.

²⁵⁵ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 178–179.

²⁵⁶ Ibidem, s. 178.

dzony jest przez personel, ażeby jednak zgodził się na zabieg. Z jednej strony zaniechanie przekonywania uważane jest za bardziej naganne niż narzucanie się, z drugiej jednak – są przecież granice. Decydować mają odczucia pacjenta – zatem jak się wydaje wolno mu perswadować, dopóki nie zaprotestuje wobec natarczywości, nawet gdy lekarz wymyślił jeszcze jeden przekonujący argument. Od cierpliwości pacjenta zależy, jak długo da się przekonywać. Sytuację komplikuje dodatkowo fakt osłabienia woli przez wyniszczającą chorobę lub bóle. W świetle tych rozważań warto ponownie przyjrzeć się sprawie pacjentki ze złamaną nogą i sądowym wytycznym co do przekonywania opornych²⁵⁷. Przypomnijmy, że padło tam stwierdzenie, iż lekarz ma **obowiązek** ponawiania prób co do przekonania pacjenta do zabiegu – tym więcej, im bardziej niezbędny zabieg, a niekiedy tak długo, jak to jest możliwe²⁵⁸. Przy takim podejściu sądownictwa pacjentowi odmawiającemu zgody na czynność leczniczą może być trudno dać odpór lekarskiej natarczywości, aczkolwiek teoretycznie powinno by wystarczyć jedno zdanie w rodzaju: „– Proszę mi już dać z tym spokój”. Problem został jednak przede wszystkim źle postawiony: **nie chodzi o to, by przy użyciu tych samych argumentów przekonywać wielokrotnie na zasadzie drażenia skały kroplą, tylko żeby odbyło się to dobitnie** (choć bez nadmiernego straszenia). Jedynym powodem do ponawiania prób przekonania z użyciem tego samego argumentu jest wątpliwość, czy pacjent rzeczywiście zrozumiał. Jeżeli zrozumiał od pierwszego razu i z tą świadomością odmawia – nie ma ani obowiązku, ani tym bardziej prawa naprzykrzać mu się ponownie. Dalsze przekonywanie ma sens tylko wówczas, gdy pacjent wypiera fakty lub jeszcze – gdy stan chorobowy odznacza się pewną dynamiką i zachodzą w nim zmiany. Te zmiany stanowią nową okoliczność, którą można i trzeba pacjentowi uzmysłowić.

Okłamywanie i straszenie

Była już mowa o tym, że strach jest rzeczą ludzką, a w chorobie zupełnie normalną i nie ma nic dziwnego w podejmowaniu decyzji uwarunkowanym stra-

²⁵⁷ Wyrok SN z 7.XI.2008, II CSK 259/08, (niepubl.) skrót: *Prawo wobec medycyny...*, s. 218–222, z komentarzem B. Janiszewskiej.

²⁵⁸ Pogląd taki prezentuje również M. Świdarska: *Zgoda pacjenta...* s. 134 i na poparcie przywołuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Tuluzie z 15 lutego 1971. (Gaz. Pal. 1972, I, Somm., s. 35). W sprawie tej pacjent nie zgodził się na zastrzyk przeciwtężcowy. Lekarz widywał później pacjenta codziennie, ale nie ponowił próby przekonania go, mimo że było to wskazane „ewidentnie”. Owe zaniechanie zostało uznane przez sąd za niedochowanie należytej staranności.

chem – przy zastrzeżeniu jednak, że ten strach nie został świadomie oraz celowo wzbudzony przez zafałszowanie informacji, wyolbrzymienie czy granie na emocjach. Lekarze często wykorzystują strach pacjenta celem nakłonienia go do pożądanego decyzji. Straszenie mieści się w dopuszczalnych granicach, jeżeli nie prowadzi do zniekształcenia prawdy; jeśli ma na celu jedynie uprzytomnienie pacjentowi, jak bardzo sprawa jest poważna. Warto zwrócić uwagę, że w mentalności lekarzy zaznacza się przyzwolenie na zatajanie informacji, by „uchronić” pacjenta przed strachem i wyłudzić zgodę na leczenie. a jednocześnie na straszenie w tym samym celu: żeby skłonić do wyrażenia zgody. Stan faktyczny, w którym doszło do prawdziwego skumulowania lekarskich nadużyć, stanowił podstawę dla wydania w 1999 r. przez Sąd Okręgowy w Bydgoszczy²⁵⁹ wyroku następującej treści (teza nr 1): „Jest winą lekarza – chirurga dokonanie, mimo braku wskazań medycznych, oczywiście zbędnej amputacji obu piersi pacjentki bez przedstawienia jej alternatywnej metody leczenia i skonsultowania swej błędnej diagnozy ze specjalistą onkologiem”. Pacjentka, lat 24, cierpiała na łagodny guz w piersi. Badanie histopatologiczne wykazało, iż jest to gruczolak – włókniak. Pacjentki z takim rozpoznaniem były rutynowo kierowane pod opiekę poradni onkologicznej, jednak bez wskazań do leczenia operacyjnego. Wynik badania został przesłany do pozwanego szpitala, w którym wcześniej pacjentka poddała się wyłuskaniu guzka. Od tej chwili zaczyna się istny thriller medyczny. Ordynator oddziału chirurgicznego pozwanego szpitala skontaktował się z matką pacjentki [naruszenie tajemnicy lekarskiej]. Okłamał ją i nastraszył (bo inaczej nie można tego nazwać w świetle znanego mu wyniku badania), że wynik badania wskazuje na początek nowotworu złośliwego i że córkę może uratować tylko operacja, zaś w przeciwnym razie daje jej zaledwie rok życia. [Oceniam to jako próbę wpłynięcia na decyzję pacjentki przez „urabianie” członków rodziny]. Matka nie wyjawiała hiobowych wieści córce, tylko poprosiła o pilne skontaktowanie się z ordynatorem. W bezpośredniej rozmowie już z pacjentką chirurg ów oświadczył kategorycznie, że wyniki wskazują jednoznacznie na nowotwór i całkowite wyleczenie gwarantuje jedynie amputacja piersi [zafałszowanie informacji skierowanej do pacjentki]. Pacjentka, z zawodu pielęgniarka, przytomnie poprosiła o konsultację onkologiczną. Podczas następnej wizyty chirurg – ordynator okłamał ją, że konsultacja onkologiczna była oraz że diagnoza została potwierdzona. W rezultacie pacjentka nie tylko wyraziła zgodę, ale wręcz nalegała na szybkie przeprowadzenie zabiegu – **jej zgoda została zatem wyłudzona**

²⁵⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 19 lipca 1999 r., I C 1150/98, OSP nr 4/2002 poz. 59 z gl. M. Nesterowicza.

drogą manipulacji. Ordynatora próbował powstrzymać podwładny: lekarz, który wycinał guzek, znał wynik badania i skierował pacjentkę do poradni onkologicznej. Bez rezultatu. Po amputacji wykonanej przez ordynatora ten zalecił stałą kontrolę, ale w poradni chirurgicznej. Podczas pierwszej wizyty oświadczył pacjentce, że mogą wystąpić silne przerzuty na lewą pierś, wobec tego będzie konieczna druga amputacja. Na podstawie badania jedynie palpacyjnego, bez pobierania wycinka, rozpoznał następnie przerzuty i zmiany nowotworowe w lewej piersi. Pacjentka wyraziła zgodę na drugą amputację [na podstawie pochopnej i błędnej diagnozy, niepotwierdzonej przez onkologa, a zatem również ta udzielona jej informacja była niekompletna, choć już bez okłamywania]. Obie wykonane amputacje miały charakter radykalny: usunięto brodawki wraz z całą otoczką. Miąższ pierwszej piersi po amputacji nie został wysłany na badanie nigdy. Miąższ drugiej – dopiero po jej amputacji. Wyniku badań pacjentce nie podano [kolejne naruszenie prawa do rzetelnej informacji]. Po drugim zabiegu chirurg – ordynator zalecił znowu tylko kontrolę chirurgiczną. Kontrolę onkologiczną uznał za zbędną ze względu na zadowalający stan zdrowia pacjentki [mamy tu do czynienia bądź z pozbawieniem pacjentki prawa do informacji o stanie zdrowia przez niewydanie skierowania do poradni specjalistycznej, bądź ze świadomym działaniem w celu zatajenia przed nią ewentualnej diagnozy onkologicznej]. Opis stanu faktycznego sprawia wrażenie tak nieprawdopodobne, że wydaje się koszmarnym snem. Można tylko zastanawiać się nad profilem mentalnym lekarza, który tak postępuje z pacjentką: czy to wynik tylko zadufanej ignorancji, czy zwyrodnienia osobowości.

Informowanie osób trzecich

W zwykłych okolicznościach, tzn. gdy pacjent jest dojrzały, sprawny umysłowo i zachowuje kontakt z otoczeniem, jego prywatność doznaje pełnej ochrony również w aspekcie niedopuszczalności informowania o jego stanie żadnych osób trzecich, nawet najbliższych. Pacjentowi wolno jest takie osoby wskazać, natomiast przy braku wskazania istnieje po stronie medycznej obowiązek dochowania tajemnicy. Od owego obowiązku ustanowiono szereg wyjątków, jednak nie należy do nich informowanie bliskich. Teoria jest taka, że nie wolno poinformować nawet o tym, że pacjent o takich personaliach przebywa w danej placówce, zgłosił się do danej przychodni czy korzysta z opieki danego lekarza.

Osoby bliskie mogą być bez upoważnienia pacjenta informowane tylko w sytuacji określonej art. 31 ust. 6 uzawlek.: gdy pacjent nie ukończył szesnastu lat lub jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji.

Wówczas lekarz udziela informacji osobie bliskiej. Stosunek bliskości określa na użytek również tego przepisu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta (małżonek, krewny lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, przysposabiający i przysposobiony, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu). Tylko w takich przypadkach można mówić o „prawie do informacji” po stronie niektórych członków rodziny lub innych osób trzecich. Nie jest to jednak prawo samodzielne, lecz **substytucyjne**: gdy sam pacjent jest materialnie bądź formalnie niekompetentny co do odbioru informacji. Ustawa używa tutaj liczby pojedynczej, co sugerowałoby obowiązek powiadomienia tylko jednej osoby spośród kręgu wymienionych. Nie wydaje się słuszne traktowanie tego w sposób dosłowny – gdy np. po informację o niekompetentnym rodzicu zgłasza się kilkoro dorosłych dzieci lub dorosłe dziecko i współmałżonek rodzica. (Literalnie rzecz biorąc może to być również zięć lub synowa, teściowie bądź współmałżonek wnuka. W odniesieniu do powinowatych krąg uprawnionych jest dziwnie szeroki. Można dyskutować, dlaczego powinowaci w ogóle zostali włączeni i to z pominięciem bliskich krewnych – rodzeństwa). Wystarczające jednak dla zadośćuczynienia obowiązkowi jest powiadomienie jednej spośród legitymowanych osób. Rzecz jasna osoby bliskie mogą być tylko informowane i jeśli nie są jednocześnie przedstawicielami ustawowymi – nie mają żadnych kompetencji decyzyjnych. Brak natomiast podstaw do ograniczenia informacji kierowanych do osoby bliskiej w zastępstwie niekompetentnego pacjenta. Przywilej terapeutyczny nie znajdzie tu zastosowania, ponieważ dotyczy informacji adresowanej osobiście do pacjenta, z powołaniem się na jego własne dobro i z ograniczeniem do przypadków, gdy pacjent sam wyraźnie wskazał innego odbiorcę informacji pełnej. Funkcją art. 31 ust. 6 uzawlek. jest zapewnienie, by informacja została udzielona, mimo iż pacjent sam nie może jej przyjąć. Z jednej strony sposób określenia prawnej bliskości wzbudza zastrzeżenia co do zasięgu, z drugiej jednak nie ma skąd wywieść powodów do ewentualnego zawężenia informacji²⁶⁰.

Sposoby wyrażania woli w sprawie interwencji medycznej

Rozeznana zgoda jako akt przyzwolenia na określoną czynność medyczną wykazuje cechy co najmniej zbliżone do oświadczenia woli w prawie cywilnym. Wynika to z brzmienia art. 32 ust. 7 uzawlek.: „Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, zgoda osób wymienionych w ust. 1, 2 i 4 może być wyrażona ustnie

²⁶⁰ Odmiennie: T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, s. 84.

albo nawet poprzez **takie ich zachowanie**, które **w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje na wolę** poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym”. Podobnie stanowi art. 17 ust. 4 ustawy o prawach pacjenta: „Zgoda oraz sprzeciw (...) mogą być wyrażone ustnie albo poprzez takie zachowanie osób wymienionych w tych przepisach, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom albo brak takiej woli”. (Niebudzący wątpliwości brak woli odnosi się rzecz jasna tylko do sprzeciwu).

Aby można było mówić o zgodzie, musi być ona nie tylko **powzięta** (zgoda wewnętrzna) ale i **zakomunikowana** (zgoda zewnętrzna). Wyrażenie przez pacjenta zgody na czynność medyczną wykazuje zatem pewne podobieństwo do oświadczenia woli, ma jednak własną regulację prawną, która różni się od cywilistycznej: w prawie cywilnym (art. 60 k.c.) „wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez **każde zachowanie** się tej osoby, **które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny** (oświadczenie woli)”. Z praktycznego punktu widzenia są to zwroty bardzo bliskoznaczne, jednak daje się dostrzec pewna subtelność znaczeniowa: epitet „dostateczny” ma charakter elipsy; dostateczność ujawnienia woli jest zrelatywizowana²⁶¹, podczas gdy *sposób nie budzący wątpliwości* może być odczytywany samodzielnie. Prawo cywilne dysponuje rozmaitymi regułami interpretacyjnymi pozwalającymi przyjąć, iż nadawca komunikatu złożył oświadczenie woli określonej treści. Traktowane one są jako domniemania usuwalne. Uczestnicy obrotu cywilnoprawnego muszą brać pod uwagę, że dlatego pewnym ich zachowaniom zostaną przypisane skutki prawne, więc celem przeciwdziałania temu powinni wykazać aktywność. Prawo medyczne formułuje jedną regułę dla ustalenia, **czy została udzielona zgoda na czynność koniecznie uprzednio zaproponowaną**. Wątpliwości powinny być tłumaczone na rzecz **braku** zgody. Bierność pacjenta nie świadczy więc o zgodzie. Pacjent nie musi podejmować aktywności, ażeby przeciwdziałać przypisaniu mu woli co do poddania się czynności medycznej. Taka wykładnia daje, przynajmniej w teorii, gwarancję poszanowania autonomii: póki pacjent nie wykona ruchu, póty jego zachowanie musi być uznawane za brak zgody. Brzmienie przepisu przesądza, że nie ma tutaj miejsca na domniemania – chyba że ustawowe.

Oprócz oczywistego faktu, że zgoda wymaga najpierw podjęcia stosownej decyzji, zaakcentowany jest sposób zakomunikowania oraz chwila, kiedy

²⁶¹ Dostateczność do czegoś...

to powinno nastąpić. Z przepisu wynika jednoznacznie, iż zgoda ma zawsze charakter **uprzedni** do czynności medycznej, na którą została udzielona, tzn. musi być pobrana przed przystąpieniem do określonej czynności. Sama językowa interpretacja pojęcia zgody powinna zresztą prowadzić do wniosku, że zgodę musi **poprzedzać** informacja. Zgadzać się można jedynie na coś, co zostało chociaż w przybliżeniu opisane. Jeśli pacjenta o zgodę nie pyta no albo gdy on zgody nie udzielił, to znaczy że czynność została wykonana bez zgody, nawet jeśli pacjent wyraził akceptację *post factum*. W tej ostatniej sytuacji czyn lekarza byłby również bezprawny, w szczególności stanowiłby przestępstwo leczenia bez zgody (art. 192 § 1 k.k.). Tyle że prawdopodobnie sprawca uniknąłby odpowiedzialności, ponieważ pacjent, będąc w sumie zadowolonym z leczenia, nie podejmowałby w sprawie żadnych kroków: nie dochodziłby zadośćuczynienia ani nie złożył wniosku o wszczęcie postępowania karnego. W tym miejscu trzeba zauważyć, że z logicznego punktu widzenia zgoda udzielona następczo nie jest w ogóle zgodą, a tylko przyjęciem do wiadomości i zaakceptowaniem czegoś, co zdarzyło się w przeszłości. Dla porównania: kodeks cywilny, w przeciwieństwie do ustawy lekarskiej, posiada szczegółowe regulacje na temat możliwości potwierdzenia *ex post* (art. 63 § 1, art. 18 § 1 i 2).

Zgoda wyraźna i dorozumiana

Co do zasady wystarczająca jest zgoda wyrażona ustnie w sposób wyraźny, alternatywnie ze zgodą dorozumianą. Kwalifikowaną odmianą zgody wyraźnej jest zgoda udzielona w formie pisemnej. To wymaganie wprowadzają niektóre przepisy szczególne: przede wszystkim art. 34 ust. 1, 3 i 4 ustawy, żądające takiej formy przy zgodzie własnej, zastępczej i równoległej przed wykonaniem zabiegu operacyjnego lub zastosowaniem metody leczenia lub diagnostyki, która stwarza podwyższone ryzyko dla pacjenta²⁶².

Zgoda dorozumiana również wymaga aktywnego zakomunikowania, tylko komunikat ma charakter pozawerbalny. Dopuszczalne jest każde zachowanie inne niż deklaracja ustna, o ile, powtórzmy, wskazuje na wolę

²⁶² Identyczne wymaganie odnośnie do formy istnieje przy eksperymencie medycznym (art. 25 u. o zaw. lek.), przyjęciu do szpitala psychiatrycznego (art. 22 u. o ochr.zdr.psych.), leczeniu psychiatrycznym metodami określonymi w art. 33 ust. 3 u. o ochr. zdr.psych. (§ 2 ust. 2 rozporządzenia MZiOŚ w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych wymagających odrębnej zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego), zgodzie dawcy na oddanie do przeszczepu komórek, tkanek lub narządu (art. 1 ust. 1 pkt. 7 ustawy transplantacyjnej).

w sposób niebudzący wątpliwości. Można mnożyć przykłady gestów, skinieć, mrugania – bądź zgodnych z kodowaniem powszechnie przyjętym, bądź uzgodnionych z pacjentem *ad hoc*, a spowodowanych jego specyficznym stanem (np. przy uszkodzeniu krtani, jamy ustnej, braku kończyn, porażeniu, najrozmaitszych niedowładach i in.). Wymaga jednak stanowczego podkreślenia, że **komunikat musi zostać przez pacjenta wyemitowany**. Takim komunikatem jest w szczególności wykonanie zaproponowanej czynności – np. położenie się na kozetce, podwiniecie rękawa, otwarcie ust i wysunięcie języka, pobranie recepty. We wszystkich tych przypadkach pacjent milczy, ale **inne** jego zachowanie wskazuje na wolę.

Ustawa zastrzega, iż zachowanie ma wskazywać na wolę poddania się **proponowanym** czynnościom medycznym „w sposób nie budzący wątpliwości”. Wynika stąd przede wszystkim, że przed zgodą dorozumianą musi mieć miejsce zaproponowanie pacjentowi jasno określonej czynności medycznej – w przeciwnym razie nie jest to ani zgoda dorozumiana, ani w ogóle żadna zgoda. Następnie, zachowanie pacjenta musi być bezwzględnie jednoznaczne z wyrażeniem zgody. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do sensu zachowania pacjenta, lekarz powinien się o tym upewnić. Dalej, powoływanie się na zgodę dorozumianą dopuszczalne jest tylko przy założeniu, że ten właśnie pacjent działa racjonalnie, rozumie, co się z nim dzieje i czego się od niego oczekuje – czyli jest tak kompetentny materialnie, że mógłby udzielić także zgody wyraźnej. Zgoda dorozumiana nie może być traktowana jako „niepełnowartościowy” substytut zgody wyraźnej; spotyka się niekiedy u lekarzy takie pojmowanie zgody dorozumianej: pacjent nie zareagował, nic nie powiedział, nie protestował – znaczy – udzielił zgody w sposób dorozumiany. Deklaracja słowna jest z natury bardziej miarodajna i jednoznaczna; w razie wątpliwości trzeba zadać pytania dodatkowe. To samo stosuje się do zgody dorozumianej, aczkolwiek podstawowa trudność komunikacyjna polega na tym, że kontakt niewerbalny może okazać się zbyt uproszczony i nie dawać pewności, czy propozycja lekarza została odebrana z należyтым zrozumieniem. Przykładowo – kładzenie się na kozetce mogło zwłaszcza pacjentowi często odwiedzającemu lekarzy wejść w bezrefleksyjny nawyk. Dlatego m.in. prawidłowy przekaz od lekarza powinien być bardziej rozbudowany: „– Proszę położyć się na kozetce, zbadamy brzuch”²⁶³. I wreszcie, z prak-

²⁶³ Tymczasem znacznie częściej spotyka się w praktyce krótkie i z punktu widzenia pacjenta o niczym nie informujące: „Proszę położyć się na kozetce” Takie *dictum* nie stanowi propozycji co do konkretnej czynności.

seologicznego punktu widzenia, odbieranie zgody w tej formie powinno być ograniczone do sytuacji najprostszych, ponieważ wraz ze stopniem złożoności proponowanego leczenia rośnie prawdopodobieństwo nieporozumień co do zakresu czynności, który zgoda konkludentna miałaby obejmować. Np. A. Gubiński przytacza sytuację, w której „w odpowiedzi na skargę rzecznik [odpowiedzialności zawodowej] wyraził pogląd, że zarzut wykonania zabiegu szlifowania zębów bez zgody pacjenta nie wydaje się zasadny. Wymaga on bowiem czasu i u świadomego pacjenta nie może być wykonany bez przyzwolenia”²⁶⁴. Oczywiście, że w pewnych okolicznościach sytuacja przesądza, iż pacjent przez to, że z własnej woli spędził jakiś czas na fotelu dentystycznym, w sposób konkludentny zgodził się na leczenie uzębienia. Nadal jednak może budzić wątpliwości, o jakie dokładnie chodziło leczenie, czy był wcześniej prawidłowo poinformowany i ile z tej informacji zrozumiał. Zgoda dorozumiana identycznie jak zgoda wyraźna musi być rozeznana i **odnosić się do precyzyjnie wskazanego świadczenia**.

Zgoda blankietowa

Zgodę blankietową definiuje się w literaturze jako wyrażoną bez dostatecznego rozeznania, **jakie** leczenie zostanie podjęte. Tytułem przykładów bywają podawane: zgoda na hospitalizację plus na wszystkie czynności lecznicze, jakie okażą się potrzebne; na pobranie materiału do niezbędnych analiz; wykonanie koniecznych badań; zabieg operacyjny w znieczuleniu. Każdy z nich zawiera dane niepełne. Dlatego nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby zgoda udzielona na zabieg główny implikowała zgodę na zabiegi lub badania przygotowawcze. Zgoda na hospitalizację nie oznacza automatycznie zgody na rutynowe badania przeprowadzane w szpitalu: po pierwsze dlatego, że ich zakres zależy od stanu konkretnego pacjenta, a po drugie, że pacjent nie jest w chwili wejścia świadom, jakie to będą badania, nie może więc udzielić zgody z góry. Zgoda na operację nie obejmuje zgody na znieczulenie, bo te ostatnie bywają różnego rodzaju. Wszystkie te kwestie zostały już dawno rozstrzygnięte w doktrynie i orzecznictwie.

Zasadnicza niedopuszczalność zgody blankietowej uzasadniona jest od strony negatywnej wszystkimi omówionymi już wymaganiami, które składają się na obowiązek szczegółowej informacji wobec pacjenta.

²⁶⁴ A. Gubiński: *Komentarz do Kodeksu Etyki Lekarskiej*; Warszawa 1995, s. 127, za: M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 284.

Ustawa lekarska przewiduje jednak, iż pacjent może dobrowolnie zrezygnować z prawa do informacji o swym stanie zdrowia etc. Art. 31 ust. 3 uzawlek. stanowi, że *na żądanie pacjenta, lekarz nie ma obowiązku udzielać pacjentowi informacji*. Analogicznie ujmuje to zagadnienie art. 9 ust. 4 uprpacji: *Pacjent ma prawo żądać, aby lekarz nie udzielił mu informacji*. Są to uregulowania, które jednocześnie decydują o jedynej prawnie usprawiedliwionej okoliczności wyrażenia zgody blankietowej. Nie trzeba przywiązywać się zanadto do wąskich definicji zgody blankietowej: istotne, że pacjent dobrowolnie pozostawia lekarzowi **swobodę nieinformowania** w zakresie, w jakim tamten normalnie by jej nie miał. Uprawnione jest więc nazwanie takiej zgody blankietową²⁶⁵.

Zgoda blankietowa w rozumieniu omawianego przepisu **zostaje przez pacjenta** (i tylko pacjenta, nigdy zastępczo) **udzielona świadomie oraz celowo przy rezygnacji z poinformowania**²⁶⁶. Należy wyraźnie podkreślić, że zgodę blankietową wyraża pacjent i samego prawa do wyrażenia zgody na daną czynność nie może skutecznie przenieść na lekarza. Wynika to z wyjątkowego charakteru przepisu art. 31 ust. 3 przy braku innych wyjątków. Jedyńm, z czego pacjentowi wolno zrezygnować, jest informacja. Niemniej *de facto*, skoro lekarz składa propozycję leczenia, a pacjent akceptuje ją niepoinformowany na własne życzenie, to zawiera lekarzowi sens swojej decyzji. Z formalnego punktu widzenia jest to jednak decyzja podejmowana przez pacjenta. Pytanie, czy pacjent ślepo zdający się na lekarza lub kompletnie obojętny wobec jakichkolwiek aspektów leczenia może zadeklarować z góry, że rezygnując z informacji zgadza się na wszystko, co potrzebne. Literalnie rzecz biorąc wolno rzec się odbioru wszelkiej informacji określonej w ust. 1 art. 31, w szczególności co do *proponowanych metod leczniczych*. Całkowite zrezygnowanie można ocenić zatem jako stosunkowo mało prawdopodobne od strony czysto praktycznej, aczkolwiek dopuszczalne²⁶⁷. Mało prawdopodobne, ponieważ na ogół nie obędzie się bez zyskania choćby wstępnej orientacji co do charakteru planowanych czynności. Niemniej pacjentowi wolno od razu, na przykład już w chwili przyjmowania do szpitala, zadeklarować

²⁶⁵ Odmiennie M. Świdarska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, s. 165, która „nie widzi powodu, by łączyć zrzeczenie się prawa do informacji z problemem tzw. zgody blankietowej. Są to dwie jakościowo różne sytuacje”. Jeżeli te dwa zagadnienia nie miałyby ze sobą związku, to należy retorycznie zapytać, **po co** wobec tego pacjent miałby prawo zrzeczenia się informacji.

²⁶⁶ Tak rozumiemy zgodę blankietową w *Prawach pacjenta* (s. 248).

²⁶⁷ Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 248.

désintéressement i następnie bez czytania podpisywać lub w inny sposób wyrażać zgodę na wszystko, co mu jest proponowane, albo nawet bez proponowania. Wszelako, jak słusznie zauważył Rafał Kubiak²⁶⁸, pacjent, bez względu na protesty, musi zostać poinformowany o czynnościach, które sam powinien wykonać – np. poddać się szczepieniu przeciwko WZW typu B lub dokonywać pomiarów poziomu cukru we krwi przy użyciu glukometru.

Zrzeczenie się korzystania z prawa do informacji rzutuje na rodzaj wyrażonej zgody: taka zgoda siłą rzeczy zostaje udzielona w braku dostatecznego rozeznania, ale z przyczyny leżącej po stronie pacjenta, którą jest odmowa przyjęcia informacji. Psychologiczne uwarunkowania takich decyzji mogą być rozmaite²⁶⁹.

Skoro pacjent nie chce wiedzieć, udziela zgody na interwencję medyczną absolutnie „w ciemno” i w drodze wyjątku jest to zgoda prawnie skuteczna. Teresa Dukiet-Nagórska zauważa jednak²⁷⁰, iż jest to rozwiązanie, które podważa skuteczność wyrażonej w tych okolicznościach zgody, jako niedostatecznie świadomej. Zdaniem Autorki lekarzowi powinno się *de lege ferenda* pozwolić w tych warunkach na odmowę wykonania zabiegu. Byłby to jednak mechanizm faktycznie wymuszający przyjęcie informacji i – co za tym idzie – godzący w autonomię pacjenta.

Zrzeczenie się korzystania z prawa do informacji obejmuje każdą informację medyczną dotyczącą pacjenta. W braku rozróżnienia pociąga to za sobą blankietowość zgody na każdy zabieg, niezależnie od stopnia komplikacji bądź ryzyka. Trudno byłoby dopatrywać się dyferencjacji tam, gdzie nie ma ani odesłań, ani innych legislacyjnych powiązań między art. 31 ust. 3 a art. 34²⁷¹ – który zawiera szczególne uregulowanie dla czynności medycznych stwarzających podwyższone ryzyko. Niemniej dla porządku trzeba wspomnieć, iż Marian Filar takiego rozróżnienia się dopatrzył²⁷², uzasadniając je szczegółowym charakterem regulacji art. 34 wobec art. 31 ust. 1. Wydaje się, że doszło tutaj do nieporozumienia. Art. 34 normuje przede wszystkim szczegółowe wymagania co do formy zgody na czynność podwyższonego ryzyka, stanowi zatem *lex specialis* wobec art. 32, statuującego

²⁶⁸ R. Kubiak: *Prawo medyczne. Wykłady z prawa medycznego*, Warszawa 2010, s. 374.

²⁶⁹ Zob. cytowane spostrzeżenia różnych autorów w: M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 246–247.

²⁷⁰ T. Dukiet-Nagórska: *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 32.

²⁷¹ Podobnie M. Świdorska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, s. 163–164.

²⁷² M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 264–265.

ogólny obowiązek uzyskania zgody pacjenta na każdą czynność leczniczą. Natomiast art. 31 reguluje obowiązek informacyjny, a więc kwestię odrębną tak wobec art. 32, jak art. 34. Z kolei Kinga Michałowska opowiada się co do zasady przeciwko prawnej skuteczności zgody udzielonej w warunkach niedostatecznego poinformowania, nawet na wyraźne żądanie pacjenta²⁷³: „Jeżeli w sytuacji wyraźnego żądania pacjenta lekarz odstąpi od obowiązku udzielenia informacji, to jego działanie będzie zgodne z prawem, ale wyrażona w takiej sytuacji zgoda pacjenta będzie pozbawiona prawnego znaczenia”. Jest to interpretacja dysfunkcjonalna, ponieważ art. 31 ust. 3 odnosi się do kontekstu leczenia i poza nim nie miałby najmniejszego sensu. Jeżeli zgoda pacjenta traciłaby w tym kontekście, jak chce K. Michałowska, prawne znaczenie, to znaczy, że lekarz nie mógłby pacjenta leczyć dopóki ten nie udzieli zgody prawidłowej, a żeby takiej udzielić – musiałby przyjąć pełną informację, której nie chce. Wychodzi błędne koło, a autonomia niewiedzy staje się fikcją. Przyjęcie informacji działa jako środek przymusu pod sankcją niepodjęcia leczenia – podobnie jak to wynika z postulatów T. Dukiet – Nagórskiej. Z drugiej strony – lekarz może wówczas stanąć przed problemem braku możliwości powiadomienia o pewnych kwestiach, bez których nie jest w stanie wykonać zabiegu lub wykonać go zgodnie z zasadami wiedzy medycznej, lub wykonanie połączone jest z podwyższonym ryzykiem, jakiego lekarz nie chce lub nie może moralnie udźwignąć. Pod względem prawnym trudno byłoby czynić go odpowiedzialnym za następstwa, o których poinformować nie mógł lub o zaniechanie przez pacjenta środków ostrożności, o których ten w ogóle nie chciał słyszeć. Jako przykład można podać zalecenie, żeby pacjent przed znieczuleniem ogólnym pozostał na czczo przez co najmniej sześć godzin lub aby w przypadku ujawnienia się danego działania niepożądanego po przyjęciu leku natychmiast zgłosił się do szpitala. Mogą to być również rozmaite kwestie z dziedziny techniki zabiegowej lub środków ostrożności – np. profilaktyka przeciwzakrzepowa. Nie jest wówczas potrzebne tworzenie osobnego przepisu na okoliczność odmowy informacji: można posiłkować się klauzulą sumienia (art. 39 ustawy) lub odstąpieniem od leczenia (art. 38 ustawy). Tego rodzaju odmowa współdziałania ze strony pacjenta stanowi dostatecznie ważny powód, a wykonanie zabiegu od początku źle lub przy podwyższonym ryzyku powikłań tylko dlatego, że pacjent nie chciał wysłuchać informacji – wolno powołać

²⁷³ K. Michałowska: *Informowanie pacjenta w polskim prawie medycznym*, Prawo i Medycyna (13 vol. 5) 2003 ..., s. 115.

jako sprzeczne z lekarskim sumieniem. Wystrzegabym się natomiast generalnego upoważnienia dla lekarza do usunięcia się z pola medycznego ze względu na „opór informacyjny” pacjenta, jako stwarzającego generalne właśnie zagrożenie dla autonomii.

Spośród wszystkich sposobów wyrażenia zgody na interwencję medyczną ten musi być najbardziej wyrazisty: art. 31 ust. 3 uzawlek. stanowi, iż lekarz nie ma obowiązku informowania, gdy pacjent wystąpił z takim **żądaniem**. Bardzo wyraźna wola co do nieinformowania poprzedza zatem akt wyrażenia zgody blankietowej. Przepis statuuje jeden z wyjątków od zasady pełnego informowania, dając jednocześnie pacjentowi gwarancje w postaci rygorystycznych przesłanek warunkujących skuteczność rezygnacji. Wola pacjenta musi zostać przejawiona w sposób **wyraźny i stanowczy, bezpośredni i niebudzący wątpliwości**. Sformułowanie ustawy: „na żądanie pacjenta” jest na tyle kategoryczne, że nie pozostawia miejsca jakimkolwiek domniemaniom czy innym sposobom wnioskowania pośredniego. Nie trzeba tłumaczyć, że taka rezygnacja wymaga pełnej dobrowolności. Teoretycznie inicjatywa powinna należeć do pacjenta, więc z gruntu podejrzane będą gotowe druki ujmujące w swej treści zrzeczenie lub formularze (np. hospitalizacji) zawierające taką klauzulę. Wyłudzona, wymanipulowana czy wymuszona rezygnacja traci swą skuteczność. Dotychczas wskazane wymagania prawne co do dobrowolności, stawiane zgodzie pacjenta, odnoszą się tym samym do zgody blankietowej. Moim zdaniem jednak nie ma przeszkód prawnych, ażeby aktywność pacjenta pobudził lekarz poprzez w neutralny sposób zadane pytanie: rezygnacja jest wtedy wywołana, nie wolno jednak stosować żadnych nacisków. Natomiast zgoda blankietowa dotknięta brakiem dobrowolności staje się w tych okolicznościach wadliwa z wszystkimi konsekwencjami. Należy odnotować w tym miejscu różnicę między prawem a etyką lekarską: ustawa powiada „żądanie”, natomiast art. 16 ust. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej posługuje się słabiej nacechowanym terminem „życzenie”. Różnica jest w praktyce niewielka: oba pojęcia podkreślają znaczenie aktywnej dobrowolności – pacjent musi sam tego chcieć.

Z gwarancyjnego charakteru przepisu wynika również, że żądanie, o które chodzi, pacjent może w każdej chwili cofnąć i jednak skorzystać z prawa do informacji.

Obowiązek informacyjny utrzymuje się dopóty, aż pacjent wyraźnie nie zażąda, aby go nie informować. Żądanie pacjenta uchyla obowiązek, powstaje jednak pytanie, co robić, jeżeli szczątkowa choćby informacja jest niezbędna z punktu widzenia terapii: nie ma innego wyjścia, jak negocjować z pacjen-

tem, żeby ją przyjął. Wprawdzie brak obowiązku nie jest *explicite* równoznaczny z zakazem informowania, ale stanowcze żądanie pacjenta stanowi o odmowie zgody na odbiór, więc moim zdaniem lekarzowi jednak nie wolno.

Natomiast pod względem etycznym (co do którego nawiasem mówiąc Kodeks Etyki Lekarskiej milczy) kwestia nie jest tak czarno-biała, jak wynikałoby z ustawy. Niektórzy etycy, jak było już wspomniane, kwestionują autonomiczność takiego zdania się na inną osobę, inni natomiast stwierdzają, iż prawa są po to, żeby z nich korzystać lub nie. Odmówienie zgodzie blankietowej działania autonomicznego w istocie nakładałoby obowiązek przyjmowania informacji medycznej nawet, gdy się jej nie chce i tym sposobem uchylałoby autonomii. (Jedyny wyjątek znajduje się w ustawie transplantacyjnej, z której wynika wyraźnie, że legalność transplantacji *ex vivo* zależy m.in. od poinformowania w przewidzianym tam zakresie zarówno dawcy jak biorcy. Specyfika sytuacji medycznej polega jednak na tym, że stanowisko jednego z uczestników procedury rzutuje tam na dobra prawne drugiego.)

Notowane są też przypadki, gdy pacjenci narzekali, iż lekarze nie oszczędzają im od strony informacyjnej niczego, doprowadzając do rozpacz i na skraj załamania nerwowego. Przytaczane było wcześniej spostrzeżenie Zbigniewa Szawarskiego, że istnieją okoliczności, w których bezwzględne mówienie pacjentowi prawdy stanowi przejaw paternalizmu²⁷⁴: lekarz decyduje, że dla dobra pacjenta musi mu powiedzieć prawdę, zwłaszcza że pełny zasób informacji jest warunkiem koniecznym udzielenia rozeznanej zgody na leczenie. Chciał nie chciał, pacjent musi wiedzieć.

Ustawowa regulacja zgody blankietowej pozwala się z tym dylematem do pewnego stopnia uporać, ponieważ w tym wyjątkowym przypadku skuteczna prawnie zgoda na zabieg nie wymaga wyczerpującego poinformowania. Tyle tylko, że pacjent musi przejawiać w tym kierunku wyraźną aktywność: **zażądać nieinformowania**. Pacjentowi biernemu należy się więc informacja pełna. Niemniej jednoznaczny stan prawny pozostawia równocześnie pole dla różnych postaw etycznych:

- wyczerpującego poinformowania, bez czekania na reakcję oraz bez zastanawiania się, czy pacjent tego chce i czy jest psychicznie przygotowany;
- wyczerpującego poinformowania, ale krok po kroku, ze stopniowym przygotowaniem pacjenta na przyjęcie drastycznych szczegółów lub niekorzystnych prognoz;

²⁷⁴ Zob. przypis 42.

- informowania stopniowego, w zakresie i w miarę upewniania się, czy pacjent nadal chce wiedzieć wszystko.

Oczekiwanie ze strony lekarskiej odrobiny empatii i taktownego podejścia nie wydaje mi się supererogacją. Wiedza medyczna pozwala wstępnie ocenić, jakiego rodzaju informacji pacjent mógłby nie chcieć. Lekarze są wprawdzie takimi samymi ludźmi jak inni, jednak humanitarne podejście do chorych zostało przecież wpisane w ich etos zawodowy.

W tym miejscu można powtórzyć po raz kolejny za Beauchampem i Childressem, że poszanowanie autonomii pacjenta wymaga od lekarza postawy aktywnej. Nic nie kosztuje delikatnie zapytać, czy pacjent aby na pewno życzy sobie wiedzieć wszystko, dlatego trzecią z wymienionych postaw uważam za najwłaściwszą. Tyle się mówi wśród lekarzy o oszczędzaniu pacjentowi cierpień psychicznych, chronieniu go przed bolesną prawdą, pozytywnym myśleniu jako warunku powodzenia terapii – a tymczasem w zasięgu ręki znajduje się przepis, który na to pozwala, aczkolwiek po upewnieniu się, że pacjent rzeczywiście **chce nie wiedzieć**. Do korzystania z przywileju terapeutycznego lekarze są bardzo prędcy i na ogół kończy się to nadużyciami, a wystarczy **wołę niewiedzy** wyjednać od samego pacjenta. Trzeba tylko zadać sobie odrobinę fatygi na co dzień, aby ustalić, którzy pacjenci wolą nie wiedzieć i którym wobec tego w majestacie prawa wolno tej wiedzy oszczędzić. Wystarczy zapytać. W celu usunięcia późniejszych wątpliwości należy jednak ową rezygnację udokumentować. Instytucja zgody blankietowej może więc z powodzeniem zastąpić w codziennej praktyce przywilej terapeutyczny i to bez zachowania związanych z nim rygorów odbieranych już to jako nadmiernie kłopotliwe, już to jako niezyciowe i z tego powodu omijanych.

Z drugiej strony – zalecana jest daleko idąca ostrożność w ocenie zarzeczeń podejrzanych o dokonane w warunkach braku dobrowolności. Kategoryczne brzmienie przepisu wskazuje, że wszelkie wątpliwości należy tłumaczyć w kierunku wadliwości zrzeczenia. Samo zapytanie pacjenta, czy czasem nie chciałby zrezygnować z informacji nie wydaje mi się uchybieniem, ponieważ wielu oczekuje łagodnego poprowadzenia przez lekarza; zdarza im się popadać w bierność, z której takie zapytanie ich wytrąci, a ponadto stanowi ono przejaw humanitarnego podejścia do drugiej osoby. Niemniej sam akt rezygnacji powinien być dokonany w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości.

W świetle deklaracji lekarskich składanych w związku z przywilejem terapeutycznym, udzielenie nieprzygotowanemu pacjentowi wyczerpującej informacji z brutalną szczerością i bez pytania wydaje się natomiast zachowanie

waniem w stylu strajku włoskiego: „kazali informować, nie pozwolili zataić, to ja teraz pokażę”.

Zgoda domniemana (niejawna)

Ten rodzaj zgody bywa w publicystyce nagminnie mylony ze zgodą dorozumianą. Uznanie zgody domniemanej polega na przyjęciu w drodze wnioskowania fikcji udzielenia zgody. Rzeczywistej woli nie daje się ustalić, więc próbuje się jej dojść poprzez wnioskowanie, na przykład na podstawie ogólnej wiedzy o danej osobie, jej preferencjach oraz hipotetycznym dobru. Jest to zgoda, której w rzeczywistości nie ma; nie została udzielona, nie da się odtworzyć, a tylko **stworzyć** metodą wnioskowania. Różnica w stosunku do zgody dorozumianej polega na tym, że zgoda dorozumiana została udzielona rzeczywiście i niewątpliwie, tylko wyartykułowana w formie innej niż słowna. Zgoda dorozumiana pokrywa się z rzeczywistą wolą pacjenta, zgoda domniemana – nie, ponieważ rzeczywista wola nie jest znana.

W polskim prawie medycznym nie ma zgody domniemanej w sposób faktyczny. Występuje ona w niektórych zachodnich systemach prawnych, z których wypiera (uważaną za nazbyt sztywną) instytucję tzw. „testamentu życia” w wersji z powołaniem pełnomocnika²⁷⁵. W jednej wyjątkowej kategorii sytuacji polskie ustawodawstwo przewiduje zgodę domniemaną **prawnie**, o ile brakuje danych co do woli rzeczywistej: ustawa zwana transplantacyjną²⁷⁶ przyjmuje takie domniemanie prawne co do zgody na pobranie tkanki lub narządu do przeszczepu *ex mortuo*. Jeśli nic nie wiadomo na temat woli denata wyrażanej za życia, wolno uznać, że była ona pozytywna. Ustawy (w dzisiejszym stanie prawnym) nie przewidują natomiast żadnej sytuacji, żeby na podstawie prawnie domniemanej zgody mogło zostać wykonane leczenie, czy w ogóle jakakolwiek interwencja medyczna u żywego pacjenta. To wymagałoby wyraźnych przepisów szczególnych. Istnieją przepisy szczególne

²⁷⁵ Człowiek, który nie chce, by w przyszłości, w wypadku utraty przezeń świadomości, wykonywano u niego interwencje medyczne jakiegoś rodzaju, ustanawia swego rodzaju pełnomocnika, który w takiej sytuacji podejmie odpowiednią decyzję zamiast nieprzytomnego. Pełnomocnik ma przy tym uwzględniać znane sobie cechy charakteru i preferencje życiowe mocodawcy i podejmować decyzję taką, jakiej prawdopodobnie życzyłby sobie mocodawca (gdyby był przytomny) – a nie taką, jaką sam by podjął. Używa się tu metafory o „podejmowaniu decyzji w butach pacjenta”.

²⁷⁶ Ustawa z 1 lipca 2005 r., o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. Nt 169/2005, poz. 141 ze zm.

pozwalające leczyć BEZ zgody (art. 33 i 35 uzawlek.), nie jest to jednak równoznaczne z przyjęciem w tych przypadkach zgody domniemanej.

Zgoda poczytywana

Pojęcie to zostało wprowadzone przez prawo stanu Virginia (Virginia Code 32.1–45.1) na użytek zbadania pobranej od pacjenta krwi pod kątem obecności wirusa HIV. Pacjent zgłasza się do szpitala, wyraża zgodę na pobranie krwi celem wykonania rutynowych badań (morfologia, OB), natomiast nie wyraził jednoznacznej aprobaty wobec badania pod kątem HIV. Personel czuje się narażony na niebezpieczeństwo zakażenia i uważa takie badanie za przydatne. Zgoda na każde świadczenie powinna być wyraźna i wyspecyfikowana. Poczytywana zgoda pacjenta jest rzecz jasna fikcją, stworzoną wobec trudnego do rozwiązania w inny sposób konfliktu dóbr: autonomii pacjenta oraz bezpieczeństwa personelu medycznego. Kluczowy przepis brzmi „Poczytuje się, że pacjent, którego płyny organiczne mogą mieć kontakt z ciałem członka personelu medycznego, zgadza się na przeprowadzenie testu na obecność wirusa HIV oraz na przekazanie wyników pracownikowi narażonemu na niebezpieczeństwo zakażenia”. Prawo nakłada na pracowników służby zdrowia obowiązek informowania o zasadzie poczytywanej zgody jeszcze przed rozpoczęciem leczenia (za wyjątkiem sytuacji krytycznych). Pacjent po poinformowaniu, jeżeli nadal decyduje się na opiekę medyczną w danej placówce, traktowany jest tak, jakby udzielił zgody na wykonanie testu²⁷⁷. Rozwiązanie ustawowe jest, jak widać: ustawodawca dał prymat bezpieczeństwu personelu i przesądził sprawę. Praktyczna realizacja takiego prawa może jednak budzić poważne wątpliwości: czy pacjent odmawiający zgody na test będzie musiał pożegnać się z daną placówką medyczną i gdzie wówczas uzyska pomoc? Beauchamp i Childress uważają, że rozwiązaniem prostszym i bardziej wiarygodnym byłoby uznanie, że prawa pacjenta (autonomia, wolność, prywatność, dyskrecja) mogą zostać uchylone, gdy informacja o zakażeniu jest konieczna dla ochrony zdrowia personelu medycznego narażonego na infekcję, a dane postępowanie może przed tym zabezpieczać²⁷⁸. Niemniej powstaje istotny problem natury prawnej, jak postępować w braku uregulowania. Praktyka polska bywa różna. W jednych placówkach pacjenci są uczciwie informowani o zamiarze przeprowadzenia testu i ich milczenie jest traktowane

²⁷⁷ Na podstawie: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 141.

²⁷⁸ *Ibidem*.

jako zgoda. Gdzie indziej testy przeprowadza się metodą faktów dokonanych (bo który pacjent zdoła doliczyć się, w ile próbek i po co nałapano jego krwi?...). Zgoda na „rutynowe badanie krwi” uważana jest za zgodę także na test HIV. **Wszystkie te rozwiązania są wadliwe.** Strona medyczna radzi sobie jak może, żeby jednak test wykonać. Pacjenta pyta się o zgodę celowo w taki sposób, żeby nie padło słowo „HIV” (aby nie miał okazji do odmowy). Tymczasem przecież na domniemaną lub poczytywaną zgodę w polskim prawie medycznym miejsca nie ma. W dodatku funkcjonuje osobliwy dokument z 1992 r. – Stanowisko Zespołu ds. AIDS Naczelnej Rady Lekarskiej, z którego wynikają następujące wytyczne:

1. Lekarz przeprowadzający czynności diagnostyczne służące rozpoznaniu choroby nie ma obowiązku uzyskiwania zgody pacjenta co do zakresu wykonywanych badań (w tym badań w kierunku zakażenia HIV). Lekarz ma obowiązek poinformowania pacjenta na jego wyraźne żądanie o celu wykonywania badań diagnostycznych (w tym w kierunku rozpoznania zakażenia HIV);
2. W każdym innym przypadku na wykonywanie testów wykrywających zakażenie HIV należy uzyskać zgodę pacjenta;
3. Nie wolno uzależniać jakichkolwiek badań i zabiegów lekarskich od uprzedniego wykonania i wyniku tych testów. Nie dotyczy to sytuacji opisanej w pkt. 1²⁷⁹.

Punkty 2 i 3 nie budzą wątpliwości i pozostają w zgodzie z obowiązującym prawem. Trudno natomiast uchwycić, jakie racje kierowały sformulowaniem punktu 1. Zakładając racjonalność autorów, powinno chodzić o Tę chorobę, czyli AIDS. Z niewiadomych przyczyn została ona wyróżniona przez brak obowiązku odbierania zgody pacjenta, rzecz jasna wbrew prawu. Racjonalnie sformułowany został więc zespół reguł, który nie ma racjonalnego uzasadnienia. Nie ma też ani słowa o ochronie bezpieczeństwa osób trzecich. Słusznie podniósł M. Filar, że badanie powinno być prowadzone wyłącznie w celach leczniczych i leżących w interesie pacjenta²⁸⁰. W orzecnictwie zagranicznym panuje zgoda, że bez zgody pacjenta testy na HIV nie mogą być przeprowadzane²⁸¹. Natomiast problem konfliktu dóbr o tyle

²⁷⁹ Za: M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX. s. 140–141.

²⁸⁰ M. Filar: *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*, „Prawo i Medycyna nr 13 (vol. 5)/2003, s. 47–48.

²⁸¹ Zob. szczegółowo M. Świdarska: *Zgoda pacjenta...*, s. 77 oraz literatura powołana na tej stronie w przypisie 136.

blednie, że jak się okazało, wykonanie u pacjenta testu HIV i tak nie daje miarodajnych wyników²⁸².

Gdy chodzi o zakres udzielonej zgody, w doktrynie czynione są rozmaite wysiłki, aby ograniczyć nieco liczbę czynności wymagających osobnej zgody. Z jednej strony nie ulega wątpliwości, że samo zgłoszenie się do przychodni lub do szpitala nie jest równoznaczne z udzieleniem zgody na wszelkie czynności medyczne, choćby okazały się niezbędne do prawidłowego leczenia akurat tej choroby. Nawet gdy pacjent, umówiony na dzień i godzinę, ma zostać poddany zabiegowi planowemu, zgoda powinna być odeń odebrana. Nie na darmo w kanonie Beauchampa i Childressa przyzwolenie stanowi ostatni, piąty element: uzyskiwanie zgody pacjenta nie jest czynnością jednorazową, tylko swego rodzaju procedurą, w której musi zostać zachowana właściwa kolejność działań. **Ostateczny akt przyzwolenia kwituje jednocześnie dokonanie czynności informacyjnych, zrozumienie przekazu i potwierdza dobrowolność.** Z drugiej jednak strony, procedury medyczne bywają bardziej lub mniej skomplikowane i złożone z szeregu czynności. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby pacjent udzielił swego rodzaju zgody zbiorczej, o ile rzecz jasna wszystko, co trzeba, zostało mu wcześniej wyszczególnione. Przesłanka zgody szczegółowej (na *proponowane* świadczenie) chroni prawo pacjenta do informacji o wszystkich czynnościach medycznych, które będą wobec niego wykonywane. Istotne, by przyzwolenie zostało udzielone „z dołu”, tzn. po poinformowaniu. Natomiast niedopuszczalne byłoby przyjęcie skuteczności zgody wydanej „z góry” na czynności, o których potrzebie i charakterze nie powiadomiono pacjenta zawczasu. **Dopóki pacjent o czymś nie wie, dopóty jego zgoda co do zasady nie może być uznana za skuteczną.**

²⁸² Zob. D. Rogowaka-Szadkowska, A. Borzuchowska: *Rozpoznawanie zakażenia ludzkim wirusem upośledzenia odporności (HIV)*, Puls nr 3–4/1997, przedruk z: Biuletyn OIL Białystok. Autorki wyjaśniają, że 1) ujemny wynik testu wykazuje brak przeciwciał, ale nie brak zakażenia; przeciwciała wobec czynnika zakaźnego (każdego) pojawiają się opóźnieniem wynoszącym od 6 tygodni do 3 miesięcy względem momentu zakażenia 2) najwyższa liczba wirusów oraz komórek nimi zakażonych, a więc i najwyższe niebezpieczeństwo zakażenia występuje właśnie u osób zakażonych przed tzw. serokonwersją (pojawieniem się przeciwciał), tj. u których test dał wynik ujemny (a to w konsekwencji osłabia czujność personelu); 3) tanie testy używane do badań przesiewowych często dają wynik fałszywie dodatni, który musi być z kolei potwierdzony testem innego rodzaju.

Milczenie. Brak sprzeciwu

Była już mowa o tym, że przepis art. 32 ust. 7 ustawy wymaga, aby zgoda pacjenta na czynność leczniczą została wyrażona w sposób niebudzący wątpliwości. To oznacza, że powinna być **udzielona pozytywnie**. Wprawdzie w języku potocznym pokutuje popularny slogan, iż „milczenie oznacza zgodę”, jednak ten akurat nacechowany jest wyjątkową bezmyślnością. Wystarczy chwila zastanowienia, by zauważyć, że **milczenie nie oznacza nic**: ani przyzwolenia, ani sprzeciwu, ani nawet skwitowania odbioru. **Z punktu widzenia semiotyki brak sygnału nie jest sygnałem**²⁸³. Wolno konstruować tylko fikcje prawne, na które akurat w prawie medycznym miejsca nie ma. Nieporozumienie wynika stąd, że czym innym jest oświadczenie złożone w sposób dorozumiany, a czym innym brak informacji, czy w ogóle zostało złożone. Komunikat pozawerbalny może zastępować werbalny, natomiast brak przekazu (tak werbalnego, jak pozawerbalnego) nie nadaje się do interpretacji. Być może na gruncie czynności prawnych, konwencjonalnych, udałoby się znaleźć jakiś przykład na interpretowalne milczenie, niemniej w prawie medycznym istnieją ustawowe gwarancje, by samemu tylko milczeniu pacjenta nie było przypisywane żadne znaczenie pozytywne. W szczególności wynika to z przyjętego modelu rozeznanej zgody: **skąd niby miałyby być wiadome, czy pacjent odebrał i zrozumiał przekaz, skoro w ogóle nań nie reaguje?**

W prawie cywilnym wyjątkowo może się zdarzyć, że milczenie będzie odczytane jako zgoda. Według M. Jasiakiewicza „Milczenie jest znakiem wówczas, gdy dana osoba milczy, chociaż może i powinna była mówić. Te dwie przesłanki, a więc możliwość i powinność zajęcia merytorycznego stanowiska należy ustalać indywidualnie według okoliczności każdego przypadku, czy też według określonego kontekstu sytuacyjnego. (...) Ponadto, aby milczenie można było uznać za znak wyrażający wolę oblata, muszą istnieć, tak jak dla każdego innego znaku, wiążące obydwie strony reguły znaczeniowe, które łączą z danym substratem materialnym znaku (milczeniem) określone myśli i nadają mu określony

²⁸³ Odmiennie M. Świdarska, która utrzymuje, iż milczenie „stanowi wszakże jakiś komunikat” – M. Świdarska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, s. 69. Dochodzi tu, jak się wydaje, do nieporozumienia na poziomie podstawowym. Milczenie ma zawsze swoją przyczynę, dopóki jednak owa przyczyna nie zostanie w jakiś sposób zasygnalizowana – można jedynie gubić się domysłach, ponieważ ze strony milczącego nie ma żadnych uchwytnych oznak. Nawet jeśli z kontekstu sytuacyjnego wynika, że zachowuje on tzw. milczenie znaczące – to w oparciu o jakie przesłanki mielibyśmy owe znaczenie ustalać? Rozbijamy się przecież o kompletny brak danych.

sens”²⁸⁴. Autor dokonał tutaj twórczego rozwinięcia myśli zawartej w wyroku Sądu Najwyższego z 1970 r.²⁸⁵, w którym Sąd stwierdził, że „w myśl art. 60 k.c. milczenie może być uznane za przejaw oświadczenia woli wyrażającego zgodę tylko w takiej sytuacji, w której osoba nie zaprzeczająca mogła i powinna była zająć merytoryczne stanowisko w danej kwestii”²⁸⁶. Myśl ta była następnie wielokrotnie i bezrefleksyjnie powtarzana w doktrynie, co doprowadziło do zupełnego oderwania jej od stanu faktycznego²⁸⁷. Chodziło zaś o sytuację dość ekstrordynaryjną, zwłaszcza w porównaniu z dniem dzisiejszym: spór wszczęty na podstawie spółdzielczej umowy o pracę toczył się o to, czyim pracownikiem jest spółdzielca, który nie złożył oświadczenia wobec spółdzielni przejmującej zatrudniający go zakład produkcyjny. Sąd udzielił ochrony pracownikowi poprzez uznanie, że nie jest on pracownikiem spółdzielni przejmującej zakład, jak również że nie został rozwiązany jego stosunek pracy z pierwszą spółdzielnią. Cytowany fragment uzasadnienia jest sformułowany bardzo ogólnie, jednak posłużył jako argument dla udzielenia ochrony właśnie tej stronie, która milczała. Można wyobrazić sobie sytuacje wyjątkowe, gdy od milczącego wolno wymagać aktywności, ale tylko z tymi zastrzeżeniami, które podał cytowany wyżej M. Jasiakiewicz w kontekście przyjęcia oferty. Wszystko to znaczy, że **ani powołane orzeczenie, ani wyprowadzana z niego argumentacja nie przystają do relacji prawnomedycznych między pacjentem a lekarzem co do zgody na leczenie**. Przypadki milczenia „uwikłanego”, o ile w konkretnych sytuacjach w ogóle dadzą się zdefiniować, spełniają funkcję ochrony interesu drugiej strony. Z milczenia pacjenta nie może być wywodzona ochrona interesów lekarza nawet jeżeli strony wiąże umowa o leczenie. Instytucja rozeznanej zgody pacjenta legalizuje interwencję medyczną niezależnie od reżimu potencjalnej odpowiedzialności.

Przy próbie zinterpretowania milczenia pacjenta mylone są moim zdaniem dwa typy sytuacji:

1. Pacjent milczy, ale wysyła sygnały pozawerbalne – wówczas decydujące znaczenie mają te ostatnie, a udzielona zgoda kwalifikuje się jako dorozumiana.

²⁸⁴ M. Jasiakiewicz: *Ofertowy system zawierania umów w prawie cywilnym*; Toruń 1993, s. 33.

²⁸⁵ Wyrok SN z 16 stycznia 1970 r., III PRN 96/69, OSNC nr 9/1970, poz. 161.

²⁸⁶ Ibidem, s. 84.

²⁸⁷ Zarys stanu faktycznego powołano tylko w komentarzu do kodeksu cywilnego pod red. J. Winiarza z 1989 r. (K. Piasecki, komentarz do art. 60 kc, pkt 2 – t. I s. 75).

2. Pacjent milczy i nie wysyła też żadnych innych sygnałów. W odniesieniu do uczestnika czynności cywilnoprawnej mogłoby to wydawać się skrajnie nieprawdopodobne z punktu widzenia praktyki, jednak w prawie medycznym mamy do czynienia z pacjentem, czyli osobą, która przeważnie jest **chora**. Wówczas można mnożyć hipotezy, co oznacza milczenie. Dla uzmysłowienia tej niejednoznaczności podaję parę przykładów.

- a) Pacjent milczy dlatego, że nie słyszy. Nie ma dowodów, że słyszy, skoro w ogóle nie reaguje.
- b) Pacjent milczy, ponieważ nie rozumie. Możliwe też, że niezrozumienie jest spowodowane nieznajomością języka, w którym zwraca się do niego personel medyczny.
- c) Pacjent milczy, ponieważ nie zamierza odpowiadać. Wprawdzie usłyszał i zrozumiał, ale z sobie tylko znanych przyczyn postanowił zachować tzw. wyniosłe milczenie. Niewykluczone, że czuje się obrażony, ale wszystko to domysły.
- d) Pacjent milczy (choć usłyszał i zrozumiał), gdyż nie wie, co odpowiedzieć; nie potrafi podjąć decyzji. Namysła się tak intensywnie, że nie reaguje na bodźce w postaci dalszych indagacji.
- e) Pacjent milczy, ponieważ usłyszawszy i zrozumiałwszy, z wrażenia nie jest w stanie wydobyć głosu.
- f) Pacjent milczy, ponieważ boi się zaprotestować. Chciałby, ale nie starcza mu odwagi. Czuje się zdetonowany całą sytuacją, zagubiony. Obawia się ściągnąć na siebie uwagę, „wychylić” z odmienną wolą niż wyrażnie po nim oczekiwana²⁸⁸. Dlatego zamknął się w sobie.

Jeżeli zwłaszcza w tym kontekście sytuacyjnym milczenie miałoby zostać odebrane jako zgoda – byłoby to szczególnie niekorzystne z punktu widzenia poszanowania autonomii.

A skoro milczenie zadziałałoby na niekorzyść, to czy wolno wymagać od pacjenta udzielenia odpowiedzi? Nie ma po temu podstaw, zaś przyjęcie milczenia jako akceptacji zmuszałoby go do wyrażenia opinii na zasadzie „dobrowolnego przymusu”, co przypomina anegdotę o sposobie nakłonienia kota, żeby zjadł musztardę.

²⁸⁸ Zob. J. M. Kondek: *Czy milczenie oznacza zgodę? Próba analizy cywilnoprawnej*, *Studia Iuridica*, z. 49 (2008), s. 79–104 – gdzie znajduje się następujące motto: „*Milczenie oznacza zgodę* – Stanisław Bieliński, marszałek Sejmu 1793 roku, interpretując wyniki głosowania nad ratyfikacją traktatu rozbiorowego”.

Jeszcze pod rządem dawnej ustawy o zawodzie lekarza (w 1972 r.) Sąd Najwyższy wydał słuszne, choć osobiście uzasadnione w szczegółach rozstrzygnięcie co do skuteczności „zgody” udzielonej pod postacią braku sprzeciwu²⁸⁹. Pacjent został poddany operacji tarczycy (wole), po której wywiązały się przejściowe komplikacje w postaci porażenia strun głosowych oraz pozostała szpecąca blizna. Jak się okazało, zabieg nie był konieczny, w grę wchodziła alternatywa w postaci leczenia zachowawczego, ale pacjenta o tym nie poinformowano. Udzielenie zgody na operację polegało, według ustaleń Sądu, na tym, że pacjent „nie sprzeciwiał się wyraźnie zabiegowi” [! – M.B.], co w warunkach niepełnej uprzedniej informacji Sąd uznał za niewystarczające. W opracowaniach powoływany jest jednak następujący fragment uzasadnienia: „ograniczenie się w przypadku do zgody formalnej (braku sprzeciwu itp.) jest nie wystarczające i nie czyni zadość wymaganiom powołanego art. 17 ustawy o zawodzie lekarza”²⁹⁰. Wydaje się, że doszło tutaj do kontaminacji pojęć: udzielenia zgody prawidłowego z punktu widzenia formy, ale przy braku materialnych przesłanek skuteczności, w szczególności pełnej informacji (i to należy nazywać zgodą formalną) oraz braku sprzeciwu potraktowanego jako zgoda milcząca. Nawet jednak z archaicznej ustawy lekarskiej z 1950 r. nie dawało się wyczytać, iż brak sprzeciwu może być traktowany jako zgoda: według litery ustawy operacja akurat wymagała zgody chorego. Formalna zgoda polegałaby zatem na wyraźnej, choćby ustnej akceptacji, nie zaś na braku sprzeciwu. Przypomnijmy, że pojęciem braku sprzeciwu operował jedynie projekt nowelizacji z 1962 r., szczęśliwie jednak pozostał tylko projektem.

Odwołanie zgody

Zgoda raz udzielona może być w każdej chwili odwołana. Wprawdzie nie wynika to z ustawy lekarskiej *expressis verbis*, jednak trudno byłoby dostrzec godny ochrony interes osób trzecich uzasadniający niedopuszczalność cofnięcia. Zgoda pacjenta jest w pewnym zakresie zadysponowaniem dobrem osobistym. Skoro wolno zadysponować pozytywnie, wolno też w każdej chwili dyspozycję cofnąć. Bardziej szczegółowa regulacja tego przedmiotu znajduje się tylko w ustawie transplantacyjnej. Z art. 12 ust. 1 pkt 8 wynika, że zgoda na pobranie organu do przeszczepu *ex vivo* może być wycofana w każdej

²⁸⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 listopada 1972 r., I CR 463/72, Nowe Prawo nr 4/1975 s. 585 i n. z gl. M. Nesterowicza.

²⁹⁰ Zob. M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX, s. 173.

chwili, nawet gdy biorca został już przygotowany do transplantacji przez podanie leków immunosupresyjnych. Z systemowego punktu widzenia jest to jedyna sytuacja, gdy cofnięcie przez pacjenta zgody rzutuje na interes osoby trzeciej, wymagało zatem ustawowego określenia. Z przepisu tego wynika pośrednie potwierdzenie (*a maiori ad minus*), że w każdym innym przypadku cofnięcie przez pacjenta zgody jest tym bardziej dopuszczalne.

W ustawodawstwie brak jest określenia, jaką formę powinno przybrać odwołanie (cofnięcie) zgody. Z jednej strony należy uwzględnić interes pacjenta, który przemawia za tym, by mógł odwołać zgodę szybko, skutecznie i bez ograniczeń zarówno prawnych, jak faktycznych. Z drugiej – jest to komunikat poprzedzony wcześniejszym: niewadliwą rozeznaną zgodą. Ten pierwszy wzbudził już u innych osób uzasadnione zaufanie (przede wszystkim lekarzy), iż wolno im działać. Odwołanie zgody wtórnie zdelegalizuje zaplanowane czynności. Należy zatem zacząć od stwierdzenia oczywistego, iż odwołanie zgody wywiera skutek wyłącznie *ex nunc* oraz że może być odnoszone tylko do tych czynności, które nie zostały jeszcze zakończone lub w ogóle podjęte. Drugą oczywistością jest niedopuszczalność zastosowania do odwołania zgody art. 61 § 1 zd. drugie k.c. o odwołaniu oświadczenia woli: że składane określonej osobie jest skuteczne tylko, o ile dotarło do adresata wcześniej lub równocześnie z udzieloną zgodą. Nieprzystawalność tego uregulowania do sytuacji prawnomedycznych jest wyraźnie uchwytana, skoro pacjentowi wolno zgodę cofnąć bez ograniczeń. Gdy chodzi o sposób oraz formę odwołania, *prima facie* wydaje się, iż powinno to być zdziałane w sposób wyraźny i jednoznaczny, niebudzący wątpliwości u adresatów. Trzeba jednak wziąć też pod uwagę fizyczne możliwości pacjenta oraz czynnik upływu czasu. Jeżeli bowiem w ostatniej chwili, już na stole operacyjnym, pacjent zmienił zdanie, to powinien mieć zapewnioną prawną możliwość zakomunikowania tego w sposób dla adresatów wiążący. Z tego punktu widzenia należy więc odrzucić zarówno ograniczenia formalne (np. że konieczne na piśmie ze względów praktyczno-dowodowych), jak interpretacyjne (że powinno to zostać zakomunikowane w sposób wyraźny, a nie tylko dorozumiany). Wobec tego milczenie pacjenta (po fakcie udzielenia zgody) liczy się jako podtrzymanie zgody, ale już milczenie połączone z oporem fizycznym – wręcz przeciwnie. Wystarczy, że pacjent poproszony o przygotowanie się do zastrzyku nie wykona poleconej czynności: nie podwinie rękawa, nie obnaży pośladka, nie zegnije pleców²⁹¹. Lekarz staje wówczas przed dylematem, czy ma do czy-

²⁹¹ Zgięcie się „w literę C” ułatwia anestezjologowi wprowadzenie igły przy znieczuleniu regionalnym aplikowanym w kręgosłup – zewnątrzoponowym lub podpajęczynówkowym.

nienia z odwołaniem zgody, z „jednorazową niesubordynacją” spowodowaną humorami, czy może z utratą kompetencji. Jakkolwiek trudności w zinterpretowaniu zachowania pacjenta mogą być znaczne, w żadnym razie nie wolno zastosować przymusu lub w inny sposób zlekceważyć sygnału z powołaniem się na uprzednią zgodę. Wniosek z tego, że cofnięcie zgody na leczenie może dokonać się również w sposób dorozumiany, o ile w dostateczny sposób ujawnia zmianę nastawienia.

Odwołanie zgody w reżimie kontraktowym należy rozpatrywać na tle zawartej umowy o leczenie, z uwzględnieniem poniesionych już przez strony kosztów. Przede wszystkim odwołanie zgody na leczenie trzeba oddzielić w sensie prawnym od wypowiedzenia umowy zlecenia: jedno nie oznacza automatycznie drugiego. Po drugie – zleceniobiorcy należy się zwrot wszelkich poniesionych dla należytego wykonania zlecenia wydatków (art. 742 k.c.). Pod względem faktycznym może to pacjenta ograniczać w prawie do rezygnacji z zabiegu i odmowy zgody na leczenie, niemniej trudno byłoby dopatrzeć się powodu, dla którego ten konkretny wariant zlecenia miałby ekonomicznie obciążać zleceniobiorcę w razie wycofania się zleceniodawcy i to nierzadko w ostatnim momencie.

Odmowa zgody. Sprzeciw

Sprzeciw pacjenta stanowi pojęcie ustawowe, którym prawodawca posługuje się w kilku kwestiach szczególnych. Nie znaczy to, rzecz jasna, że w sprawach innego rodzaju sprzeciw nie przysługuje. Chodziło jedynie o specjalne zaakcentowanie braku zgody, które prowadzi do dalszych ustawowo określonych konsekwencji. W szczególności wciąż nie jest unormowany sprzeciw *pro futuro* (ani też inne sposoby uregulowania na przyszłość sytuacji odmowy zgody na czynności medyczne w razie znalezienia się w stanie niekompetencji) – ten jednak został zaakceptowany w precedensowym orzeczeniu Sądu Najwyższego z 2005 r.²⁹². (i wciąż nie daje spokoju doktrynie). Wyrażna podstawa ustawowa została stworzona jedynie dla sprzeciwu na przyszłość wobec pobrania do przeszczepu *ex mortuo* (art. 5 ust. 1 i art. 6 ustawy transplantacyjnej). Sprzeciw ten jest równoznaczny z brakiem zgody i wyklucza przyjęcie zgody domniemanej. Ustawa o prawach pacjenta posługuje się pojęciami odmowy zgody oraz sprzeciwu wymiennie: według art. 16 pacjent ma prawo do udzielenia zgody lub do odmowy zgody, ale cytowany już na wstępie tego

²⁹² Postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC nr 7–8/2006, poz. 137.

rozdziału art. 17 ust. 4 powiada o sposobach wyrażenia zgody i sprzeciwu – sprzeciw może być wyrażony ustnie lub poprzez takie zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na brak woli poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom.

W ustawie lekarskiej sprzeciw jest wyraźnie przewidziany tam, gdzie po zgłoszeniu go przez osobę niekompetentną, wolno przełamać opór: dotyczy to małoletnich w wieku co najmniej lat szesnastu, ubezwłasnowolnionych, a także – co było już tutaj krytykowane – pacjentów chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo.

Na tym tle wolno się zastanawiać, czy zachodzą jakieś różnice co do wartości semantycznej milczenia (w sensie braku reakcji), odmowy zgody oraz aktywnego sprzeciwu. Podjęcie czynności medycznych u kompetentnego pacjenta legalizuje tylko jego rozeznana zgoda. Była już mowa o tym, że milczenie oznacza brak danych co do zgody, a więc że tej zgody nie ma. Wyrażna odmowa też oznacza brak zgody. Sprzeciw również. We wszystkich tych przypadkach, albo pacjent się nie zgadza, albo nic nie wiadomo, żeby się zgadzał – wobec tego zgody na leczenie NIE MA. Każdej z tych sytuacji można przypisać taki sam sens. Dodatnią wartość legalizującą ma dopiero wyrażna (lub konkludentna) zgoda. Natomiast pomiędzy komunikatami negatywnymi a brakiem komunikatu nie ma żadnych różnic prawnych. Jedynym, co może różnić brak zgody od jednoznacznej odmowy (w szczególności sprzeciwu) – jest natężenie intencji. Udzielona przez pacjenta zgoda na czynność medyczną jest jednocześnie częściową rezygnacją z ochrony pewnych dóbr osobistych (nietykalności, integralności cielesnej). Odmowa zgody znamionuje zamiar chronienia tych dóbr: *noli me tangere*. Intencje są stopniowalne: występują jako silniejsze lub słabsze. Milczenie oraz bierność mogą świadczyć o słabych intencjach, rozchwianiu preferencji, wewnętrznym konflikcie aksjologicznym – co pozostaje i tak bez znaczenia dla skutków prawnych. Wyrażna odmowa świadczy o stanowczym zamiarze, podobnie jak sprzeciw – w tym zwłaszcza sprzeciw ze skutkiem na przyszłość.

Sprzeciw, podobnie jak wyrażna odmowa, spełnia tylko funkcję ujednoliczenia braku zgody. Jeżeli został złożony ze skutkiem na przyszłość, to jego znaczenie polega na uchyleniu domniemań z art. 33 i 35 uzawlek. – czyli wyklucza interwencję w sytuacji nagłej u pacjenta niekompetentnego oraz tzw. rozszerzenie pola operacyjnego.

Akt sprzeciwu nie jest symetryczny z aktem przyzwolenia. Podobieństwa są takie, że wyrażenie respektowalnego i nieprzełamywalnego sprzeciwu wymaga poziomu kompetencji analogicznego do wymaganego dla wyrażenia

zgody. Niezależnie od tego, czy pacjent zamierza zgodzić się, czy sprzeciwić – ma prawo do równie pełnej informacji. Na sprzeciwiającego się nie wolno jednak wywierać presji ani informować go na siłę. Udzielenie zgody musi być poprzedzone odpowiednią informacją, ponieważ stanowi to gwarancję dla poszanowania autonomii, w drugą stronę jednak zasada nie działa.

Sprzeciw nie musi mieć przyczyny, nie musi być w żaden sposób zracjonalizowany, nie potrzebuje uzasadnienia ani dostatecznej informacji. Wymaganie od oświadczeń tego rodzaju, by podobnie jak zgoda, były składane w warunkach pełnego poinformowania – stanowiłoby w istocie zamach na autonomię. **Instytucja rozeznanej zgody jest gwarancją dla autonomii pacjenta**, natomiast jakiejkolwiek wymagania dodatkowe stawiane wobec sprzeciwu byłyby faktycznymi (i prawnymi) ograniczeniami autonomii – ponieważ adresat sprzeciwu zyskiwałby w ten sposób instrument kwestionowania sprzeciwu i pretekst do jego lekceważenia. Pacjent ma prawo do informacji, ale nie ma obowiązku odbioru. Uzależnienie skuteczności sprzeciwu od dostatecznej informacji nakładałoby na pacjenta obowiązek: pacjent musiałby każdorazowo cierpliwie wysłuchać pełnej gamy danych, ażeby móc następnie wyrazić skuteczny prawnie sprzeciw. Z prawa do informacji wolno przecież zrezygnować. Na sprzeciw wyrażony w warunkach niedostatecznego poinformowania wolno powołać się jedynie pacjentowi i o ile nie zrezygnował z informacji. Sytuację nieco komplikuje fakt, że taki „niedoinformowany” sprzeciw pozostaje wciąż brakiem zgody, więc pod tym względem doinformowanie niczego by nie zmieniło. Niemniej prawo do informacji jest samodzielnym prawem pacjenta: jego zawinione naruszenie, o ile pozostaje w związku przyczynowym z poniesioną szkodą, prowadzić będzie do odpowiedzialności odszkodowawczej.

Z punktu widzenia legalności zabiegu rozeznana zgoda ma wartość dodatnią. Sprzeciw natomiast jest równoważny brakowi zgody, a brak zgody ma wartość „zero” – zatem i sprzeciw, w imię autonomii pacjenta, wystarczy, że będzie „zerowy”. Wszelkie ewentualne wyjaśnienia powinny stanowić jedynie przejaw dobrej woli sprzeciwiającego się, natomiast nie można tworzyć z nich kryteriów dla wiarygodności sprzeciwu. Tylko na pozytywne oświadczenie potrzebna jest wiedza, czego ono dotyczy. Jeżeli rzeczywiście ma być szanowana autonomia jednostki, to prawo nie może zmuszać pacjenta do tłumaczenia się, dlaczego odmawia zgody na określoną terapię. Prawdą jest, że osoba taka wydaje się działać wbrew instynktowi samozachowawczemu, ale przecież decyduje ona w sferze własnej prywatności. Jej sprzeciw może być rezultatem tak określonych przemyśleń, jak niezrozumiałych impulsów.

Dopiero jednoznaczny brak kompetencji sprawia, że w pewnych i to bardzo szczególnych okolicznościach (art. 32 ust. 2 i art. 33 uzawlek.) wolno nad sprzeciwem przejść do porządku.

Odmowa zgody na leczenie nabiera szczególnego znaczenia w sytuacjach dla pacjenta ekstremalnych – tj. gdy w opinii lekarza pacjent dla własnego dobra „powinien” zgodę wyrazić, ponieważ w przeciwnym razie poważnie sobie zaszkodzi. Uwagę i zaniepokojenie doktryny ściągają zwłaszcza sytuacje zagrożenia życia. W tym kontekście Beata Janiszewska sformułowała pogląd, iż ujawnienie braku woli powinno być „mierzone szczególnie rygorystycznie wtedy, gdy miałyby decydować o zaprzestaniu przez lekarza ratowania życia i zdrowia pacjenta”²⁹³. Według art. 17 ust. 4 u.pr.pacj. – wyrażenie sprzeciwu to niebudzący wątpliwości sposób wskazujący na brak woli poddania się danemu działaniu medycznemu. Ustawa o prawach pacjenta wprowadziła symetrię między oznakami woli pozytywnej oraz sprzeciwu. Sprzeciw jest prawnie równoznaczny brakowi woli, ponieważ tylko pozytywna wola – zgoda pacjenta – legalizuje interwencję medyczną. Tam, gdzie ustawa przewiduje komunikat określony jako sprzeciw – najwyraźniej wymaga większej jednoznaczności niż zazwyczaj. Nie powinno to być jednak moim zdaniem rozciągane na wszystkie przypadki braku pozytywnej woli po stronie pacjenta. Wówczas bowiem pomiędzy jednoznacznie pozytywną wolą (zgoda) a jednoznacznie negatywnym brakiem woli (sprzeciwem) znalazłaby się luka – brak woli – którą trudno byłoby zakwalifikować czy to jako zgodę, czy to jako odmowę. Z drugiej strony, a jest to podyktowane względami dowodowymi, bierne zachowanie pacjenta w okolicznościach zagrożenia życia potrzebuje sensownej interpretacji, żeby potem nie padały zarzuty, że lekarz pochopnie poniechał należnej pacjentowi pomocy mylnie traktując brak reakcji jako odmowę. Są to niepokoje zupełnie zrozumiałe. B. Janiszewska słusznie zauważyła, że gdy zachowanie pacjenta nie pozwala stwierdzić, iż ujawnił swe stanowisko w sposób dostateczny – to i do złożenia *oświadczenia woli* nie doszło. Proponuje wówczas, stosownie do okoliczności, ponowić próbę lub uznać pacjenta za niekompetentnego. Powstaje pytanie, jakie to mogą być okoliczności, bo między dalszymi indagacjami a przyjęciem niekompetencji pacjenta jest jednak duża różnica. Była już mowa o tym, że przy braku danych uzupełniających, milczenie nie oznacza nic. Przegląd rozmaitych kontekstów milczenia pozwala wszakże na wniosek,

²⁹³ B. Janiszewska, *Dobro pacjenta czy wola pacjenta – dylemat prawa i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń pro futuro)*, Prawo i Medycyna nr 2/2007 s. 38.

że milczenie połączone z zachowaniem zupełnie biernym będzie raczej rzadkością, o ile pacjent pozostaje kompetentny: niesłyszący da przypuszczalnie znaki mimiczne, że nie słyszy; nierozumiejący spróbuje pokazać po sobie brak zrozumienia – powie coś we własnym języku lub chociaż wyraziście wytrzeszczy oczy. Obrażony zrobi minę i odwróci wzrok (choć w odniesieniu do przedstawicieli innych kultur niż europejska nie jest to wcale takie oczywiste). Trudniej uchwytne może być natomiast głęboki namysł, stupor lub sparaliżowanie strachem. Gdy sytuacja nie nagli, lekarz może i powinien poczekać lub pomóc pacjentowi w opanowaniu emocji – ale nie wtedy, gdy czas działa na niekorzyść. Dlatego z wielką niechęcią oraz świadomością, iż jest to interpretacja niedoskonała, muszę zgodzić się z B. Janiszewską i uznać, że **kompletny brak reakcji u pacjenta wolno będzie – aczkolwiek jedynie w ustawowo określonym stanie szczególnym, czyli w okolicznościach niebezpieczeństwa dla życia lub poważnego zagrożenia zdrowia – potraktować jako stan niekompetencji**. Taka interpretacja pozostawia szerokie pole do nadużyć – w szczególności poprzez nazbyt powierzchowne oraz pochopne odczytywanie braku reakcji, stanowi jednak mimo wszystko wybór mniejszego zła. Brak reakcji u pacjenta pociąga za sobą brak z nim kontaktu, a to z kolei pozwala domniemywać faktycznie brak kompetencji.

Jako pole do powyższych rozważań posłużył B. Janiszewskiej przypadek pacjentki będącej świadkiem Jehowy²⁹⁴, która uległa wypadkowi samochodowemu i po opuszczeniu szpitala zgłosiła pretensję o przetoczenie krwi bez swej zgody. Niedokładność w ustaleniach faktycznych stanowiła później przyczynę ponownego zastanowienia nad werdyktem Sądu ustalającym, iż oświadczenie pacjenta *pro futuro* ma charakter prawnie wiążący. Oświadczenie, o które chodzi, zostało bowiem odnalezione już *post factum*, zaś pacjentka, będąc przytomna, o niczym lekarzy nie poinformowała: zachowywała się zupełnie biernie. Od strony faktycznej sprawę komplikowała kwalifikacja sytuacji jako naglącej. Można sobie wyobrazić, jak w przyspieszonym tempie przewożono poszkodowaną z karetki na salę operacyjną, biegnący obok lekarz dyżurny wykrzykiwał komendy niczym generał na polu bitwy, pielęgniarki na wyścigi szły na salę operacyjną, a chirurdzy szorowali ręce odliczając sekundy. Wymóg pełnego informowania oraz odbierania rozeznanej zgody słusznie może wzbudzić zwłaszcza u obeznanych z takimi przypadkami lekarzy wzruszenie ramion lub nawet znaczący gest narysowania kółka na

²⁹⁴ Zob. orzeczenie SN przywołane w przyp. 269.

czole. To prawda, że sprawia wrażenie zupełnie oderwanego od rzeczywistości, gdy pilność przypadku nie daje czasu. Z drugiej strony – trudno dziwić się pacjentowi, że nie reaguje (nawet przy założeniu, iż zachował kompetencję): bardzo prawdopodobne, iż po prostu nie nadąża percepcyjnie. Równie dobrze przyczyny są jednak inne, a milczenie i bierność nie mogą niczego wyjaśnić. Nawet zachowanie przytomności o niczym jeszcze nie świadczy, ponieważ w grę może wchodzić osłabienie, szok lub depresja²⁹⁵. W kontekście roztrząsanej sprawy padła supozycja, iż pacjentka celowo przemilczała fakt złożenia oświadczenia *pro futuro* [żeby ktoś zadecydował za nią i uwolnił ją od dylematu], niemniej motywacja jest w sensie prawnym bez znaczenia, dopóki wola pacjenta nie zostanie przejawiona w sposób dostateczny²⁹⁶. Wyrażony został jednak w doktrynie przez I. Stańczyk i T. Olszewskiego również pogląd, iż sąd „miał podstawy do przyjęcia domniemania, że pacjentka przez to, iż nie wyraziła sprzeciwu na przeprowadzenie zabiegu w chwili przewiezienia jej do szpitala, kiedy była jeszcze przytomna i mogła wyrazić swą wolę, zgadza się na dokonywanie przez lekarzy wszelkich czynności zmierzających do ratowania jej życia”²⁹⁷. Jest to pogląd, który na gruncie aktualnej ustawy lekarskiej należy uznać za anachroniczny oraz szkodliwy z punktu widzenia poszanowania autonomii pacjenta. O braku oparcia dla takiego wnioskowania w semiotyce była już mowa. Na żadnego pacjenta, a zwłaszcza znajdującego się w stanie ciężkim, nie można nakładać prawnego obowiązku komunikowania o złożonym wcześniej sprzeciwie²⁹⁸ pod rygorem potraktowania milczenia jako dorozumianej zgody. Milczącego pacjenta wolno jedynie potraktować jako niekompetentnego. Istotny z punktu widzenia faktycznego może być natomiast problem, czy ratujący lekarze w ogóle zastanawiali się nad stanem kompetencji u pacjentki i czy, chociażby w biegu i sposobem uproszczonym, próbowali się z nią skomunikować w sprawie zgody na leczenie. Istnieje obawa, że nie, ponieważ przyjmowali linię rozumowania prezentowaną przez I. Stańczyk i T. Olszewskiego.

Reasumując: milczenie pacjenta przy braku innych reakcji nie może być poczytywane jako przyzwolenie. Pacjent powinien jednak liczyć się z tym, że

²⁹⁵ B. Janiszewska, *Praktyczne problemy oświadczeń pro futuro (uwagi po rozstrzygnięciu sprawy)*, Prawo i Medycyna nr 4/2009 s. 55–56.

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ Zob. I. Stańczyk, T. Olszewski: *Glosa do postanowienia SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05*, Przegląd Sądowy nr 11–12/2008, s. 221.

²⁹⁸ B. Janiszewska, *Praktyczne problemy oświadczeń pro futuro...*, s. 56.

jeżeli między nim a lekarzem ma miejsce zupełny brak komunikacji, to istnieją podstawy, aby w dobrej wierze uznać po stronie pacjenta stan niekompetencji i stosownie do tego ustalenia dalej postępować. Tylko dlatego dla pacjenta niepraktycznie jest milczeć, o ile zachował rozeznanie i zdolność komunikacji.

Żądanie, życzenie, wniosek

Według ustawy lekarskiej na *żądanie* pacjenta lekarz nie ma obowiązku udzielania mu informacji (art. 31 ust. 3 uzawlek. – zrzeczenie się prawa do informacji). Ustawa o prawach pacjenta formułuje to nieco inaczej, ale z takim samym skutkiem: pacjent ma *prawo żądać*, aby lekarz nie udzielił mu informacji (art. 9 ust. 4). To samo dotyczy upomnienia się przez pacjenta o informację pełną w okolicznościach przywileju terapeutycznego – *na żądanie* (art. 31 ust. 4 *in fine* uzawlek. oraz art. 9 ust. 6 u.pr.pacjenta). Zgodnie z ustawą o prawach pacjenta, pacjent ma *prawo żądać* opinii innego lekarza lub zwołania konsylium (art. 6 ust. 3), natomiast co do natychmiastowego udzielenia pomocy ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia, ten sam akt prawny posługuje się pojęciem „prawo do” (art. 7 ust. 1). Żądanie kieruje się do określonego świadczeniodawcy, podczas gdy prawo do... jest ustalone w sposób abstrakcyjny, niemniej w konkretnym przypadku zgłoszenia się do lekarza przybiera kształt roszczenia (żądania). Żądanie jest realizacją przysługującego prawa i nie ma samodzielnej wartości na skali zgoda – brak zgody. Gdy pacjent żąda, to oczywiście, że czegoś chce, niemniej **gdy przyjdzie do realizacji owego żądania – pozytywne naleganie nie jest równoznaczne z rozeznaną zgodą, dlatego chybione będzie ekskulpacyjne powoływanie się przez lekarzy na żądania ze strony pacjentów**. To prawo ustanawia, kiedy i z jakim skutkiem pacjentowi wolno jest czegoś żądać: np. żądanie konsylium lekarz może odrzucić, jeśli jest „bezzasadne” (co zresztą stawia samo prawo do konsylium pod znakiem zapytania, bo skoro lekarz prowadzący może jednoosobowo zadecydować o bezzasadności żądania – w istocie rozstrzyga zamiast konsylium. Istnieje przepis generalny, który pozwala pacjentowi odwołać się do komisji lekarskiej od każdej opinii lub orzeczenia mających wpływ na jego prawa – art. 31 u.pr.pacj. Jestem jednak zdania, że możliwość jednoosobowego odrzucenia żądania konsylium powinna być uzasadniona ustawowo co najwyżej *oczywistą* bezzasadnością, ponieważ wydaje mi się, że tylko w tym zakresie jeden fachowiec jest kompetentny, by zastąpić kilku).

Charakter prawny zgody

Z punktu widzenia autonomicznej woli oraz osobistego interesu pacjenta jest w gruncie rzeczy obojętne, czy życzenie co do wyrwania zęba lub amputowania nogi spełni lekarz, znachor, cyrulik czy kolega od kieliszka – jeżeli tylko sprawi się należyście. Wiadomo jednak, że wykonywanie czynności medycznych przez osoby niebędące lekarzami może wzbudzać niechęć otoczenia²⁹⁹ oraz dezaprobatę systemu prawa. W kontekście cywilnoprawnej zgody na ingerencję w dobro osobiste powtarza się od dość dawna, iż jest to dopuszczalne, o ile danym dobrem pacjentowi wolno rozporządzać oraz gdy zgoda nie stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Spotyka się nawet zapatrywanie o bezprawności zgody na niektóre czynności medyczne, np. na eutanazję. Te zastrzeżenia pokazują, że gdy w sprawie własnego wykonania interwencji na organizmie nic człowieka nie ogranicza, angażowanie osób trzecich obwarowane jest szeregiem restrykcji. Dlatego też i zgoda pacjenta na zabieg medyczny powinna być rozpatrywana na szerszym tle.

Kontratyp czynności leczniczej

W doktrynie prawa karnego tradycyjnie przeważał pogląd, zgodnie z którym zgoda pacjenta stanowi jedną z czterech przesłanek składających się na kontratyp czynności leczniczej. Tylko przy ich spełnieniu czynność medyczna kwalifikuje się jako zgodna z prawem. Obok zgody pacjenta przesłankami tymi są: wykonanie zabiegu przez osobę legitymującą się stosownymi uprawnieniami, zachowanie prawideł wiedzy medycznej oraz istnienie celu leczniczego³⁰⁰.

Legalność zabiegu medycznego musi być rozpatrywana na tle całego systemu prawnego. Cywilistyczne naruszenie dobra osobistego uważane jest z zasady za bezprawne. Na gruncie prawa cywilnego dostateczną okolicznością uchylającą bezprawność jest zgoda uprawnionego, ale nie zawsze: wszystko zależy, jakie dobro zostało naruszone (wolność, zdrowie czy życie). Dlatego cztery przesłanki prawnokarnego kontratypu znajdują zastosowanie również dla cywilistycznej oceny naruszenia. W granicach

²⁹⁹ Z bliżej nieokreślonymi ustępstwami dla „szamanów” w rodzaju homeopatów, rzeźników tzw. medycyny alternatywnej, różdżkarzy itp.

³⁰⁰ K. Buchała: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 314; I., Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*, wyd. 5, Warszawa 1978, s. 222.

tych przesłanek pacjentowi wolno narażać na interwencje ze strony osób trzecich dowolne dobra, w tym również własne życie. Czynność medyczna przy spełnieniu pewnych przesłanek nie narusza porządku prawnego jako całości, niezależnie od gałęzi.

Zgodnie z teorią kontratypową czynność medyczna spełniająca opisane cztery przesłanki jest legalna wtórnie, zaś brak którejkolwiek z nich powoduje bezprawność. W doktrynie prawa karnego obecny jest jednak również konkurencyjny pogląd, forsujący **pierwotną** legalność interwencji leczniczej. Główny jego zwolennik, Andrzej Zoll, zwraca uwagę, iż pogląd traktujący zabieg leczniczy jako kontratyp, tym samym zakłada, że czyn lekarza realizuje zawsze znamiona ustawowe określonego typu przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu. Niezrealizowanie którejkolwiek spośród czterech przesłanek kontratypu pociąga za sobą kwalifikację zachowania jako bezprawnego i w razie jednoczesnego wystąpienia winy implikuje odpowiedzialność za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu³⁰¹. Za koronny argument służy popełnienie błędu medycznego, które zdaniem Autora doprowadzi wówczas do odpowiedzialności lekarza za przestępstwo umyślne, bo przecież „lekarz przy zabiegu leczniczym (w szczególności chodzi tu o zabiegi operacyjne) umyślnie narusza integralność ciała pacjenta, powodując co najmniej uszkodzenie ciała. Czy rzeczywiście ma to oznaczać, że lekarz w przypadku popełnienia błędu w postępowaniu leczniczym ma odpowiadać za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu? Wniosek taki nie może być aprobowany. Stanowi on jednak logiczne następstwo koncepcji traktującej zabiegi lecznicze jako kontratypy. Dyskwalifikuje więc on samą koncepcję”³⁰². Referując dalej zwalczaną przez siebie koncepcję kontratypową A. Zoll podnosi, że jej zwolennicy radzą sobie w ten sposób, iż negując przy popełnieniu błędu medycznego zamiar uszkodzenia ciała, dowodzą braku odpowiedzialności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu. Zamiar leczenia ma wyłączyć zamiar uszkodzenia ciała, jednak zdaniem A. Zolla nastawienie psychiczne nie stanowi znamienia podstawowych typów przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu³⁰³. Oczywiście że nie stanowi znamienia, o ile przez znamiona rozumieć składniki definicji typu przestępstwa określone w części szczególnej ustawy karnej. Nastawienie psychiczne stanowi natomiast składnik logicznej

³⁰¹ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 8.

³⁰² Ibidem, s. 9.

³⁰³ s. 10.

struktury przestępstwa. Żeby dany stan faktyczny był przestępstwem, musi wypełniać znamiona określone dla danego typu przestępstwa i jednocześnie spełniać wymagania wynikające z logicznej struktury przestępstwa (m.in. bezprawność, wina, szkodliwość społeczna, czyn). Nastawienie psychiczne jest elementem winy z pewnością w prawie cywilnym, a tradycyjnie tak samo było pojmowane w prawie karnym.

Marian Filar zauważył polemicznie, że **gdy brakuje celu naruszenia określonego dobra, to i nie można mówić o umyślności naruszenia**. Umyślność i nieumyślność „nie realizują się przecież jedynie w warstwie czysto behawioralnej, lecz także normatywnej. Działać umyślnie w sensie prawnokarnym nie oznacza przecież tylko wykonać umyślnie (tj. przy zaangażowaniu woli i świadomości) jakąś czynność, lecz także robić to dla naruszenia określonego, chronionego prawnie dobra”³⁰⁴. Z kolei Agnieszka Liszewska dostrzegła w rozumowaniu A. Zolla niekonsekwencję polegającą na tym, że nie jest możliwe podejmowanie jednej czynności w dwóch przeciwnych celach, gdy chodzi o to samo dobro prawne, tj. życie i zdrowie pacjenta³⁰⁵. Kluczowe znaczenie ma tutaj przesłanka celu leczniczego, od której nie da się oderwać całego rozumowania. Wygląda więc, że teoria kontratypowa broni się zupełnie dobrze, a próby jej obalenia przedstawiają się jako niepotrzebnie wysiłone. Zarówno A. Zoll, jak cytowany przezeń Mieczysław Sośniak³⁰⁶ wyraźnie nie mogą pogodzić się z myślą, że czynności zdziałane przez lekarza dla ratowania zdrowia lub życia pacjenta mogłyby być potraktowane jako bezprawie. Od czasu wypowiedzenia tych opinii dość poważnie zmieniło się jednak ustawodawstwo: w kodeksie karnym znalazło się przestępstwo leczenia bez zgody, a lekarska ustawa zawodowa w obecnym brzmieniu też nie pozostawia złudzeń: legalne interwencje medyczne to co do zasady tylko te, na które pacjent wyraził zgodę.

Z punktu widzenia szacunku dla autonomii pacjenta oraz materialno-prawnej logiki w ochronie dóbr osobistych, teoria kontratypowa ze swoją

³⁰⁴ M. Filar: recenzja książki A. Zolla pt. *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Państwo i Prawo nr 1/1990, s. 121.

³⁰⁵ A. Liszewska: *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 72.

³⁰⁶ „Trudno sobie (...) wyobrazić tego rodzaju proces myślowy, wedle którego cywilista uważa każdy zabieg za sprzeczny z prawem, potem zaś dopiero szuka jakichś sztucznych uzasadnień wyłączenia tej bezprawności. Kto leczy człowieka nie uszkadza jego zdrowia, choć przy tym narusza jego ciało”. – M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1977, s. 44–45.

wtórna tylko legalizacją czynności medycznej, zapewnia spójność systemową w obrębie prawa medycznego – chociaż w tym miejscu trzeba jeszcze wprowadzić dodatkowe wyjaśnienie. Najwyraźniej stosowana przez A. Zolla konstrukcja umyślności jest wadliwa, skoro miałyby prowadzić do wniosku takiego, jak powyżej. Może należy ją więc zrewidować. Rozcięcie brzucha celem wycięcia zgangrenowanego wyrostka robaczkowego przez lekarza, *seppuku* (szerzej znanego pod mało wytworną nazwą *harakiri*), czy napadu z nożem w rękę – nie różni ani strona przedmiotowa (otwarcie brzucha), ani podmiotowa („kto”). Istota różnicy tkwi w celu. Celem zaś jest wizja przyszłego stanu faktycznego; wyobrażenie stanu fizycznie nieistniejącego, ale uważanego za pożądany. **Cel tkwi w umyśle osoby, a nie w samej czynności.** Jeśli ta wizja motywuje do określonego działania, które ma szanse doprowadzić do urzeczywistnienia wizji, to podjęcie takiego działania przekształca marzenie w cel. Czy popełniający błąd medyczny lekarz działa w zamiarze zrobienia pacjentowi dziury w brzuchu? – Nie, on zamierza wyciąć wyrostek robaczkowy (wszelako bez dziury w brzuchu na ogół obejść się przy tym nie może).

Dominująca w nauce prawa karnego pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. tzw. **kompleksowa** teoria winy przyjmuje podwójną rolę zamiaru w strukturze przestępstwa. Zamiar jest pod względem aksjologicznym oceniany dwukrotnie: 1) jako element strony podmiotowej czynu 2) jako psychologiczny substrat winy – w uproszczeniu określany jako zarzuczalny stosunek sprawcy do czynu. Zamiar jest więc częścią czynu i jednocześnie zarzuczalnym stosunkiem sprawcy do czynu – np. wadliwy proces decyzyjny jest winą albo lepiej: czyn podyktowany wadą procesu decyzyjnego uważa się za zawiniony. Jest to zbieżne z cywilistycznym pojmowaniem winy.

Tymczasem narzucona (według *communis opinio*) przez obecny kodeks karny **czysto normatywna** konstrukcja winy całkowicie odrywa kwestię zawinienia od podmiotowej strony zachowania. Tym samym obecne rozwiązania ustawowe w prawie karnym czyniłyby siatkę pojęciową prawa karnego całkowicie nieprzystawalną do siatki pojęciowej cywilistyki. Według klasycznej doktryny finalizmu (zaczepniętej z prawa niemieckiego) słowo „czyn” powinno określać zarówno stronę przedmiotową, jak podmiotową, a więc czynność psychofizyczną – działanie lub zaniechanie, proces decyzyjny, motywację i pobudki. Natomiast zewnętrzny czynnik winy sprowadzony jest do „czystej” zarzuczalności. Dopiero po tym wtręcie staje się zrozumiały wniosek A. Zolla kwalifikujący błąd lekarski jako umyślne uszkodzenie ciała. Taki finalizm nie ma jednak żadnego uzasadnienia praktycznego, wydaje się stać

w sprzeczności ze zdrowym rozsądkiem i zupełnie nie przystaje do cywilistycznego rozumowania deliktowego.

Proponowaną przez A. Zolla alternatywą (wobec celowo przedstawionej absurdalności wnioskowania o winie umyślnej z błędu lekarskiego) jest przyjęcie jako zasady, iż zabieg leczniczy nie jest nielegalny (koncepcja pierwotnej legalności zabiegu leczniczego).

„Zabieg leczniczy przeprowadzony zgodnie z regułami wiedzy medycznej nigdy nie stanowi realizacji znamion typów przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu. Legalność naruszenia integralności ciała jest w takim przypadku „pierwotna” i nie wymaga wystąpienia okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Nie wyklucza to odpowiedzialności lekarza przeprowadzającego zabieg za atak na inne dobro stanowiące wartość społeczną – np. wolność jednostki”³⁰⁷. Według tego poglądu zabieg jest pierwotnie legalny w stosunku do życia i zdrowia i jednocześnie nielegalny w stosunku do wolności. W każdym jednak razie nie jest legalny w pełni. W innym miejscu Autor wywodzi, iż „Do realizacji znamion typu czynu zabronionego konieczny jest atak na dobro prawne chronione danym przepisem ustawy karnej. Lekarz dokonujący operacji i w jej ramach powodujący naruszenie czynności narządów ciała nie działa przeciwko zdrowiu tylko zdrowie pacjenta ratuje”³⁰⁸. Tyle, że jedno może być połączone z drugim – np. sterylizacja w efekcie chemioterapii. Jeżeli pacjent nie wyraził rozeznanej zgody na leczenie prowadzące do bezpłodności, to ni mniej ni więcej, tylko doznał w sposób bezprawny poważnego rozstroju zdrowia. Nie do utrzymania jest zatem teza A. Zolla, że w zachowaniu lekarza nie ma realizacji znamion czynu zabronionego i że niepotrzebne jest usprawiedliwienie takiego zachowania³⁰⁹.

Mimo najlepszych chęci poglądu tego nie rozumiem: nie sposób bowiem pojąć, jakim cudem np. rozcięcie powłok ciała z uzyskaniem dostępu do jamy brzusznej miałoby **nie** odpowiadać ustawowemu zwrotowi „powodować uszkodzenie ciała”. Z perspektywy cywilistycznej jest to oczywiste uszkodzenie ciała, a pytanie brzmi tylko, czy nastąpiło ono bezprawnie (co założone jest z zasady), czy też nie. Rozumowanie A. Zolla powinno więc wzbudzić natychmiastowy sprzeciw każdego cywilisty, uwarunkowanego przecież pierwotną bezprawnością w naruszeniu dóbr osobistych. Każda laparotomia (rozcięcie powłok brzusznych z wejściem do jamy brzusznej) stanowi o naruszeniu in-

³⁰⁷ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, s. 15.

³⁰⁸ A. Zoll: *Granice legalności zabiegu medycznego*, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 32.

³⁰⁹ Ibidem.

tegralności cielesnej. Innymi słowy – przeprowadzenie bez zgody pacjenta laparotomii w celu leczenia zapalenia wyrostka robaczkowego będzie z cywilistycznego punktu widzenia przede wszystkim bezprawnym rozcięciem brzucha, a dopiero na dalszym miejscu – pogwałceniem autonomii czy wolności. Nie ma **cywilnego** prawa medycznego ani **karnego** prawa medycznego: **jest prawo medyczne, które wymaga zastosowania koncepcji interpretacyjnych zapewniających mu wewnętrzną spójność**. Na gruncie ochrony dóbr osobistych Sąd Najwyższy wyjaśnił, że każde naruszenie dobra osobistego kwalifikuje się jako bezprawne, o ile nie zachodzi żadna ze szczególnych okoliczności usprawiedliwiających³¹⁰. Mamy więc do czynienia nie tylko z przerzuceniem ciężaru dowodu na użytek procesowy, ale art. 24 k.c. wyraża też określoną logikę prawa materialnego. Ta logika również nie da się pogodzić z koncepcją pierwotnej legalności czynności leczniczej: z żadnego przepisu prawa owa legalność nie wynika, a wręcz przeciwnie – tak w prawie karnym jak cywilnym, jak też w samym prawie medycznym, granicą legalności jest zgoda pacjenta. Zresztą w prawie karnym istnieje z kolei przestępstwo leczenia bez zgody, więc pogodzenie tego z pierwotną legalnością zabiegu leczniczego jest zwyczajnie niemożliwe.

Jako dodatkowy argument przeciwko teorii kontratypowej A. Zoll powołuje rozmieszczenie ciężaru dowodu: ciężar dowodu ma obarczać tego, kto powołuje się na kontratyp. W konsekwencji „Lekarz byłby więc zobowiązany do wykazywania w każdym przypadku (również w przypadku zabiegu udanego), że nie popełnił błędu w sztuce i że działał za zgodą pacjenta. Żądanie czegoś takiego od lekarzy jest po prostu absurdem. To lekarzowi trzeba wykazać, że popełnił błąd, że jego zachowanie nie odpowiadało wymaganiom należytej ostrożności. Należy więc wykazać popełnienie czynu o właściwościach wskazujących na jego społeczne niebezpieczeństwo, udowodnić wypełnienie znamion typu czynu zabronionego”³¹¹. Mamy tu jednak do czynienia z uproszczeniem. Ciężar dowodu nie jest konstrukcją sztywną. Żaden sąd karny, gdyby jakieś okoliczności wskazywały np. na obronę konieczną, nie przerzuciłby ciężaru dowodu w całości na broniącego się. Jeżeli oskar-

³¹⁰ Do których na ogół zalicza się: 1) działanie w ramach porządku prawnego, czyli dozwolone przez obowiązujące przepisy prawa, 2) wykonywanie prawa podmiotowego, 3) zgodę pokrzywdzonego – choć z zastrzeżeniem uchylecia jej skuteczności w niektórych przypadkach oraz 4) działanie w obronie uzasadnionego interesu – Orz. SN z 19.X.1989 r., II CR 419/89, OSP nr 11–12/1990, poz. 377.

³¹¹ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, s. 11–12.

żona dźgnęła pokrzywdzonego nożyczkami w oko twierdząc, iż broniła się przed zgwałceniem, to nie oznacza, że zostanie na nią przerzucony pełny dowód (tak jakby była oskarżycielem publicznym), że doszło do usiłowania zgwałcenia. Wszystko zależy od tego, jaki jest wyjściowy stan faktyczny. Ciężar dowodu to kwestia kontekstowa. Podobnie jest z czynnościami leczniczymi. Wyrwanie zęba w stodole pacjentowi siedzącemu na fotelu wymontowanym z samochodu *prima facie* nie wskazuje na leczenie realizowane przez profesjonalistę (a nawet trudno będzie powiedzieć, czy w ogóle jest to leczenie). Wykonawca będzie więc musiał się z tego pozytywnie wytłumaczyć: np. że nie miał na miejscu lepszego sprzętu, że został wezwany do pacjenta niemożącego dojechać do gabinetu i że posiada prawo wykonywania zawodu respektowane w Polsce³¹². Stomatolog przyjmujący w eleganckim, prywatnym gabinecie będzie wyjściowo w korzystniejszej sytuacji dowodowej, chyba że jego obcy akcent i personalia skłonią do zadania pytania o prawo wykonywania zawodu w Polsce³¹³. Ciężar dowodu w praktyce może więc zależeć od okoliczności konkretnego przypadku. W cywilistyce procesowej wyrazisty przykład stanowi dowód *prima facie*, którego dopuszczalność wywodzi się z domniemań faktycznych. Takie pierwsze wejrzenie potrafi zupełnie odwrócić sytuację dowodową. Może się też zdarzyć, że z danego faktu wywodzą skutki prawne obie strony: np. trzynastolatek – że nie ponosi odpowiedzialności za zawnioną szkodę, ponieważ nie miał „dostatecznego rozeznania” oraz poszkodowany – że właśnie ponosi, ponieważ rozeznania miał. Dobrym przykładem jest również stan faktyczny z wyroku Sądu Najwyższego z 2005 r.³¹⁴, gdzie pacjentka zaburzona psychicznie pozwała szpital za usunięcie bez jej zgody sprawnej nerki celem jakoby „kradzieży” do przeszczepu, podczas gdy nerka była dotknięta nowotworem. Kto dowodził, że wszystko odbyło się

³¹² Jest to historia autentyczna, o której donosiła prasa. Lekarz dojeżdżał z Ukrainy i tanio leczył polskich niezamożnych pacjentów na wsi. Podobno był cenionym lekarzem u siebie, polscy pacjenci nie zgłaszali doń zastrzeżeń, nie miał jednak prawa wykonywania zawodu w Polsce.

³¹³ Jest to również sprawa autentyczna, rozpoznawana przez OSL w Warszawie, przy czym niemiecki imigrant okazał się niebýwałym wręcz partaczem i dlatego jego dokonania zostały zgłoszone jako przewinienia zawodowe. W toku procesu okazało się, że działalność gabinetu firmowała żona – Polka, a obywatel niemiecki, podobnie jak jego ukraiński kolega po fachu, nie miał prawa wykonywania zawodu na terytorium RP.

³¹⁴ Wyrok SN z 14 października 2005 r., III CK 99/05, OSP nr 6/2008 poz. 68 z gl. M. Swiderskiej oraz K. Bączyk – Rozwadowskiej, Przegląd Sądowy nr 5/2008; zob. też wnikliwie i w oparciu o ówczesnie obowiązujący stan prawny – B. Janiszewska: *Uwagi o legalności przeprowadzenia operacji na tle wyroku SN...*, Prawo i Medycyna nr 4/2008.

zgodnie z prawidłami wiedzy medycznej i że nerka była zmieniona chorobowo? Przecież nie pacjentka, która twierdziła, iż nerka była zdrowa.

Łączne spełnienie czterech przesłanek kontratypu czynności leczniczej mieści w sobie wszystkie kwestie prawnomedyczne, które powinny być uregulowane. Na gruncie prawa cywilnego próbowano sobie z tym radzić między innymi przez formułowanie postulatu, żeby przedmiotem zgody na naruszenie dobra osobistego mogło być objęte tylko takie dobro, które pozostaje w swobodnej dyspozycji strony³¹⁵. Jest to propozycja uniwersalna w sensie odniesienia do każdego dobra osobistego. Z punktu widzenia całego systemu prawa jest raczej bezsporne, iż nawet własne życie nie stanowi przedmiotu swobodnej dyspozycji: wolno odebrać je sobie samemu, ale nie wolno w to wciągać osób trzecich – o czym świadczy penalizacja eutanazji. Niemniej w medycynie pacjent wciąż naraża życie przy aktywnym udziale lekarzy, a okolicznością usprawiedliwiającą jest kontratypowa przesłanka celu leczniczego. Niezależnie od tego, czy działanie w celu leczniczym włączymy do przesłanek kontratypu, czy sformułujemy jako osobną okoliczność prawnie relewantną – wymaga ono uwzględnienia przy ocenie interwencji lekarskiej. Za kontratypem przemawia jednak spójna z mechanizmem ochrony dóbr osobistych i z zasadą poszanowania autonomii koncepcja wtórnej, a nie pierwotnej legalności zabiegu medycznego³¹⁶.

Zasady współżycia społecznego

Inny pomysł doktryny stanowi przyjęcie wymagania, ażeby przedmiot zgody pacjenta w sprawie leczenia (lub odmowa!) nie był sprzeczny z ustawą ani z zasadami współżycia społecznego – podobnie jak czynność prawna³¹⁷. Autor koncepcji, Mieczysław Sośniak, miał jednak na uwadze przede wszystkim odmowę ze strony przedstawiciela ustawowego na ra-

³¹⁵ A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 1/1990, s. 46. Ten sam autor reprezentował stanowisko, iż ujmowanie zgody jako odpowiednika kontratypu jest zbędne, albowiem zabieg leczniczy należy uznać za działanie co do zasady dozwolone, o ile zostaną spełnione odpowiednie warunki – A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 160.

³¹⁶ Zob. też P. Daniluk: *Czynność lecznicza jako kontratyp*, Prawo i Medycyna nr 2/2008 (31 vol. 10).

³¹⁷ M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1968, 1977 i 1989, s. 63 (wyd. II). Autor nie podziela jednak zdania, iżby udzielenie przez pacjenta zgody na leczenie stanowiło czynność prawną.

towanie życia dziecka, zaś kwestię sterylizacji czy kastracji na przykład uważał za pozbawioną praktycznego znaczenia. Pomijając tymczasowo sprawę podstaw prawnych dla przyjęcia kryterium niesprzeczności z zasadami współżycia społecznego (które moim zdaniem nie istnieją), należy przede wszystkim zastanowić się nad konsekwencjami. Po pierwsze – jeśli odmowa zgody okazałaby się sprzeczna z owymi pryncypiami, stronie medycznej wolno byłoby przejść nad nią do porządku i leczenie przeprowadzić. Jeżeli z kolei pacjent zgadzałby się lub nawet nalegał na taki zabieg – interwencja medyczna miałaby charakter bezprawny z wszystkimi konsekwencjami, małe zatem szanse, by ktoś podjął się jej wykonania (aczkolwiek wyjątki są znane).

Jeśli chodzi o odmowę, to było już podnoszone, iż nie ma ona samodzielnego bytu prawnego: jest równoznaczna z brakiem zgody i tylko go dodatkowo precyzuje. Na odrębny charakter prawny odmowy nie istnieją żadne podstawy normatywne. Odmowa zgody oznacza jedynie, że zgoda **nie** zostaje udzielona. Gdyby odmowa miała być kwalifikowana jako niemoralna lub szkodliwa społecznie, to pierwsze pytanie powinno brzmieć – wobec kogo? Skoro odmowa stanowi decyzję w sprawie dobra osobistego, to albo musiałaby naruszać cudze dobro osobiste podlegające z jakichś przyczyn ochronie takiej samej lub silniejszej (choć to akurat wypełniałoby raczej znamiona bezprawności), albo godzić w stosunki międzyludzkie. Hipotetycznie rzecz biorąc, czy mogłaby być uznana za nie w porządku wobec innych ludzi na przykład odmowa poddania się zabiegowi „stosunkowo” prostemu, obarczonemu niewielkim ryzykiem, a rokującym duże szanse odzyskania sprawności (z jednoczesną utratą prawa do renty inwalidzkiej)? Skąd wywodzić po stronie pacjenta obowiązek aktywnego działania w celu poprawy lub niepogarszania zdrowia? **Przyjęcie koncepcji „szkodliwej społecznie” odmowy zgody na zabieg na własnym ciele siłą rzeczy pociągałoby za sobą uznanie społecznego, międzyludzkiego obowiązku co do poddania się leczeniu; a więc z programowym ignorowaniem osobistych rozterek:** strachu wobec samego zabiegu, obaw przed bólem (zwłaszcza pozabiegowym), zmęczenia ciągłymi wizytami lekarskimi lub kłopotliwą a mało efektywną rehabilitacją, reakcji na znieczulenie, atawistycznego lęku przed znieczuleniem ogólnym bądź wątpliwości, czy aby na pewno się uda. Skoro w medycynie rezultat jest faktycznie niemożliwy do zagwarantowania, to nie byłoby moim zdaniem uczciwe (także z punktu widzenia zasad współżycia społecznego) stawianie pacjentowi podobnych wymagań i to w kategorii obowiązku. Takie stanowisko reprezentował pierwotnie Sąd Najwyższy w orzeczeniach

z 1961³¹⁸ i 1963 r.³¹⁹. W pierwszym z nich zostało powiedziane, że decyzja poszkodowanego co do poddania się operacji należy wyłącznie do niego i nie może on być w tym względzie do niczego zmuszany. Zatem odmowa nie może prowadzić do zmniejszenia odszkodowania i być traktowana jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Pacjent odmawiał zgody na zoperowanie zmiążdżonej stopy. Z kolei w orzeczeniu z 1963 r. Sąd stwierdził, że nawet pomyślne rokowanie co do wyniku zabiegu chirurgicznego nie może decydować o obowiązku poddania się operacji. Słusznie zostało podniesione przez Mieczysława Sośniaka, że jest tylko jeden pierwotnie poszkodowany, a strona zobowiązana do odszkodowania nie ma prawa uzależniać swego obowiązku od zdarzeń narażających poszkodowanego na dodatkowe przykrości i ryzyko nowej szkody. Pacjent, dostatecznie już poszkodowany, ma prawo do tego, by zostawiono go w spokoju, nawet gdy chodzi o zabiegi przedstawiające ryzyko „normalne i przewidywalne oraz niełączące się z niebezpieczeństwem i boleśnością”³²⁰. Autor słusznie zakwestionował ową normalność i przewidywalność, ponieważ w medycynie mało kiedy da się przewidzieć efekt z pewnością, a faktyczne ryzyko niepowodzenia spada zawsze na pacjenta. Przytoczył polemicznie kryteria określające rzekomy obowiązek poddania się operacji, sformułowane przez Adama Szpunara³²¹: gdy operacja jest prosta, bezbolesna, rokująca dobre wyniki i niepołączona z niebezpieczeństwem dla życia oraz najlepiej wykonywana pod znieczuleniem miejscowym – po czym każde kolejno podważył. Tego, że bezbolesnych operacji nie ma – nie trzeba długo tłumaczyć: każde znieczulenie w końcu przestaje działać i ból staje się odczuwalny. Przy nieostrożnych ruchach szwy mogą puścić, laparoscopia natomiast stworzyła osobną kategorię ryzyka. Znieczulenie miejscowe wcale nie jest z zasady mniej ryzykowne od ogólnego – anestezjolodzy uważają, że wręcz przeciwnie – tyle że ogólnego pacjenci bardziej się boją. Trudno stwierdzić, co znaczy, że zabieg jest prosty: cesarskie cięcie wykonuje się rutynowo, a lekarze nierzadko sprawiają wrażenie jakby robili je mimochodem, nieprzerywając pogaduszek. Mimo to są pacjentki, które boją się go jak ognia i trudno się dziwić, skoro następuje otwarcie jamy brzusznej. Z kolei chirurgia żyłaków jest przez lekarzy odczuwana jako żmudna, ponieważ każdą żyłę należy osob-

³¹⁸ SN z 15 marca 1961 r., Z CR 867/59, OSPiKA nr 1/1962, poz. 24, z gl. M. Sośniaka.

³¹⁹ SN z 7 maja 1962 r., CR 504/41, OSPiKA nr 10/1963, poz. 248.

³²⁰ M. Sośniak: *Jeszcze o „obowiązku” poddania się operacji*, Nowe Prawo nr 6/1964 s. 610.

³²¹ A. Szpunar: *Glosa do orzeczenia SN z 3.X.1962 r.*, Nowe Prawo nr 9/1963.

no i dokładnie zaopatrzyć³²² – ale za to uważa się ją za bardziej skuteczną od innych metod. Proponowane przez Szpunara kryteria są więc zupełnie oderwane od realiów medycznych. W formułowaniu obowiązku poddania się leczeniu M. Sośniak dostrzegł zamach na wolną wolę i swobodę decydowania przez pacjenta o własnym ciele. Zwrócił też uwagę, iż „sprawca szkody nie może znajdować się w położeniu korzystniejszym od poszkodowanego, w położeniu dyktującego warunki”³²³. Wydawałoby się, że wszystko zostało już powiedziane, tymczasem Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 1978 r.³²⁴ wykonał wolę: „Odmowa poszkodowanego poddania się wypróbowanemu i powszechnie stosowanemu zabiegowi lekarskiemu, przynoszącemu z reguły pomyślne wyniki i poprawę stanu zdrowia oraz zdolność do samodzielnego utrzymania się, powinna opierać się na motywacji zrozumiałej przynajmniej dla specjalistów i znajdującej oparcie w rzeczywistości występujących reakcjach organizmu ludzkiego, jeżeli ma wywrzeć wpływ na ocenę zakresu odpowiedzialności sprawcy szkody”. Co znamienne, jest to sprawa z zakresu prawa pracy: pacjent pobierał rentę z tytułu wypadku przy pracy: przebicia prawej stopy gwoździem. Rana nie goiła się, powstała przetoka ropna, a pacjent nie chciał zgodzić się na chirurgiczne usunięcie ciał obcych, które dawało jakoby możliwość całkowitego zlikwidowania przetoki i ograniczał się do leczenia zachowawczego w momentach nasilenia dolegliwości. Odmawiał zgody na zabieg, a jednocześnie wystąpił o podwyższenie renty. W rezultacie został *de facto* posądzony o „dobrowolne inwalidztwo”, a sprawę przekazano do ponownego rozpoznania. Mieczysław Sośniak zmienił zaś front i uznał stanowisko pacjenta w tej konkretnej sprawie za „odmowę dla samej odmowy”, zgadzając się z podejrzeniami Sądu, że poszkodowanemu nie chodzi o zdrowie, tylko o rentę. Zaaprobował też podane przez Sąd kryteria warunkujące obowiązek: gdy zabieg jest „wypróbowany”, „powszechnie stosowany” oraz „przynoszący z reguły pomyślne wyniki”³²⁵. Z punktu widzenia poszanowania autonomii jest to klasyczny przypadek „dobrowolnego przymusu”. Tak jak w poprzednio omawianej sprawie M. Sośniak nie dostrzegł prawnych źródeł obowiązku poddania się leczeniu, tak i nie ma ich w niniejszym przypadku. Może i po-

³²² Słyszałam w tym kontekście porównania krawiecko-rękodzielnicze: wypruwanie oraz „supelki – węzelki”.

³²³ M. Sośniak: *Jeszcze o „obowiązku...”* s. 612.

³²⁴ SN z 11 stycznia 1978 r., III PR 183/77, [w] OSPiKA nr 1/1979, poz. 17, z gl. M. Sośniaka.

³²⁵ M. Sośniak: *Glosa...* j.w.

szkodowany pielęgnuje swe kalectwo, ale faktem jest, że sam sobie szkody nie wyrządził. Każdy ma prawo decydować za siebie, a już konstruowanie obowiązku na korzyść podmiotu odpowiedzialnego za szkodę uważam co do zasady za postawienie sprawy na głowie. Obowiązkiem odszkodowawczym objęte są normalne następstwa szkody. Niegojenie się rany, w której tkwią odłamki – jest normalnym następstwem wypadku. Sama odmowa poddania się dodatkowym zabiegom może wydawać się podejrzana: niewykluczone, że poszkodowanemu rzeczywiście chodzi o utrzymanie renty lub – dajmy na to – o klucie sprawcy w oczy doznaną krzywdą. Niemniej przyczynowość zaniechania jest w ogóle problematyczna, a jeżeli wchodzi w rachubę, to tylko gdy na przyczyniającym się biernie ciąży prawny obowiązek aktywności. Poszkodowanemu trzeba by udowodnić złą wolę: że celowo na przykład gmerał w ranie zardzewiałym drutem kolczastym żeby spowodować lub przedłużyć powikłania albo w inny jeszcze sposób sabotował leczenie. Wiadomo, że poszkodowany może przyczynić się w ten sposób, iż spowoduje zwiększenie szkody. Biernie zachowanie pacjenta, który odmawia leczenia, sprawia jednak tylko tyle, iż proces chorobowy idzie swoim trybem. Lecząc się i poddając rehabilitacji pacjent działa w pełni dobrowolnie, na własne konto i dla własnego dobra. Jeżeli z tego powodu jego stan zdrowia ulegnie poprawie do tego stopnia, że wypłacanie renty straci uzasadnienie – sprawca szkody (lub inny podmiot odpowiedzialny) na tym zyska. Pacjent jednak nie może być stratny przez to, że odmówił leczenia. Taki mechanizm stanowiłby zamach na dobrowolność. Zgoda na leczenie nie może być w żaden sposób wymuszona. Odmowa nie potrzebuje uzasadnienia. Nawet zwykły ośli upór pacjenta zasługuje na uszanowanie. Każda zgoda na leczenie jest poświęceniem jednego lub więcej dóbr osobistych. Obowiązek poświęcenia musiałby skądś wynikać w sposób wyraźny. Wprawdzie Sąd Najwyższy nie wspominał ani o obowiązku, ani o przyczynieniu się, lecz o rozsądnym umotywowaniu odmowy, jednak stanowi to również rodzaj presji wywieranej na pacjenta: nie otrzyma wyższej renty, skoro nie chce się leczyć. Jeśli wyrazi zgodę na zabieg – przypuszczalnie mu się polepszy i renta przestanie być wypłacana. A co, jeżeli mu się pogorszy: podobnie jak pacjentce z zesztynieniem stawu łokciowego? Nawet jeżeli otrzyma wyższą rentę – pozostanie na tym stratny fizycznie. Ryzyko w medycynie zachodzi zawsze: nawet jeśli skrajnie niewielkie, nie wolno moim zdaniem w żaden sposób naciskać na pacjenta, ażeby je ponosił.

Możliwe do wyobrażenia jest też ujęcie odmowy zgody ze strony pacjenta, jako narażającej lekarza na psychiczne męki bezradnego patrzenia, jak pacjentowi się pogarsza, jak umiera lub wychodzi kaleką. Tyle, że od razu po-

wstaje pytanie o prawną i moralną dopuszczalność emocjonalnego szantażu prowadzącego do ingerencji w cudzą prywatność. W materii dóbr osobistych powinna być zawsze widoczna granica między sferami dóbr osobistych u poszczególnych osób. Jeżeli hipotetycznie odmowa naruszałaby dobra osobiste lekarza, to respektowanie dóbr osobistych lekarza naruszałoby je u pacjenta. W tych okolicznościach któreś dobro musi mieć nadany priorytet lub też, co wydaje mi się bardziej właściwe, nie należy w ogóle definiować konkretnych dóbr osobistych w taki sposób, by wkraczały w sferę cudzych.

W kontekście sprzeczności odmowy zgody z zasadami współżycia społecznego można też odnotować pogląd, iż odmowa taka stanowi nadużycie prawa. Konkretnie chodziło o świadków Jehowy i ze względu na nagminność zjawiska kojarzoną wyłącznie z nimi odmowę zgody na przetoczenie krwi³²⁶. Jako założenie wyjściowe została przyjęta jakoby niekwestionowana przez nikogo zasada, iż nikt nie ma prawa obciążać innych swoją śmiercią. Należy zatem wnosić, że mamy tutaj do czynienia z zasadą współżycia społecznego o takiej właśnie treści. Zasady współżycia społecznego wyfruwają z ust doktryny ptakiem. Każdy człowiek miałby zatem moralny i społeczny obowiązek, by pozwolić się ratować – inaczej bowiem nadużyje prawa do samostanowienia. W konsekwencji pacjent nie miałby nigdy prawa zadecydować, że chce umrzeć – w każdym razie dopóki jest pacjentem, czyli pozostaje pod opieką lekarzy. Teoretycznie pozostałoby mu na własne żądanie wypisać się ze szpitala, ale tego też by nie wolno, bo wówczas pozostałby bez pomocy i też obciążył lekarzy swoją śmiercią. Z lekarskiego obowiązku ratowania życia wynikałoby więc prawo do ograniczenia wolności pacjenta wedle zasady, że dobrowolne umieranie jest nie w porządku wobec bliźnich. Na gruncie prawa medycznego oznaczałoby to zupełne zlekceważenie zasady szacunku dla autonomii. Nikt nie ma prawa do tego, żeby ktoś inny żył i w konsekwencji żądania odeń, by pozwolił się przy tym życiu utrzymać. Prowadziłoby to do ingerencji w konstytucyjnie zagwarantowane prawo do prywatności oraz do zaprzeczenia istocie dobra osobistego. Jeżeli dany człowiek ma prawo do życia, to prawo do tego samego, cudzego życia, nie może jednocześnie przysługiwać komuś innemu. Do prawa medycznego nie stosuje się zresztą wprost instytucji prawa cywilnego, w szczególności nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.) – ponieważ zgodnie z art. 1 kodeks cywilny reguluje tylko stosunki **cywilnoprawne**. Relacje prawnomedyczne nie są stosunkami cywilnopraw-

³²⁶ J. Ignaczewski: *Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003., s. 36.

nymi choćby dlatego, że nie opierają się na autonomii woli obu stron. Pełna autonomia przysługuje tylko pacjentowi, natomiast na lekarza zostały nałożone najrozmaitsze ustawowe obowiązki niezależne od obowiązującego między nim a pacjentem reżimu prawnego, w tym również umowy. Całe ustawodawstwo medyczne, z nielicznymi tylko wyjątkami co do przymusu leczenia, stanowi dowód na to, iż pacjent autonomię woli ma, zaś lekarz – w zakresie ograniczonym przede wszystkim przez pilność przypadku.

Stan wyższej konieczności

W kontekście zasad współżycia społecznego warto ponadto przywołać konkluzje doktryny i orzecnictwa prawa karnego co do hipotetycznego zastosowania w prawie medycznym instytucji stanu wyższej konieczności (art. 26 k.k.) Jest to przepis generalny, rozstrzygający o kolizji dóbr i w tym sensie zbliżony do cywilistycznego nadużycia prawa. Stosownie do niego nie popełnia przestępstwa ten, kto działa w celu uchYLENIA bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącemu jakimukolwiek dobru chronionemu przez prawo, jeżeli nie można tego inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od ratowanego (§ 1), natomiast poświęcenie dobra nieprzedstawiającego wartości oczywiście wyższej od ratowanego stanowi okoliczność wyłączającą winę (§ 2). Czyn spełniający przesłanki z § 1 nie tylko nie jest przestępstwem, ale w ogóle nie koliduje z porządkiem prawnym; czyn popełniony w okolicznościach § 2 nie stanowi przestępstwa, ale pozostaje bezprawny. Niedopuszczalność zastosowania stanu wyższej konieczności do prawa medycznego wszechstannie uzasadnił Andrzej Zoll³²⁷. Natomiast Sąd Najwyższy w wyroku karnym z 2007 r.³²⁸ stanął na stanowisku, iż „Nie jest dopuszczalne uwolnienie lekarza od odpowiedzialności za zmianę zakresu zabiegu operacyjnego bez zgody pacjenta, na podstawie art. 26 § 1 lub § 5 k.k., w sytuacji niespełnienia warunków określonych w art. 35 ust. 1 i 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (...), gdyż oznaczałoby to zignorowanie, mających charakter gwarancyjny, ograniczeń wynikających z tego samego przepisu”. Otóż to właśnie. Teza ma walor uniwersalny i powinna być stosowana do każdej sytuacji prawnomedycznej, która stwarzałaby pokusę powołania się na

³²⁷ A. Zoll, *Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej*, Prawo i Medycyna nr 19 (2/2005), s. 5–21.

³²⁸ Wyrok SN z 28 listopada 2007 r., V KK 81/07, OSNKW nr 2/2008, poz. 14 z gl. J. Kulesszy, Prawo i Medycyna nr 35 (2/2009), s. 133–142.

stan wyższej konieczności z art. 26 k.k.³²⁹. W tej konkretnej sprawie chodziło o nieuzgodnione z pacjentem zoperowanie przepukliny, a nie zachodziły wskazania do niezwłocznego rozszerzenia zakresu zabiegu. Myśl przewodnia orzeczenia daleko wykracza poza kwestię jednego tylko art. 35 uzawlek. Jest to przepis o charakterze gwarancyjnym, podobnie jak kilka innych z tej samej ustawy. Rozumowanie Sądu Najwyższego stosuje się do nich w całej rozciągłości. Tworząc katalogi wyjątków od zasady zgody pacjenta, prawa do informacji, dochowania tajemnicy lekarskiej, ochrony dokumentacji medycznej i innych, ustawodawca musiał zakładać, że przepisy te nie będą „uzupełniane” przez posłużenie się art. 26 k.k. Interpretacja, wedle której prawodawca jedną ręką ustanawia gwarancje dla praw, dóbr oraz interesów pacjenta, a drugą odbiera je przez dopuszczenie zastosowania stanu wyższej konieczności – byłaby możliwa tylko przy odrzuceniu fundamentalnego założenia o racjonalności ustawodawcy.

Gwarancją poszanowania autonomii przy zgodzie jest upewnienie się, czy spełnia ona wszystkie przesłanki dostatecznego rozeznania. Gwarancją poszanowania autonomii przy odmowie lub nieznanych preferencjach pacjenta – jest ściśle oraz bezwyjątkowe trzymanie się reguł ustawowych: bez kombinowania, stawiania niewynikających z przepisów wymagań czy szukania wyjątków poza systemem prawa medycznego przez odwołanie się do instytucji (a zwłaszcza klauzul generalnych) właściwych innym gałęziom prawa. Część doktryny prawa karnego już dawno upatrzyła sobie w tym celu stan wyższej konieczności; cywiliści z kolei szermują nadużyciem prawa i zasadami współżycia społecznego.

Jeżeli nie da się stosować w prawie medycznym karnistycznego stanu wyższej konieczności, nie ma również podstaw dla powołania się na sprzeczne z zasadami współżycia społecznego korzystanie z prawa. W przeciwnym razie okazałoby się, że co prawda nie wolno rozsadzać systemu trotylem, ale za to wolno dynamitem. Prawo medyczne zawiera swój własny, zamknięty katalog wyjątków pozwalających na działanie bez zgody pacjenta. Oczywiście, że wyjątki owe nie mogą być rozszerzane, a już zwłaszcza nie przy użyciu klauzuli generalnej spoza systemu.

Koncepcja niesprzeczności udzielonej zgody z zasadami współżycia społecznego wydaje się zatem nie do końca przemyślana w konsekwencjach. Na pierwsze wejście pogląd sprawia wrażenie uzasadnionego, jednak stano-

³²⁹ J. Kulesza: *Glosa...*, j.w. s. 133.

wisko takie bądź niewiele daje w praktyce, bądź stoi w sprzeczności z innymi regułami. Odmowa zgody powinna być zawsze całkowicie swobodna, bo inaczej stwarzałoby to otwartą drogę do formułowania obowiązku poddania się leczeniu. Z kolei pozytywnie wyrażona zgoda lub żądanie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego wydaje się wątpliwe, o ile miałby być zachowany leczniczy cel zabiegu. Czy możliwy jest sposób leczenia (z uproszczeniem – niesienie ulgi w cierpieniu i chorobie), który byłby jednocześnie sprzeczny z zasadami współżycia społecznego: nie w porządku wobec innych czy szkodliwy z punktu widzenia stosunków międzyludzkich? Chyba tylko wówczas, gdyby leczenie odbywało się świadomie kosztem innych. To jednak wypełnia znamiona bezprawności. Należy też zadać pytanie, jakie byłoby znaczenie prawne takiej kwalifikacji. Trzeba spodziewać się konsekwencji analogicznych jak dla czynności prawnej: udzielona zgoda liczyłaby się za prawnie bezskuteczną, co dotykałoby lekarzy jako leczących bez zgody, a pacjentowi dawało prawo do roszczeń odszkodowawczych. Ochrona prawna oparta na rozeznanej zgodzie działa w stosunkach między udzielającym jej pacjentem a stroną medyczną (lekarzami, zakładem opieki zdrowotnej). Gdy niespełnienie jednej z przesłanek kontratypowych prowadzi do uznania czynu za bezprawny – wolno interweniować również osobom trzecim.

Podobnie będzie w przypadku, gdyby przyjąć kwalifikację zgody pacjenta jako bezprawnej³³⁰. Wydaje się to jednak nadmiernym skrótem myślowym. Jeżeli jakimś dobrem rozporządzać nie wolno – np. życiem w kontekście eutanazji – to takie rozporządzenie nie ma mocy prawnej. Gdyby było bezprawiem ze strony żądającego, trzeba by je uznać już to za czyn niedozwolony, już to za przestępstwo. Kwestia ta była przez sąd rozważana w angielskiej sprawie rozdzielenia sióstr syjamskich Jodie i Mary za cenę życia jednej z nich – chodziło jednak nie o bezprawność zgody (lub zezwolenia zastępczego), lecz o legalność samej operacji. Trudno sobie wyobrazić, po co wprowadzać dyferencjację między bezskutecznością a bezprawnością udzielonej zgody. Bezprawność niczego tu nie zmienia. Bo przecież chyba nie chodzi o to, by móc – z powołaniem się na obronę konieczną – zakneblować pacjenta żądającego np. eutanazji. Jeśli chodzi o eutanazję, to w naszym systemie prawnym również ten sposób spowodowania śmierci jest karalny. Ustawowe znamiona przestępstwa zostały określone w sposób wykluczający legalizację poprzez zgodę pacjenta – zabójstwo eutanatyczne polega bowiem na pozba-

³³⁰ Koncepcja bezprawności zgody pochodzi od M. Świderskiej – *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, s. 21.

wieniu życia pod wpływem współczucia i na **żądanie** ofiary (art. 150 § 1 k.k.). Jeśli kiedyś to się zmieni – wówczas eutanazja stanie się przypuszczalnie samodzielnym kontratypem z ustawowo określonymi przesłankami. Dyskusyjny jest ponadto leczniczy cel eutanazji, chyba żeby upatrywać go w radykalnym sposobie uwolnienia od cierpień.

Problem bardziej złożony stanowi ciężkie uszkodzenie ciała; i tutaj jednak cel leczniczy na ogół rozwiązuje jeśli nie wszystkie, to większość problemów. Jeden ze sposobów leczenia nowotworów polega na zatrutowaniu organizmu (chemioterapia), inny – na silnym napromieniowaniu (radioterapia); jeszcze inny – na radykalnej amputacji wszystkiego, co tylko da się amputować i to często w ramach profilaktyki przeciwko przerzutom. Po transplantacji pacjent do końca życia musi przyjmować leki immunosupresyjne. O bilansie korzyści i strat rzutującym na celowość leczenia decyduje medycyna na poziomie praktycznie niedostępnym zwykłemu śmiertelnikowi: pacjent ma za zadanie wyrazić rozeznaną zgodę na czynności proponowane, ale na asortyment propozycji czyli to, co wcześniej zostało zaakceptowane (lub nie) w środowisku medycznym jako metody lecznicze – pozostaje bez najmniejszego wpływu. Trudno zresztą, żeby było inaczej. W każdym razie przypadki ciężkich uszkodzeń ciała jako konsekwencja leczenia są liczne, ale akceptowane ze względu na **cel leczniczy** – na przykład terapeutyczna sterylizacja z powodu raka piersi. Przykładem kontrowersyjnym jest natomiast amputacja kończyny ze wskazań psychiatrycznych – spowodowanych chorobą BIID (*body integrity identity disorder*)³³¹, znaną też pod nazwą dysmorfofobii. W literaturze psychiatrycznej opisano stosunkowo liczne oraz bardzo zróżnicowane przypadki, gdy dana osoba postrzega własne ciało w sposób zaburzony (przeważnie tylko konkretną jego część). Pewien procent pacjentów wykazuje wzmożone zainteresowanie amputacją lub inną poważną interwencją chirurgiczną, a niektórzy aktywnie poszukują lekarza, który byłby gotów ją przeprowadzić. W razie niepowodzenia zwracają się w stronę czarnego rynku usług medycznych albo jeszcze próbują to zrobić samemu. O nasileniu ich desperacji niech zaświadczy fakt, że odnotowano zastosowanie w tym celu takich narzędzi jak: strzelby śrutowe, piły łańcuchowe, a nawet młynki do odpadów drewnianych. Stwierdzono co najmniej jeden przypadek zgonu chorego z powodu gangreny wywołanej amputacją

³³¹ Pisałam o tym wspólnie z P. Konieczniakiem w artykule *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*, *Studia Iuridica* t. 49 (2008) s. 34–36. W niniejszej pracy zamieszczam skrót.

przez nieprofesjonalistę³³². Z punktu widzenia bioetyki ocena takich zabiegów jest co najmniej nieoczywista i można wskazać poważne argumenty za ich dopuszczalnością³³³. Wykonanie żądanej interwencji przez chirurga gwarantuje, że pacjent nie dokona samookaleczenia ani nie trafi w ręce pokątnie praktykującego amatora. Zasada szacunku dla autonomii pozwala pacjentowi suwerennie określać, co jest dlań „dobre” zdrowotnie. T. Bayne i N. Levy zauważają, że kończyna, która w subiektywnym doświadczeniu nie jest odbierana jako „moja własna”, w istocie „nie jest moja własna”, wobec czego trudno ją z pełnym przekonaniem określać jako zdrową³³⁴. Jest to wprawdzie argumentacja silnie subiektywistyczna, jednak pozwalająca uchwycić istotę zjawiska. W przypadku pacjentów z BIID nie ma przekonujących argumen-

³³² T. Bayne, N. Levy, *Amputees by Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation*, Journal of Applied Philosophy, vol. 22, nr 1 z 2005 r., s. 75–86, s. 79. Problem stał się głośny ze względu na przypadek chirurga Roberta Smitha z Falkirk (Szkocja), który pod koniec lat dziewięćdziesiątych przeprowadził w tamtejszym szpitalu (The Falkirk Royal Infirmary) amputacje zdrowych nóg u dwóch pacjentów na ich żądanie uzasadniane tym, że odczuwają oni kończynę jako „obcą” i z tego powodu nieznośnie cierpią. Chirurg skonsultował się z psychiatrą i żadaną czynność wykonał, przy czym po paru latach obaj pacjenci podawali, że po operacji ich życie zmieniło się na lepsze. Opisanie sprawy w mediach (m.in. film dokumentalny *Complete Obsession*, wyprodukowany przez BBC. – http://www.bbc.co.uk/science/horizon/1999/obsession_script.shtml) wywołało skandal obyczajowy, po którym szpital zabronił Smithowi dalszych zabiegów tego rodzaju. (Zob. T. Bayne, N. Levy, *Amputees...*; A. Bridy, *Confounding Extremities: Surgery at the Medico-ethical Limits of Self-Modification*, Journal of Law, Medicine & Ethics, nr 32 (2004), s. 148–158).

Ze względu na istotne różnice w charakterze zaburzeń przypadki z tej grupy przyporządkowuje się różnym jednostkom chorobowym. Jedną z nich jest *body dysmorphic disorder* (BDD): pacjent wierzy, że pewna część jego ciała jest dotknięta chorobą lub poważnym, szpecącym zniekształceniem, co nie odpowiada faktom (kończyna, czy inna część ciała jest obiektywnie zdrowa i niezdeformowana lub też zdeformowana minimalnie). Przekonanie takie ma charakter urojeniowy, tj. nie poddaje się perswazjom. Bardziej subtelny przypadek stanowi *body integrity identity disorder* (BIID) – pacjent odbiera jedną z części ciała jako coś „niewłaściwego”, „nieprzynależnego doń”, czy też z daną częścią ciała czuje się (jakkolwiek dziwnie to brzmi) „niekompletny”. Własne kończyny odbiera w najlepszym razie jako „naturalne protezy”. Nie zachodzi w tych wypadkach urojenie choroby zlokalizowanej w tej okolicy, lecz jakiegoś rodzaju niezgodność między rzeczywistym obrazem ciała a jego odbiorem przez świadomość pacjenta. Prawdopodobnie do tej kategorii należeli pacjenci Mr. Smitha.

³³³ T. Bayne, N. Levy, *Amputees...*, s. 79–84.

³³⁴ T. Bayne i N. Levy zauważają, że kończyna, która w subiektywnym doświadczeniu nie jest odbierana jako „moja własna”, w istocie nie jest moja własna, wobec czego trudno ją z pełnym przekonaniem określać jako zdrową. Tamże, s. 85.

tów, aby uznać ich z zasady za niekompetentnych faktycznie. Przynajmniej część z tych osób jest w zupełności zdolna do wyrażenia zgody, gdyż niezależnie od zaburzeń psychicznych doskonale rozumieją, na czym polega istota amputacji oraz jakie będą jej dalsze konsekwencje życiowe. Wreszcie, intencją chirurga jest uzyskanie efektu terapeutycznego. To ostatnie stwierdzenie opiera się na czterech przesłankach: żądający amputacji doświadczają poważnego cierpienia i kłopotów w życiu codziennym; amputacja (prawdopodobnie) ich od tego cierpienia uwolni, ulgi nie można osiągnąć przy użyciu środków mniej drastycznych, a poprawa jakości życia pacjenta w wyniku uwolnienia od cierpienia równoważy koszt amputacji. Dymorfobia stanowi jednak pojęcie szersze i obejmuje również dezaprobatę dla wyglądu twarzy; popycha to pacjentów do poddawania się kolejnym operacjom plastycznym: korekcie nosa, podbródka, policzków. Jeden z chirurgów plastyków wypowiedział ostatnio na łamach prasy pogląd, iż schorzenie to stanowi bezwzględne przeciwwskazanie do operacji plastycznych, ponieważ po jednej korekcie pacjent wkrótce uroi sobie następny defekt – za właściwe postępowanie w takich przypadkach uważa zatem psychoterapię³³⁵.

Cel leczniczy

Cel leczniczy obejmuje przywrócenie lub utrzymanie życia bądź zdrowia³³⁶. (W istocie chodzi o cel, jaki stawia sobie wykonawca.) Uważa się, że cel leczniczy realizowany jest również w interesie społecznym i posiada wysoką wartość społeczną³³⁷. Z poglądem tym trudno byłoby polemizować. Wydaje się więc, iż działanie w celu leczniczym nie może być sprzeczne z porządkiem prawnym ani z zasadami współżycia społecznego, a jednocześnie samo pojęcie jest dużo bardziej nośne znaczeniowo. Działanie w celu leczniczym (i za zgodą pacjenta) legalizuje nawet ciężkie uszkodzenie ciała lub spowodowanie śmierci; uznanie tej przesłanki za usprawiedliwiającą działanie lekarza czyni do pewnego stopnia bezprzedmiotowymi rozważania na temat granic swobodnego dysponowania dobrami osobistymi. (Znajdą one jednak zastosowanie w odniesieniu do zabiegów nieleczniczych). Powstaje jednak pytanie, jak szeroko należy ów cel leczniczy rozumieć, jest to bowiem pojęcie

³³⁵ Zob. U. Jabłońska: *Iza po drugiej stronie lustra*, Gazeta Wyborcza (dodatek Duży Format) z 18.VIII.2011, s. 8–9.

³³⁶ J. Radzicki: *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 117.

³³⁷ Ibidem.

konwencjonalne, pochodne wobec aktualnych poglądów na definicję zdrowia i z tego powodu nieprecyzyjne³³⁸. Podawana przez WHO definicja zdrowia jako „stanu całkowitego fizycznego, psychicznego i społecznego dobrego samopoczucia, a nie tylko braku choroby czy ułomności”³³⁹ tworzy w istocie ideał praktycznie nieosiągalny, jednak można z niego wywodzić zawodowy oraz moralny obowiązek lekarza sprowadzający się do „czynienia wszystkiego, na co pozwala mu jego wiedza i umiejętności zawodowe, by jak najbardziej zbliżyć pacjenta do takiego stanu”³⁴⁰. Odwołanie się do etyki utylitarystycznej pozwala interpretować lekarską zasadę *primum non nocere* jako postulat, by w efekcie wszelkich interwencji medycznych suma czynionego dobra przewyższała sumę wyrządzonego zła³⁴¹. Definicji zdrowia sformułowanej przez WHO nie powinno się brać dosłownie, jednak spełnia ona funkcję układu odniesienia oraz rodzaju dyrektywy kierunkowej dla rozwoju współczesnej medycyny. Można z niej wyprowadzić wniosek, że ów bilans strat i korzyści powinien uwzględniać nie tylko stan organizmu, ale i charakter pacjenta, a także wyznawaną przezeń hierarchię wartości³⁴². O ile, powtórzmy za utylitarystami, nie wkracza to w dobra ani nie szkodzi interesom innych. W tym sensie zabieg przeprowadzany w celu leczniczym nie powinien być sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, (jedno wyrażenie niedookreślone zamiast innego). Można powiedzieć, że cel leczniczy stanowi wyrażenie niedookreślone o treści zmiennej w czasie, w zależności od tego, jakiego rodzaju interwencji medyczne korzystne dla poddawanej im jednostki, nie są jednocześnie kwalifikowane jako szkodliwe społecznie. Dla przykładu – obecnie nie jest już w społeczeństwie kwestionowane dobrodziejstwo transplantacji, mimo że organy pobiera się zarówno od żywych za ich rozebraną zgodą, jak od zmarłych – z czym nie zawsze potrafią się pogodzić członkowie rodziny konkretnego kandydata na dawcę. Niemniej wątpliwości etyczne są wciąż podnoszone, zaś dawniej transplantacje spotykały się z potępieniem Kościoła Katolickiego. Leczniczy charakter zabiegu z punktu widzenia biorcy nie podlega kwestionowaniu, podobnie jak nieleczniczy – z punktu widzenia żywego dawcy. Podnosi się co prawda, że w pewnych wypadkach zgoda na pobranie przynosi

³³⁸ Zob. szerzej M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 74–82.

³³⁹ Cyt. za: E. Zielińska: *Aspekty prawnekarne nieterapeutycznych zabiegów leczniczych*, *Studia Iuridica* nr XVI/1988, s. 240.

³⁴⁰ M. Nowacka, *Etyka a transplantacje*, Warszawa 2003, s. 168.

³⁴¹ M. Nowacka, *Etyka a transplantacje*, Warszawa 2003, s. 165.

³⁴² *Ibidem*, s. 166.

dawcy ulgę w moralnym cierpieniu z powodu zachorowania i ciężkiego stanu bliskiej osoby: dając się fizycznie okaleczyć dla ratowania drugiego, dawca odzyskuje psychiczny dobrostan. Wynika to jednak z czysto subiektywnego sposobu odczuwania, co do którego nie ma podstaw, by go podnosić do rangi reguły ogólnej. Tak więc celu leczniczego nie da się jednoznacznie zdefiniować, a w miarę postępu wiedzy medycznej przybywa czynności uważanych za dokonywane po to właśnie. Dla lepszego wyjaśnienia można tylko wskazać, że leczenie nie zawsze musi prowadzić do usunięcia przyczyny zachorowania (leczenie przyczynowe): w naukach medycznych wyróżnia się także leczenie objawowe, w szczególności paliatywne. To rozróżnienie sposobów leczenia znacznie rozszerza katalog zabiegów o celu leczniczym³⁴³.

Przesłanka celu leczniczego służy odróżnieniu czynności leczniczej od innych działań medycznych. Interwencje medyczne o charakterze nieterapeutycznym mogą być z kolei kwalifikowane jako legalne w oparciu o kontraty typy pozaustawowe³⁴⁴.

Czynnik ryzyka

Z pojęciem celu leczniczego (lub innego celu wartościowego społecznie) Józef Radzicki złączył rozszerzony margines dopuszczalnego ryzyka zabiegu, który w opinii Autora jest tym większy, im większą wartość społeczną przedstawia interwencja lecznicza – przykładowo dla ratowania życia lekarz może podejmować zabiegi wiążące się z większym niebezpieczeństwem³⁴⁵. „Ryzyko obejmuje dającą się wymierzyć niepewność w związku z możliwością zaistnienia ujemnych skutków zabiegu lekarskiego”³⁴⁶. Ryzyko może być większe lub mniejsze, ale zabiegów zupełnie pozbawionych ryzyka nie ma. Tzw. zwykłe ryzyko zabiegów leczniczych ma charakter obiektywny i zależy od właściwości osobniczych, charakteru zabiegu lub środka leczniczego, a także innych czynników dotychczas nieznanych, dlatego może być określone jedy-

³⁴³ Na temat celu leczniczego zob. też P. Daniluk: *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, Prawo i Medycyna nr 2/2005 (19 vol. 7).

³⁴⁴ A. Liszewska: *Odpowiedzialność karna...* s. 250, podobnie M. Filar: *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, Prawo i Medycyna nr 5 s. 63; odmienie M. Safjan: *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 38 jako zwolennik zasady *numerus clausus* nieterapeutycznych czynności medycznych, skrytykowany m.in. przez M. Świdorską: *Zgoda pacjenta...*, s. 23–24.

³⁴⁵ s. 118.

³⁴⁶ J. Sawicki, Wstęp do pracy J. Radzickiego, *Ryzyko zabiegów lekarskich...* s. 7.

nie w kategoriach prawdopodobieństwa³⁴⁷. Pojęciem ryzyka podwyższonego posługuje się lekarska ustawa zawodowa i wówczas wymaga udzielenia przez pacjenta zgody w surowszej formie.

W doktrynie niemieckiej wypowiedziany został pogląd, że zgoda pokrzywdzonego (uprawnionego) rozszerza granice ryzyka dopuszczalnego przy danym zabiegu³⁴⁸, który został jednak następnie zinterpretowany przez J. Radzickiego jako nieporozumienie wynikłe z wyrażenia go w tak ogólnej formie. Zdaniem Autora zgoda pokrzywdzonego może wyłączać przestępczość [bezprawność] czynu związanego z niebezpieczeństwem, czyli ryzykiem, jednakże sama zgoda nie rozszerza dopuszczalnego ryzyka. Margines ryzyka jest w zasadzie wyznaczony przez wartość społeczną realizowanego celu oraz przez sposób jego osiągnięcia. Wobec tego zgoda stanowi jedną z przesłanek warunkujących legalność czynności podejmowanych w stanie ryzyka³⁴⁹. Jedną, co nie znaczy że jedyną. Nie oznacza tym bardziej, że udzielenie rozeznanej zgody pozwala na wyłączenie odpowiedzialności wobec pacjenta za szkodę medyczną. Ryzyko jest nieodłącznym elementem każdej czynności medycznej, a informacja o nim należy się pacjentowi. Niemniej ryzyko nie zawsze będzie uzasadnione i dlatego rozeznana zgoda nie może w tym zakresie niczego zmienić. Dlatego mylące może być formułowanie tezy o przejściu ryzyka przez pacjenta na skutek udzielenia rozeznanej zgody. Ryzyko jest stanem obiektywnym do pewnego stopnia podlegającym ocenie – gdy szkodliwe skutki oceniane są jako mniej lub bardziej pożądane³⁵⁰.

Mowa tutaj o ryzyku faktycznym, które obarcza wyłącznie tego, na czym organizmie dokonywana jest interwencja medyczna. Z tego punktu widzenia obojętne więc, czy pacjent wyraził zgodę i czy czynność została wykonana prawidłowo.

Teza, że zgoda pacjenta powoduje jakoby, iż ten co do zasady akceptuje ryzyko zabiegu i przejmuje je na siebie – ma sens raczej metaforyczny³⁵¹. „Przejęcie ryzyka” może oznaczać co najwyżej, iż w razie zaistnienia szkody nie powstanie obowiązek jej naprawienia. Chodzi tutaj tylko o „przejęcie” ryzyka prawnego, a nie faktycznego.

³⁴⁷ J. Radzicki: *Ryzyko zabiegów lekarskich*, s. 16–17.

³⁴⁸ H. Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin 1958, s. 117, za: J. Radzicki: *Ryzyko...*, s. 106.

³⁴⁹ J. Radzicki, s. 106.

³⁵⁰ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*; s. 305.

³⁵¹ Zob. SN z 25.IX.1969 r., II CR 353/69, OSN nr 6/1970, poz. 116.

Jak ocenić zgodę na ryzyko niewspółmierne do potencjalnych korzyści? W doktrynie spotyka się pogląd, że ryzyko [prawne] spoczywa wówczas na lekarzu³⁵².

Wydaje się, że mamy tutaj do czynienia z kolejnym nieporozumieniem. O współmierności bądź niewspółmierności ryzyka decydują zasady wiedzy medycznej zawarte w literaturze przedmiotu (w szczególności w aktualnych podręcznikach medycznych). Lekarz postępujący zgodnie z nimi nie może być narażony na zarzut podjęcia niewspółmiernego ryzyka, ponieważ sam nie dysponuje dostateczną wiedzą – opiera się bowiem na teorii oraz na własnym doświadczeniu z pojedynczych przypadków, co nie zawsze pozwala na sformułowanie uogólnień. Dopiero gdy wykroczy poza ramy określone obowiązującymi kanonami zawodowymi – np. wykona czynność opisywaną jako w danym typie sytuacji „kontrowersyjna” – można mówić o ryzyku niewspółmiernym. Rozmiar ryzyka faktycznego nie ma zatem wpływu na legalność czynności leczniczej, o ile postępowanie lekarza mieści się w granicach ustalonych zasadami wiedzy medycznej; gdy zaś poza te zasady wykracza – oczywiście, że nie uchyli jego odpowiedzialności nawet rozeznana zgoda pacjenta.

Trybunał Konstytucyjny: „Zapnij pasy”

W kontekście rozważań nad charakterem prawnym zgody i niezbędnością aktu zgody na leczenie nie da się pominąć wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 9 lipca 2009 r.³⁵³. Wydany w sprawie niezwiązanej z leczeniem, bo na temat konstytucyjności obowiązku zapinania pasów bezpieczeństwa w samochodzie, zawiera jednak spostrzeżenia, które dociekliwym analitykom mogłyby posłużyć jako argumenty na rzecz przymusu poddania się leczeniu. Skarżący podnosił, że obowiązek zapinania pasów godzi w jego wolność, godność i prywatność. Trybunał, oddalając skargę, przyjął dość oczywiste założenie wyjściowe, że prawo decydowania o własnym życiu i zdrowiu należy do sfery chronionej konstytucyjnie. Jednakże nałożenie na obywatela obowiązków ograniczających tę wolność może być uzasadnione klauzulą wyjątkową z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jednym z wymienionych tam celów legitymowanych jest „ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej”. Odniesienia poczynione przez Trybunał skłaniają do zadania na tej kanwie pytania, czy wobec tego ustawodawca władny byłby usta-

³⁵² M. Nesterowicz: *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, PWN 1972, s. 28–29 i tam powołana literatura.

³⁵³ Wyrok TK z 9.VII.2009, sygn. SK 48/05, 108/7/A/2009.

wą zwykłą, w granicach konstytucyjnych, ograniczyć lub zlikwidować autonomię pacjenta ze względów paternalistycznych. Bez wątpienia nie może to zostać wprowadzone aktem rangi podstawowej. W tym miejscu warto przypomnieć koncepcję Minister Zdrowia, ażeby rozporządzeniem wykonawczym do kodeksu pracy wprowadzić (dla dobra kobiet) w ramach badań pracowniczych obowiązkowe badania ginekologiczne pod kątem raka szyjki macicy. Pomysł na razie upadł; co jednak, jeżeli obowiązek miałby być wprowadzony ustawą? Dokonana przez Trybunał interpretacja celu legitymowanego „ochrona zdrowia i moralności publicznej” przesądziła, iż chodzi tylko o zdrowie **publiczne**. Nie sposób odmówić temu rozumowaniu słuszności, jednak niepokojące są wyprowadzane z tego implikacje. Zdaniem Trybunału „możliwość ograniczenia przez ustawodawcę zakresu korzystania z wolności ze względu na ochronę zdrowia może się odnosić zarówno do ochrony zdrowia całego społeczeństwa czy poszczególnych grup, jak i zdrowia poszczególnych osób” (pkt 4.3). Trybunał przywołał aprobowując pogląd doktryny prawa konstytucyjnego, iż zdrowie „publiczne” należy postrzegać „w szerszym wymiarze, m.in. jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by usuwać zarówno zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (np. zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opieka medyczna), jak i **eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia**” [podkr. M.B.]. Dosłownie odczytane oznaczałoby to konieczność likwidacji autonomii pacjenta jako zasady i groziło dezintegracją całego nowoczesnego systemu prawa medycznego. Ze względu na ochronę zdrowia publicznego pozwalałoby na ograniczenie wolności poszczególnych osób: ich prawa do samostanowienia wszędzie tam, gdzie jednostki mogłyby sobie zaszkodzić. Jest to zanegowanie samej koncepcji autonomii. Trybunał stwierdził dalej nietrafność poglądu, jakoby niedopuszczalne było wprowadzenie do porządku prawnego zakazów i nakazów, które są motywowane wyłącznie (lub przede wszystkim) ochroną interesów osoby, do której są skierowane. „Swobodne działanie jednostki nie zasługuje na ochronę ze strony prawa liberalnego jeśli naraża na szwank interesy innych osób, albo jeśli **wynika z decyzji nieprzemyślanych** lub podjętych pod przymusem [podkr. M.B.]. W takich przypadkach ograniczenie wolności jednostki jest przez państwo dopuszczalne” (pkt 4.6.).

Gdyby analogicznemu rozpoznaniu podlegała kwestia obowiązku poddania się leczeniu, Trybunał musiałby dokonać „różnicowania” (ang. *distinguishing*) pod groźbą destrukcji całego systemu prawa medycznego. Zaprezentował bowiem w omawianym orzeczeniu bezrefleksyjne, bardzo mocne rozumowanie paternalistyczne, które mechanicznie dałoby się w całej rozciągłości przenieść

na grunt prawa medycznego. Niektóre argumenty Trybunału, ujęte w kontekst medyczny, sprawiałyby wrażenie jeszcze bardziej przekonujących. Skoro Trybunał wierzy, że adresaci norm prawnych nie są w stanie przeczytać ze zrozumieniem wyników badań naukowych dotyczących pasów bezpieczeństwa (*vide* pkt 4.7.), to idąc za tą linią rozumowania – jeszcze mniej byłoby w stanie pojąć celowość większości (a może nawet wszystkich) świadczeń zdrowotnych. Pomijając wątpliwość co do trafności rozumienia celu legitymowanego „ochrona zdrowia publicznego”, różnicowanie musiałoby być przeprowadzone na gruncie **wymagania proporcjonalności**. Zapinanie pasów Trybunał uznał za mało uciążliwe oraz powodujące niewielką niewygodę „ze znacznym naddatkiem kompensowaną (...) korzyściami” (pkt. 4.8.). Tymczasem w relacjach pacjent – system ochrony zdrowia wyjątkowo silnie, być może najsilniej ze wszystkich gałęzi prawa, chroniona jest indywidualna wrażliwość jednostki, a dobra osobiste pacjenta z wyjątkową łatwością mogą doznać uszczerbku. Nie sposób leczyć bez wkraczania w sferę intymną. *Summa summarum* stanowi to sytuację całkowicie nieporównywalną z procedurą zapinania pasów bezpieczeństwa. Dość zestawień zapięcie pasów w samochodzie z rozebraniem się do badania ginekologicznego i ułożeniem na fotelu w charakterystycznej pozycji. W związku z tym każdy przypadek dopuszczenia przymusu w prawie medycznym koliduje z zasadą proporcjonalności, chyba że byłoby to konieczne z uwagi na ochronę cudzych praw oraz wolności i to w takich tylko przypadkach, gdy zobowiązany zupełnie bezpośrednio tym prawom i obowiązkom zagraża.

Zagadnienie legalności zabiegu leczniczego musi być rozpatrywane na tle całego systemu prawnego. Pod względem cywilistycznym naruszenie dobra osobistego uważane jest z zasady za bezprawne. W prawie cywilnym jedną z okoliczności uchylających bezprawność jest zgoda osoby uprawnionej, która jednak nie wystarczy dla uchYLENIA bezprawności wynikającej z ustawy lekarskiej (chodzi o przewidziane tam wykroczenie lub przestępstwo leczenia bez wymaganych uprawnień). Na gruncie prawa cywilnego podnosi się ponadto, że nie każdym dobrem osobistym wolno dysponować swobodnie. Dlatego cztery przesłanki prawnokarnego kontratypu czynności leczniczej znajdują zastosowanie i w prawie cywilnym – wówczas nawet naruszenie najważniejszych dóbr osobistych (w szczególności życia) nie będzie nosiło cech bezprawności. Podobnie w prawie medycznym. Niespełnienie jednej z czterech przesłanek pociągnie za sobą szeroko rozumianą bezprawność, sankcjonowaną na gruncie różnych gałęzi prawa: brak zgody pacjenta – za przestępstwo leczenia bez zgody, naruszenie dobra osobistego, naruszenie prawa pacjenta; brak odpo-

wiednich uprawnień lekarskich – za wykroczenie lub przestępstwo leczenia bez uprawnień (art. 58 ust. 1 i 2 ustawy); uchybienie prawidłom wiedzy medycznej – za wyrządzone szkody i nieumyślne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu; brak celu leczniczego – za szkody i przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, w tym umyślne. Zgoda pacjenta, niebędąc jedną z przesłanek uchylających bezprawność, nie stanowiłaby tym samym okoliczności prawnie doniosłej dla ochrony autonomii. Byłaby to koncepcja nie do pogodzenia zarówno z ustawodawstwem medycznym (z lekarską ustawą zawodową oraz ustawą o prawach pacjenta), jak z cywilistyczną konstrukcją pierwotnej bezprawności przy naruszeniu dobra osobistego.

Transplantacje

Była już mowa o celu leczniczym w odniesieniu do transplantacji. Wprawdzie z punktu widzenia biorcy leczniczy charakter przeszczepu nie budzi wątpliwości, jednak czynnościom tym został nadany osobny reżim prawny, którego specyficzne cechy wymagają zaakcentowania w kontekście autonomii pacjenta.

Zakres obowiązku informacyjnego

W zwykłych okolicznościach odpowiednia informacja w pełnym zakresie należy się pacjentowi, podczas gdy wobec innych osób lekarza wiąże tajemnica lekarska. Istotną odmienność wprowadziła ustawa transplantacyjna w art. 12 ust. 1 pkt 5, 8 i 9. Można to określić jako informację **wzajemną**. Kandydatowi na dawcę (oczywiście żywemu) należy się nie tylko podany w formie pisemnej komplet wiadomości o ryzyku i następstwach dawstwa, ale także (już bez obowiązku zachowania formy szczególnej) – o skutkach dla biorcy, wynikających z wycofania zgody, a związanych z ostatnią fazą przygotowania biorcy do przeszczepu. Z kolei kandydatowi na biorcę przysługuje informacja o ryzyku i następstwach tak dla niego, jak dla dawcy. Każdy z nich musi wiedzieć, kim jest ten drugi: nasze ustawodawstwo nie dopuszcza dawstwa „w ciemno” – nieznanej osobie, a tylko na rzecz osoby bliskiej (zakres owej bliskości jest ustawowo określony w sposób szczególny), natomiast biorca wyraża zgodę na przyjęcie komórek, tkanek lub narządu od konkretnego dawcy (to wymaganie nie dotyczy tylko szpiku lub innych tkanek bądź komórek regenerujących się). Biorąc pod uwagę fakt, iż ustawa transplantacyjna stanowi, że pobranie *ex vivo* może być dokonane przy zachowaniu tych właśnie warunków (art. 12 ust. 1), rezygnacja przez pacjenta z ustawowego zakresu

informacji nie jest moim zdaniem prawnie skuteczna – ze skutkiem w postaci niedopuszczalności pobrania. W tych specyficznych okolicznościach, jeżeli pobranie i przeszczepienie ma dojść do skutku – obaj pacjenci **muszą** przyjąć informację. Jawną intencją ustawodawcy jest tutaj wyraziste uświadomienie obu uczestnikom procedury transplantacyjnej, na co się decydują. Można lapidarnie powiedzieć, że w ten sposób ustawa nie tylko uprawnia do informacji, ale i wymusza w pełni rozeznany wybór, skoro od odbioru wymienionych wyżej informacji pacjenci nie mogą się uchylić. Nie trzeba tłumaczyć, jak poważne decyzje mają obaj do podjęcia, dlatego w tym szczególnym przypadku uważam „wymuszenie” za uzasadnione, zwłaszcza że wybory jednego ważą na dobrach prawnych drugiego.

Autonomia dawcy

Doznaje ona ograniczeń dwojakiego charakteru. Po pierwsze – żywy dawca nie może oddać wszystkiego, co zechce; po drugie – nie każdemu. Dawstwo nie może w istotny sposób upośledzić stanu zdrowia dawcy: zostaje to każdorazowo ustalone badaniami lekarskimi poprzedzającymi dawstwo (art. 12 ust. 1 pkt 4 utransp.). Wynika stąd rzecz jasna, że wolno oddać bądź jeden z narządów parzystych – o ile dawcy wystarczy jeden (nerka), bądź tylko fragment pojedynczego (dwa płaty wątroby), a i to nie zawsze, ponieważ ze względu na stan zdrowia konkretnego kandydata na dawcę może to okazać się wykluczone. Krąg osób bliskich jako możliwych kandydatów na biorcę obejmuje (art. 12 ust. 1 pkt 1 utransp.) krewnych w linii prostej, rodzeństwo, przysposobionych (ale nie przysposabiających) oraz małżonka, natomiast za zgodą sądu – inną osobę, jeżeli uzasadniają to szczególne względy osobiste (przez drogę sądową muszą zatem przebrnąć w szczególności adopcyjni rodzice, konkubenci oraz pary homoseksualne).

Sprzeciw *mortis causa*

Instytucję tę przewiduje art. 5–6 utransp. Było powiedziane wcześniej, że skutkiem prawnym sprzeciwu jest uchylenie prawnego domniemania zgody na pobranie organu celem przeszczepu z własnych zwłok. Domniemanie to nie może zostać uchylone w inny sposób, w szczególności poprzez „sprzeciw członków rodziny”. Jak pisałam kilkakrotnie w innych pracach, nasz system prawny nie przewiduje żadnych ingerencji w decyzje pacjenta ze strony osób bliskich. Osobiście uważam to rozwiązanie za korzystne dla samych pacjentów jako dające gwarancję, że ich własne świadome wybory nie zostaną podważone

przez działających, chociażby w najlepszych intencjach bliskich, którym akurat wydałoby się, że „wiedzą lepiej”. Zdolność do wyrażenia skutecznego sprzeciwu na pobrania do przeszczepu została ukształtowana odrębnie wobec zdolności do udzielenia zgody na zabiegi lecznicze: stanowisko małoletniego powyżej lat szesnastu jest wiążące (art. 6 ust. 3 utransp.) i nie może zostać przełamane. Możliwa jest tylko sytuacja, gdy sam ograniczony w zdolności do czynności prawnych delikwent nie sprzeciwił się (bo mu na przykład nie przyszło do głowy), ale tego rodzaju zapobiegliwość przejawiał przedstawiciel ustawowy (z tym że tylko za życia osoby, o którą chodzi). Samodzielnego sprzeciwu nie może wyrazić ani małoletni w wieku co najmniej lat trzynastu, ani ubezwłasnowolniony częściowo. Trzeba jednak pamiętać, że chodzi tutaj o skutki pośmiertne w postaci nie-zgody na wykorzystanie zwłok, nie ma zatem istotnego powodu, by taki rodzaj sprzeciwu zrównywać ze sprzeciwem wobec leczenia żywego pacjenta. Sprzeciw może zostać wyrażony w jednej z trzech form: wpisu w centralnym rejestrze, pisemnego oświadczenia z własnoręcznym podpisem lub ustnie w obecności co najmniej dwóch świadków, którzy potwierdzą na piśmie jego złożenie (art. 6 ust. 1 pkt 1–3). Również w ustawie transplantacyjnej (podobnie jak w lekarskiej) forma pisemna zastrzeżona jest bez podania sankcji. Jednak istnienie form alternatywnych, w tym formy ustnej, przemawia moim zdaniem za interpretacją, że w innych formach sprzeciw **nie może** być wyrażony: do wyboru są aż trzy, przy czym forma ustna obwarowana dodatkowymi rygorami. Nie ma tu zatem miejsca na dowodzenie innymi środkami, zwłaszcza że główny zainteresowany wątpliwości już nie rozwieje. Niezachowanie żadnej spośród owych trzech form oznacza, że sprzeciw nie został wyrażony. Takie same formy obowiązują przy odwołaniu (art. 6 ust. 4 utransp.).

Zgoda *mortis causa*

Pozytywnie udzielona zgoda na pobranie *ex mortuo* stanowi komunikat ukształtowany wyłącznie przez praktykę. Nie ma dla niego żadnych wytycznych normatywnych; z ustawowego punktu widzenia jest wręcz zbędny, skoro wystarcza brak sprzeciwu. Zdarzyło się jednak, że kilka lat temu wybuchła w Polsce panika moralna w związku z aresztowaniem znanego transplantologa, który naraził się ówczesnemu ministrowi sprawiedliwości. Śledztwu towarzyszyła spektakularna nagonka polegająca na systematycznym przetrząsaniu przez prokuraturę stert dokumentacji medycznej oraz przesłuchiowaniu mnóstwa pacjentów celem wykrycia nadużyć. Akcja zakończyła się fiaskiem, a lekarz został uwolniony od zarzutu „zabijania pacjentów”. Dalszym następ-

stwem sterowanego rozdmuchiwania sprawy przez służące media oraz tabloidy stał się jednak wzrost liczby sprzeciwów w centralnym rejestrze oraz stanowczych zapewnień ze strony członków rodzin, iż zmarli krewni za życia wyrażali sprzeciw ustny. Spowodowało to gwałtowny spadek liczby wykonywanych przeszczepów. W odpowiedzi na apele transplantologów, w akcję społeczną na rzecz transplantacji włączyły się różne osoby, w tym niektórzy księża. Na łamach prasy apelowano do obywateli, ażeby umieszczali wśród podręcznych rzeczy osobistych pisemne oświadczenie, że na wypadek swej śmierci wyrażają zgodę na pobranie organów do przeszczepu. Oświadczenie takie nie posiada samodzielnego bytu prawnego – jego znaczenie jest czysto dowodowe. Przeciwdziała nadużyciom ze strony członków rodziny, jeżeli wpadłoby im do głowy „na wszelki wypadek” i wbrew prawdzie utrzymywać, iż byli świadkami wyrażenia przez krewnego sprzeciwu w formie ustnej. Dokument taki poważnie ułatwia życie lekarzowi, ponieważ art. 10 utransp. nakłada obowiązek upewnienia się przed pobraniem, czy sprzeciw nie został złożony. Ma to być dokonane „na podstawie dostępnych informacji lub dokumentów” (art. 10 pkt 2 utransp.). Pisemne oświadczenie co do zgody nie uchyla tylko obowiązku sprawdzenia w centralnym rejestrze, albowiem wszystkie te deklaracje ze strony pacjenta mogą zostać w każdym czasie odwołane. W razie sprzeczności między wpisem w centralnym rejestrze a pisemnym aktem zgody – decyduje data, o ile da się ją ustalić, dlatego ze względów praktycznych warto doradzić, by takie oświadczenia, na podobieństwo testamentów, były opatrywane datą.

Zabiegi kosmetyczne

Medycyna estetyczna stanowi dziedzinę, w której zagadnienia kosmetyczne, upiększające, mogą łączyć się z leczniczymi lub występować samodzielnie. Od pewnego czasu w doktrynie prawnej stosuje się podział, zgodnie z którym zabiegi kosmetyczne realizujące jednocześnie cel leczniczy traktowane są w sensie prawnym jako leczenie z wszystkimi tego konsekwencjami: najprostszy przykład stanowi chirurgiczna likwidacja blizny lub innego oszpecenia. Niemniej oszpecenie można rozumieć różnie: czy na przykład będą to również duże i sterczące uszy? Dyskusyjne jest także, jak się okazuje, korygowanie większych lub mniejszych defektów urody u pacjentów dotkniętych rodzajem dysmorfofobii. W każdym razie brak przesłanki celu leczniczego oznacza, że dany zabieg nie podlega regulacjom prawnomedycznym w ogóle. Tak więc przykładowo: liposukcja, resekcja dolnych żeber (żeby wysmuklić sylwetkę), zestrugiwanie piszczeli na wysokości kostek (również w celu wysmuklenia), a także kolczyko-

wanie najróżniejszych części ciała czy tatuowanie – nie mają żadnej specjalnej regulacji prawnej. Jednocześnie nie jest kwestionowana ich legalność ani nie spotykają się ze społeczną dezaprobatą. Jak zwykle jednak, nie ma jednolitego poglądu na rozumienie celu leczniczego w medycynie estetycznej³⁵⁴.

Brak regulacji szczególnej spowodował stworzenie dla celów legalizacji czynności kosmetycznych kontratypu pozaustawowego, którego źródła można upatrywać jedynie w prawie zwyczajowym³⁵⁵. Analogicznie do czynności leczniczej na przesłanki kontratypu zabiegu kosmetycznego składają się, oprócz zgody pacjenta i zachowania medycznych zasad ostrożności (inaczej mówiąc – prawideł wiedzy medycznej) – **cel kosmetyczny**, rozumiany ogólnie jako upiększający oraz **niewielkie ryzyko** szkodliwych skutków ubocznych. Jako przesłanka piąta występuje **posiadanie formalnych kwalifikacji** przez osobę wykonującą zabieg. Trzeba jednak zwrócić uwagę, iż jest to przesłanka pozbawiona oparcia w ustawie. Co prawda mowa o kontratypie prawa zwyczajowego, niemniej bolesna prawda jest taka, że na osoby wykonujące bez uprawnień nielecznicze zabiegi kosmetyczne wymagające medycznych kwalifikacji, po prostu „nie ma paragrafu”. Art. 58 ustawy zakazuje tylko udzielania bez uprawnień „świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu”. Byłoby bardzo dobrze konsekwentnie przestrzegać rozumowania, że gdy nieleczniczy zabieg kosmetyczny wymaga medycznej wiedzy, to zgoda pacjenta nie zrównoważy braku lekarskiego dyplomu u wykonawcy. Sankcji karnej jednak nie ma, pozostaje tylko odpowiedzialność cywilna. Takie zachowania nieuprawnionych należy uznać za czyny niedozwolone, ale tylko dzięki powołaniu się na zasadę ostrożności, której treść można ująć następująco: niech amator nie podejmuje się bez nagłej i koniecznej potrzeby działań wymagających kwalifikacji fachowych.

Co do przesłanki niewielkiego ryzyka, proponowałam swego czasu zastąpienie epitetu „niewielki” – cechą **ryzyka możliwego do społecznej akceptacji**³⁵⁶. Za postulatem tym przemawiają doświadczenia ostatnich lat,

³⁵⁴ Skrócony przegląd zapatrywań w tej sprawie zawiera glosa Karola Rozentalą do wyroku Sądu Najwyższego 5.IX.1980 r., II CR 280/80, OSP nr 10/1981 poz. 170, s. 430–431.

³⁵⁵ O ewolucji poglądów na zabiegi kosmetyczne zob. m.in. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 105–107.

³⁵⁶ M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 110. W podobnym duchu wypowiedział się wcześniej Jerzy Sawicki, *Stosunek lekarz – pacjent jako zagadnienie ustawodawcze*, tegoż: *W kręgu starych i nowych konfliktów*, Warszawa 1967, s. 116: „Nie powinno się odbierać zainteresowanej osobie możliwości przeprowadzenia operacji kosmetycznej, połączonej nawet z większym od przeciętnego ryzykiem, jeżeli osoba ta w pełni uświadamia sobie to ryzyko i godzi się na nie”.

wskazujące na bardzo szerokie przyzwolenie społeczne w odniesieniu do zabiegów mających na celu poprawę wyglądu. Daje się to zaobserwować na każdym kroku. Potrzeba bycia ładniejszym popycha ludzi do iście heroicznych wysiłków przy poddawaniu się kolejnym zabiegom. Nieodłączne ryzyko czy to niepożądanego reakcji na znieczulenie, czy niewydolności naczyniowej, prawie w ogóle nie jest rozważane. Każdy pacjent ponosi je indywidualnie, a ogół nie ingeruje. Nietrudno zauważyć, że w tej kategorii mieścić się będą niektóre ciężkie uszkodzenia ciała³⁵⁷. Sformułowanie bardziej precyzyjnych kryteriów społecznie dopuszczalnego ryzyka napotyka trudności; na ogół chodzi jednak o to, by rozstrój zdrowia powstały w wyniku zabiegu nie miał charakteru trwałego. Każda bowiem taka interwencja rozstrój zdrowia wywołuje. Wystarczy podać przykład usunięcia obwisających fałd skóry z powiek: pacjentowi aplikuje się znieczulenie, blizny zszywa „na okrętkę” (w sensie dosłownym), wspomagane maścią antybiotykową gojenie trwa parę tygodni, a efekt uboczny stanowią paskudne zasinienia pod oczami, które wchłaniają się dopiero po pewnym czasie. Natomiast na stałe mogą pozostać na powiekach drobniutkie gruzelki (pozostałości po szwach na okrętkę). Jeżeli zaś zabieg zostanie wykonany źle – pacjentowi na przykład nie domykają się powieki – o czym przekonał się pewien chiński imigrant, który występował jako pokrzywdzony przed Okręgowym Sądem Lekarskim w Warszawie³⁵⁸.

Podobny stan faktyczny stanowił kanwę wielokrotnie powoływanego w doktrynie orzeczenia Sądu Najwyższego z 5 września 1980 r.³⁵⁹. Zapadło ono wprawdzie w okresie obowiązywania dawnej ustawy lekarskiej, niemniej co do zasady zachowuje aktualność. W wyroku tym Sąd określił odmienny, rozszerzony zakres obowiązku informacyjnego wobec pacjenta przy zabiegach czysto kosmetycznych, a także zakres dopuszczalnego w takich sprawach ryzyka: „Wymaganie zgody pacjenta na podjęcie zabiegu operacyjnego wyłącznie dla celów estetycznych (polepszenia wyglądu zewnętrznego) jest zachowane tylko wtedy, gdy zostanie on uprzednio dostatecznie poinformowany także o szczególnych – czyli wszelkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia – skutkach interwencji, nie stwarzającej dla niego ryzyka wyższego od przeciętnego”. Pacjentka poddała się zabiegowi usunięcia kępek żółtych z lewej dolnej powieki. W toku operacji pojawiła się potrzeba

³⁵⁷ Szerzej zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 110–111.

³⁵⁸ Wyrok OSL w Warszawie, sygn. 41/04. Sprawa ta zostanie omówiona szerzej w rozdz. III.

³⁵⁹ Wyrok SN z 5.IX.1980 r., II CR 280/80, OSP nr 10/1981 poz. 170 z glosami M. Nesterowicza i K. Rozentala.

wycięcia kawałka skóry z policzka celem uzupełnienia fragmentu powieki. Spowodowało to trwale podciągnięcie powieki oraz równie trwały stan jej niedomykania, a co za tym idzie – powtarzające się zapalenie rogówki. Zabieg został uznany za przeprowadzony prawidłowo, a oszpecenia – za nie do uniknięcia wobec uprzednich zbyt dużych zmian degeneracyjnych operowanej powieki. Pacjentka podnosiła jednakże, że nie została uprzedzona, iż w toku operacji może wystąpić konieczność wypełnienia ubytku pola operacyjnego skórą z policzka i w konsekwencji do trwałego podciągnięcia powieki. Twierdziła, że wiedząc o takim ryzyku zrezygnowałaby z operacji. Sąd uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Jedną z wątpliwości stanowiło pytanie o cel zabiegu – czy aby na pewno był on – jak twierdziła pacjentka – jedynie estetyczny, czy też operacja stanowiła jednocześnie środek leczenia. (Można wnosić, że kępki żółte na dolnej powiece szpeciły pacjentkę; a skoro po ich usunięciu „nie starczyło” powieki, aby domknąć oko – musiały być spore i wyraźnie widoczne, niewykluczone też, że dawały odczucie dyskomfortu). Przy założeniu jednak, że cel ów da się zakwalifikować jako czysto estetyczny – warto przyjrzeć się bliżej motywom rozstrzygnięcia. Takie ujęcie obowiązku informacyjnego wobec pacjenta dawało się uzasadnić w oparciu o obowiązującą podówczas ustawę lekarską, która w odniesieniu do czynności leczniczych przewidywała informację ograniczoną co do zakresu przez cel leczenia. Gdy celu leczniczego nie było – odpadało „prawo” ograniczenia informacji. Na tej zasadzie został sformułowany obowiązek wyczerpującego powiadomienia, skoro pacjent decyduje się na uszkodzenie ciała wyłącznie w celu upiększającym. Sąd poszedł jednak tutaj moim zdaniem za daleko od logiki, wymagając podania „wszelkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia skutków”. Skutek jest albo możliwy do przewidzenia, albo nie. Może jestem zbyt drobiazgowa w sprawie sformułowań, ale co to znaczy „mniej możliwy do przewidzenia”? W każdym razie na gruncie obecnej ustawy lekarskiej pacjentowi należy się przy czynnościach leczniczych pełna, wyczerpująca informacja. Była już mowa o tym, że nie istnieją żadne podstawy prawne do różnicowania zakresu informacji w zależności od rodzaju zabiegu leczniczego. A skoro informacja ma być pełna – to i przy czynnościach kosmetycznych trudno wymagać jeszcze więcej. Niemniej daje się odnotować pogląd, zgodnie z którym przy zabiegach czysto kosmetycznych obowiązek informacyjny wobec pacjenta jest **rozszerzony** w stosunku do pełnej informacji o zabiegu leczniczym: „przy czynnościach kosmetycznych lekarz jest obowiązany znacznie bardziej wyczerpująco informować pacjenta o możliwych powikłaniach – nawet takich, których prawdopodobieństwo jest zni-

kome”³⁶⁰. W oparciu o te dwa rozstrzygnięcia można sformułować wniosek, iż w odniesieniu do czynności leczniczych pacjentowi należy się informacja pełna, natomiast przy planowanych zabiegach kosmetycznych – *plenissima*, w której zakres wchodzi również powikłania o znikomym prawdopodobieństwie. Z logicznego punktu widzenia to wyjaśnienie jest bardziej zadowalające, odsyła też do bardziej uchwytneho kryterium.

Drugim podjętym w orzeczeniu problemem był zakres dopuszczalnego przy zabiegach czysto kosmetycznych ryzyka: nie powinno by ono być zdaniem Sądu wyższe od przeciętnego. Już wówczas Karol Rozental skomentował stanowisko Sądu jako „dość zachowawcze”³⁶¹.

W oparciu o powyższe spostrzeżenia da się moim zdaniem sformułować następującą zasadę współżycia społecznego: nie przeszkadzać drugiemu w dążeniu do stania się piękniejszym. Dążenie to wydaje się powszechnie zrozumiałe i tak samo akceptowane. Problem powstaje jednak jak zwykle na etapie ustalenia kryteriów owego piękna. Tzw. nieprzyzwoity tatuaż w ekspozowanym miejscu lub ucho przyszyte do odsłoniętego przedramienia może u bliźnich wywołać jeśli nie wstrząs estetyczny, to niesmak. Trzeba więc będzie ponownie odwołać się do zasad współżycia społecznego, aczkolwiek z bardzo dużą ostrożnością. Nie chodzi bowiem o to, by przyjąć dopuszczalność zmian wyglądu, które spodobają się wszystkim lub prawie wszystkim, lecz aby wyeliminować tylko takie, które z punktu widzenia ogółu będą nie do zaakceptowania. Wśród nich można wymienić przykładowo (bo wyobraźnia ludzka przecież nie zna granic) wykonane w widocznych miejscach „zdobienia” z wykorzystaniem motywu narządów płciowych – ponieważ publiczne pokazywanie prawdziwych liczy się za wykroczenie oraz skandal obyczajowy. Natomiast ucho przyszyte do ręki wymagać będzie bardzo poważnego zastanowienia w kierunku: a właściwie co to komu przeszkadza? W kontekście prawa karnego Andrzej Wąsek przytoczył pogląd doktryny, zgodnie z którym nawet gdy jednostka ma prawo rozporządzać dobrem chronionym przez prawo karne, jej zgoda jest bezskuteczna, skoro pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego³⁶². Sam zauważył przy tym: „Z dużą ostrożnością i powściągliwością należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy zgoda

³⁶⁰ Wyrok OSL w Warszawie, sygn. 41/04.

³⁶¹ K. Rozental, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego 5.IX.1980 r., II CR 280/80*, OSP nr 10/1981 poz. 170, s. 433.

³⁶² W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 160; S. Lelental [w] *Prawo karne w zarysie*, red. J. Waszczyński, Łódź 1979, s. 244.

jednostki na zniszczenie pozostającego w jej posiadaniu dobra prawnego jest czy nie jest zgodna z zasadami współżycia społecznego. Łatwo tu bowiem o wyrażenie sądu opartego li tylko na własnym odczuciu pozbawionym racjonalnej argumentacji. (...) Jeżeli prawo karne ma pośrednio sankcjonować normy moralne (zasady współżycia społecznego), to w grę wchodzić tu muszą normy o charakterze elementarnym, których nieprzestrzeganie grozi rozprężeniem mechanizmu życia społecznego. (...). Byłoby niebezpieczne dla wolności obywatelskich „przemoralizowanie” prawa karnego, gdyby represjonowało ono jako niemoralne czyny, których ocena moralna nie jest w społeczeństwie jednolita”³⁶³. Jest to fragment wart cytowania wszędzie tam, gdzie zasady współżycia społecznego miałyby stanowić przeszkodę w realizacji indywidualnego prawa do wolności. Odnosi się to w szczególności do nielecniczych zmian wyglądu, zgodnych z własnymi ekscentrycznymi upodobaniami.

Mimo tych wszystkich zastrzeżeń postuluję włączyć przesłankę **nie-sprzeczności z zasadami współżycia społecznego** do każdego pozaustawowego kontratytu czynności o charakterze nielecniczym, w tym również do zabiegów czysto kosmetycznych. Przesłanka możliwego do społecznej akceptacji ryzyka uwzględnia ów czynnik tylko w sobie właściwym wąskim zakresie. Jeżeli czynność medyczna dokonywana jest w celu nielecniczym tylko ze względu na własne upodobanie – wydaje się że jej amator powinien bardziej liczyć się z uczuciami innych.

Czynności o charakterze nielecniczym

Kategoria, o której mowa, ma charakter niejednorodny. Chodzi tutaj o interwencje medyczne w sensie technicznym, które jednak nie realizują celu leczniczego. Mieszczą się wśród nich także zabiegi czysto kosmetyczne – te jednak zostały wyróżnione osobno ze względu na fakt, że w drodze zwyczaju doczekały się wyraźnej akceptacji społecznej. Inne nielecnicze czynności, których katalog, w miarę stałego i gwałtownego postępu medycyny, na pewno będzie się rozszerzać, łączy tylko to, że prawo nie zakazuje ich w sposób jednoznaczny³⁶⁴. O niektórych z nich wiadomo, że są w praktyce wykonywane, co do innych zaś – na podstawie przedruków z prasy zagranicznej można dowiedzieć się, iż pewne osoby wykonują je na samych sobie, przy czym charakter oraz

³⁶³ A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem?*, Państwo i Prawo nr 1/1988, s. 95–97.

³⁶⁴ M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, s. 206.

cel wskazuje, że owe zabiegi w sposób niezbędny – jak cyborgizacja organizmu – wymagają współpracy ze strony lekarza.

Już nawet sam katalog owych czynności jest sporny w doktrynie. Przykładowo odmawia się celu leczniczego i tym samym zalicza do nieuregulowanych prawnie zabiegów nieleczniczych operacyjne zabiegi adaptacyjne u transseksualistów bądź medyczne wspomaganie rozrodu. Będzie o nich mowa w dalszej części pracy, w tym miejscu pragnę tylko zwrócić uwagę, że usuwanie samych objawów (leczenie objawowe) nie przestaje być leczeniem.

Zdecydowanie nieleczniczy charakter mają natomiast: eksperyment medyczny o charakterze czysto poznawczym, sterylizacja lub kastracja na życzenie, nieterapeutyczne obrzezanie (dla celów niniejszych rozważań ograniczam się tymczasem do obrzezania osób dorosłych na ich własne życzenie), rekonstrukcja błony dziewiczej, operacyjne zmiany własnego wyglądu dla celów artystycznych, a także cyborgizacja zdrowego organizmu – przez którą rozumiem poprawianie sprawności własnego ciała przez wszczepienie na stałe elementów mechanicznych lub nawet zastępowania nimi części organicznych – do niedawna znane tylko z literatury *science-fiction*. Również z dziedziny fikcji literackiej wywodzi się pomysł przekształcenia zdolności życiowych jednostki dla przystosowania do życia w nieprzyjnym środowisku: np. skrzela dla ludzi pragnących zamieszkać na dnie morza³⁶⁵. (Należy się spodziewać, iż wkrótce stanie się to technicznie możliwe, a przeludnienie planety może spowodować konieczność masowych przeprowadzek pod powierzchnię wody, budowanie tam podwodnych metropolii oraz inne sposoby eksploatacji dna morskiego, co sugerował już Jules Verne w klasycznej opowieści „Dwadzieścia tysięcy mil podmorskiej żeglugi”). Pytanie o autonomię pacjenta w takich sprawach jest jednocześnie pytaniem o dopuszczalność rozporządzania przez jednostkę dobrami osobistymi w sposób zbliżony jak przy leczeniu, bez wyraźnego przyzwolenia ustawodawcy, ale też bez konkretnego zakazu (jaki ma miejsce przy przerywaniu ciąży na życzenie). W piśmiennictwie prawniczym znane są na ten temat dwa poglądy. Pierwszy przyjmuje wtórne uchylene

³⁶⁵ A. Bielajew w powieści *Czelowiek-amfibija* oraz zrealizowany na jej podstawie wyświetlany w Polsce film produkcji ZSRR *Diabeł morski* (1961 r.) reż. G. Kazanskiego i W. Czebotaiewa. Pacjent cierpiał na zaawansowaną gruźlicę – dla niego więc operacja miała cel wyraźnie terapeutyczny i w dodatku ratujący życie. Przykład ten pokazuje, że przyszłość i to niedaleka, może dostarczyć uzasadnionych powodów dla dokonywania najdziwniejszych ingerencji w ludzki organizm: trzeba tylko uruchomić wyobraźnię i otworzyć umysł, zamiast zasklepić się w tabuistycznych lękach.

bezbprawności takiej interwencji za wystarczające na podstawie zgody uprawnionego, na zasadzie *volenti non fit iniuria*, co jest równoznaczne z uznaniem prawa jednostki do swobodnego dysponowania dobrami osobistymi³⁶⁶. Drugi – odwołuje się do kryterium ważności interesu; istnienia usprawiedliwionego powodu, dla którego uprawniony zdecydował się na uszczuplenie lub poświęcenie swojego dobra osobistego. Wówczas zgoda uprawnionego stanowi warunek konieczny, natomiast warunkiem dostatecznym jest narażenie na niebezpieczeństwo lub poświęcenie jednego dobra prawnego dla ochrony innego dobra jednostki, dobra społecznego lub osiągnięcia społecznie pożądanego celu³⁶⁷. Jako przykład podawany jest czynnik oceny społecznej, jak w § 266 k.k. RFN: „...gdy czyn, mimo zgody godzi w dobre obyczaje...” oraz w art. 24 § 2 projektowanego polskiego k.k. z 1963 r.: „...gdy wyrażenie zgody jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”³⁶⁸.

Przed wszystkim należy zatem powrócić do pytania o granice swobody w sprawie rozporządzania własnym życiem lub zdrowiem, gdy brakuje usprawiedliwienia w postaci celu leczniczego. Z jednej strony wiadomo, że prawo karne penalizuje eutanazję, czyli najłagodniejszy co do pobudek możliwy sposób zadania komuś śmierci. Z drugiej – setki ludzi bezustannie narażają się na złamanie karku (w sensie dosłownym) lub inne spektakularne sposoby utraty życia, przez uczestnictwo w zawodach sportowych, rajdach samochodowych, czy zdobywaniu bieguna lub szczytów w Himalajach. Czynią to, jak się powiada, na własne ryzyko, ale jednocześnie korzystają z fizycznej oraz organizacyjnej pomocy innych osób. Powszechnie znany jest pozaustawowy kontratyp ryzyka sportowego. Kontratypy mogą być uzasadnione istniejącymi zwyczajami, a nawet prawem zwyczajowym, które wprowadzie w naszej rzeczywistości prawnej funkcjonuje reliktoowo, ale daje się odnotować jego obecność (np. tradycyjna lampka wina w miejscu pracy dla uczczenia wyjątkowej okazji zawodowej uważana jest za kontratyp oparty na prawie zwyczajowym). Możliwe jest również, aby kontratypy wyłączające bezprawność konstruowały sądy na zasadzie precedensu. Daje się bronić teza, że w ten sposób stopniowo orzecznictwo doszło do uchylecia bezprawności zabiegu kosmetycznego, choć początkowo potrzeba upiększenia metodami operacyjnymi była traktowana jako niedopuszczalna fanaberia.

³⁶⁶ E. Zielińska: *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, s. 242, M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, s. 207.

³⁶⁷ E. Zielińska: *Aspekty prawnokarne...* s. 242.

³⁶⁸ Ibidem, s. 243.

Z jednej strony powiada się, że zgoda uprawnionego prowadzi do uchylecia bezprawności w naruszeniu dobra osobistego tylko, gdy pozwala na to sam charakter naruszonego dobra³⁶⁹. Z drugiej – pada mało zachęcające stwierdzenie, że udzielenie w tej sprawie jednolitych wskazówek jest niemożliwe „z natury rzeczy”, niemniej wykluczone jest skuteczne wyrażenie zgody na ciężkie uszkodzenie ciała³⁷⁰.

Samo pojęcie ciężkiego uszkodzenia ciała ma charakter nieostry, a niektóre uszkodzenia ciała wprawdzie nie wydają się ciężkie, ale za to obarcza je ryzyko poważnych powikłań. Cywilnoprawne przepisy odszkodowawcze posługują się alternatywą: „uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia” (art. 445 § 1 k.c.), wskutek czego nie tak łatwo określić, jak silne uszkodzenie ciała liczy się za ciężkie – skoro podstawą do żądania odszkodowania i zadośćuczynienia jest każde uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia. Można posiłkować się kodeksem karnym, który zawiera ogólne definicje wsparte egzemplifikacją³⁷¹. Jednocześnie stały postęp medycyny sprawia, że czynność, która niegdyś wymagała rozplatania pacjenta od góry do dołu, obecnie może zostać wykonana przez niewielki otwór w ciele, aczkolwiek dlatego właśnie niesie ze sobą znacznie większe ryzyko, dla którego zobrazowania stosuje się jako paralelę przemebłowanie pokoju przez dziurkę od klucza. Ponadto, rozważając spowodowanie nawet ciężkiego uszczerbku na zdrowiu za zgodą działającego z pełnym rozeznanieniem pacjenta, nie powinno się tracić z oczu przestrzegania zasad wiedzy medycznej przez wykwalifikowanego i dyplomowanego wykonawcę, co minimalizuje ryzyko uszkodzeń ciała większych niż to niezbędne oraz zmniejsza niebezpieczeństwo dla życia. **Dlatego jestem zdania, że wszystkie pozaustawowe kontratypy medyczne powinny na pierwszym miejscu uwzględniać owe fachowe przesłanki i wobec tego zgoda pacjenta nie może być rozpatrywana w oderwaniu od nich.** Przy ocenie ciężaru uszkodzenia ciała wymagają zaś uwzględnienia takie czynniki jak: odwracalność bądź nieodwracalność uszkodzenia,

³⁶⁹ A. Szpunar: *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny nr 1/1990, s. 44.

³⁷⁰ Tamże, s. 47.

³⁷¹ „Kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci: 1) pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia, 2) innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zszpecenia lub zniekształcenia ciała, podlega karze...” (art. 156 § 1 k.k.).

okres gojenia się ran, czas potrzebny do odzyskania pełnej sprawności organizmu, a także – czy zabieg powoduje okaleczenie i jak bardzo widoczne dla otoczenia.

Rozważania karnistyczne są uwarunkowane definicją przestępstwa jako czynu społecznie szkodliwego, natomiast prawo cywilne operuje przy ochronie dóbr osobistych pojęciem szeroko rozumianej bezprawności, co może pociągać za sobą różnice w punkcie widzenia. Nie zmienia to jednak faktu, że na gruncie odpowiedzialności karnej swoboda w dysponowaniu przez uprawnionego niektórymi dobrami może zostać uznana za szkodliwą społecznie i z tego powodu doprowadzić do uznania za przestępcę lekarza wykonującego określony zabieg tylko na życzenie. Wyraźnie większa w prawie karnym niż w doktrynie cywilistycznej subtelność i elastyczność co do interpretowania zgody uprawnionego na naruszenie różnych dóbr prawnie chronionych, zostaje umniejszona przez pojęcie społecznej szkodliwości czynu dokonanego przez lekarza. Z kolei doktryna cywilistyczna prezentuje stanowisko sztywne, sprowadzające się do rozróżnienia: wolno skutecznie wyrazić zgodę na lekkie uszkodzenie ciała, ale już na ciężkie – zdecydowanie nie. Przy ocenie cywilnoprawnej skuteczności udzielenia zgody na naruszenie dobra osobistego, autonomia jednostki doznaje ograniczenia poprzez klauzulę zasad współżycia społecznego – z czym należy zgodzić się w odniesieniu do czynności nieterapeutycznych. Zarówno więc z punktu widzenia prawa karnego jak cywilnego trzeba ustalić, do jakiego stopnia ogół ma prawo ingerować w to, co fachowy i sumienny lekarz robi swojemu pacjentowi za rozeznaną zgodą tamtego. Inaczej mówiąc: jakim pryncypiom w relacjach międzyludzkich miałoby to urągać i dlaczego jest szkodliwe społecznie; ujmując najkrócej – czy i jak dalece szkodzi ogółowi i co w ogóle komu do tego.

Bardziej wszechstronne ujęcie kwestii zgody na ciężkie uszkodzenie ciała można znaleźć w doktrynie prawa karnego. Niektórzy jej przedstawiciele przynajmniej podjęli próbę uzasadnienia mniej lub bardziej nieprzejednanego stanowiska odmawiającego zgodzie skutku legalizującego ciężkie uszkodzenie ciała. Z bezkarności samobójstwa (próby samobójczej) i samookaleczenia został wyprowadzony wniosek, że życie i zdrowie jednostki należą do sfery wolnej od ingerencji państwa, jednak tylko o tyle, o ile jednostka narusza sobie te dobra sama, bez udziału osób trzecich³⁷². Podnosi się, że państwo ma interes w tym, by utrzymywać obywateli przy życiu i w zdrowiu, nie zmusza

³⁷² S. Popower: hasło „lekarz”, *Encyclopedia podręczna prawa karnego*, red. W. Makowski, t. II Warszawa b.r.w., s. 819.

jednak nikogo, by sam swe dobra chronił – a czyni to w imię wolności jednostki³⁷³. Jednakże chroniąc dobra związane z jednostką, państwo może mieć na względzie przede wszystkim interes ogólny (społeczny): aby dane dobro było chronione pod groźbą odpowiedzialności karnej (i cywilnej – M.B.) lub też interes społeczny w sensie wtórnym wobec bezpośredniego interesu jednostki. Wymaga zatem ustalenia, który z tych interesów przeważa. Przewaga interesu ogółu w ochronie pewnego dobra będzie oznaczać, że jednostka nie ma prawa swobodnie nim dysponować; może rozporządzać dobrem własnym tylko o tyle, o ile państwo chroni je w pierwszym rzędzie w granicach interesu jednostki³⁷⁴. W odniesieniu do ciężkich uszkodzeń ciała i zdrowia prymat zostaje przyznany interesowi ogólnemu, albowiem cały ogół ma interes w tym, by naród nie składał się z kalek i ciężko chorych. Ponadto wywołanie ciężkiego rozstroju zdrowia bądź okaleczenia ciała przez osobę trzecią bardziej wstrząsa poczuciem prawnym społeczeństwa niż takie samo działanie skierowane tylko przeciw sobie. Gdy zaś chodzi o lekkie uszkodzenie ciała lub nieznaczny rozstrój zdrowia – na plan pierwszy wysuwa się bezpośredni interes jednostki, a interes ogólny chroniony jest tylko pośrednio, ponieważ lekkie uszkodzenie nie obciąża całego społeczeństwa utratą przez jednostkę „siły produkcyjnej” i nie obarcza go kosztami opieki socjalnej. Wobec tego zezwolenie osoby pokrzywdzonej usuwa bezprawność tylko w zakresie lekkiego uszkodzenia ciała lub zdrowia³⁷⁵. Natomiast trwale zezepcenie lub zniekształcenie ciała bez utraty sił produkcyjnych wprawdzie nie obarcza społeczeństwa ekonomicznie, jednak podobny czyn „sam w sobie nosi znamiona czynu odrażającego, przeciw któremu ze względu na jego grozę wysuwa się na plan pierwszy interes ogółu, wstrząśniętego czynem, który wywołał okropne skutki”³⁷⁶. Na przeszkodzie uznania za skuteczną zgody na pewne uszkodzenia ciała stoją zatem dwa czynniki: **interesu ogólnego** oraz **powszechnej odrazy moralnej, którą wzbudza dane działanie**³⁷⁷. Takie ujęcie interesu ogólnego – żeby jednostki nie obciążały społeczeństwa swym kalectwem – zatrąca

³⁷³ Tamże, s. 818.

³⁷⁴ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 180.

³⁷⁵ Tamże, s. 180–181.

³⁷⁶ Tamże, s. 181.

³⁷⁷ Współcześnie rodzą się bardzo zasadnicze wątpliwości, czy sama „odraza moralna”, wzbudzana przez pewne działanie, może uzasadniać zaliczenie go do kategorii czynów bezprawnych (a w każdym razie czynów stanowiących przestępstwo). Szerzej zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 51, 57–59, 76–85.

jednak totalitaryzmem i nałożeniem obowiązku życia w zdrowiu dla dobra ogółu³⁷⁸. Prowadzi to w istocie do odwrócenia priorytetów: we współczesnym społeczeństwie sieć zależności jest tak gęsta, że z prawdziwej wolności wyboru co do stanu własnego organizmu mógłby korzystać tylko Robinson Crusoe.

„Oceny prawne nieleczniczych zabiegów medycznych określonego rodzaju w poszczególnych systemach społecznych są bardzo zróżnicowane i stale podlegają zmianom. Jest to przede wszystkim rezultatem dokonujących się przeobrażeń strukturalnych w obowiązujących systemach wartości, które to każdorazowo odzwierciedlają stopień ‘...moralnego przyzwolenia społeczeństwa’³⁷⁹ na działalność medyczną danego typu. Oceny te uzależnione są również od poziomu rozwoju wiedzy i techniki medycznej w konkretnym kraju, szeroko rozumianych warunków życia oraz aktualnie realizowanej polityki społeczno-prawnej władzy państwowej”³⁸⁰.

Znalezienie rozwiązania zadowalającego z punktu widzenia wyważenia interesów, wymaga zajęcia stanowiska w kontrowersyjnej kwestii wartościowania poszczególnych dóbr osobistych, a także interesów niemajątkowych oraz konstytucyjnie gwarantowanych wolności.

Gdy chodzi o dobra osobiste – regulacja kodeksu cywilnego przewiduje dla ich ochrony majątkowej porządek, który można nazwać horyzontalnym na gruncie art. 444 i 445. Wymienione tam dobra (życie, zdrowie, wolność i wolność kontaktów seksualnych) chronione są na tych samych zasadach i podstawach prawnych, co dobra materialne naruszone w rezultacie danego zdarzenia. Pozostałe dobra osobiste podlegają ochronie majątkowej na podstawie art. 448, przy czym w doktrynie dominuje pogląd, iż jest to ochrona ukształtowana na zasadzie winy (bez żadnych udogodnień natury dowodowej). Z takiej konfiguracji przepisów da się wyprowadzić wniosek, że spośród dóbr osobistych ustawodawca wyróżnił kilka fundamentalnych, które zależnie od rodzaju zdarzenia szkodzącego doznają ochrony również na zasadzie ryzyka, więc w konkretnym przypadku może to być ochrona silniejsza od ochrony innych dóbr osobistych (w tym praw pacjenta chronionych na zasadzie winy – art. 4 u.pr.pacj). Zostało to jednak wprowadzone tylko w ramach ochrony

³⁷⁸ Ideę tę doprowadziła do skrajności graniczącej z absurdem Juli Zeh w antyutopii „Corpus delicti”.

³⁷⁹ E. Kujawa: *Eksperyment w medycynie, wartości poznawcze i wartości etyczne*, Wybrane zagadnienia z etyki lekarskiej, socjologii medycznej i antropologii społecznej, praca zbiorowa, Warszawa 1984, s. 25.

³⁸⁰ E. Zielińska: *Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów medycznych*, s. 240.

majątkowej. Natomiast w zakresie ochrony niemajątkowej dóbr osobistych przyjmuje się wprawdzie, że naruszenie jednego dobra nie jest bezprawne wówczas, gdy zostało dokonane dla ochrony innego dobra o wielkiej doniosłości społecznej³⁸¹ – jednak kontekst wskazuje, że chodzi o wartościowanie „z zewnątrz”, tj. przez podmiot trzeci, w tym wypadku redaktora publikującego artykuł w prasie. Tymczasem w odniesieniu do pacjenta poddającego się medycznej czynności leczniczej, chodzi o wartościowanie dóbr osobistych przez niego samego. Epitety w rodzaju: „wielka doniosłość społeczna”, „ważny interes społeczny” są adekwatne tylko w odniesieniu do konfliktu między dobrem osobistym jednostki a dobrem społecznym lub między dobrami osobistymi dwóch osób. Słusznie zostało zauważone, że w każdym konkretnym przypadku wymaga rozstrzygnięcia, czy osoba zainteresowana mogła w dany sposób dysponować swym ciałem³⁸² oraz że zgoda uprawnionego jest skuteczna tylko w odniesieniu do dobra, którym jednostka może swobodnie dysponować³⁸³. Wciąż jednak doktryna unika podania wyraźnych kryteriów owej swobody, bądź też pryncypialnie umieszcza każde ciężkie uszkodzenie ciała na życzenie poza granicami legalności – tak jak w odniesieniu do nieterapeutycznej sterylizacji.

Przy ocenie dopuszczalności swobodnego dysponowania dobrem osobistym mówi się o interesie ogółu, a niewiele uwagi poświęca interesowi jednostkowemu. Tymczasem dobra osobiste są zawsze **czyjeś**: stanowią wartości prawnie chronione, ale ze względu na interes jednostki. Konkretna osoba ma różne dobra osobiste i jedne są dla niej subiektywnie ważniejsze od innych. W razie kolizji dóbr tej samej osoby nie ma takiego umocowania prawnego, ażeby ponad jej głowę i wbrew jej wyraźnej woli ktoś inny decydował o pierwszeństwie jednego nad drugim. Wolno zastanawiać się, które z dóbr osobistych przysługujących różnym osobom, a znajdujących się w konflikcie zasługuje w danym przypadku na większą ochronę. **Jednak można postawić tezę, że gdy dobra owe należą do jednej osoby i osoba ta sama dostarcza rozwiązania – ogół nie ma prawa ingerować.** Wystarczy wskazać równie godne ochrony dobro, które uprawniony życzy sobie zachować lub chronić kosztem dobra poświęcanego. **Nawet ciężkie uszkodzenie ciała**

³⁸¹ SN z 5.V.1978, IV CR 82/78 – na podstawie Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych w praktyce sądowej*, Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym. Zagadnienia wybrane, red. J. Piąkowski, Ossolineum 1986, s. 33.

³⁸² J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 56.

³⁸³ L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. XII zmienione, Warszawa 2006, s. 125.

przy udziale lekarza powinno więc być społecznie akceptowalne, gdy zaspokaja inny godny ochrony interes niemajątkowy pacjenta, a on sam tak właśnie zdecydował: że przedkłada jedno dobro lub interes ponad inne. Nawet za cenę ryzyka dla życia³⁸⁴. Nikt poważny nie postawiłby zarzutów organizatorowi wyprawy na biegun lub przewodnikowi górskiemu, że podzegał lub pomógł odkrywcy stracić życie w ekstremalnej eskapadzie. Jeżeli zatem pacjent chce poddać się z narażeniem życia czynności medycznej chroniącej jego uzasadnione interesy – należy co do zasady uznać czynność za wtórnie legalną.

Reasumując, jako zbiorczy zestaw dla kontratypu nielecniczej czynności medycznej wskazałabym następujące przesłanki:

- wykonanie czynności przez lekarza posiadającego stosowne kwalifikacje oraz formalne uprawnienia;
- przestrzeganie zasad wiedzy medycznej;
- rozeznana zgoda pacjenta;
- niesprzeczność czynności z zasadami współżycia społecznego;
- **działanie w celu ochrony innego dobra osobistego lub innego prawnie chronionego interesu wskazanego przez pacjenta.**

Przy sterylizacji na życzenie mogłaby to być obawa przed niechcianą reprodukcją, przy obrzezaniu dorosłego – wierność wyznawanej religii, przy rekonstrukcji błony dziewiczej – zachowanie w tajemnicy wcześniejszego życia intymnego.

Przy zmianie własnego wyglądu dla celów artystycznych – decydujące znaczenie ma ów artystyczny cel. Jak wiele da się uzasadnić celem artystycznym – powinno jednak wynikać z pozostałych przesłanek: zasad współżycia społecznego oraz przestrzegania prawideł wiedzy medycznej. Kontrola lekarska ma za zadanie minimalizować dolegliwość, chronić przed śmiercią lub trwałym uszczerbkiem na zdrowiu. Współcześnie słyszy się o aktorach, którzy dla odgrywanych ról gwałownie przybierają lub tracą na wadze. Jeżeli aktorka Renée Zelweger – na oko dość niepokażnej postury – najpierw utylił dwadzieścia kilogramów do roli Bridget Jones, a po niedługim czasie, smukła i wiotka, tańczyła w musicalu „Chicago” – to jest jasne, że takie wyuczyny nie pozostaną obojętne dla organizmu, w szczególności dla wątroby i nerek. W związku z tym wymagają ścisłej kontroli lekarskiej. Dużo bardziej

³⁸⁴ Powyższe wywody stanowią skrócony i zmieniony po gruntownym przemyśleniu co do niektórych tez fragment napisanego wspólnie z P. Konieczniakiem artykułu: *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*.

szokujący przykład, datujący się na lata dwudzieste ubiegłego wieku, został powołany przez J. Sawickiego³⁸⁵. Aktor miał odegrać scenę ukrzyżowania i zażądał od lekarza wywiercenia dziur u rąk i nóg. Sąd Krajowy w Berlinie uznał to jednak za uszkodzenie ciała (wyrok z 23 maja 1929 r.). Współcześnie również należałoby uznać taki zamysł za grubą przesadę. Nie bez znaczenia dla oceny przypadku pozostaje fakt, że technika charakteryzacji oraz tzw. zdjęć trickowych poszła bardzo naprzód. To samo odnosi się do otyłości lub wychudzenia, choć tutaj aktorowi może chodzić o autentyczną zmianę sposobu poruszania się.

Uzasadnienie dla cyborgizacji lub zmian organicznych może stanowić poprawa sprawności organizmu: wyostrenie zmysłów, zwiększenie siły fizycznej. Jeżeli pozwalamy innym na operacyjne upiększanie się i nie dostrzegamy już w tym niczego niewłaściwego, to należy również zmierzyć się z myślą: dlaczego nie pozwolić drugiemu na wspomagane techniką zwiększenie sprawności fizycznej, a gdy stanie się możliwe – również umysłowej?

Jeszcze jednego przykładu na przedkładanie jednego dobra ponad inne dostarczają pacjentki, które żądają amputacji nawet obu zdrowych piersi obawiając się zachorowania na raka sutka. „New York Times” pisał w 2007 r. o kobiecie, notabene lekarce, która zaalarmowana licznymi przypadkami raka piersi w rodzinie, poddała się testowi DNA. Wynik ujawnił obecność feralnego, wadliwego genu (tzw. BRCA1 lub BRCA2), który bardzo poważnie zwiększa ryzyko zachorowania (w pewnym momencie życia o 60–90%). Pomimo iż nieposiadająca dzieci, zaledwie trzydziestotrzyletnia i zupełnie zdrowa, podjęła decyzję o poddaniu się mastektomii³⁸⁶. Według przytoczonych danych, w USA spośród kobiet znajdujących się w grupie wysokiego ryzyka około jedna trzecia decyduje się na mastektomię zapobiegawczą. Polega ona na usunięciu tkanki, w której może rozwinąć się rak. Większość z nich przechodzi ponadto operację usunięcia jajników, ponieważ obniża ona ryzyko raka jajnika, do którego są również predysponowane genetycznie. Mastektomia zapobiegawcza może być wykonana w wersji oszczędzającej lub całkowitej. Częściej rekomendowana jest ta druga, jako dająca lepsze zabezpieczenie³⁸⁷. Wśród wskazań do mastektomii zapobiegawczej wymienia się: zdiagnozowany rak w jednej pier-

³⁸⁵ J. Sawicki: *Błąd w sztuce...*, s. 49 za F. König, H. Kostlin: *Haftpflicht des Arztes*, 1937, s. 36.

³⁸⁶ A. Harmon: *Cancer Free at 33, but Weighing a Mastectomy*, New York Times z 16. IX.2007 r.

³⁸⁷ National Cancer Institute, <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Therapy/preventive-mastectomy> – i tam powołana literatura.

si; zachorowania u innych kobiet w rodzinie, zwłaszcza przed ukończeniem pięćdziesięciu lat: matki, siostry lub córki; rak jajnika u większej liczby kobiet w rodzinie oraz – oczywiście – pozytywny wynik testu genetycznego. Zabieg znacząco zmniejsza ryzyko zachorowania (o ok. 90%) w grupie pacjentek wysokiego ryzyka. Nie ma jednak absolutnej pewności, że u tej, konkretnej osoby rak nie wystąpi, ponieważ nie jest możliwe chirurgiczne usunięcie całej tkanki, a proces rakowy może rozwinąć się nawet w najdrobniejszej pozostałości. Nie wszyscy lekarze rekomendują ów zabieg pacjentkom; wielu zaleca raczej częste badania, zdrowy tryb życia oraz unikanie hormonalnej terapii zastępczej – jednakże nie ma dowodów, aby przestrzeganie tych zasad znacząco zmniejszyło ryzyko zachorowania³⁸⁸. Cel przeprowadzenia zabiegu daje się uznać za leczniczy – skoro zmierza do utrzymania zdrowia. Jest to jednak zabieg bardzo radykalny i podjęty z dużym wyprzedzeniem.

Teoretycznie można by sobie wyobrazić również prewencyjną amputację innego organu, aczkolwiek usunięcie piersi i ewentualnie jajników nie upośledza aż tak bardzo funkcjonowania całego organizmu; ponadto wysokie ryzyko zachorowania w przyszłości przemawia za jego przeprowadzeniem. Niemniej wiadomo również, że nieposiadanie zmutowanego genu lub brak zachorowań w rodzinie – wcale nie uchylają ryzyka. Możemy sobie zatem wyobrazić zupełnie zdrową młodą kobietę, która pomimo niewystępowania u niej czynników ryzyka również postanawia poddać się zapobiegawczo mastektomii. W chwili zabiegu jest tak samo zdrowa jak bohaterka artykułu z „New York Timesa” i tak samo może zachorować, tyle że z mniejszym niż tamta prawdopodobieństwem. Wybiera okaleczenie zamiast życia w ciągłym strachu: poważne uszkodzenie ciała dla zwiększonego zabezpieczenia się przed rakiem. Moim zdaniem cel zabiegu pozostaje leczniczy, niemniej **siła wskazań** do niego jest znacznie mniejsza niż w odniesieniu do nosicielek mutacji genetycznych. Radykalne skutki owego zapobiegania mogą jednak wzbudzać sprzeciw i – jak widać z dostępnych źródeł – wzbudzają, nawet wobec pacjentek wysokiego ryzyka, a co dopiero w stosunku do słabiej zagrożonych. Mastektomia nie chroni w stu procentach – ale szczepienia ochronne przecież też nie. W odniesieniu do pacjentek spoza grupy wysokiego ryzyka może być zatem kwestionowany zarówno leczniczy cel zabiegu, jak wskazania medyczne do jego wykonania. Ponieważ jednak zachorować może każda kobieta – również strach każdej pacjentki w pewnym wieku ma swoje uzasadnienie.

³⁸⁸ Na podstawie – jak wyżej.

Kwalifikacja prawna udzielonej zgody

Uznanie określonego charakteru prawnego udzielonej przez pacjenta zgody pociąga za sobą różnice w kwalifikacji prawnej co do konsekwencji. Chodzi o następujące zagadnienia: możliwość zastosowania instytucji wad oświadczenia woli; skutki niezachowania formy dla zgody kwalifikowanej i związane z tym ograniczenia dowodowe; możliwość postawienia wymagania, ażeby zgoda pacjenta nie była sprzeczna z ustawą ani z zasadami współżycia społecznego, sposób i forma odwołania zgody.

Doktryna prawa cywilnego stoi ogólnie na stanowisku, że zgoda uprawnionego [dosyć pochoinnie nazywanego niekiedy poszkodowanym] stanowi akt woli i przejaw przysługujących dóbr osobistych³⁸⁹. Zgoda pacjenta stanowiłaby zatem przejaw woli zbliżony do oświadczenia woli, jednak nim niebędący³⁹⁰. Reprezentowany jest jednak i pogląd, iż jest to oświadczenie woli³⁹¹.

Uznanie zgody za oświadczenie woli czyni nieuniknionym zadanie pytania: jakie skutki prawne miałyby być objęte bezpośrednim zamiarem pacjenta. Według M. Safjana, zgoda nie może być uznana za oświadczenie woli *sensu stricto*, ponieważ jej istota [zamiar oświadczającego] nie sprowadza się do wywołania skutków prawnych, lecz do zadysponowania własnym dobrem osobistym w drodze autonomicznej decyzji. W konsekwencji – przesłanki skuteczności udzielonej zgody będą odwoływać się przede wszystkim

³⁸⁹ M. Safjan *Prawo i medycyna*, s. 34.; A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, RPEiS 1990, z. 1, s. 42; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. 1989, s. 41.

³⁹⁰ M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody...*, s. 67–71; tenże *Znaczenie zgody...*, s. 136–143; tenże: *Cywilna odpowiedzialność*, s. 124, A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego...*, s. 46.

³⁹¹ M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność...*, s. 20–21; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, s. 249, S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 120; L. Ogiełło, *Wstęp do rozważań nad problematyką jednostronnych czynności prawnych w prawie zobowiązań*, *Studia Iuridica Silesiana* nr 16, 1991, s. 40; W. Nowak, *Prawne formy zgody pacjenta na eksperyment medyczny (zagadnienia cywilnoprawne)*, *Prawo i Medycyna* nr 3/2005, s. 52. Na tym stanowisku stanął SN w wyroku z 17 XII 2004 r., II CK 303/04, z gł. M. Świderskiej, OSP nr 11/2005, poz. 131: „można bronić poglądu kwalifikującego zgodę pacjenta jako oświadczenie woli, bowiem jej wyrażenie jest zdarzeniem, które zmierza do wywołania skutku prawnego w postaci uchylenia bezprawności działania lekarza dokonującego zabiegów”. Orzecznictwo nie jest jednak jednolite: SN w orz. z 11 IV 2006 r. I CSK 191/05, Biuletyn SN nr 6/2006, s. 9 uznał, że zgoda pacjenta jest to przejaw woli podobny do oświadczenia woli.

do kryteriów podmiotowych i w znacznie większym stopniu będą podlegały subiektywizacji niż to odnosi się do oświadczeń woli. Na pierwszy plan wysuwa się tu ochrona autonomii pacjenta, a interesy innych osób muszą przy takim założeniu zejść na plan dalszy³⁹². Na gruncie prawa cywilnego właściwe oświadczenia woli podlegają rygorom dosyć sztywnym. Z jednej strony zaznacza się tendencja do obiektywizowania ich interpretacji w imię pewności obrotu i dla ochrony osób trzecich przed mylnym zrozumieniem. Z drugiej strony istnieją takie – jak testament – wobec których w samej ustawie znajdują się wytyczne co do wykładania ich w sposób możliwie „życzliwy” dla testatora. Rozeznana zgoda pacjenta nie ma równie szczegółowej regulacji jak testament, nie mogłaby być również potraktowana z takim dobrodziejstwem w drodze analogii, bo przecież różnice są aż nazbyt oczywiste. Pozostawałyby więc tylko zasady wspólne dla oświadczeń woli. Tymczasem M. Safjan ma rację podnosząc, iż w odniesieniu do zgody pacjenta czynniki subiektywne wymagają uwzględnienia w większym stopniu. Wskazuje na to także bioetyczny kanon pięcioelementowy Beauchampa i Childressa, którego postulatory dadzą się wyinterpretować również z polskiego stanu prawnego. Ustawodawstwo medyczne co prawda nie przesądza sprawy jednoznacznie, było już jednak podnoszone w niniejszej pracy, że te przepisy, które mamy do dyspozycji, nie dają wystarczających podstaw do stawiania interesów innych osób na równi z dobrami pacjenta.

Drugą konsekwencją rygorystycznej kwalifikacji jest uznanie, że zgoda może być dotknięta wadą oświadczenia woli w rozumieniu dosłownym: błędem, groźbą, brakiem świadomości lub swobody, a nawet pozornością. Tą drogą próbowała pójść obrona pozwanego w sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego z 2004 r.³⁹³. Pacjent utrzymywał, że udzielił zgody na poważną operację ortopedyczną bez dostatecznego poinformowania o występujących powikłaniach. Pozwany szpital zaprezentował w skardze kasacyjnej pogląd, że zgoda pacjenta na zabieg jest oświadczeniem woli, a więc jeżeli pacjent na skutek braku odpowiedniej informacji złożył oświadczenie woli pod wpływem błędu, to mógł przecież uchylić się od jego skutków w trybie art. 88 k.c., a skoro Sąd Apelacyjny nie zastosował owych przepisów, to należy przyjąć, że w postępowaniu pozwanego brak jest elementu bezprawności. Tonący brzytwy cię chwyta, warto wszakże zwrócić uwagę, w jak kłopotliwą

³⁹² M. Safjan: *Prawo i medycyna*, s. 34.

³⁹³ Wyrok SN z 17 grudnia 2004 r., II CK 303/04, z gl. M. Świdorskiej, OSP nr 11/2005 poz. 131 i z gl. M. Nesterowicza, Przegląd Sądowy nr 6/2006.

sytuację mógłby zostać w ten sposób wmanewrowany pacjent. Jeśli udzielił wadliwej zgody z powodu niedostatecznej informacji, to działał pod wpływem błędu – z logicznego punktu widzenia można by się z tym na upartego zgodzić. Jednak oświadczenie takie pozostaje ważne, dopóki zainteresowany nie złoży drugiego – o uchyleniu się od skutków prawnych pierwszego. Ale operacja to nie przeniesienie własności – skutki faktyczne nastąpiły i nie dadzą się odwrócić, natomiast brak aktywności po stronie pacjenta miałby sanować ważne uchybienie z punktu widzenia prawa medycznego. Sąd Najwyższy uznał jednak, że z powodu braku odpowiedniego poinformowania pacjent **w ogóle nie złożył oświadczenia woli**, bezprzedmiotowe zatem byłoby mówienie o błędzie. Wadliwą zgodę zrównał więc Sąd z brakiem zgody, tak jakby pełne poinformowanie stanowiło *essentiale negotii*. Z punktu widzenia pacjenta jest to rozstrzygnięcie bardzo korzystne: uchybienie informacyjne eliminuje zgodę jako zdarzenie prawne niezależnie od tego, czy zgodę uznamy za oświadczenie woli, czy nie. „Sama aprobatą pacjenta dokonania zabiegu, uzyskana w sytuacji braku uprzedniego udzielenia mu przystępnej informacji, nie może być traktowana jako zgoda w jurydycznym tego słowa znaczeniu, a więc jako spełniająca wymogi art. 31 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 2 ustawy [o zawodzie lekarza... – M.B.], co z kolei skutkuje uznaniem, że działanie lekarza w takiej sytuacji jest działaniem podjętym w warunkach bezprawności”³⁹⁴.

Co do braku świadomości, to M. Świdorska wywodzi, iż dopuszczalne jest takie właśnie zinterpretowanie niedostatecznie rozeznanej (uświadomionej) zgody pacjenta – jako dotkniętej wadą oświadczenia woli przewidzianą w art. 82 k.c.³⁹⁵. Byłaby to jednak wykładnia moim zdaniem zbyt mocno naciągana. Brak świadomości rozumie się tradycyjnie jako zupełne zerwanie kontaktu z otoczeniem. W prawie medycznym odpowiada temu między innymi stan niekompetencji. Pacjent nieświadomy jest niekompetentny, natomiast niedostatecznie poinformowany nie może być uznany za nieświadomego: art. 82 k.c. powiada o stanie **wyluczającym**. Taka zmiana kontekstu prowadziłaby do zbyt wielu nieporozumień, a konstrukcja rozeznanej zgody na swym poziomie ustawowym też nie daje po temu podstaw. W szczególności art. 31 ust. 6 uzawlek oddziela stan nieświadomości od kwestii informacyjnych: pacjentowi niezdołnemu do zrozumienia znaczenia informacji, informacji tej się **nie udziela** (bo i nie ma po co). Skoro dla możliwości odebrania

³⁹⁴ s. 694.

³⁹⁵ M. Świdorska: *Zgoda pacjenta...*, s. 32.

informacji oraz udzielenia prawnie skutecznej zgody wymaga się od pacjenta spełnienia kryteriów i formalnych, i materialnych, przy szczegółowym uregulowaniu sytuacji granicznych, to proponowane uogólnienie każdego braku informacyjnego jako równoznacznego ze stanem **wylączenia** świadomości (tak stanowi art. 82 k.c.: „Nieważne jest oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek przyczyn znajdowała się w stanie wyłączającym świadome powzięcie decyzji...”) stoi z tym w sprzeczności.

Gdy chodzi o inną wadę oświadczeni woli – groźbę – to mechanizm uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem groźby jest analogicznie mało użyteczny jak przy błędzie. Co do pozorności, to po prostu nie znalazłaby zastosowania w praktyce, ponieważ sam pomysł, by pacjent pospołu z lekarzem pozorowali zgodę, wydaje się absurdalny ze względu na oczywistą bezcelowość. Jeżeli w ogóle rozpatrywać wady oświadczeń woli w kontekście zgody na leczenie, to powinny by one zostać unormowane tak, aby pozorność w ogóle nie była brana pod uwagę, a każda inna wada pociągała za sobą nieważność zgody bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń. Przywodzi to znowu skojarzenia z testamentem – ze względu na fizyczną nieodwracalność skutków. Dokładniejszego rozważenia może wymagać jedynie kwestia, czy wadliwie udzielona zgoda jest prawnie bezskuteczna, czy też nieistniejąca. To drugie rozwiązanie, przyjęte przez Sąd Najwyższy w opisaney wyżej sprawie ortopedycznej, zakłada iż zgoda pacjenta jako oświadczenie woli zawiera składnik przedmiotowo istotny – tj. stan dostatecznego poinformowania.

Kwalifikacja zgody jako oświadczenia woli wymagałaby rozważenia pod tym kątem kolejno wszystkich wad oświadczenia woli. Pozorność trzeba by od razu odrzucić jako zupełnie nieprzystawalną do sytuacji prawnomedycznych. Błąd oraz groźba wykazują praktyczną nieprzydatność ze względu na przewidziany w ustawie mechanizm zniesienia skutków prawnych. Pozostaje brak świadomości lub swobody skutkujący bezwzględną nieważnością, ale rozumiany dość rygorystycznie – jako wyłączenie. Niedostateczne poinformowanie sytuuje się gdzieś pomiędzy: łączy w sobie czynniki ograniczenia świadomości, a gdy było przejawem manipulacji – wprowadzenia w błąd oraz zamachu na dobrowolność. Żadna z klasycznych wad oświadczenia woli nie może tu znaleźć zastosowania wprost, co przemawia albo *de lege ferenda* za stworzeniem odrębnej regulacji, albo za uznaniem *de lege lata*, że taka już istnieje w postaci materialnych przesłanek warunkujących skuteczność prawną udzielonej zgody (art. 31 ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 uzawlek.). Drugie rozwiązanie jest prostsze i wystarczająco umocowane w przepisach ustawy. Te przesłanki to,

powtórzymy: dostateczne poinformowanie, zrozumienie oraz dobrowolność. Z tej pozycji uznanie zgody za oświadczenie woli jest niepotrzebne.

W szczególnych okolicznościach zgoda pacjenta wymaga zachowania formy pisemnej: chodzi o zabiegi operacyjne oraz takie metody leczenia, z którymi wiąże się dla pacjenta podwyższone ryzyko (art. 34 ust. 1 ustawy lek.). O podwyższonym ryzyku decydują w zasadzie kryteria medyczne, natomiast sporny w doktrynie jest rygor, pod jakim ustawa lekarska zastrzega formę pisemną³⁹⁶. Lekarska ustawa zawodowa stanowi akt prawny kompleksowy. W doktrynie prawa karnego został wypowiedziany pogląd, iż zgoda na piśmie obwarowana jest rygorem nieważności³⁹⁷. Źródłem nieporozumień jest brak sankcji w ustawie lekarskiej, wobec czego cywiliści stosują automatycznie regułę interpretacyjną z art. 73 k.c. – że brak sankcji przy zwykłej formie pisemnej oznacza zastrzeżenie dla celów dowodowych³⁹⁸, co pociąga za sobą zasadniczą niedopuszczalność dowodu na udzielenie zgody z zeznań świadków ani z przesłuchania stron (art. 74 k.c.) W orzecznictwie (cywilnym, co nie jest bez znaczenia dla sposobu interpretacji) nastąpiła zmiana linii; początkowo forma pisemna uważana była za zastrzeżoną dla celów porządkowych³⁹⁹. Później jednak zwyciężyło zapatrywanie, iż jest to wymaganie dla celów dowodowych⁴⁰⁰. W wyroku z 11 kwietnia 2006 r., Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że ustawa lekarska nie precyzuje skutków prawnych niezachowania formy pisemnej i jednocześnie wyraził pogląd, iż zgoda pacjenta (na zabieg operacyjny) stanowi przejaw woli podobny do oświadczenia woli. W konsekwencji uznał, iż znajdują tutaj odpowiednie zastosowanie przepisy prawa cywilnego o czynnościach prawnych, w szczególności te regulujące formę.

Kluczowym problemem dla zastrzeżenia formy pisemnej jest jednak zakaz dowodowy z art. 74 k.c. W tym kontekście warto przytoczyć brzemien-

³⁹⁶ Zob. przegląd poglądów na formę zgody pacjenta: P. Daniluk: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2006 r.*, II CSK 191/05, OSP nr 7–8/2007, poz. 83. s. 514–516.

³⁹⁷ M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, s. 274–275, tenże: M. Filar. S. Krześ. E. Malszałkowska Krześ, P. Zaborowski: *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 203, R. Kędziora: *Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego*, Prokuratura i Prawo nr 7–8/2003, s. 54.

³⁹⁸ Zob. M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, s. 99, M. Safjan: *Prawo i medycyna*, s. 67, M. Świdwerska, *Zgoda pacjenta...*, s. 80.

³⁹⁹ Zob. też M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 286–287.

⁴⁰⁰ Zob. Sąd Apelacyjny w Lublinie z 27 stycznia 1991 r., IAC 16/91, OSA nr 1/1991, poz. 5; Sąd Najwyższy z 11 kwietnia 2006 r., II CSK 191/05, OSP nr 7–8/2007, poz. 83.

ny w skutki pogląd francuskiego Sądu Kasacyjnego zawarty w orzeczeniu z 25.11.1997 r.⁴⁰¹. iż ten, na kim z mocy prawa lub umowy ciąży obowiązek informacji, powinien udowodnić, że obowiązek ów został spełniony. Zatem to lekarz powinien wykazać, że właściwa informacja została rzeczywiście udzielona. Orzeczenie to spowodowało reakcję środowiska medycznego polegającą na odbieraniu od pacjenta pisemnego potwierdzenia co do należytego poinformowania, które samo w sobie nie jest rzecz jasna niczym zdrożnym, a lekarzom dostarczało dowodu – dzięki czemu czuli się bezpieczniejsi w świetle zastrzeżenia wobec nich wymagań formalnych. Taka praktyka zagroziła jednak czymś innym: nadmiernie zuniformizowaną informacją, niedostosowaną do możliwości percepcyjnych pacjentów. Oznaczałoby to praktyczne przesunięcie punktu ciężkości na zgodę formalną, z uszczerbkiem dla przystępnej informacji w sensie materialnym. Wobec tego w kolejnym orzeczeniu, z 14.X.1997 r.⁴⁰². Sąd Kasacyjny zaznaczył, że dowód na udzielenie zgody może zostać przeprowadzony z wykorzystaniem wszelkich środków dowodowych. Reguła ta znalazła się następnie w art. L.1111-2 ust. 7 kodeksu zdrowia publicznego⁴⁰³. I to jest właśnie dylemat, z którym borykamy się także na gruncie polskim: cywilistyczna interpretacja przepisu o rygorze niedochowania pisemnej zgody na zabieg może doprowadzić do tego samego, co we Francji. Ustawa lekarska, powtórzmy, jest kompleksowa, a nie *stricte* cywilistyczna. Przepis o pisemnej formie zgody interpretowany zbyt formalistycznie grozi większą szkodą niż pożytkiem. Warto byłoby zatem wyciągnąć wnioski z doświadczeń francuskich i zrezygnować nawet z wykładni, iż forma została zastrzeżona dla celów dowodowych. Jeżeli wrócimy do koncepcji celu porządkowego, to zyskamy na tym elastyczność w zakresie sposobu dowodzenia, że zgoda została udzielona mimo niezachowania formy. Dzięki temu lekarze powinni bardziej zająć się materialnym niż formalnym aspektem zgody pacjenta (skoro ustanie obawa, iż bez dokumentu nie zdołaliby udowodnić faktu udzielenia zgody). Ponadto nawet rygor dla celów dowodowych mógłby

⁴⁰¹ Bull. Civ. 1997, nr 75, por. Też G. Devers, *Pratique de la responsabilité médicale*, Paryż 2000, za: M. Świdarska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa francuskiego*, Prawo i Medycyna 13, (vol. 5), 2003, s. 103.

⁴⁰² C.P. 1997, 22942, za: M. Świdarska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa francuskiego*, s. 103.

⁴⁰³ Przepis stanowi, że w razie sporu to na lekarzu lub zakładzie opieki zdrowotnej spoczywa ciężar dowodu dostarczenia stosownej informacji, przy czym dowód ten może zostać przeprowadzony wszelkimi środkami, za: M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa francuskiego*, s. 103.

być trudny do dochowania w praktyce. W warunkach medycznych czasem po prostu nie zawsze jest czas i możliwość biegania z papierami do podpisu. Wystarczy, że pacjent nie dysponuje czysto fizyczną zdolnością podpisania dokumentu, a forma zastępcza (art. 79 k.c. – tuszowy odcisk palca pacjenta plus pisemne wyjaśnienie osoby trzeciej lub zamiast odcisku palca – poświadczenie urzędowe) jest dosyć kłopotliwa i mitręży czas. W tym miejscu warto przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie⁴⁰⁴: „Fakt braku dokumentu obejmującego zgodę pacjenta na dokonanie operacji jest nieistotny dla odpowiedzialności lekarzy, skoro zgoda niewątpliwie była. Zgoda jest bowiem aktem świadomości chorego, który może znaleźć na piśmie jedynie swe potwierdzenie. Brak takiego potwierdzenia w sprawie, nawet jeśli jest uchybieniem przepisom o charakterze porządkowym i zawodowym, nie pozostaje w żadnym związku przyczynowym ze zgonem pacjenta”. Sąd trafnie uchwycił tutaj specyfikę zdarzenia prawnomedycznego. Trzeba jeszcze raz zaakcentować różnicę między czynnością prawną, konwencjonalną – a czynnością prawa medycznego, która jest aktem woli z zamiarem wywołania skutków przede wszystkim faktycznych. Taka interpretacja wyklucza jednak uznanie zgody pacjenta za oświadczenie woli.

Odrzucenie koncepcji zgody pacjenta jako oświadczenia woli pozwala również nie zajmować się w ogóle rygorami związanymi z odwołaniem. Była już mowa o tym, że odwołalność zgody wynika *a fortiori* z ustawy transplantacyjnej, natomiast w imię poszanowania autonomii pacjenta oraz ze względu na uwarunkowania faktyczne powinna być dopuszczalna aż do ostatniej chwili, dlatego art. 61 § 1 zd. drugie k.c. nie pasuje tutaj zupełnie.

Jeżeli w całej rozciągłości przyjmiemy na gruncie prawa medycznego omawianą wcześniej teorię kontratypową – wówczas można zastąpić nią stawiane zgodzie pacjenta wymaganie niesprzecznosci z zasadami współżycia społecznego.

Pozostaje jednak do rozważenia pewna kwestia szczegółowa. Chodzi o charakter prawny odmowy zgody w warunkach specjalnych: zagrożenia życia lub zdrowia. Dokładną i sumienną analizę tego problemu podjęła Beata Janiszewska⁴⁰⁵, wychodząc od założenia, że jeżeli odmowa zgody ma danej osobie zagwarantować nienaruszanie jej dóbr osobistych, to jej cel stanowi wykluczenie powstania między uprawnionym a ewentualnym naruszcycielem

⁴⁰⁴ Wyrok z 27 lutego 1991 r., IAC 16/91, OSA nr 2/1991, poz. 5.

⁴⁰⁵ B. Janiszewska, *Uwagi o charakterze prawnym odmowy zgody na interwencję medyczną*, Prawo i Medycyna nr 4/2007.

stosunku cywilnoprawnego⁴⁰⁶. Znaczenie takiej odmowy ze strony pacjenta nie ogranicza się do uzyskania wyrazistego stanowiska w sprawie leczenia⁴⁰⁷. Wykładnia przepisów ustawy lekarskiej pozwala na przyjęcie, że sprawa dopuszczalności co do interwencji lekarskich *in extremis* jest ukształtowana inaczej niż w przypadkach pozostałych: zgodnie z art. 30 uzawlek. lekarz ma wówczas **obowiązek** udzielenia pomocy medycznej⁴⁰⁸. „Interwencję w tych sytuacjach może powstrzymać tylko wola pacjenta, który nie wyrazi zgody na udzielenie mu pomocy”⁴⁰⁹. Ten wniosek wydaje mi się jednak pochopny: do takiego powiązania nie ma podstaw, ponieważ pomoc lekarska jest obowiązkiem, a nie realizacją prawa. Autorka zauważa dalej, że mimo wielokrotnego odwoływania się do konieczności uzyskania zgody ze strony pacjenta, w przepisach ustawy lekarskiej prawie całkowicie pominięta została kwestia odmowy zezwolenia na leczenie. Świadczy to jakoby o sprzyjaniu postawie niesienia pomocy lekarskiej⁴¹⁰. Jest w tym pewna racja, ale tylko gdyby rozpatrywać ustawę lekarską w oderwaniu od innych aktów prawa medycznego – wspominałam bowiem o *argumentum a fortiori* z ustawy transplantacyjnej. Ponadto – już po opublikowaniu przez B. Janiszewską omawianej pracy weszła w życie ustawa o prawach pacjenta, która nieco uporządkowała kwestię odmowy zgody (art. 16 u.pr. pacj: „Pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu informacji w zakresie określonym w art. 9”). Nawet jednak przed pojawieniem się tej regulacji nie wywodziłabym równie doniosłych konsekwencji tylko z braku unormowania. Równie dobrze może to świadczyć o nieistnieniu prawnej różnicy między brakiem zgody a odmową. Autorka dokonuje subtelnej analizy aksjologicznej przepisów ustawy lekarskiej: „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. (...) Te same idee zdecydowały o tym, że w wyjątkowych okolicznościach działanie leka-

⁴⁰⁶ Ibidem, s. 25.

⁴⁰⁷ s. 27.

⁴⁰⁸ s. 28.

⁴⁰⁹ s. 29.

⁴¹⁰ s. 30.

rza nie wymaga zezwolenia pacjenta na podjęcie interwencji medycznej”⁴¹¹. Wszystko to racja, jednakże owa wyjątkowość niewymagająca zezwolenia ma swoje jednostkowe uzasadnienie (w art. 33 uzawlek.) niemożnością wyrażenia zgody przez pacjenta oraz nagłą sytuacją. Z ustawowego sformułowania „nie może wyrazić zgody”, odróżnionego od „nie może wypowiedzieć się w przedmiocie zgody”, B. Janiszewska wyprowadza wniosek, „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”⁴¹². W moim przekonaniu jednak stosunek wynikania tutaj nie zachodzi. „Nie może wypowiedzieć się” sugerowałoby przeszkodę w skonstruowaniu wypowiedzi z akcentem na przekaz werbalny, podczas gdy „nie może wyrazić” jest pojęciem szerszym, obejmującym więcej przyczyn niemożności wyrażenia – np. nie może wyrazić nawet na migi, ponieważ został całkowicie sparaliżowany. Autorka wnioskuje następnie z brzmienia art. 30 uzawlek., że obowiązek lekarza (co do ratowania pacjenta) powstaje z mocy prawa już w chwili zaistnienia określonych w przepisie ekstremalnych okoliczności, zatem jego powstanie nie powinno się aktualizować dopiero z chwilą udzielenia przez pacjenta zgody⁴¹³. To jednak z punktu widzenia prawa nie zmienia nic. Powstały wcześniej obowiązek nie może być zrealizowany przy braku zgody. Lekarz ma obowiązek, więc pacjent ma prawo – ale żeby skorzystać z prawa, musi złożyć oświadczenie. Brak oświadczenia (zgody) oznacza nieskorzystanie z prawa. Aktywny sprzeciw – tak samo. Pacjent może np. przywieziony wbrew woli do szpitala przez pogotowie uporczywie milczeć. Nie potrzebuje protestować. Właśnie o to chodzi. Tylko taka regulacja gwarantuje mu poszanowanie autonomii. Istnienie obowiązku nie znaczy od razu, że obowiązane mu WOLNO działać w celu realizacji obowiązku. Nie ma podstaw do zrównywania powinności z uprawnieniem. W prawie cywilnym można podać szereg powinności, których realizacja następuje dopiero na żądanie uprawnionego. Według B. Janiszewskiej obowiązek niesienia pomocy z art. 30 uzawlek. został „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”⁴¹⁴.

⁴¹¹ s. 29.

⁴¹² s. 30.

⁴¹³ s. 31.

⁴¹⁴ s. 31.

Nie ma w tym jednak nic nadzwyczajnego: udzielenie zgody uregulowane jest osobno i w sposób dość rozbudowany. Nie ma podstaw, by wywodzić daleko idące implikacje z samej techniki legislacyjnej. Należy zgodzić z Autorką, że formuła art. 30 ma charakter uniwersalny i obejmuje wszystkie przypadki konieczności niesienia pomocy, łącznie z tymi, w których zezwolenie pacjenta nie jest potrzebne. Niemniej podlegają one osobnej reglamentacji i jest na to przepis szczególny.

Rozumowanie Autorki ma wykazać, iż tak zwrócenie się do pacjenta o zgodę, jak samodzielne podjęcie działań medycznych w sytuacjach uprawniających do tego uprawniających odbywa się w ramach ciężącego na lekarzu ustawowego obowiązku udzielenia świadczenia medycznego w stanach nagłych. Oznacza to zdaniem B. Janiszewskiej, że „istnieje stosunek prawny, na którego byt może wpłynąć odmowa zezwolenia na podjęcie interwencji medycznej”⁴¹⁵. Jeśli tak, to w sytuacji krytycznej pacjent byłby uszczęśliwiony przez prawo nawiązaniem stosunku prawnego, który musiałby dopiero zerwać przez aktywną odmowę zgody. Z punktu widzenia poszanowania autonomii jest to dokładne jej zaprzeczenie, a służy tylko temu, żeby bierne zachowanie wystarczyło do skorzystania z prawa. Cała konstrukcja myślowa zmierza zaś w kierunku wykazania, że w pewnych okolicznościach odmowa zgody stanowi oświadczenie woli.

Autorka wywodzi, iż w przypadkach uregulowanych w art. 30 uzawlek., przy bezpośrednim kontakcie lekarza z pacjentem, nie powstaje, jak się zdaje, pole do takiego „milczenia”, które mogłoby nie oznaczać ani zgody, ani odmowy zezwolenia na udzielenie pomocy. „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”⁴¹⁶. Przepisy przewidują, Jej zdaniem, stan wyrażenia zgody lub odmowy jej udzielenia (w obu przypadkach – wyrażnie 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 nie powstawałby tu zatem stan „braku zgody”, blokujący legalne udzielenie pomocy, a rozumiany jako niewypowiedzenie się pacjenta w przedmiocie zgody. 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

⁴¹⁵ s. 32.

⁴¹⁶ s. 33.

nieskuteczne”⁴¹⁷. Otóż nie tylko. Z przepisów wynika, że prawnie skuteczną jest tylko zgoda udzielona **pozytywnie**. Interpretacja milczenia może być zawodna z powodu niedostatku przesłanek. Brak przekazu nie jest przekazem. Ewentualne wątpliwości dadzą się rzecz jasna tłumaczyć bądź na rzecz zgody, bądź jej braku. „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”⁴¹⁸. Pytanie tylko, czy aby na pewno trzeba do tego aż oświadczenia woli? Moim zdaniem sytuacja jest dużo bardziej klarowna, gdy lekarzowi nie wolno działać bez wyraźnej zgody bądź jednoznacznej konstatacji, że pacjent jest niezdolny do jej udzielenia. „Elementem takiego systemu może być także przyjęcie, że w sytuacjach objętych działaniem art. 30 ustawy odmowa zgody na interwencję medyczną jest oświadczeniem woli”⁴¹⁹. Ale jeżeli w innych sytuacjach nie jest, bo nie ma najmniejszych podstaw, to mielibyśmy do czynienia z niespójnością systemu. Trzeba by zatem uznać, iż w pozostałych przypadkach jest to również oświadczenie woli. I po co to komu, jak nie w celu ograniczenia autonomii? Konsekwencją takiego podejścia jest uznanie, że aktywna odmowa jako oświadczenie woli wymaga zachowania ustawowych rygorów, bo w przeciwnym razie jest bezskuteczna. I co wtedy, skoro rzekomy stosunek prawny wyinterpretowany z art. 30 został nawiązany? Wychodzi, że nie da się go zerwać. Tyle na temat autonomii.

„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 świadomego 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”⁴²⁰. Ja natomiast mam

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ s. 34.

⁴¹⁹ s. 34.

⁴²⁰ s. 35.

lepszego pomysłu na zachowanie symetrii: przyjąć, że ani jedno, ani drugie nie jest oświadczeniem woli. Ustawa lekarska wprowadziła swoje własne rygory, które nie są tożsame z rygorami prawa cywilnego. Analogie powinny więc być tworzone z dużą ostrożnością. **Im większe wymagania będą stawiane prawnie doniosłym oświadczeniom pacjenta, tym mniejsza w praktyce pozostanie mu autonomia.** A poza tym ta symetria wcale nie jest potrzebna – wręcz przeciwnie. „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”⁴²¹. Tyle, że z punktu widzenia regulacji prawnomedycznych to wcale nie jest potrzebne ani użyteczne, stanowi natomiast źródło zagrożenia dla autonomii. Jest nim, jak już kilkakrotnie pisałam, nakładanie dodatkowych rygorów na odmowę leczenia. Jeżeli odmowa leczenia *in extremis* miałaby być uznana za oświadczenie woli, wówczas należałoby do niej stosować wszystkie rygory z kodeksu cywilnego, pod groźbą uznania odmowy za prawnie bezskuteczną. W ten sposób strona lekarska zyskiwałaby dodatkową możliwość działania ponad głowę pacjenta. Powtórzmy: tylko dychotomiczny podział pochodzących od pacjenta komunikatów w sprawie zgody na leczenie gwarantuje poszanowanie autonomii. Gdy zaś chodzi o ewentualne stosunki prawne nawiązane między zobowiązanym do ratowania lekarzem a potrzebującym pacjentem – równie dobrze można by ich upatrywać między policjantem a ofiarą napaści lub między strażakiem a uczestnikiem pożaru. Wcale nie jest to jednak konieczne dla uzyskania przez poszkodowanych pomocy: szczególne, ustawowe obowiązki obarczające funkcjonariuszy rozmaitych służb (w tym służby zdrowia) zupełnie wystarczą.

Akt woli pacjenta polegający na udzieleniu zgody na czynność medyczną wykazuje specyfikę polegającą na tym, że jego skutki mają miejsce na płaszczyźnie czysto fizycznej – zabieg może zostać i zostaje wykonany, a pacjentowi chodzi przede wszystkim o to, aby uzyskać pomoc medyczną. Skutki prawne mają wobec tego zamiaru charakter wtórny. Nie każdy prawnie doniosły komunikat powinien być z powodu samej powagi sytuacji podno-

⁴²¹ s. 35.

szony do rangi oświadczenia woli. I nie chodzi tylko o to, że w oświadczeniu woli zamiar wywołania skutków o charakterze ściśle prawnym powinien być niewątpliwy. Jeżeli w konsekwencji do takiego komunikatu zostaną zastosowane wprost instytucje prawne właściwe oświadczeniom woli i czynnościom prawnym – zamiar stworzenia autorowi oświadczenia solidniejszych gwarancji może okazać się dlań kamieniem u szyi. Prawo medyczne potrzebuje dla pacjenta mocnych gwarancji, ale ujętych w sposób elastyczny, a nie sztywny – tak jak cała materia prawa medycznego wymaga dużo większej elastyczności myślenia niż coraz bardziej skonwencjonalizowane prawo cywilne. Dlatego za bardziej właściwe i pełniej oddające specyfikę prawa medycznego uważam nadanie zgodzie pacjenta kwalifikacji komunikatu zbliżonego do oświadczenia woli i wywołującego skutki prawne w postaci uchylenia bezprawności odnośnie do interwencji medycznej. Odznacza się on własnymi materialnymi przesłankami skuteczności, przepisy o oświadczeniach woli mogą być stosowane tylko odpowiednio, przez co spośród wad oświadczeń woli ograniczone doń zastosowanie znajduje tylko ta określana jako brak świadomości lub swobody. Biorąc jednak pod uwagę istnienie odrębnej ustawowej przesłanki niezdolności do świadomego wyrażenia zgody (w art. 32 ust. 2 uzawlek.), na powyższą wadę będą przypuszczalnie częściej powoływać się pacjenci poddani presji psychicznej. Z drugiej strony – musiałaby być to presja wyłączająca swobodę decyzji, podczas gdy „zwykła” manipulacja pacjentem stanowi nacisk zbyt słaby. Zamach na dobrowolność nie zawsze jest równoznaczny z jej wyłączeniem. Dobrowolność zgody na czynność medyczną jest oczywista z punktu widzenia bioetyki, jednak nasze prawo nie gwarantuje jej w sposób wystarczający. *De lege ferenda* przydałaby się precyzująca regulacja w ustawie lekarskiej. Wadliwość decyzji w sprawie leczenia powinna być unormowana w sposób bardziej szeroki niż wadliwość oświadczeń woli: gdy strony wiodą spór o prawo, zawsze można im doradzić, żeby wynajęły dobrych prawników. W relacjach z lekarzem pacjent tych możliwości nie ma, zresztą jeżeli już, to nie trzeba mu prawnika, tylko jakiegoś swoistego doradcy w sprawach medycznych i to posiadającego dyplom lekarski. Mam na myśli potrzebę z czysto teoretycznego punktu widzenia, ponieważ w praktyce jest to niewykonalne: do sądu człowiek nie trafia prosto z ulicy, ale do lekarza – nad wyraz często.

W sprawie zachowania szczególnej formy zgody na zabiegi o podwyższonym ryzyku – nie trzeba dzięki tej kwalifikacji rygorystycznie przestrzegać reżimu dla celów dowodowych: lepiej uznać formę pisemną za zastrzeżoną dla celów porządkowych i w razie jej niezachowania – bez ograniczeń prowadzić dowód z zeznań świadków lub z przesłuchania stron. W razie dochowania

formy pisemnej też nie jest jednak oczywiste, czy zgody udzielono prawidłowo pod względem materialnym. Ciężar dowodu w tym zakresie rozłoży się w zależności od kontekstu sytuacyjnego: tylko *prima facie* dokument stwierdzający, iż pacjent udzielił zgody po uzyskaniu odpowiedniej informacji, ze zrozumieniem oraz dobrowolnie – zaświadczy, iż wszystko odbyło się jak należy. W przypadku niedochowania formy to lekarz będzie obowiązany wykazać, że zgoda udzielona została. Z kolei odwołanie zgody nie będzie wymagało ani zachowania szczególnej formy, ani zakomunikowania w czasie określonym przez art. 61 § 1 zd. drugie k.c. (co zresztą w świetle ustaw prawnomedycznych stanowi wyważenie otwartych drzwi). Przypiot zgodności z zasadami współżycia społecznego wystarczy zastąpić kontratypową przesłanką celu leczniczego. Niedochowanie szczególnej formy dla zgody pacjenta podlega natomiast samodzielnej ocenie z punktu widzenia wypełniania powinności zawodowych: przez będący organem samorządu lekarskiego sąd „dyscyplinarny” oceniane jest jako osobne przewinienie zawodowe – ale na mocy przepisów szczególnych o odpowiedzialności zawodowej.

Specjalny charakter decyzji o niewyrażeniu zgody na wykorzystanie własnych zwłok dla szeroko rozumianego dobra innych (między innymi tylko do transplantacji – ponieważ cel pobrania może być nie tylko leczniczy, ale również diagnostyczny, naukowy lub dydaktyczny) przemawia *prima facie* za uznaniem owego sprzeciwu za oświadczenie woli. Nie każdy może go skutecznie złożyć, zastrzeżone są szczególne formy, a przede wszystkim – należy o nim pomyśleć z pewnym wyprzedzeniem. Sprzeciwiający się działa w zamiarze zapewnienia ograniczonej nienaruszalności swoich zwłok. (Ograniczonej – ponieważ nie może skutecznie sprzeciwić się ich sekcji – art. 5 ust. 4 utransp.) Wolno mu zatem nie zgodzić się na pośmiertne wypreparowywanie wnętrzności i daje temu wyraz, jak gdyby mówił: „– Macie zostawić w spokoju mojego trupa”. Skutkiem sprzeciwu jest wtórna delegalizacja ewentualnego pobrania – art. 4 ustawy transplantacyjnej stanowi bowiem jako zasadę, że organy **mogą** być pobierane. Powstaje zatem pytanie, czy zamiar wywołania skutków prawnych znajduje się tutaj na pierwszym miejscu, przed zamiarem utrzymania pośmiertnej „nietykalności fizycznej”. Przypomina to mechanizm dysponowania dobrem osobistym. Jednocześnie sprzeciw *mortis causa* jest aktem woli unormowanym w sposób samowystarczalny przez przepisy prawa medycznego, nie ma zatem dostatecznego powodu dla tworzenia daleko idących analogii z czynnościami prawnymi. Forma sprzeciwu ma własne, specjalne uregulowanie, podobnie jak odwołalność. Użyteczne może okazać się co najwyżej ostrożne stosowanie przepisów o wadach oświadczeń woli,

niemniej jest to trudne do wyobrażenia w praktyce. Na błąd lub groźbę wolno powołać się tylko samemu zainteresowanemu, który póki życia ma do dyspozycji sposób znacznie prostszy – odwołanie sprzeciwu. Pozorność w ogóle nie znajdzie zastosowania: sam pomysł pozorowania sprzeciwu obarczony jest zbyt poważnymi znamionami absurdu. Co zaś do braku świadomości lub swobody – musiałaby z tym wystąpić bądź strona lekarska, bądź altruistycznie nastawieni członkowie rodziny, albo też jeszcze – co jednak wydaje się mało prawdopodobne w praktyce – kandydat na biorcę względnie ktoś z jego rodziny. Sprzeciw co do pobrania pośmiertnego stanowi instytucję na tyle odrębną wobec innych aktów woli w prawie medycznym i w prawie w ogóle, że raczej trudno wyobrazić sobie sytuację faktyczną, w której komuś przyjdzie do głowy go podważyć. Teoretycznie da się taką wymyślić – gdy np. chodzi o dawcę szczególnie „cennego” ze względu na bardzo rzadko spotykaną grupę krwi – jednak decydujący dla pobrania czynnik czasu praktycznie to wyklucza. Sprzeciw *mortis causa* unormowany jest tak, by ustalenie jego istnienia bądź nieistnienia zajmowało czasu jak najmniej, dlatego ustawa nie pozostawia raczej miejsca na inne domniemania niż domniemanie prawne co do zgody, ani na ustalanie złożenia go z wykorzystaniem innych środków dowodowych, czy podważanie jego skuteczności materialnej.

Rozdział 3

Lekarskie standardy i przywileje zawodowe

Standardy wykonywania zawodu

Standardy wykonywania zawodu wyznaczają najniższy akceptowalny prawnie poziom działań lekarskich; są to zatem wymagania minimalne stawiane przed lekarzem przez system prawny w toku wykonywania czynności zawodowych. Standardy zawodowe lekarza dzielą się na dwie grupy.

1. **Standardy medyczne.** Dotyczą techniki wykonywanych czynności; są to zatem standardy o charakterze w przeważającej części medycznym, aczkolwiek sformułowania przepisów wskazują, że nie da się ich sprowadzić do samych zasad wiedzy i oderwać od uwarunkowań aksjologicznych. Przepisy prawa formułują je ogólnie: treści standardów nie da się z przepisów wydedukować.
2. **Standardy prawne** w ścisłym znaczeniu – takie, które prawo ustanawia w sposób wyraźny i których treść wynika wprost z przepisów prawa.

Standardy medyczne

Standardy medyczne wymienia art. 4 uzawlek. Zgodnie z tym przepisem lekarz ma obowiązek wykonywać zawód:

- zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej,
- dostępnymi sobie metodami oraz środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób,
- zgodnie z zasadami etyki zawodowej,
- z należytą starannością.

Wymagania te odnoszą się do wszystkich form wykonywania zawodu i powinny być spełnione przy udzielaniu każdego świadczenia zdrowotnego, niezależnie od celu.

Z kolei art. 8 ustawy o prawach pacjenta nadaje pacjentowi prawo do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych w warunkach odpowiadających określonym w odrębnych przepisach wymaganiom fachowym i sanitarnym.

Wskazania aktualnej wiedzy medycznej

Współczesna medycyna jest dziedziną działalności praktycznej, opartą na **ogólnej wiedzy naukowej** (prawidłowościach, ustalonych w oparciu o metodologię nauk empirycznych). Prace badawcze prowadzone w naukach przyrodniczych oraz w obrębie samej medycyny, zmierzają do poznania mechanizmów funkcjonowania organizmu ludzkiego i wpływu na niego czynników patologicznych oraz niepatologicznych. W następnej kolejności z tej wiedzy wyprowadza się następnie wspomniane „wskazania”, tj. **schematy postępowania praktycznego** w toku leczenia czy udzielania innych świadczeń zdrowotnych. Są one tak ujęte, by maksymalizowały prawdopodobieństwo uzyskania oczekiwanego efektu pozytywnego, zaś minimalizowały prawdopodobieństwo wystąpienia ubocznych efektów niepożądanych. W dziejach medycyny miały one zwykle charakter „heurystyczny”: nie były jednoznaczne, dopuszczały wielość interpretacji, a zdarzało się, iż konkurowało między sobą wiele „szkół”, postulujących w sytuacjach tego samego rodzaju diametralnie różne sposoby postępowania. We współczesnej medycynie wzrasta liczba schematów „algorytmicznych” (jednoznacznych), do czego przyczynia się idea „medycyny opartej na dowodach naukowych” (*Evidence-Based Medicine*)⁴²². W tym sensie medycyna jest bardziej rzemiosłem niż sztuką, pełna algorytmizacja jest jednak niemożliwa do osiągnięcia, a spory pomiędzy „szkołami” wciąż się zdarzają. Ponadto dadzą się odnotować sytuacje medyczne, gdy do wyboru jest już nawet nie kilka różnych sposobów leczenia, ale np. wykonanie operacji różnymi metodami: nowszą lub starszą, mniej lub bardziej oszczędzającą, kosztowną lub mniej kosztowną, „tradycyjnie” chirurgiczną lub laparoskopową. Treść wskazań ma być oparta na wiedzy aktualnej, więc nieprzestarzałej. Odwoływanie się zatem do praktyki niegdyś poprawnej, która jednak według obecnego stanu wiedzy jest nieakceptowalna (np. jako wyraźnie mniej efektywna od nowych sposobów postępowania, czy wręcz całkowicie nieskuteczna, połączona z ryzykiem powikłań), wymagania

⁴²² Spotyka się też tłumaczenie „medycyna oparta na faktach” (co jednak brzmi niejasno) lub „medycyna wiarygodna”.

tego nie spełnia. Ze sformułowania przepisu wymaga pośrednio obowiązek ciągłego aktualizowania wiedzy.

Wszystko to są jednak refleksje bardzo ogólne. Wskazania medyczne mogą mieć rozmaity charakter oraz wzajemnie się wykluczać. Stosunkowo prosta wydaje się jedynie materia tzw. bezwzględnych wskazań medycznych, gdzie autonomia pacjenta wyczerpuje się w udzieleniu bądź nieudzieleniu zgody. O wiele trudniej poruszać się w sferze wskazań względnych: tutaj przede wszystkim pojawia się pytanie, komu: lekarzowi czy pacjentowi służy decydujący głos w sprawie przeprowadzenia lub nieprzeprowadzenia zabiegu, który nie jest „konieczny” jak też – którą zastosować z alternatywnych metod leczenia. Istnieje też problem uwzględnienia życzeń pacjenta w ogóle nieuzasadnionych medycznie – tzw. leczenie przy braku wskazań.

Z art. 4 uzawlek. wynika *prima facie*, że inne niż medyczne wskazania do zabiegu powinny wynikać z przepisów odrębnych ustaw, ponieważ w przeciwnym razie lekarz **nie miałby prawa** brać ich pod uwagę: uchyliłby standardom zawodowym i zgoda pacjenta nie mogłaby go usprawiedliwiać. Problem leży w sposobie zdefiniowania wskazań i ustaleniu, czy względy pozamedyczne powinny być również brane pod uwagę oraz na jakiej zasadzie.

Ustawa powiada o wskazaniach, nie zawiera jednak żadnych wskazówek co do ich rozumienia, odsyłając w tym zakresie do nieskodyfikowanej wiedzy fachowej. W medycynie znane są następujące pojęcia: wskazania, przeciwwskazania, a wśród przeciwwskazań wymienia się wskazania bezwzględne oraz względne, jak również wskazania pierwotne oraz wtórne. Ich definiowanie natomiast pozostawia dla prawnika sporo do życzenia. W opisie praktyki medycznej niewątpliwie występują i to często. Mogłoby się wydawać, że chodzi o pojęcia jednoznaczne i zrozumiałe same przez się dla każdego, kto ma potrzebę, by ich używać. Tymczasem tak nie jest – wprawdzie lekarze w praktyce jakoś intuicyjnie posługują się tym nazewnictwem, ale nagabywani o znaczenie zwykle reagują zaskoczeniem i nie bardzo potrafią odpowiedzieć. Zetknęłam się też podczas jednej konferencji medycznej z wypowiedzianą przez lekarza tezą, iż wskazania względne są równoznaczne z nieistnieniem ich w ogóle. Zanegował on w ten sposób podział na wskazania bezwzględne i względne, podobnie jak uczynił to biegły w opinii przytaczanej przez Sąd Najwyższy. Wbrew temu kuriozalnemu pogładowi podział wskazań na względne i bezwzględne jest stosowany szeroko, w tym także w piśmiennictwie naukowym.

Ogólnie wskazania wyjaśnia się jako **uzasadniony powód** dla zastosowania badań diagnostycznych, leczenia farmaceutykami, procedury medycznej lub

zabiegu chirurgicznego. Przeciwnieństwem wskazania jest przeciwwskazanie: warunek lub czynnik zwiększający **ryzyko** wynikające z użycia określonego leku, przeprowadzenia pewnej procedury medycznej lub angażowania się w określony rodzaj aktywności (np. uprawianie niektórych sportów). Z przeciwwskazaniem **bezwzględny** (*absolute contraindication*) mamy do czynienia, gdy **nie istnieją rozsądne okoliczności usprawiedliwiające** podejmowanie czynności danego rodzaju. Inne przeciwwskazania mają charakter **względny** (*relative contraindication*): pacjenta w danej sytuacji dotyczy wyższe ryzyko powikłań (w stosunku do reszty populacji), jednak to ryzyko może zostać **przeważone** przez inne względy lub **złagodzone** przy użyciu innych środków⁴²³.

Przeciwwskazanie jest traktowane jako szczególna okoliczność, przy której użycie pewnych sposobów leczenia mogłoby być szkodliwe⁴²⁴; symptom lub okoliczność, które czynią pewne leczenie lub procedurę niewartą zalecenia w danych okolicznościach⁴²⁵; okoliczność lub objaw kliniczny wskazujące, że

⁴²³ Wikipedia, wersja angielska. Wyjaśnienia zaczerpnięte ze słownika medycznego okazały się zbyt lakoniczne: Według *Dorland's Illustrated Medical Dictionary* – „*indication*” to m.in. ‘symptom albo okoliczność służąca jako wskazówka lub ostrzeżenie, zaś *contraindication* – warunek, którym może być w szczególności rozpoznanie określonej choroby, czyniący pewne postępowanie medyczne niewłaściwym lub niepożądanym’. (*Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, wyd. 30, Philadelphia 2003). Alternatywne znaczenie odpowiada polskiemu „wskaznik”, „symptom”, „oznaka”. Według innych źródeł przez **wskazanie** rozumie się „oznakę, symptom lub okoliczność natury medycznej” (University of Texas, MD Anderson Cancer Center, http://www.mdanderson.org/patients_public/about_cancer/display.cfm?id=33540FBA-72DF-11D4-), która prowadzi do zaordynowania leczenia, czynności diagnostycznej lub określonej procedury (AEBD00508BDC-CE3A&method=displayFull); warunek, który określony sposób leczenia lub procedurę czyni **odpowiednimi**, (U.S. National Library of Medicine, <http://www.nlm.nih.gov/nichsr/hta101/ta101014.html>), **godnymi zalecenia** (MedicineNet.com http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?subject=travel_health&glossary=1), stanowiący **powód użycia** (Cleveland Clinic <http://www.clevelandclinic.org/health/health-info/docs/2300/2398.asp?index=8706>), symptom lub szczególna okoliczność, która wskazuje na **zalecenie** lub **konieczną potrzebę** określonego sposobu leczenia bądź procedury medycznej (Rx for Safety <http://www.rxforsafety.com/glossary/index.html>); **podstawa dla wszczęcia leczenia** choroby lub podjęcia czynności diagnostycznej wyprowadzona z 1) wiedzy o przyczynie (*causal indication*, wskazanie przyczynowe), 2) obecności symptomów (*symptomatic indication*, wskazanie objawowe), 3) natury choroby (wskazanie szczególne, *specific indication*) (Endovasc Inc. <http://www.endovasc.com/glossary/glossary.html>) W zakresie farmakologii pojęcie wskazań zostało ujęte najbardziej precyzyjnie; za wskazanie uważana jest choroba, dla leczenia której produkt został dopuszczony do obrotu.

⁴²⁴ Association of Clinical Research Organizations, www.acrohealth.org/glossary.php.

⁴²⁵ Rx for Safety, <http://www.rxforsafety.com/glossary/index.html>, podobnie AEGIS – AIDS Education Global Information System, <http://www.aegis.com/pubs/beta/1999/be990414.html>.

w danym przypadku przeprowadzenie interwencji zalecanej z innych powodów byłoby niewłaściwe⁴²⁶, symptom lub okoliczność natury medycznej, która czyni pewien rodzaj leczenia lub procedurę niewartą zalecenia, ponieważ **jest prawdopodobne, że pacjent źle zareaguje** (np. zaburzenia krzepliwości przeciwwskazują zastosowanie aspiryny)⁴²⁷; leczenie, które może spowodować niepożądane lub niebezpieczne reakcje jeśli zostanie zastosowane wobec osoby cierpiącej na określoną chorobę lub znajdującej się w warunkach szczególnych (alergie, nadciśnienie, ciąża) lub wobec której jest stosowana inna procedura lecznicza⁴²⁸; warunek lub sytuacja (np. historia choroby), przy której **użycie danych środków jest zabronione lub się go nie zaleca**⁴²⁹; gdy **ryzyko przeważa nad jakimikolwiek potencjalnymi korzyściami**⁴³⁰; natomiast w farmakologii – warunek, przy którym nie należy stosować leku⁴³¹.

Użyte określenia („zalecany”, „niezalecany”, „niewart zalecenia”, „konieczny”, „zabroniony”) nasuwają wniosek, że wskazania i przeciwwskazania są pomyślane jako dyrektywy techniczne służące ułatwieniu dla podejmowanie decyzji klinicznych. Są nakazami lub zakazami ujmowanymi w sposób ogólny i abstrakcyjny, ponieważ odnoszą się do pewnego rodzaju sytuacji i rodzaju czynności, która powinna być wykonana; formułuje się je według schematu hipoteza – dyspozycja. W medycynie mają zatem charakter normatywny. Wskazanie wymaga wcześniejszej diagnozy; odnosi się do relacji między rozpoznaniem, a zalecaną procedurą. Wskazania mogą pojawiać się także ze względu na podejrzenie choroby (wskazania do rozszerzenia diagnostyki), zagrożenie chorobą (wskazania do czynności profilaktycznych, np. podania szczepionki lub surowicy), chorobę przebytą w przeszłości (wskazania do rehabilitacji).

Takie zalecenie pojawia się jednak zawsze **ze względu na jakiś założony** (często *implicite*) **cel**. Uznanie jakiegoś postępowania za wskazane jest konsekwencją porównania go z innym postępowaniem alternatywnym w tym

⁴²⁶ U.S. National Library of Medicine, <http://www.nlm.nih.gov/nichsr/hta101/ta101014.html>.

⁴²⁷ University of Texas, MD Anderson Cancer Center, http://www.mdanderson.org/patients_public/about_cancer/display.cfm?id=33540598-72DF-11D4-AEBD00508BDCCE-3A&method=displayFull.

⁴²⁸ Pain & Stress Center Products, <http://painstresscenter.com/mall/glossary.html>.

⁴²⁹ strona produktu leczniczego Climodien prowadzonego przez firmę Schering AG, <http://www.climodien.com/html/glossary/glossar.htm>.

⁴³⁰ Ulrich and associates, <http://pharm-sales-jobs.com/resources/glossary/index.shtml>.

⁴³¹ The Be In Charge, strona dla pacjentów z hepatitis C, prowadzona Schering Corporation, http://www.beincharge.com/bic/application?namespace=main&origin=nav_left.jsp&event=content_display&event_input=glossary&category=any.

sensie, że uznanie wykonania czynności za wskazaną oceniane jest jako lepsze od jej zaniechania⁴³².

Wskazaniami są zarówno wytyczne określające, **czy** w danym rodzaju sytuacji jest sens podejmowania leczenia określoną metodą, jak też dyrektywy dotyczące sposobu realizowania danej metody: „wskazania »czy«” i „wskazania »jak«”⁴³³. Wskazania »czy« odnoszą się w zasadzie tylko do czynności leczniczych; wskazania »jak« odnosić się mogą do każdej interwencji medycznej na człowieku, także nieleczniczej. W praktyce oba rodzaje wskazań mogą występować nierozdzielnie⁴³⁴. **„Zgodnie ze wskazaniami” – oznacza zatem podjęcie decyzji o leczeniu z jednoczesnym prawidłowym ustaleniem określonej metody.** Tyle, że w konkretnym przypadku może być do wyboru: podjąć lub zaniechać, a jeśli podjąć – to jedną z kilku metod równorzędnych bądź prawie równorzędnych. I tutaj jest miejsce na decyzję pacjenta oraz wyjaśnienie różnicy między wskazaniami bezwzględnymi a względnymi. Nie jest ona bynajmniej ostra. Jeżeli ktoś uważa daną procedurę medyczną za wskazaną, to znaczy że stwierdza iż **racje „za” w każdym wypadku absolutnie przeważają nad racjami „przeciw”**. Ten natomiast, kto mówi o postępowaniu wskazanym względnie, uważa ten **bilans za nieoczywisty**. Dodatkowe wskazówki, pozwalające uznać wskazanie za bezwzględne, są następujące: stan zagrażający pacjentowi śmiercią lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu, „bezalternatywność” proponowanego sposobu leczenia⁴³⁵, jednoznaczność materiału dowodowego przemawiającego za stosowaniem metody⁴³⁶, wysoką skuteczność metody przy braku

⁴³² Szerzej zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*.

⁴³³ Podział ten proponuje J. Sawicki we wstępie do rozprawy J. Radzickiego, *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 7.

⁴³⁴ W praktyce leczenia nie sposób powiedzieć, że po rozpoznaniu np. zawału serca wskazane jest abstrakcyjnie „leczenie”, czy też „leczenie aspiryną”; wskazane jest **niezwłoczne** podanie aspiryny **w określonej, znacznej dawce** (300 do 500 miligramów).

⁴³⁵ Zamiast „wskazań względnych i bezwzględnych” bywa używana jeszcze bardziej enigmatyczna para pojęć: *czynność X jest konieczna* (przy czym nikt nie zadaje pytań: ze względu na co konieczna) oraz *czynność Y stanowi metodę z wyboru*.

⁴³⁶ Jest też propozycja, aby wskazaniami bezwzględnymi nazywać „wskazania klasy I” według skali przyjmowanej w rekomendacjach tj. takie, przy których istnieją dowody za użytecznością metody przy braku dowodów przeciwnych. K. J. Filipiak, M. Grabowski, G. Opolski, *Ostre zespoły wieńcowe 2004 – co nowego w farmakoterapii?*, Przewodnik lekarza nr 7 z 2004 r., s. 46–57.

efektów niepożądanych, to, że charakter rozpoznanej choroby nie pozwala oczekiwać samoistnego jej ustąpienia.

W sferze wskazań względnych mieszczą się natomiast przede wszystkim przypadki, gdy podjęcie określonego postępowania nie wykazuje wyraźnie lepszej użyteczności nad jego zaniechaniem. Chodzi o metody, których skuteczność jest wprawdzie bezsporna, ale znacznie obciążone działaniami niepożądanymi – tak że korzyści wprawdzie przeważają, ale nieznacznie – albo nawet równoważą się ze stratami. Jako przykład może posłużyć operacyjne leczenie przewlekłego zapalenia kości udowej⁴³⁷. Z kolei kortyzon⁴³⁸ wykazuje wysoką skuteczność w leczeniu objawowym chorych na astmę lub reumatyzm, jednak przy tym ma bardzo liczne działania niepożądane, zwłaszcza stosowany przez dłuższy czas. Zaniechanie jego stosowania grozi reumatykom znacznym pogorszeniem pociągającym za sobą konieczność poruszania się na wózku inwalidzkim. Nie jestem więc pewna, czy pomimo tak dramatycznych skutków ubocznych można potrzebę leczenia kortyzonem nazwać wskazaniem względnym – w istocie mamy tu bowiem do czynienia z brakiem alternatywy.

Mianem względnych wskazań określa się także przypadki, gdy medycynie znanych jest dwa lub więcej sposobów postępowania w zasadzie równorzędnych, tzn. gdy żaden nie wykazuje jednoznacznej przewagi nad pozostałymi. Ponadto nazywa się tak wskazania do leczenia chorób banalnych, niegroźnych, mało uciążliwych i ustępujących samoistnie. Podciąga się też pod to określenie stany, w których medycyna ma pacjentowi do zaoferowania jedynie sposoby postępowania o słabej skuteczności (zwłaszcza paliatywy) lub metody, których skuteczności w ogóle nie dowiedziono należycie. Mało tego: w wypowiedziach lekarzy pojawia się też niekiedy stwierdzenie, że wskazania dla pewnej czynności „są dyskusyjne” czy też „kontrowersyjne”. Ma ono charakter dwuznaczny. Po pierwsze może pokazywać, że **toczy się pewien spór naukowy** wymagający rozstrzygnięcia. Nawet dzisiaj, w dobie medycyny opartej na „paradygmacie” EBM (*Evidence-Based Medicine*) ma prawo

⁴³⁷ Jest to postępowanie uciążliwe (operacyjnie odsłania się kość, dłutuje wzdłuż niej rymienkę, a następnie przez kilka dni utrzymuje się otwartą ranę i przepłukuje kość roztworem antybiotyku), obarczone groźnymi powikłaniami (stosowane antybiotyki z grupy aminoglikozydów mogą uszkodzić nerki lub wywołać głuchotę), a przy tym wyłącznie objawowe i o krótkotrwałej skuteczności – ponieważ zakażeń bakteryjnych w tkance kostnej nie daje się likwidować całkowicie. Pacjent może więc stanąć przed kłopotliwym wyborem: stan zapalny albo głuchota. Zwłaszcza w takich okolicznościach wymagane jest ściśle przestrzeganie przez lekarzy obowiązku informacyjnego.

⁴³⁸ Syntetyczny hormon steroidowy mający m.in. działanie przeciwzapalne.

zdarzyć się funkcjonowanie „szkół” zupełnie odmiennie oceniających tę samą praktykę. Nie jest to sytuacja nadzwyczajna; w rekomendacjach odpowiada ona „wskazaniom klasy II”. Jako przykład może posłużyć sposób postępowania z kikutem pozostałym po odcięciu wyrostka robaczkowego, polegający na koagulacji. Jest to aktualny kazus z praktyki sądów lekarskich⁴³⁹.

Stwierdzenie o „dyskusyjności” wskazań może też sygnalizować spór aksjologiczny: **konflikt wartości niedający się przekonująco rozstrzygnąć**. W przypadku np. rozpoznania nowotworu strun głosowych może pojawić się wybór między laryngektomią, dającą nieco wyższe prawdopodobieństwo przeżycia trzech lat od rozpoznania (rzędu 60%), a radioterapią, oszczędzającą struny głosowe, przy której prawdopodobieństwo to wyniesie 30–40%⁴⁴⁰. Z punktu widzenia faktów wszystko tu jest wiadome, natomiast bilans efektów spodziewanych po terapii nie czyni żadnej decyzji wyraźnie „lepszą” od drugiej.

Jak widać, nazewnictwo może być rozmaite: wskazania względne, drugiej kategorii, dyskusyjne, kontrowersyjne – kluczową kwestią dla owej „względ-

⁴³⁹ Sprawa przed Okręgowym Sądem Lekarskim w Warszawie (sygn. OSL – 2/08), niezakończona prawomocnie, co jest bez znaczenia, bo chodzi tylko o zilustrowanie problemu niepewności wskazań. Stosunkowo nową metodą postępowania w zapaleniu wyrostka robaczkowego jest usunięcie organu techniką laparoskopii. Ścisłej – metoda została uznana za nową w porównaniu z „klasyczną” laparotomią, jest jednak dostatecznie wypróbowana, by miała charakter leczenia rutynowego (tzn. nie stanowi ona obecnie eksperymentu medycznego na człowieku). Wskazania co do wyboru metody laparoskopowej wydają się już w tej chwili w zasadzie ustabilizowane. Sporny pozostaje natomiast jeden z detali technicznych operacji. Odcięcie wyrostka u podstawy może (choć nie musi – zależy to od sposobu zaopatrzenia kikuta) pozostawić w miejscu odcięcia odsłonięty fragment błony śluzowej. W literaturze natrafia się na zalecenie (P. Nachulewicz, *Wycięcie wyrostka robaczkowego techniką laparoskopową*, „Medycyna Praktyczna, Chirurgia, nr 5 z 2006 r. s. 47–51), wedle którego ów fragment tkanki „można delikatnie skoagulować”. Mówiąc potocznie, chodzi o miejscowe przyżeganie śluzówki przy użyciu elektryczności, celem wyjałowienia. Dodatkową zaletą tej praktyki ma być przeciwdziałanie wydzielaniu śluzu podczas gojenia, zapobiegające powstaniu ropnia. Według innych jednak koagulowanie tkanki ma tę wadę, że może doprowadzić do perforacji kątnicy w okolicy kikuta, co z kolei grozi zapaleniem otrzewnej: na to niebezpieczeństwo powoływał się biegły we wspomnianej sprawie.. W efekcie albo uznaje się koagulowanie kikuta wyrostka za zabieg pożyteczny i przynajmniej **względnie wskazany** (w niektórych ośrodkach jest wręcz stosowany rutynowo), albo traktuje jako szkodliwe i **wyraźnie przeciwwskazane**. Oba te przeciwstawne poglądy najprawdopodobniej opierają się tylko na własnych przemyśleniach i doświadczeniu, ponieważ nie ma przesłanek naukowych, które pozwoliłyby wykazać zasadność obaw lub wyższość którejś ze wskazanych technik”.

⁴⁴⁰ Za: R. Gillon, *Etyka lekarska. Problemy filozoficzne*, Warszawa 1997, s. 87.

ności” jest jednak to, że albo istnieje wybór jednej z kilku możliwości, albo też jedyna będąca do dyspozycji wykazuje wątpliwą skuteczność, bądź też metody, o którą chodzi, równie dobrze można by poniechać. Między kategoriami wskazań bezwzględnych i względnych nie zachodzi natomiast żadna różnica jakościowa, pozwalająca na w miarę precyzyjne ich rozgraniczenie. (Co pokazuje zwłaszcza przykład z kortyzonem). Wskazania w obrębie każdej z tych dwóch grup również mogą być „bardziej lub mniej względne”; lepiej więc mówić o **dającej się stopniować „sile” wskazań**⁴⁴¹.

Różna siła wskazań czyni nieuniknionym postawienie pytania o zakres autonomii pacjenta. Jest to zresztą pytanie, na które odpowiedź można znaleźć pośrednio w ustawie lekarskiej. Skoro bowiem pacjentowi służy prawo do informacji w szczególności o alternatywnych sposobach leczenia, to sensu owej regulacji należy upatrywać w zapewnieniu możliwości autonomicznego wyboru.

Trudniejszy do rozstrzygnięcia problem może natomiast stanowić szczegółowość rozróżnień. Są i takie rewiry techniki medycznej, w które pacjentowi wkraczać nie przysługuje, ale tylko z tego powodu, że pod szyldem autonomii nie może dyktować lekarzowi szczegółów w sposobie leczenia. Szczegółów, które dla niego, pacjenta, nie są znaczące dla podjęcia decyzji, a lekarzowi utrudniałyby lub wręcz uniemożliwiały techniczne przeprowadzenie zabiegu.

Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie rozpoznawał sprawę śmierci czternastolatki po laparoskopii diagnostycznej. Zgon spowodowało zaważenie troakarem o żyłę brzuszną. W rezultacie krew sączyła się pomału do jamy brzusznej, aż leżąc na sali pooperacyjnej pacjentka wykrwawiła się na śmierć. Przypuszczalnie zarzuty należałoby postawić szpitalowi lub konkretnym osobom z personelu pomocniczego za niewłaściwą opiekę pozabiegową – usłyszał je jednak lekarz, który wykonał laparoskopię. Matka pacjentki, będąca przedstawicielem handlowym jednej z firm produkujących troakary, próbowała nakłonić lekarza, aby użył do zabiegu nowego troakara jednorazowego tej właśnie firmy. Swoje zawiadomienie o popełnieniu przewinienia zawodowego opierała na zarzucie, iż **zgodę na zabieg uzależniła od użycia przez lekarza dostarczonego mu sprzętu, czemu lekarz odmówił**. W toku procesu okazało się, że faktycznie użyty został inny troakar, po raz drugi z kolei, mimo iż torebkowo był jednorazowego użytku. Biegli nie dopatrzili się w tym uchybienia referując, że akceptowa-

⁴⁴¹ Szerzej: M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*.

na praktyka dopuszcza maksimum trzykrotne użycie takiej jednorazówki. Zapytany o przyczynę lekarz odrzekł, iż używany troakar innej firmy „bardziej pasował mu do ręki”. Błędów technicznych w wykonaniu zabiegu sąd nie stwierdził. Zostało uznane, że przypadkowe zawadzenie o żyłę stanowiło nieszczęśliwy wypadek, mieszczący się w granicach normalnego ryzyka laparoskopii. Poza protokołem wyrażono też przypuszczenie, iż prawidłowa opieka pozabiegowa pozwoliłaby w porę zauważyć krwawienie i być może uratować dziewczynkę – nie to jednak stanowiło przedmiot orzekania. Natomiast **zgoda pacjenta** (lub jego przedstawiciela ustawowego) **na zabieg nie może być uzależniona od takiego warunku, jak użycie określonego narzędzia medycznego**. Lekarz postąpił zgodnie ze wskazaniami, wśród których znajdowały się wskazania o charakterze technicznym, leżące poza zasięgiem woli pacjenta.

Przykładem z dziedziny ścisłej techniki operacyjnej, który jednak do pewnego stopnia rzutuje na sytuację pacjentki, jest sposób wykonania cesarskiego cięcia. Zgoda na zabieg nie uwzględnia techniki: pacjentka nie jest pytana, czy woli cięcie wzdłuż czy w poprzek. Korzystniejsze jest to drugie, ponieważ zostawia mniejszą bliznę w mało widocznym miejscu. Jest to metoda nowocześniejsza i bardziej oszczędzająca⁴⁴², ale nie zawsze da się wykonać ze względu na usytuowanie płodu i łożyska⁴⁴³. Zdarza się też, że początkowo wykonane cięcie poprzeczne nie wystarczy i konieczne okazuje się „docięcie w kotwicę” – jak to między sobą określają lekarze. W sprawie porodów jest wciąż wiele niewiadomych, zwłaszcza gdy pacjentka trafia do szpitala w trybie nagłym i przez to bez dokumentacji ciąży.

Jeżeli jednak dana operacja miałaby być przeprowadzona jedną z dwóch metod jednakowo uzasadnionych (wskazanych) medycznie, ale pociągających za sobą różne skutki uboczne – decyzja stanowczo powinna należeć do pacjenta. Dla przykładu: operacyjne leczenie mięśniaków macicy może polegać na ich wylusowaniu lub na usunięciu razem z całą macicą – co pacjentka wybierze, a nie jak wygodniej lekarzom.

Przeciwwskazania

W literaturze medycznej, rekomendacjach oraz oficjalnych, znanych z ulotek lekowych, opisach produktów leczniczych, wymienia się jako przeciw-

⁴⁴² Blizna goi się lepiej, ponieważ cięcie przebiega wzdłuż włókien mięśniowych: od biodra do biodra.

⁴⁴³ Przy łożysku przodującym cięcie poprzeczne nie pozwala wydobyć płodu.

wskazane tylko takie praktyki, które *prima facie* zdają się dobrze uzasadnione, ale należy od nich odstąpić ze względu na okoliczności szczególne. Przeciwwskazania bywają jednak formułowane nie tylko ze względów ściśle przyrodniczych, ale też i społeczno-psychologicznych: np. za bezwzględnie przeciwwskazane uważa się zlecenie pacjentom dementywnym przyjmowania w warunkach domowych leków łatwych do przedawkowania.

Między wskazaniami bezwzględnymi a względnymi można dopatrzeć się różnicy na poziomie stopniowania. Przeciwwskazania bezwzględne oznaczają, że uzasadnionej medycznie czynności absolutnie przeprowadzić nie wolno ze względu na istniejący dodatkowy czynnik negatywny. Różnica między wskazaniami względnymi a przeciwwskazaniami względnymi polega natomiast na sposobie konstruowania. O wskazaniach względnych mówi się, kiedy metoda postępowania nie wykazuje oczywistej przewagi korzyści nad stratami podczas jej stosowania w tej samej grupie pacjentów. Natomiast przeciwwskazania względne dostrzegamy, gdy korzyści wynikające z leczenia wskazanego ze względu na pewną okoliczność „główną” mogą zostać częściowo zanegowane u tych pacjentów, w przypadku których zachodzi okoliczność dodatkowa, włączająca ich do grupy „szczególnego ryzyka”⁴⁴⁴. Z logicznego punktu widzenia są to dwa różne rodzaje sytuacji. Natomiast ich rozwiązywanie polega na takim samym procesie ważenia oczekiwanych korzyści i strat, gdzie prawo decydującego głosu służy pacjentowi.

Tworzenie i zmiana wskazań

Podobnie jak inne reguły postępowania w praktyce medycznej, wskazania zmieniają się w czasie. Następuje to wraz ze zmianą stanu wiedzy przyrodniczej, ale też w wyniku zmiany aksjologicznej. Podstawowym (choć nie jedynym) źródłem do tworzenia wskazań i przeciwwskazań jest wiedza o skuteczności oraz bezpieczeństwie stosowania określonej metody. Wskazania mogą być trafne, ale postępowanie poznawczy i opracowanie metody alternatywnej

⁴⁴⁴ Przykładowo: stosowanie aminoglikozydów (np. neomycyny) zawsze niesie ze sobą potencjalne korzyści (działanie bakteriobójcze) i straty (działanie nefrotoksyczne i ototoksyczne); zatem ich stosowanie w leczeniu przewlekłego zapalenia kości udowej jest wskazane „względnie”. Stosowanie digoksyny jest generalnie wskazane w przypadkach (m.in.) wad zastawkowych serca przebiegających z niewydolnością serca, jednak u pacjentów z wadami zastawkowymi, którzy są dodatkowo obciążeni np. przewlekłymi schorzeniami układu oddechowego lub niedoczynnością tarczycy jest przeciwwskazane „względnie” (wolno stosować, ale w tej szczególnej grupie osób bilans korzyści i strat jest istotnie gorszy).

(o lepszym poziomie skuteczności lub bezpieczeństwa, tańszej lub technicznie wygodniejszej) uczyni je przestarzałymi.

Zmienna jest nie tylko ludzka wiedza o zjawiskach biologicznych, ale także same te zjawiska. Wskazania medyczne mogą ewoluować w ślad za zmianą sytuacji faktycznej (przyrodniczej), co dotyczy zwłaszcza chorób zakaźnych. Można podać jako przykład, że wskazania do leczenia farmakologicznego na skutek rozprzestrzeniania lekoopornych szczepów bakterii czy innych mikroorganizmów tracą racjonalne uzasadnienie, które miały pierwotnie⁴⁴⁵.

Możliwa jest jednak zmiana treści wskazań niezależna od wiedzy przyrodniczej: gdy czynność zostanie z czasem uznana za niewartą ryzyka lub kosztów, które ze sobą niesie lub przeciwnie – gdy jakaś praktyka dopiero z czasem doczeka się akceptacji moralnej i obyczajowej. To nie postęp poznawczy, lecz zmiana aksjologiczna doprowadziła do zaniechania tzw. psychochirurgii, do uznania w pewnych przypadkach za moralnie zasadną chirurgicznej „zmiany płci” u transseksualistów, do ukształtowania praktyki DNR (zaniechania resuscytacji – *do not resuscitate*), czy też jednoznacznego zaakceptowania znieczuleń⁴⁴⁶. Wolno przypuścić, że zwłaszcza w odniesieniu do znieczuleń zaważyła stanowcza postawa wielu pacjentów. Tak więc kurczone trzymanie się wskazań ściśle medycznych nie zawsze stanowi o dobrym leczeniu. Aksjologiczne uzasadnienie dla niektórych wskazań współtworzą pacjenci i są w medycynie takie dziedziny, gdzie ich wola powinna być szanowana niezależnie od tzw. braku wskazań. Pewien lekarz na konferencji zadał mi kiedyś prowokacyjne w swym mniemaniu pytanie: co jest wskazaniem do znieczulenia? W odpowiedzi usłyszał, że ból. To go nie zadowoliło i dociekał dalej: na czym polega leczenie, skoro nie usuwa przyczyny? Uwaga o leczeniu objawowym też go nie przekonała. Ta historia pokazuje, że w sprawie znieczuleń jest jeszcze sporo do zrobienia i to najpewniej przez zdeterminowanych pacjentów.

⁴⁴⁵ Szerzej – M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*. Ponad pół wieku temu można było np. uznać stosowanie penicyliny za jednoznacznie wskazane w leczeniu zakażeń gronkowcem złocistym, gdyż ponad 99% jego szczepów było na nią podatnych. Obecnie sytuacja jest odwrotna.

⁴⁴⁶ W medycynie długo utrzymywały się generalne wątpliwości, czy zwalczanie bólu w ogóle jest „uzasadnione medycznie”, a znieczulenie ogólne niektórzy uważali wręcz za praktykę niemoralną. Z czasem opory te osłabły, ale nadal „ze względów etycznych” niechętnie stosowano środki uzależniające (opioidy) – nawet, gdy chodziło o śmiertelnie chorych, gdzie niebezpieczeństwo uzależnienia z oczywistych powodów nie występuje. Zauważalne do dzisiaj opory przed znieczuleniem do porodu wydają się mieć także powody „nieprzyrodnicze”.

W porządku prawnym respektującym zasadę szacunku dla autonomii różnice między wskazaniami bezwzględnymi a względnymi ulegają pewnemu zatarciu, ponieważ co do zasady proces decyzyjny zostaje przerzucony na pacjenta (lekarz występuje tu jako „doradca” czy „biegły” dysponujący wiedzą szczególną). Po postawieniu rozpoznania lekarz powinien zaproponować jakiś dalszy sposób leczenia z uzasadnieniem, dlaczego proponuje właśnie ten, a także ze wskazaniem znanych medycynie możliwości alternatywnych⁴⁴⁷. W zakresie obowiązku informowania nie ma różnicy między czynnościami wskazanymi bezwzględnie i względnie; należy omówić jedno i drugie (zaznaczając, które są bardziej, a które mniej warte zalecenia). Pacjent może wówczas – co oczywiste – taką propozycję przyjąć lub nie.

Instytucja zgody pacjenta zmienia praktyczny sens wskazań.

Nie ustanawiają one obowiązku bezwzględnego, lecz warunkowy, który lekarz ma realizować jedynie w wyznaczonych granicach. Zaniechanie przez lekarza czynności wskazanej (choćby chodziło o wskazania bezwzględne „absolutnie”) – przy braku zgody nie narusza porządku prawnego. Przeciwnie, w takich okolicznościach bezprawiem byłoby dokonanie tej czynności.

Jeżeli pacjent na zaproponowaną czynność się nie zgodził, lekarz zmuszony jest poniechać leczenia tym sposobem. Nie wyklucza to jednak posłużenia się inną metodą (znów jednak pod warunkiem zgody pacjenta); np. po odmowie lekarz może zamiast skutecznej metody leczenia przyczynowego użyć środka paliatywnego albo ograniczyć się do otoczenia chorego tzw. potocznie opieką humanitarną.

Trudniejszy do rozstrzygnięcia problem rysuje się w odniesieniu do zabiegów, na które pacjent nalega przy braku wskazań. Samo pojęcie braku wskazań wydaje się już dyskusyjne. Chodzi jak sądzę o **brak uzasadnienia medycznego** dla danej czynności: że nie ma po co jej wykonywać. Trudno sobie jednak wyobrazić planowanie interwencji medycznej bez żadnych „za” i żadnych „przeciw” lub przy samych „przeciw” bez „za”. Nawet przeciwwskazanie o charakterze bezwzględnym zakłada pierwotne istnienie jakiegось medycznego uzasadnienia. Ponadto cel leczniczy mieści w sobie również ocenę aksjologiczną. Wskazania są stopniowalne, a ich ocena opiera się na

⁴⁴⁷ Artykuł 31 ust.1 ustawy stanowi, że lekarz ma obowiązek informować pacjenta „o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”. Wyrażenie „proponowane oraz możliwe metody” obejmuje sposoby postępowania zarówno bezwzględnie, jak względnie wskazane.

ważeniu dóbr. Przy dość szerokim rozumieniu celu leczniczego, brak wskazań medycznych oznacza moim zdaniem, że czynność jest nielecznicza: np. hormonalne zahamowanie wzrostu organizmu⁴⁴⁸. Jako przykłady czynności wykonywanych przy braku wskazań wymieniam się wprawdzie cesarskie cięcie na życzenie lub tzw. uporczywą terapię, jednak uporczywa terapia służy przecież podtrzymywaniu życia, natomiast cesarskie cięcie stanowi jeden ze sposobów rozwiązania porodu – brak wskazań jest więc tutaj co najmniej problematyczny.

Przy założeniu jednak, że są to przykłady trafne lub że dałoby się podać inne, podstawowe pytanie brzmi: czy autonomicznemu pacjentowi (lub jego przedstawicielowi ustawowemu) wolno ich skutecznie żądać, a odmowa lekarza stanowi uchybienie? Trudno na to znaleźć jednoznaczną odpowiedź wywiedzioną z istniejącego ustawodawstwa. Na pewno nie udziela jej art. 4 uzawlek., chyba żeby interpretować sens wskazań wyłącznie w kierunku „jak”. Wówczas jednak kwestia wskazań „czy” może być uznana za unormowaną tylko na poziomie obowiązkowym. Do takiego rozróżnienia nie ma podstaw, chociaż zdefiniowanie wskazań pozostawione zostało „aktualnej wiedzy medycznej”. Z kolei przeciwwskazanie należy uznać za w pewnym sensie odwrotność wskazania. W takim razie zignorowanie takiej przeszkody powinno być potraktowane jako uchybienie. Ale co, gdy pacjent nalega?

Pomocny może okazać się kontratyp czynności nieleczniczej: skoro da się znaleźć okoliczności usprawiedliwiające interwencję w celu nieleczniczym, co najmniej takie samo uzasadnienie może być stosowane dla „czynności leczniczych przy braku wskazań” – cokolwiek będzie pod tym pojęciem rozumiane. W ten sposób indywidualne uzasadnienie aksjologiczne preferowane przez pacjenta (oprócz innych spełnionych kumulatywnie przesłanek kontratypu) stanowi o braku bezprawności. Natomiast odmowę ze strony lekarza

⁴⁴⁸ Jest to historia autentyczna, której geneza nie ma nic wspólnego z *Blaszany bębenkiem* Güntera Grassa. Pomysł wydaje się szalony albo i zwyródniały, dopóki nie zapoznać się z konkretnym kazusem. Sprawa dotyczyła dziewczynki, która urodziła się z nieuleczalnym defektem mózgu sprawiającym, że pod względem umysłowym pozostanie na zawsze jak trzymiesięczne niemowlę, łącznie z problemami przy przełykaniu oraz z tzw. nietrzymaniem główki. W trosce o jej dobro i w obawie, że inaczej nie zdołają sprawować nad nią odpowiedniej opieki, rodzice wyjednali u lekarzy uczynienie z córki „dziecka na zawsze” przez podanie hormonu hamującego wzrost. W chwili relacjonowania sprawy przez prasę dziewczynka miała 9 lat; przy wzroście 130 cm mogła być przez rodziców kąpana, noszona, trzymana na kolanach, wozona na pikniki oraz imprezy rodzinne – czyli korzystała z rozrywek stosownych do jej stanu umysłowego i sprawiających jej przyjemność.

trzeba będzie oceniać w oparciu o inne przesłanki – w szczególności naruszenia dóbr osobistych pacjenta. Jeżeli zaś obaj – i lekarz, i pacjent – wiedzieli, iż czynność nie jest wskazana, a dysponując taką wiedzą pacjent się zgodził (czy nawet aktywnie żądał wykonania czynności), prawo medyczne może ową czynność zaakceptować. Nie byłoby to natomiast możliwe w logice czystego paternalizmu twardego.

Podójście paternalistyczne pociąga za sobą ostre rozróżnienie między wskazaniami bezwzględnymi a względnymi. Wskazania bezwzględne lekarz powinien by po prostu bezrefleksyjnie zrealizować; przy bezwzględnych przeciwwskazaniach – zaniechać czynności. W sytuacji objętej wskazaniami względnymi (albo wskazaniami bezwzględnymi osłabionymi przez przeciwwskazania względne) lekarz – paternalista obowiązany byłby zważyć wszystkie racje za i przeciw, decydując według tego, co jest dla pacjenta „obiektywnie najlepsze” (lub „obiektywnie najmniej złe”). Teoretycznie, albowiem jest to zadanie tak kłopotliwe, iż w praktyce wydaje się niewykonalne⁴⁴⁹. W takim systemie zaniechanie czynności, która była wskazana, otwierałoby możliwość pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności karnej, cywilnej i zawodowej. To samo dotyczyłoby wykonania czynności, która w ogóle nie była wskazana – czyli takiej, dla której nie dałoby się znaleźć nawet jednego wskazania i co określa się mianem czynności „zbędnej” lub „oczywiście zbędnej”⁴⁵⁰. Jednak ze względu na zasadę winy stwierdzenie, że czynność była zbędna, następuje poprzez konfrontację wskazań z postawionym rozpoznaniem *ex ante*, a nie *ex post*, tj. przez konfrontację wskazań z obiektywnym stanem pacjenta, ustalonym np. przez anatomopatologa⁴⁵¹. Użyty w tym akapicie tryb przypuszczający jest jednak w praktyce orzekającym. Na każdym kroku można spotkać lekarzy wzdragających się przed podaniem znieczulenia „bez wskazań”⁴⁵², stawiających znak równości między wskazaniami względnymi a brakiem wskazań lub kwestionujących leczniczy cel zwalczania objawów. Paternalizm lekarski ma się dobrze.

⁴⁴⁹ R. Gillon, *Etyka...*, s. 81. Stany „kolizji dóbr” w medycynie zupełnie nie przypominają podręcznikowych kazusów o stanie wyższej konieczności, m.in. dlatego, że wartość poszczególnych aspektów zdrowia nie daje się ujmować ilościowo, a przy tym medycyna rozumuje kategoriami statystycznymi.

⁴⁵⁰ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 128–129. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 189–191.

⁴⁵¹ Szerzej o roli wskazań dla porządku paternalistycznego – M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*.

⁴⁵² Ze szczególnym uwzględnieniem znieczulenia do porodu.

W systemie respektującym zasadę szacunku dla autonomii rozróżnienie na wskazania względne i bezwzględne nabiera znaczenia prawnego tylko tam, gdzie dopuszcza się decyzje paternalistyczne w drodze wyjątku. W szczególności, gdy pacjent na własne żądanie zrzekł się korzystania z prawa do informacji (art. 31 ust. 3 ustawy) i leczenie zostaje oparte na zgodzie „blankietowej”; ponadto w każdym przypadku, gdy ustawa przewiduje zastępczą zgodę przedstawiciela ustawowego na leczenie małoletniego lub ubezwłasnowolnionego; a także w sytuacjach objętych art. 33 lub 35 ustawy. Gdy prawo medyczne składa proces decyzyjny w ręce kogoś innego niż leczona osoba, decydent powinien kierować się kryteriami „obiektywnego dobra pacjenta”⁴⁵³. Wydaje się, że w tych warunkach np. rodzice małoletniego pozostającego pod władzą rodzicielską, ze względu na ustawowy obowiązek kierowania się dobrem dziecka, są zobligowani do wyrażenia zastępczej zgody na leczenie sposobem uznawanym aktualnie za wskazany bezwzględnie oraz na poddanie dziecka szczepieniom obowiązkowym – pod zarzutem niewłaściwego sprawowania opieki. Gdy zaś chodzi o wskazania względne, wolno im decydować również w imię dobra dziecka, ale bardziej elastycznie – w każdym razie nie każda odmowa będzie równoznaczna z działaniem na szkodę małoletniego.

„Siła” wskazań stanowi podstawową przesłankę przy podejmowaniu racjonalnej decyzji legislacyjnej o wprowadzeniu leczenia obowiązkowego – ustawodawca powinien się od tego powstrzymać, gdy wskazania do leczenia są słabe. Może to na przykład dotyczyć obowiązkowych szczepień ochronnych szczepionką mało skuteczną lub dającą częste powikłania, zwłaszcza gdy chodzi o chorobę cechującą się zwykle niegroźnym przebiegiem. Tak więc do szczepień obowiązkowych powinny być zaliczone tylko takie, gdzie bilans korzyści i strat jest bardzo wyraźnie pozytywny. Ograniczenie nie dotyczy natomiast szczepień z katalogu tylko zalecanych. Słusznie zatem do obowiązkowych należą przykładowo szczepienia przeciwko odrze, śwince i różyczce, gruźlicy, wzw typu B, a także przeciwko polio. Z kolei w katalogu zalecanych znalazły się szczepienia przeciwko pneumokokom, rotawirusom⁴⁵⁴ oraz ospie

⁴⁵³ Jednak gdy chodzi o przypadki z art. 33 i 35 ustawy, decydent ma obowiązek uwzględnić ewentualny wcześniejszy sprzeciw pacjenta. Zob. M. Boratyńska, *Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego, część I. Sprzeciw pro futuro*, Prawo i Medycyna 27, vol. 9, nr 2 z 2007 r.

⁴⁵⁴ Im młodsze dziecko, tym cięższy przebieg biegunki. Producent wypuścił na rynek tylko wersję dla niemowląt do 6 miesięcy, przypuszczalnie ze względu na możliwy skutek uboczny: wgłobienie jelita.

wietrznej. Wreszcie – dla uzupełnienia typologii: szczepienie przeciwko meningokokom pozostawione jest do zupełnie swobodnego uznania, ponieważ szczepę, przeciwko którym zabezpiecza, nie występują w Polsce⁴⁵⁵.

Z kolei prawotwórstwo w zakresie powszechnych ubezpieczeń zdrowotnych powinno uwzględniać „siłę” wskazań przy decydowaniu, jakie sposoby leczenia będą podlegały refundacji, a to z kolei przekłada się dalej na ewentualne prawa pacjentów do uzyskania określonych świadczeń.

Dostępność środków

Dostępność środków oceniania jest z punktu widzenia konkretnego lekarza podejmującego interwencję („dostępnymi **mu** metodami i środkami...”). Chodzi zatem o sposób postępowania możliwy do zrealizowania w danych okolicznościach. Niezachowanie przeciętnego poziomu praktyki medycznej w kraju, jeżeli miało miejsce, nie może być podstawą zarzutu stawianego danemu lekarzowi. Nie wyklucza to kierowania roszczeń do placówki medycznej z powołaniem się na tzw. winę organizacyjną, niemniej braki oraz niedostatki, na które lekarz pozostawał bez wpływu – nie mogą przesądzać o jego odpowiedzialności. Z drugiej jednak strony – jeżeli są lekarzowi znane – do jego obowiązków należy wziąć na nie poprawkę: skierować pacjenta gdzie indziej (o ile jest na to czas), zastosować inny sposób leczenia (o ile mieści się w standardzie) lub zawezwać wsparcie z innego ośrodka. W każdym razie jeżeli lekarz nie dysponuje możliwościami, to niemożliwe nie może być przedmiotem jego obowiązku, a pacjent nie może tego skutecznie żądać nawet pomimo istnienia silnych wskazań.

Obecna regulacja przesądziła spór w literaturze, czy standard jakościowy wymagany w postępowaniu z pacjentem powinien być konstruowany jako 1) najlepszy sposób postępowania uznawany za taki w obecnym stanie wiedzy; 2) sposób postępowania, wynikający z przeciętnego poziomu praktyki medycznej w skali międzynarodowej; 3) sposób postępowania, wynikający z przeciętnego poziomu praktyki medycznej w danym kraju; 4) sposób postępowania, możliwy do zrealizowania w danych okolicznościach⁴⁵⁶. Do konkretnego lekarza można mieć pretensje tylko o niespełnienie przesłanek czwartego rodzaju. Gdy zatem lekarz nie posłuży się takimi metodami, czy środkami postępowania, które nie były mu dostępne – nie stanowi to narusze-

⁴⁵⁵ Informacja o meningokokach uzyskana w przychodni od doświadczonego pediatry o utrwalonej renomie.

⁴⁵⁶ Szczegółowo w tej sprawie zob. M. Safjan, *Prawo i medycyna.*, s. 97 i n.

nia żądanego przez ustawę standardu postępowania. Teza ta wymaga jednak poczynienia kilku zastrzeżeń.

Niedostępność metod lub środków nie może wynikać z faktu, że lekarz wcześniej nie wystarał się o nie, mimo iż dysponował możliwościami. Przywykliśmy do permanentnego niedoinwestowania publicznej służby zdrowia, ale bywa, że jeszcze bardziej „oszczędnościowo” wyposażone są gabinety lub szpitale prywatne. Tymczasem zasadne jest twierdzić, że jeżeli jakaś placówka oferuje określony zakres świadczeń medycznych, to można od niej wymagać odpowiedniego wyposażenia. Publiczne zoz-y mogą z lepszym lub gorszym skutkiem spychać odpowiedzialność na organy wyższego szczebla. Natomiast w ramach indywidualnej praktyki lekarskiej, w spółce cywilnej lub jawnej (względnie partnerskiej) lekarz „sam sobie sterem, żeglarzem i okrętem” – więc niech nie oferuje świadczeń, do których nie ma należytego zaplecza. Dostępność metod i środków należy więc oceniać w dłuższej perspektywie czasowej, a nie tylko ze skutkiem na daną chwilę. Jeżeli lekarz nie dysponował w momencie udzielania świadczenia zdrowotnego odpowiednim wyposażeniem lub własnymi umiejętnościami, bo wcześniej nie postarał się o ich uzyskanie, to uchybia standardowi wynikającemu z art. 4 uzawlek.

Dostępność metod lub środków może zostać ograniczona przez zakres zgody udzielonej przez pacjenta. Gdy pacjent na dany sposób leczenia zgody nie wyraża – jest to sposób w konkretnej sytuacji lekarzowi niedostępny. Wobec tego nieprzeprowadzenie leczenia metodą z obiektywnego punktu widzenia optymalną, ale oprotestowaną przez pacjenta, nie narusza przesłanki z art. 4 uzawlek. Rzecz jasna zastosowanie w tych okolicznościach metody alternatywnej (o ile taka istnieje) zależy również między innymi od jej dostępności dla konkretnego lekarza. Zdarza się na przykład i to niejednokrotnie, że pacjent, wiedziony atawistycznym lękiem (co mu wolno i co należy uszanować), odmawia zgody na znieczulenie ogólne, upierając się przy innym – miejscowym lub regionalnym. Znaczy to, że w tym przypadku lekarz **nie ma** do dyspozycji znieczulenia ogólnego. Znieczulenie regionalne może być z kolei poza zasięgiem placówki, ponieważ anestetyki są kosztowne, a anesteziologowi albo zabraknie umiejętności⁴⁵⁷, albo przeszkadza budowa ciała pacjenta⁴⁵⁸ – w każdym razie lekarz stwierdza, że nie da rady. Może też być

⁴⁵⁷ Jak tłumaczyli mi lekarze będący słuchaczami podyplomowego studium prawa medycznego – ze znieczuleniem zewnątrzoponowym lub podpajęczynówkowym trzeba utrafić w przestrzeń ok. 2 mm sześciennych.

⁴⁵⁸ Im pacjent ma więcej tkanki tłuszczowej w rejonie kręgosłupa, tym trudniej.

silnie przeciwwskazane ze względu na kondycję konkretnego pacjenta. Pozostaje zatem znieczulenie miejscowe – tylko, czy w konkretnym przypadku wystarczy? W takich okolicznościach ryzykują i lekarz, i pacjent. Podanie znieczulenia miejscowego może nie odpowiadać standardom leczenia i nalegania pacjenta nic tutaj nie zmieniają. Jeżeli natomiast mieści się w standardzie, ale zaaplikowane prawidłowo wywoła niekorzystne skutki uboczne – pacjent ucierpi przede wszystkim faktycznie, a ewentualne roszczenia może opierać tylko na niedostatecznym poinformowaniu o skutkach. Z kolei ewentualne uchybienie technice pozostaje takim niezależnie od odmowy przez pacjenta zgody na wariant alternatywny.

Faktyczna i uwarunkowana okolicznościami konkretnego przypadku (w tym zgodą pacjenta) dostępność środków może w pewnych szczególnych okolicznościach usprawiedliwiać odejście od standardu (w sensie obniżenia jakości). Chodzi tutaj o stany nadzwyczajne⁴⁵⁹, gdy zachodzi społecznie uzasadniona potrzeba, aby świadczenie zdrowotne zostało pacjentowi udzielone, pomimo braku obiektywnych możliwości, by zachować poziom normalnie wymagany. Pozwala na pominięcie niektórych reguł starannego postępowania, jeżeli ich przestrzeganie było w danym momencie niemożliwe. Klasyczny już przykład, oglądany na filmach niekoniecznie o tematyce medycznej, to udrożnienie tchawicy w razie zadławienia (np. ością, kawałkiem kotleta, jabłkiem). Jeśli zawiedzie metoda ratownicza znana jako zabieg Heimlicha, trzeba zapewnić dopływ powietrza do płuc sposobem mechanicznym (przez tracheotomię lub konikotomię). Gdy karetka dopiero w drodze, a cenne minuty uciekają, w użyciu bywają nawet przypadkowe przedmioty: słomka do koktaili, wkład od długopisu lub inna rurka pusta w środku⁴⁶⁰. Zabiegu nie sposób wykonać wedle prawideł, bo nie ma narzędzi ani czasu, by je zdobyć – a poszkodowany sinieje w oczach. Wdzięczny przykład stanowi też poród uliczny: zamiast prześcieradeł lekarz podściela rodzącą świeże gazety⁴⁶¹, a pomiaru tętna u płodu dokonuje tylko stetoskopem. Zdarzają się również

⁴⁵⁹ Chodzi np. o sytuacje wypadków i chorób na odludziu, porodów ulicznych, czy okoliczności z zakresu medycyny katastrof. Są one zbliżone do stanu wyższej konieczności (art. 26 § 1 i 2 k.k.), choć nie do końca mu odpowiadają, nie zawsze bowiem konieczność jest wyższa w rozumieniu przepisu.

⁴⁶⁰ Spotkałam się też z pochodzącą od lekarzy radą, ażeby mieć przy sobie najgrubszą możliwą igłę do strzykawki (tzw. „dwunastkę”), którą należy włożyć w strategiczne miejsce poniżej zaklinowanego przedmiotu.

⁴⁶¹ Świeża farba drukarska ma właściwości bakteriobójcze.

stany nagłące w realiach szpitalnych, gdy placówka nie dysponuje sprzętem ani specjalistami, ale czas nie pozwala na nic oprócz ratowania tym, co jest do dyspozycji. Wówczas lepiej posłużyć się metodą np. przestarzałą lub o mniejszej skuteczności, niż nie robić nic. Niemniej zastosowana metoda musi spełniać przynajmniej kryteria skuteczności potwierdzonej.

Odejście od standardu znajduje usprawiedliwienie tylko wówczas, gdy sytuacja jest nagła. W zwykłych okolicznościach lekarz powinien zaniechać czynności, do wykonania której brakuje mu odpowiedniego wyposażenia lub osobistych kwalifikacji i skierować pacjenta gdzie indziej. Należy też przyjąć, że jednym z obowiązków zawodowych lekarza jest wiedza, który lekarz lub placówka medyczna w najbliższej okolicy dysponuje odpowiednim zapleczem (lub że nie dysponuje nim nikt...). Pacjent sam sobie nie poradzi, więc skierowanie przez lekarza powinno być konkretne.

Dostępność środków i, co za tym idzie, jakość uzyskiwanych świadczeń, była przedmiotem orzeczenia Sądu Najwyższego z 1998 r.⁴⁶². Lekarz pogotowia, przybyły do udławionego kawałkiem jabłka sześciolatniego chłopca, nie mógł zastosować sprzętu do udrożnienia dróg oddechowych, ponieważ na terenie nie było karetki reanimacyjnej. Nie dysponował więc ani rurką intubacyjną, ani laryngoskopem, ani zestawami do tracheotomii lub konikotomii. Mógł tylko zastosować sztuczne oddychanie z użyciem aparatu AMBU i wieźć dziecko do odległego szpitala w większym mieście, ponieważ ten bliżej był akurat w remoncie. Okazało się to niewystarczające i pacjent doznał ciężkiego porażenia mózgowego spowodowanego niedotlenieniem. Postępowanie lekarza pogotowia było przedmiotem zastrzeżeń ze strony biegłej, która stwierdziła w opinii, że udzielona pomoc nie była ani bezzwłoczna, ani właściwa. W tej części uzasadnienie wyroku jest dość lakoniczne, z kontekstu wynika jednak, że biegła zarzuciła lekarzowi nieprzeprowadzenie intubacji lub konikotomii, choć jednocześnie przyznała, że muszą być po temu zapewnione odpowiednie warunki. Z kolei inny lekarz, zeznający jako świadek, wyraził zapatrywanie, iż postępowanie lekarza pogotowia było rozwiązaniem najwłaściwszym. Przekazując sprawę do ponownego rozpoznania Sąd wytknął, iż biegła o tyle pośpieszyła się z oceną, że stan dziecka w chwili przyjazdu pogotowia przyjęła wyłącznie na podstawie zeznań matki. Możliwe więc, że – nazywając rzeczy po imieniu – przybyły lekarz i tak miałby niewiele do zrobienia, ponieważ w tego rodzaju przypadkach decydują minuty (a kto

⁴⁶² Wyrok SN z 1 grudnia 1998 r., III CKN 741/98, OSNC nr 6/1999 poz. 112.

widział w polskich realiach, żeby pogotowie dotarło w cztery minuty – tyle wynosi okres wytrzymałości tkanki mózgowej na niedotlenienie). Zakładając jednak, że sugerowane przez biegłą zabiegi były jeszcze celowe, przedmiotem oceny jest tutaj problem następujący: czego wolno wymagać od lekarza w sytuacji nagłej, gdy z przyczyn odeń niezależnych nie dysponuje odpowiednim sprzętem medycznym. Czy lekarz prawidłowo zastosował sztuczne oddychanie, zamiast spróbować usunięcia jabłka przy użyciu zaimprovizowanych narzędzi? Czy można było od niego wymagać, aby wykonał tracheotomię nożem kuchennym lub konikotomię obsadką od długopisu? Gdyby to zrobił i uratował dziecku mózg – byłby bohaterem. Nie wpadł jednak na ten pomysł lub obawiał się uchybienia standardom. To byłoby postępowanie uzasadnione okolicznościami, lecz niestandardowe – a lekarz nie McGyver. „Makgajwerowanie”⁴⁶³ nie może być przedmiotem obowiązku. Ale dobrze, jeśli czasem się zdarza⁴⁶⁴.

Inna sprawa, dotycząca niedotrzymania przez lekarza standardów powiązanego z brakami organizacyjnymi w szpitalu, stanowiła przedmiot orzekania Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie⁴⁶⁵. Do szpitala zgłosiła się ciężarna pacjentka, lat 23, wieloródka, podając jako powód osłabienie odczuwania ruchów płodu. Objaw zbagatelizowano mówiąc, że „dziecko więcej śpi pod koniec”. Następnego dnia podjęto decyzję o indukcji porodu i od godz. 9.40. pacjentka przebywała na sali porodowej. Podczas porodu prowadzony był zapis KTG⁴⁶⁶. Pierwsze zwolnienie tętna odnotowano o 10.00, z późniejszą „wyrównawczą” tachykardią ok. 10.30. O 11.15 przebito pęcherz płodowy. Płyn owodniowy okazał się czysty⁴⁶⁷. O 12.20. i 12.30. wystąpiły kolejne krótkotrwałe zwolnienia tętna, które także uległy wyrównaniu. **Miedzy 13.20 a 14.35. zapis nie był prowadzony.** Po jego wznowieniu od razu (14.35) zanotowano wahania tętna płodu, trwające do 14.50. O 14.50 pojawiły się deceleracje, które powtórzyły się jeszcze trzy razy i już nie wyrównały do końca zapisu, czyli do 15.40. O 15.15. lekarka, obwiniona w sprawie,

⁴⁶³ ang. *to mcgyver* – neologizm utworzony od nazwiska popularnego bohatera.

⁴⁶⁴ Gdy kilkakrotnie omawiałam to orzeczenie na szkoleniach dla lekarzy, z sali padały najróżniejsze propozycje ratunkowe, poczynając od „złapać za nogi i wytrząsać głowę w dół” aż po „zawsze wożę ze sobą igłę dwunastkę”. Nie zamierzam przesądzać, która z metod jest skuteczniejsza, stwierdzam jedynie różnorodność opinii wśród fachowców.

⁴⁶⁵ Sygn. 57/05 oraz 13/07 (ponowne rozpoznanie).

⁴⁶⁶ Kardiotokografia – pomiar tętna płodu.

⁴⁶⁷ Z czego wolno wnioskować, że płód nie wykazywał objawów podduszenia.

zawiadomiła starszą dyżurną o wskazaniach do cesarskiego cięcia. Wezwano anestezjologa, który nie stawiał się. Zatelefonowano ponownie i dopiero wówczas przyszedł. Nie był jednak zorientowany w sytuacji i zapytywał, czy jest dość czasu na znieczulenie przewodowe. Następnie oczekiwano na przybycie pielęgniarki anestezjologicznej. Przybyła ona z opóźnieniem ok. 10 minut, ponieważ musiała dostarczyć na salę operacyjną wózek z anestetykami. Tłumaczyła, że „nie było windziarza, a ona wózka nie weźmie na plecy”. Lekarz starsza dyżurna zeznała, że w szpitalu blok operacyjny jest tuż przy sali porodowej, ale „nie ma tam leków ani anestezjologów”. Jej zdaniem „sala jest gotowa, ale bez leków”. Jest to według Sądu tylko subiektywna interpretacja świadka, bo sytuacja ta w praktyce oznacza, że blok operacyjny nie był przygotowany do wykonania natychmiastowego cesarskiego cięcia. **Było to wówczas w tym szpitalu sytuacją stałą i normalną.** (Następnego dnia na odprawie starsza dyżurna poinformowała o tym ordynatora i wystąpiła o zlikwidowanie ciężkiego i nieporęcznego wózka anestezjologicznego. Postulowała, by leki przechowywać w sejfie lub w kasetce na oddziale. Zeznała też, że następnie w szpitalu „trwała dyskusja cały rok [! – M.B.] i skończyła się awanturą u dyrektora”. Wózek zlikwidowano, a leki zapakowano w folię – można je teraz „wziąć pod pachę i zanieść na salę”). Ostatecznie między decyzją o zabiegu a wydobyciem płodu upłynęło ok. 40 minut. Noworodek urodził się w stanie bardzo ciężkim. Zmarł po upływie dwóch i pół miesiąca. W ocenie Sądu zmiany tętna o godz. 12.20. i 12.30 były już tego rodzaju, że zapis wymagał analizy (której brak w dokumentacji, Sąd musiał sam przeanalizować zapis, nie jest więc pewne, czy anomalie zostały w ogóle dostrzeżone – M.B.), a pacjentka powinna być od tego momentu bacznie obserwowana. Skoro w owym czasie nie doszło do ustalenia się główki w kanale rodnym, należało rozważyć zagrożenie zamartwicą i w razie ponownych zaburzeń tętna podjąć decyzję o cesarskim cięciu. Kontynuowanie porodu siłami natury było wciąż dopuszczalne, ale obciążone zwiększonym ryzykiem, które powinno zostać uwzględnione w procesie decyzyjnym. Wskazania do cięcia ujawniły się między 14.30 a 14.45: wahania tętna, nieustalona główka i rozwarcie 6 cm – co nie rokowało szans na szybkie ukończenie porodu. O 14.50 wskazania do operacji były absolutnie oczywiste i jednoznaczne – tymczasem z decyzją zwlekano jeszcze do 15.15. Przewinienie zawodowe lekarki polegało na zbyt późnym podjęciu decyzji o operacji. **Ponadto – znając wady organizacyjne własnego zakładu pracy – obwiniona powinna była z góry brać pod uwagę możliwe opóźnienie zabiegu.** Nie sposób więc podzielić poglądu obrony, iż „obwiniona liczyła na to, że wykona cięcie w 6

minut, a nie w 30". Na przypisanie przewinienia zawodowego nie może też rzutować organizacja pracy w ramach dwuosobowego dyżuru. Niezależnie, czy i jakie były kompetencje decyzyjne obwinionej jako młodszej dyżurnej co do wzdrożenia cesarskiego cięcia, jest poza dyskusją, że to obwiniona była obecna przy porodzie, знаła stan pacjentki i diagnostycznie istotne parametry jej stanu, w szczególności analizowała zapisy KTG (a w każdym razie miała obowiązek analizować). Do tego jest ona lekarzem doświadczonym, pracuje wiele lat, jest nawet samodzielnym dyżurantem. Zatem tylko ona mogła rozpoznać narastające zagrożenie płodu, od 12.30 powinna traktować pacjentkę ze wzmożoną starannością, zaś ok. 14.35, a najpóźniej o 14.50 powiadomić starszą dyżurną, która do 15.15 o niczym nie wiedziała. Obwiniona powinna też była, jako wieloletni pracownik, uwzględnić w kalkulacjach czasowych realia organizacyjne szpitala. Zwłaszcza że niepokojące objawy w zapisie KTG były widoczne od dawna. Na marginesie tylko zostało zauważone, iż opisane fakty nie pozwalają z dostateczną pewnością stwierdzić, że spóźniona decyzja o zabiegu spowodowała urodzenie dziecka w bardzo ciężkim stanie. Związek taki zachodzi między stanem dziecka a organizacją szpitala. Ogólna wiedza medyczna pozwala natomiast na stwierdzenie, że opóźnienie, do którego doszło z winy lekarza, istotnie zwiększyło prawdopodobieństwo ciężkiego uszkodzenia okołoporodowego. OSL orzekł karę nagany ze względu na znaczny stopień winy w naruszeniu art. 4 uzawlek. Przebieg zdarzeń wskazywał zdaniem Sądu, iż obwiniona albo nader lekkomyślnie traktowała wykonywane przez siebie czynności zawodowe, albo też wykazuje niedostatek wiedzy i umiejętności fachowych.

W sprawie z 2006 r.⁴⁶⁸ lekarz ginekolog został przez Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie skazany za zawiniony błąd diagnostyczny polegający na nierozpoznaniu bardzo poważnych wad wrodzonych płodu (m.in. wodogłowie, duży rozszczep dolnej wargi, wada serca). Prowadzenie ciąży było prawidłowe, natomiast badania ultrasonograficzne obwiniony wykonywał na trzynastoletnim aparacie szpitalnym. W wyjaśnieniach **sam obwiniony potwierdził, że do aparatu tego nie można mieć zaufania, ponieważ jest przestarzały, on sam nie miał zaufania i inni lekarze też nie mieli, niemniej w szpitalu wszyscy z niego korzystają**. Tymczasem wady tego rodzaju są w badaniu USG widoczne ok. 20–22 tygodnia ciąży i powinny być rozpoznane. Według zaakceptowanej przez Sąd opinii biegłego

⁴⁶⁸ Sygn. 69/08.

„niezależnie od daty produkcji i marki aparatu albo struktury anatomiczne płodu są widoczne, albo ich nie widać i wtedy żadnych opinii w oparciu o takie badanie wydawać nie wolno”. Nierozpoznanie tych wad obiektywnie uniemożliwiło pacjentce podjęcie decyzji odnośnie do kontynuowania względnie przerwania ciąży. Niemniej obwiniony nie poinformował pacjentki o rozpoznaniu, ponieważ sam go nie znał. Przewinienie zawodowe sprowadza się zatem do niedochowania należytej staranności przy wykonywaniu i interpretowaniu USG, czego skutkiem była nietrafna diagnoza, że „wszystko jest w porządku”. Nie można uznać, iż nastąpiło to z przyczyn od obwinionego niezależnych. (Dziecko zmarło po siedmiu miesiącach mimo dwóch operacji serca oraz założenia zastawek z powodu wodogłowia. Zdaniem biegłego, przy takim skumulowaniu wad wrodzonych było niezdolne do życia.)

Nietrafna diagnoza spowodowana była niesprawnością aparatu, którą lekarz przynajmniej podejrzewał i wobec tego nie powinien był go używać ani traktować wyników jako miarodajnych. W dodatku pacjentka nie otrzymywała opisów badań, tylko obrazy – czyli odbywało się to tak, jakby w ogóle nie wydano jej wyników, bo przecież sama sobie obrazu nie zinterpretuje. Dopiero pod koniec ciąży jedno badanie zostało efektywnie wykonane na innym aparacie w tym samym szpitalu, ale na innym oddziale [!]. Podsumowując, można zauważyć, że to naprawdę wielkie szczęście, iż naginne posługiwanie się w szpitalu niesprawnym aparatem diagnostycznym spowodowało tylko jedną szkodę tego rodzaju. Sąd potraktował obwinionego moim zdaniem dość łagodnie: wmawianie pacjentce, że wszystko jest w porządku, mimo iż badanie obrazowe nie pozwala w ogóle dostrzec struktur anatomicznych płodu, świadczy według mnie co najmniej o niedbalstwie rażącym, jeśli nie o sabotowaniu diagnostyki prenatalnej.

Trzeci przykład powołania się na niedostępność danego sposobu leczenia to tzw. skandal z gazety. Ponieważ w sprawie wciąż toczy się postępowanie przygotowawcze, ograniczam się do stanu faktycznego przytoczonego przez tygodnik „Polityka”⁴⁶⁹. Ufam, że nic nie zostało przeinaczone. Czterolatek z zaawansowaną próchnicą był leczony stomatologicznie w jednej z warszawskich placówek publicznych. Na życzenie rodziców pacjentowi podane zostało znieczulenie ogólne, ponieważ wcześniej reagował histerycznie na wszelkie próby leczenia zębów. W czasie zabiegu wystąpiło zaburzenie rytmu serca, wzmożone napięcie mięśniowe, a temperatura ciała wzrosła

⁴⁶⁹ J. Podgórska: *W zawieszeniu*, Polityka nr 51 z 18.XII.2010 r. s. 100–101.

do ponad czterdziestu stopni. Zabieg przerwano; lekarze obkładali chłopca lodem i mokrymi ręcznikami, próbowali przywrócić rytm serca, w końcu wezwali pogotowie. Nic nie pomogło – chłopiec umarł. Anestezjolog przeprowadzając narkozę zeznała: „Po lawinowym przyroście temperatury zaczęłam podejrzewać, że pacjent cierpi na gorączkę złośliwą. Z mojej wiedzy wynika, że w przypadku dziecka cierpiącego na taką dolegliwość w zasadzie nie ma szans na jego uratowanie, gdyż wymaga to podania specjalnego leku, którym nie dysponujemy i jest on dostępny tylko w niewielu placówkach”. Sekcja zwłok wykazała, iż przyczyną śmierci była prawdopodobnie hipertermia złośliwa. Gorączka złośliwa, czyli hipertermia, jest powikłaniem bardzo rzadkim. Notabene mamy więc tutaj wyrazisty przykład *low probability – high risk*. Lek nazywa się dantrolen, znacząco zwiększa szanse ratunku, ale jest kosztowny i ma krótki termin przydatności. Większość placówek nim nie dysponuje, należy jednak do leków ratujących życie, więc w każdym mieście wojewódzkim powinna być wyznaczona placówka, która go ma. W Warszawie są takie dwie. Ratownicy medyczni nie przywieźli leku ze sobą, ponieważ nie powiedziano im, do jakiego jadać przypadku. Również lekarze z kliniki stomatologicznej nie zatelefonowali po dantrolen. W toku dochodzenia udało się ustalić, że w tej samej klinice miał wcześniej miejsce jeden przypadek hipertermii. Poszkodowaną dziewczynkę udało się uratować dzięki podaniu dantrolenu. Opis tego przypadku sugeruje właściwy sposób postępowania w razie braku odpowiedniego lekarstwa: wezwanie wsparcia z zewnątrz, o ile jest to możliwe, a placówka dysponująca lekiem najlepiej żeby miała też w wyposażeniu rower, aby goniec zdołał ominąć korki na ulicach. Mogę jeszcze dodać, że moim zdaniem do podstawowych obowiązków lekarskich należy wiedza, skąd da się ściągnąć potrzebny specyfik, zwłaszcza gdy chodzi o leki ratujące życie.

Niedostępność leków, diagnostyki czy odpowiedniej techniki leczenia może rzutować na wolność wyboru u pacjenta, ale sam fakt nieposiadania odpowiednich środków nie może przesądzać o postawieniu lekarzowi zarzutu. Ustawa lekarska posługuje się obiektywnym kryterium dostępności dla danego lekarza. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że w istocie niedostępność oznacza niemożliwość. Wobec tego stwierdzenie, iż możliwość obiektywnie istniała lub niemożliwość dałoby się usunąć bądź wcześniej jej zapobiec – diametralnie zmienia postać rzeczy. Świadczenie niedostępne, to takie, które:

- **odrzuca pacjent;**
- **nie może być udzielone ze względu na niezawinione braki w zaopatrzeniu;** braki zawinione lub praktyczna możliwość zdobycia odpo-

wiedniego zaopatrzenia z zewnątrz stanowią na rzecz praktycznej dostępności;

- **jest niewykonalne z powodu nieprzewidzianych przeszkód lub niedostatków organizacyjnych;** niedostatki znane wcześniej wymagają wzięcia pod uwagę przy podejmowaniu decyzji medycznych;
- **jest nieosiągalne technicznie w tym sensie, że lekarz nie posiada tak wyrafinowanych umiejętności lub placówka – takiego sprzętu.** Umiejętności lekarskie ocenia się według kryteriów średnich, podobnie jak zaopatrzenie w sprzęt. Przykładowo – robot medyczny „Da Vinci” jest jeden na cały kraj, więc nierealnym byłoby stawiać wymaganie co do wykonywania zabiegów z jego użyciem w każdym szpitalu wojewódzkim.

W powyższych przypadkach rzeczywiście można mówić o obiektywnej niedostępności.

Osobną kategorię uchybień stanowi posługiwanie się dostępnym sprzętem, nawet jedynym na terenie placówki, tyle że niesprawnym: jest to znacznie gorsze, niż gdyby uczciwie przyznać, że zabiegu z przyczyn technicznych wykonać się nie da i odesłać pacjenta gdzie indziej – może bowiem wprowadzić w błąd. Leczenie z użyciem niesprawnej aparatury może okazać się stratą czasu ze względu na nieefektywność lub powodować szkodliwe skutki uboczne – jak w przypadku grupy pacjentek onkologicznych poparzonych przy naświetlaniu uszkodzonym aparatem do radioterapii⁴⁷⁰. Z kolei tak wykonywana diagnostyka prowadzi do zafałszowania wyników: kilka lat temu wybuchł skandal wokół profilaktycznych badań pod kątem raka piersi, ponieważ okazało się, iż wiele mammografów z powodu niesprawności dawało wynik fałszywie prawidłowy. Najgorzej jeżeli wynik nie daje podstaw do podejrzeń o wadliwość; inaczej niż wynikało z opisu pewnego prześwietlenia, gdzie było uczciwie napisane czarno na białym: „rentgen nie wykazał obecności płuc”⁴⁷¹. Wracając do pacjentki poszkodowanej

⁴⁷⁰ Wypadek miał miejsce w 2001 r. w Białostockim Centrum Onkologii. Ściśle rzecz biorąc – szwankował wyłącznik. Zarzutu nie można by postawić lekarzom, chyba że zwierzchnikom, o ile zostałyby wykazane, że wiedząc o zawodności wyłącznika nie podjęli w tym kierunku żadnych działań zaradczych. Najlepiej poinformowani byli technocy medyczni obsługujący zawodną aparaturę. Jako strona pozwana w procesach o zadośćuczynienie był szpital. Warto zaznaczyć, że w zaistniałej sytuacji kierownictwo pokazało klasę, ponieważ pacjentki zostały wysłane za granicę na specjalistyczne leczenie oparzeń. Nie zmienia to jednak faktu, że poważnie ucierpiały.

⁴⁷¹ Autentyczny przypadek z końca lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku.

w wyżej omawianej sprawie z niesprawnym ultrasonografem: była utrzymywana w fałszywym przekonaniu, że jej ciąża rozwija się prawidłowo, przez co ani nie mogła oswoić się z myślą o wysokim prawdopodobieństwie wad letalnych u płodu, ani świadomie i zgodnie z prawem zdecydować o losach defektywnej ciąży.

Świadome posługiwanie się sprzętem wadliwym stanowi o winie. Zawinione wprowadzenie w błąd pociąga za sobą wadliwe decyzje pacjentów, na przykład o niepoddaniu się leczeniu (skoro mammografia nie wykryła dysplazji).

Należyta staranność

Pojęcie. Należyta staranność jest pojęciem zaczerpniętym z prawa cywilnego i w aspekcie negatywnym odpowiada formie winy nieumyślnej – niedbalstwu. Ustawa lekarska w ogóle go nie definiuje, można więc odwołać się do definicji legalnej należytej staranności z art. 355 § 1 i 2 kodeksu cywilnego. Według tych przepisów starannością należytą jest staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności (jeżeli taka jest prowadzona). W istocie zatem zdefiniowane zostały tylko obiektywne kryteria „należytości”. W odniesieniu do lekarza są to **ogólne wymagania w stosunkach medycznych**. Pozostaje natomiast niezdefiniowane pojęcie staranności.

W języku polskim termin „staranność” ma dwa znaczenia. Słownikowo wyjaśniany jest jako *dbałość, troska, uwaga, pilność*. Jest to rozumienie subiektywistyczne; ten, kto działa starannie, wykazuje przy tym wysokie natężenie uwagi, koncentracji na tym, co czyni. Słowem – „stara się” działać skutecznie, wyostreza zmysły w celu wykrycia zagrożeń, z którymi łączy się wykonywanie czynności, przykładą uwagę do tego, co robi. Spotyka się też rozumienie obiektywistyczne, które odpowiada kodeksowemu pojmowaniu należytości – przestrzeganiu reguł, pozwalających rozsądnie liczyć na efektywną i bezpieczną realizację zamierzonej czynności. Są to reguły czysto prakseologiczne: mające na celu skuteczne, sprawne i bezpieczne wykonywanie czynności określonego rodzaju. Zasady te zawsze da się sformułować – podobnie, jak normy prawne – w postaci nakazów albo zakazów. Istnieje katalog reguł właściwych medycynie, ale na użytek ustalania, czy dochowano należytej staranności w stosunkach innego rodzaju także da się zestawić właściwe kanony. Upoważnia do tego definicja kodeksowa należytości – odwołująca się do **ogólnych wymagań w stosunkach danego rodzaju**. Te ogólne wymagania niezbędne są dla stworzenia miary, obiektywnego stan-

dardu staranności w danej dziedzinie. Nie trzeba więc, aby miały postać reguł ściśle prawnych, a także niczego nie wnosi odwołanie się do zasad współżycia społecznego. W ten sposób pojęcie należytej staranności łączy w sobie dwa czynniki: subiektywny – staranność oraz obiektywny – należytość. Większość lekarskich prawideł zawodowych ma charakter pozaprawny, niemniej są i ustawowe, zazwyczaj sformułowane bardzo ogólnie. Kluczowe znaczenie mają nieskodyfikowane prawnie **lekarskie zasady ostrożności** (inaczej mówiąc – ogólne wymagania w stosunkach danego rodzaju). „Staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju” oznacza zgodność postępowania z prawidłami właściwego działania. W odniesieniu do lekarza istnieją prawidła, które obowiązują go tylko z tego tytułu, że rozwija zawodową działalność lekarską.

Przykładowymi zobiektywizowanymi zasadami starannego postępowania są reguły, określające przebieg i sposób wykonywania badania podstawowego (także w części dotyczącej wnioskowania), kierowania na badania dodatkowe, wskazania i przeciwwskazania do leczenia określonym sposobem, dawkowanie i sposób podawania środków farmaceutycznych, unikanie szkodliwych interakcji między nimi itp.

Wobec tego działa z należyłą starannością ten, kto przestrzega zarówno owych zobiektywizowanych reguł „technicznych” (będących pochodną aktualnego stanu wiedzy medycznej i pozamedycznej, a także wiedzy potocznej, tzw. zdrowego rozsądku i nieuniknionych ocen aksjologicznych), jak też – jednocześnie – działa z takim natężeniem uwagi, którego wymaga aktualna sytuacja. Osoba, która działała z należyłą starannością, nie może być prawnie odpowiedzialna za sam niekorzystny skutek wynikły z wykonywanej czynności. Gdy chodzi o odpowiedzialność zawodową – dochowanie należytej staranności jest formalnie wymienione jako odrębne wobec wskazań aktualnej wiedzy, dostępności środków oraz etyki lekarskiej.

Odwołując się do należytej staranności ustawa lekarska przesądziła, iż czynności lekarskie należą do kategorii zobowiązań starannego działania. Podział na zobowiązania starannego działania oraz zobowiązania rezultatu nie jest w polskim prawie obecny formalnie, każde zobowiązanie da się jednak moim zdaniem zakwalifikować do jednej bądź drugiej grupy. Tylko do pewnego stopnia pośrednią kategorię tworzą zobowiązania starannego działania, w których staranność oceniana jest na podstawie osiągniętego efektu. Brak zadowalającego rezultatu znaczy tutaj, że do czynności trzeba jeszcze bardziej się przyłożyć. Bywa też tak, że negatywny rezultat świadczy o popełnieniu kardynalnego błędu spowodowanego np. niedouczeniem.

Skoro lekarz jest zobowiązany do staranności „należytej” tj. ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, to *a contrario* do dokładania staranności wyższej zobowiązany **nie jest**. Ujmując rzecz w uproszczeniu, § 1 art. 355 k.c. powiada: „jeśli postępuje się starannie, to odpowiedzialność cywilna nie grozi”. Jeżeli natomiast doszło do złamania standardu należytej staranności, to w sprawie winy sprawa nie jest jeszcze przesądzona, ponieważ przesłanki obiektywna i subiektywna muszą być spełnione łącznie, a niespełnienie którejkolwiek z nich oznacza, że winy nie ma. Gdy nie ma uchybienia w sensie obiektywnym, wówczas nawet nie ma po co zastanawiać się nad czymś subiektywnie niewłaściwym nastawieniem – skoro w niczym nie uchybił. Gdy uchybienie jest, dopiero można rozważać, czy od strony subiektywnej sprawcy da się coś zarzucić. A zarzucić można niestaranność: niedbałość, niedokładność, niesumienność. Staranny to tyle, co pilny, troskliwy, zapobiegliwy – te wszystkie synonimy akcentują pewne natężenie uwagi.

Odpowiedzialność za staranne działanie wolno jest zastrzyć na zasadzie umowy z pacjentem: przyjąć ją na siebie nawet przy braku winy bądź wymienić te okoliczności obiektywne, za które bierze się odpowiedzialność niezależnie od tego, czy się zawini, czy nie. Niemniej górną granicę stanowi obiektywna możliwość uzyskania skutku, co w medycynie stanowi sytuację niezwykle rzadką i ogranicza się do niektórych czynności z zakresu protetyki oraz chirurgii plastycznej.

Wzorzec staranności zawodowej składa się z minimum dwóch elementów: **1) określonego standardu staranności i troskliwości; 2) określonego standardu biegłości i umiejętności zawodowych**⁴⁷². Może to być model zróżnicowany nawet w ramach pewnej grupy lekarzy, np. okulistów. Nie ma bowiem jednego modelu przeciętnej staranności wymaganej od wszystkich okulistów; w grę wchodzi różne kryteria: poziom specjalizacji, zakres kompetencji; zakres wykonywanych czynności. Nie każdy okulista dysponuje w gabinecie kosztownymi aparatami, np. synoptoforem do badań w kierunku zezów. Notabene art. 12 uprpacj. stanowi, iż „pacjent ma prawo do informacji o rodzaju i zakresie świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych...”.

Przy ocenie niedbalstwa zawodowego decydujące znaczenie może mieć istnienie standardów określających stopień staranności wymagany dla bada-

⁴⁷² Zob. B. Lewaszkiwicz – Petrykowska: *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Prawo i Medycyna nr 1/1999 s. 124–125.

nej grupy wypadków. Mogą one występować pod postacią regulaminów, procedur lub innych wytycznych postępowania w odniesieniu do określonych sytuacji. Niektóre czynności medyczne doczekały się standardów opracowanych przez obdarzone autorytetem merytorycznym ciała fachowe. Na szczeblu krajowym mogą to być rozmaite stowarzyszenia zrzeszające lekarzy danej specjalności. Na poziomie światowym – przywołuje się standardy WHO.

Skoro każdego profesjonalistę obarcza przede wszystkim podstawowy obowiązek kompetencji w danej dziedzinie, zatem stwierdzenie jego niekompetencji pozwala zarzucić mu uchybienie podstawowemu obowiązkowi zawodowemu. Zawiniony jest każdy błąd wypływający z ignorancji nie do pogodzenia z kompetencjami, jakich poszkodowany pacjent normalnie mógł oczekiwać u lekarza, biorąc pod uwagę naturę zabiegu, okoliczności, w jakich podjęte było działanie oraz kwalifikacje, do których sprawca się odwoływał. Np. sam fakt podjęcia się przez lekarza działania przekraczającego jego wiedzę i umiejętności (przy zastrzeżeniu, że sytuacja nie jest nagłą) stanowi o naruszeniu obowiązku kompetencji i tym samym o winie⁴⁷³. O zawinieniu przesądza zatem w szczególności przyjęcie na oddział położniczy ciężarnej pacjentki chorej na serce w sytuacji, gdy jej przypadek nie jest nagły, bo akcja porodowa jeszcze się nie zaczęła – a na oddziale nie ma stosownej aparatury ani nie ma skąd wezwać kardiologa w razie wystąpienia powikłań sercowych w czasie porodu⁴⁷⁴. Nalegania pacjenta nie mogą być wówczas brane pod uwagę i co do zasady nie uchylają ewentualnej odpowiedzialności, nawet jeżeli pacjent był świadomy sytuacji.

Zasady ostrożności. Pojęcie „zasada staranności” (lub „zasada ostrożności”) nie jest w prawodawstwie używane *expressis verbis*. Jednakże pewne sformułowania obowiązujących aktów normatywnych tak prawnych (kodeks cywilny, kodeks karny, ustawa o zawodzie lekarza) jak pozaprawnych (tzw. kodeks etyki lekarskiej), wskazują, iż zasady ostrożności są nieodzownym elementem układów odniesienia dla kwestii odpowiedzialności: karnej, cywilnej, a w przypadku lekarzy – także zawodowej. Prawo cywilne i etyka lekarska posługują się pokrewnym pojęciem należytej staranności; prawo karne mówi

⁴⁷³ B. Lewaszkiewicz – Petrykowska: *Wina lekarza...*, s. 125.

⁴⁷⁴ Jest to autentyczna historia opowiedziana przez słuchaczy lekarskiego kursu podypłomowego. Pacjentkę przyjęto po znajomości z ordynatorem (lub dyrektorem szpitala, wszystko jedno) na wyraźne polecenie zwierzchnika. Sytuacja, jakich wiele, tyle że powikłania kardiologiczne nastąpiły w czasie porodu i pacjentka straciła życie.

o „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”. Wprawdzie ostrożność jest pojęciem węższym od staranności, jednak staranność niewątpliwie zawiera w sobie również element ostrożności. W każdym razie przesłanki odpowiedzialności dadzą się w rezultacie przełożyć na niezbędną w danym przypadku ostrożność, która z kolei rządzi się określonymi zasadami. Pojęcie ostrożności logicznie zawiera się w pojęciu staranności. Wszystkie zasady postępowania starannego są jednocześnie zasadami postępowania ostrożnego, jednak nie ma tutaj relacji symetrycznej; to co ostrożne, nie jest jeszcze automatycznie staranne. Zasady ostrożności stanowią szczególną podgrupę zasad staranności. To normy mające za cel zapewnienie bezpieczeństwa osobom, które w toku wykonywania czynności mogłyby ponieść szkodę na dobrach majątkowych lub uszczerbek na dobrach niemajątkowych. Wyjaśniają, jak unikać niebezpieczeństw pojawiających się przy wykonywaniu danej czynności. Przykładowo, należyście staranny dentysta powinien założyć szczelne i niewypadające wypełnienie, a jednocześnie nie uszkodzić dziąseł. Obie reguły są regułami staranności, ale tylko druga jest zarazem regułą ostrożności. W konsekwencji, wszędzie tam, gdzie ustawa nakazuje zachować „należyłą staranność” nakazuje także przestrzegać „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”.

Katalog lekarskich zasad ostrożności da się sformułować na podstawie całokształtu wiedzy lekarskiej. W niektórych sferach działalności człowieka zasady ostrożności uległy pozaprawnej kodyfikacji, czyli zostały spisane. Medycyna należy właśnie do tych dziedzin, zatem treści obowiązujących tu zasad ostrożności należy poszukiwać przede wszystkim w aktualnych podręcznikach medycznych, albowiem są to dzieła z natury rzeczy zawierające w miarę powszechnie uznany stan wiedzy. Jeżeli lekarz postępuje tak, jak nakazuje aktualny podręcznik, to nie można mu zarzucić naruszenia zasad ostrożności. Przyjmuje się bowiem, że to, co zawarte w podręczniku medycznym, jest zaakceptowane przez przeważającą część środowiska medycznego. Uzupełniająco traktuje się wiadomości z periodyków fachowych typu „Medycyna po dyplomie”, ponieważ z zasady realizują one zadania w zakresie podnoszenia kwalifikacji. Jeżeli literatura medyczna nie zawiera fachowych wiadomości na dany temat lub zawiera zbyt skąpe, nie ma innego wyjścia jak odwołać się do innych źródeł, aczkolwiek wobec literatury medycznej mają one zawsze charakter wyłącznie pomocniczy. Gdy odpowiedzi nie daje podręcznik ani uznane periodyki profesjonalne, treść zasad ostrożności można niekiedy odczytać na podstawie analizy powszechnie przyjętej i akceptowanej praktyki. Trzeba jednak podchodzić do niej z dużą ostrożnością. Praktyka,

nawet masowo wykonywana, może być oczywiście błędna. Zarówno prawo cywilne jak prawo karne mówią o staranności lub ostrożności „ogólnie wymaganej” a nie „ogólnie przyjmowanej”, chodzi więc o poziom ostrożności, jaki być **powinien**, a nie – jaki jest. W razie konfliktu między tym, co wynika z literatury profesjonalnej a przyjętą praktyką, znaczenie rozstrzygające ma uznana i aktualna teoria.

Zasady ostrożności mają charakter czysto praktyczny. Dana zasada może istnieć tylko dla czynności rutynowych, które były już wykonywane wielokrotnie; ponieważ zasady ostrożności kształtują się spontanicznie, w toku powtarzalnego wykonywania danej czynności. Niekiedy zostają wydedukowane z aktualnego stanu wiedzy. Obowiązywać mogą tylko takie zasady ostrożności, które wcześniej właśnie tak się ukształtowały. Pierwotnym źródłem zasad ostrożności, zanim zapisano je w najnowszym podręczniku, była skuteczna praktyka postępowania, zatem nie można mówić o zasadach ostrożności, dopóki takiej praktyki nie ma, czyli w odniesieniu do czynności nowatorskich bądź eksperymentalnych. „Zwykle” leczenie jest jednak leczeniem rutynowym i jak najbardziej rządzą nim zasady ostrożności.

Zasady ostrożnego postępowania zawsze odnoszą się do pewnej klasy czynności. Nie ma uniwersalnych zasad ostrożności ogólnej; są natomiast np. szczegółowe zasady ostrożności odnoszące się do posługiwania się konkretnym narzędziem: strzykawką, lancetem, troakarem. Istnieją także medyczne zasady ostrożności elementarnej, np. ażeby w jamie brzusznej pacjenta nie pozostały po operacji narzędzia lub materiały medyczne: zapomniane tampony, chusty trójkątne, nożyczki, kleszczyki. Nie obowiązuje też ogólna zasada, aby każdą czynność należało wykonywać w taki sposób, by na pewno uniknąć wszelkiego związanego z nią ryzyka. Byłaby to supererogacja absurdalnie trudna do spełnienia w praktyce. W zwykłych okolicznościach napis na opakowaniu lekarstwa wystarczy, by żywić uzasadnione zaufanie do zawartości. Inaczej jednak trzeba będzie ocenić omyłkowe podanie pacjentowi innego lekarstwa na terenie szpitala – to faktycznie wskazuje na zawińnięcie, ponieważ da się sformułować obowiązek profesjonalny, typu organizacyjnego, w placówce opiekującej się wieloma pacjentami, polegający na przechowywaniu leków i przeznaczaniu ich dla poszczególnych osób takimi metodami, żeby pomyłki uniknąć. Ponadto w grę wchodzi jeszcze dodatkowe, nieczytelne dla zwykłego obywatela informacje, jak kształt tabletek, kolor, kreski lub krzyżki itd.

Terminy, o których mowa, wskazują na przestrzeganie obiektywnych norm postępowania w określonych sytuacjach. Niekiedy zasady ostrożno-

ści mogą nakazywać, by wykonawca czynności zachowywał należyłą uwagę (w sensie psychologicznym) – np. nie spuszczał oka z monitorów. Ale nigdy nie sprowadzają się tylko do psychologii.

Reguły ostrożności, podobnie jak wskazania aktualnej wiedzy medycznej, mają charakter dynamiczny. Są to zresztą pojęcia pokrewne. Stale tworzą się nowe, podczas gdy inne zamierają i wychodzą z użycia. Nowe powstają wtedy, gdy w medycynie zaczyna się wykonywać czynności nowego rodzaju, zwłaszcza jeśli jest to związane z posługiwaniem się nowymi urządzeniami (np. laparoscopia, czy użycie robota operacyjnego „Da Vinci”). Reguły ostrożności tworzone są na podstawie uprzednich doświadczeń; niemożliwe jest formułowanie ich na zapas, ponieważ nikt nie doznaje jasnowidzeń. Dopóki nie było tej czy innej metody diagnostycznej, terapeutycznej, profilaktycznej – oczywiste, że nie było także zasad ich stosowania. Niekiedy powstają z podobnego, lecz nieco innego powodu: gdy działanie dotąd rzadkie, staje się częste. Z kolei, pewne niegdyś obowiązujące zasady ostrożności zanikają wraz z czynnościami, do których się odnosiły – po prostu dlatego, że czynności tych nikt dziś nie wykonuje. Może też okazać się, że daną zasadę ostrożności eliminują ulepszenia techniczne: w którymś momencie przestano obawiać się zbyt częstych badań ultrasonograficznych u ciężarnych – a to dzięki udoskonaleniu stosowanych w aparatach głowic, które przestały stanowić zagrożenie dla słuchu płodów. Innym ważkim powodem, dla którego praktyka wytwarza nowe zasady ostrożności (lub przeciwnie – odchodzi od zasad dawniej obowiązujących) jest zmiana stanu wiedzy na temat niektórych czynności, które już od dawna są wykonywane. To, co kiedyś było przedmiotem bezwzględного obowiązku, staje się z czasem kwestią oddaną do uznania wykonawcy czynności, a to co było dozwolone – staje się kategorycznie zabronione. Przytoczyć tu można przykład tzw. zabiegu Kristellera, polegającego na silnym napieraniu z góry na brzuch rodzącej. Jeszcze dwadzieścia lat temu był on zalecany w położnictwie i nauczany na studiach medycznych, a współcześnie uważa się go co do zasady za niedopuszczalny ze względu na zagrożenie pęknięciem macicy oraz uszkodzeniem płodu⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Inna rzecz, że zakaz ten, jak się zdaje, dociera do świadomości z oporami – wciąż jeszcze można przeczytać w prasie świeże relacje pacjentek, jak to lekarz z całej siły naparł na brzuch rodzącej, że prawie się na nim położył. Zabieg pokazywany był nawet w filmie dla dzieci z 1997 r. *Jak krecik przyjmował poród*.

Treść zasad ostrożności ustalana jest w oparciu o ten stan, który był aktualny w chwili wykonywania czynności. W praktyce oznacza to, że powołanie się na stan wiedzy i zasadę ostrożności obowiązującą niegdyś, z odpowiedzialności nie zwolni⁴⁷⁶.

Zasady ostrożności lekarskiej, to nic innego jak pewne prawidła wiedzy medycznej, z uwzględnieniem rodzaju wskazań. Ich naruszenie bywa nazywane błędem lekarskim. Nie zawsze jednak chybiona diagnoza oznacza błąd lekarski: zasady ostrożności odnoszą się tylko do tych działań, które nadają się do algorytmizacji; reguła ostrożności musi dawać się ująć w słowa, a są sfery działalności lekarza nie dające się ująć w jakiejkolwiek reguły: w ten zakres wchodzi interpretacja zdjęć RTG, wykresów EEG czy EKG (chyba że coś jest ewidentne: krzywa linia zamiast prostej czy odwrotnie).

Zasady ostrożności, jeśli dadzą się sformułować, mają charakter zobiektywizowany. Ich naruszenie nie jest jednak zazwyczaj wystarczającą przesłanką zawinienia. Pojęcie „staranność” jest bowiem równie ważne jak ta obiektywna miara „należytości”. **Sama staranność oznacza mniej więcej tyle, co natężenie uwagi właściwe ze względu na okoliczności.** Niedochowanie ostrożności w sensie obiektywnym można uznać za jeden z rodzajów bezprawia cywilnego, ale między bezprawiem a zawinieniem nie ma znaku równości. Czyli ażeby stwierdzić, że należyta staranność nie została dochowana, trzeba włączyć również czynnik subiektywny. W ramach medycznych czynności rutynowych wystarcza zachowanie obiektywnych miar ostrożności, bo jeśli są one zachowane, to nad natężeniem uwagi nie ma co się zastanawiać. Chyba żeby chodziło o taką ostrożność, która jednocześnie wymaga odpowiedniego natężenia subiektywnej uwagi – np. stałej obserwacji czegoś – oddechu, ciśnienia, tętna. To, że lekarze wykonujący zabieg cesarskiego cięcia ani na chwilę nie przerywają beztroskiej pogawędki, nie stanowi o ich niestaranności, chyba że z tego powodu, że się zagadali, robią coś źle. Są sytuacje medyczne, które wymagają mniejszej uwagi, a może nawet żadnej.

Szczegółowe zagadnienia należytej staranności. Czynnik woli pacjenta. Dochowanie należytej staranności jest obowiązkiem zawodowym lekarza i pod tym względem życzenia pacjenta nie powinny nic zmieniać.

⁴⁷⁶ Szersze omówienie problematyki zasad ostrożności zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, Prawo i Medycyna nr 3 (vol. 1) 1999, s. 46–57. Powyższy fragment stanowi drastyczny skrót tamtego artykułu, wzbogacony o nowe przemyślenia oraz przykłady.

Pacjent nie może wymagać od lekarza więcej niż staranności średniej, chyba że strony zawrą stosowną umowę. Obniżenie standardu na żądanie pacjenta w pierwszej chwili wydaje się absurdem, jednak w grę mogą wchodzić takie uwarunkowania jak: zasoby finansowe, czynnik czasu (pacjentowi się spieszy, bo wyjeżdża za granicę i chce szybkiego zakończenia leczenia), domaganie się wykonania zabiegu metodą bardziej oszczędzającą, zastosowanie konkretnego rodzaju znieczulenia, niezadowolenie z rezultatu zabiegu i związane z tym żądania poprawek. Utrzymanie standardu staranności może ze względu na to okazać się w konkretnym przypadku trudne lub niemożliwe. Pacjent nalega na sposób wykonania leczenia bez świadomości, iż pociągnie to za sobą obniżenie standardu, lub też z pełną świadomością i deklarując, iż niech odbędzie się to „na jego odpowiedzialność”. Obiektywne uchybienia są jednak faktem, a w konfrontacji z następstwami pacjent może zmienić swe początkowo liberalne nastawienie. Krótko mówiąc – najpierw nalegał, a potem żałuje i wytacza proces. W rozdziale tym zostaną przedstawione szczegółowe zagadnienia należytej staranności z uwzględnieniem rozmaitych ingerencji ze strony pacjentów w sposób działania lekarzy.

Rezultat negatywny jako oznaka zawinienia. Czasem powiązanie działa w ten sposób, że sam negatywny efekt terapii może z zasady przesądzać o winie. Tak więc w normalnych okolicznościach brak pozytywnego rezultatu nie może jeszcze świadczyć o winie, jednak może o niej decydować wystąpienie rezultatu negatywnego. Istnieją takie błędy kardynalne, które same w sobie świadczą o oczywistej niekompetencji. Stosuje się to do profesjonalistów, których ignorancję traktuje się jako niewybaczalną i przesądzającą o zawinieniu⁴⁷⁷. Jest to jednak tylko pewien sposób rozumowania oparty na domniemaniach faktycznych i nie zawsze rozstrzyga o możliwości postawienia zarzutu konkretnej osobie. Poniższy przykład nie ma nic wspólnego ze swobodą decyzji podejmowanych przez pacjenta, ukazuje jednak sposób wnioskowania o winie na podstawie widocznych następstw. Wspomina Teresa Korta:

„Przypomina mi się sprawa, o której mówiłam już na poprzednim szkoleniu, a która ciągle jeszcze bardzo mnie bulwersuje. Pewnemu młodemu człowiekowi po wypadku, po złamaniu kręgosłupa lędźwiowego i z porażeniem, założono opatrunek uciskowy na pracę, co doprowadziło do owrzodzenia, itd.

⁴⁷⁷ Zob. B. Lewaszewicz – Petrykowaka: *Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej...*, s. 124.

Już abstrahuję od metody leczenia, która nie jest znana zdaje się w żadnym innym miejscu oprócz tego, w którym się to zdarzyło”⁴⁷⁸.

Nie ukrywam, że przykład mnie zaintrygował, przeprowadziłam więc we własnym zakresie kwerendę wśród słuchaczy, co wspólnego może mieć jedno z drugim. Oto rezultat. Słuchacz przedstawiający się jako ortopeda z konstańskiego STOCER-a wyjaśnił, że częstym skutkiem ubocznym porażenia przy urazie kręgosłupa – np. po niefortunnym skoku do zbyt płytkiej wody, bywa permanentny wzwód. Wzwiedziony organ jest bardzo wrażliwy na urazy i należy go zabezpieczyć przez miękkie otulenie, a nie ścisnąć opatrunkiem (co sugerowałoby kardynalne uchybienie polegające na założeniu opatrunku uciskowego w miejscu, gdzie absolutnie nie powinien się znaleźć i nie spełni swego zadania). Inna słuchaczka tłumaczyła natomiast, że opatrunek uciskowy ma sens, ponieważ nadmiar krwi należy upuścić przez małe nakłucie i zastosować zabezpieczenie opatrunkiem, by nie gromadziła się ponownie. Jednak stan pacjenta – „owrzodzenie itd.” – świadczył jej zdaniem o innym kardynalnym uchybieniu: że przekroczony został dopuszczalny limit czasu, po którym opatrunek należy bezwzględnie zdjąć z powodu zagrożenia martwicą tkanek. Limit znany nawiasem mówiąc nie tylko personelowi medycznemu, ale każdemu, kto przeszedł w szkole lub na studiach obowiązkowe zajęcia z udzielania pierwszej pomocy.

Podobne uwagi można odnieść (choć na pewno, nie w sposób generalny) do zabiegów chirurgii estetycznej. Przy planowaniu wielu z nich efekty do pewnego stopnia dadzą się przewidzieć – jak choćby przy czysto upiększającym usuwaniu nadmiaru skóry ze zdrowych powiek. Była już wcześniej mowa o negatywnych rezultatach takich operacji polegających na niedomykaniu się oczu i związanych z tym powikłaniach (stany zapalne spojówek i gałki ocznej). Operacja wykonana prawidłowo pozwala swobodnie zamknąć oczy. Jeżeli pacjent zamknąć ich nie może, to znaczy, że wycięto mu za dużo skóry. Gdy zabieg nie jest połączony z usuwaniem brodawek czy innych zgrubień – należyta staranność wymaga, żeby wyciąć tylko fałdę odpowiedniej wielkości. Zwykle pofałdowanie powieki spowodowane wiekiem pozwala ustalić i zaplanować, ile skóry jest do wycięcia.

W rozpatrywanej przez Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie sprawie z 2000 r.⁴⁷⁹ ofiarą niekompetencji chirurga padł pięćdziesięcioletni pacjent

⁴⁷⁸ T. Korta: *Przyczyny przewlekłości postępowania wyjaśniającego rzecznika odpowiedzialności zawodowej*, Biuletyn Informacyjny Sądu Lekarskiego i Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej nr 1, Poznań – Warszawa 1999, s. 107.

⁴⁷⁹ Sygn. 41/04.

narodowości chińskiej, który w celu wyłącznie estetycznym – dla usunięcia zmarszczek i poprawienia wyglądu – poddał się zabiegowi chirurgicznemu na powiekach dolnych. Po operacji pacjent odczuwał dolegliwości: ból w lewym oku i zaczerwienienie spojówki. Oczy wyglądały na asymetryczne. Sytuacji nie poprawiły trzy kolejne operacje „naprawcze”, w rezultacie których u pacjenta pojawiło się dodatkowo wywijanie lewej dolnej powieki. Według opinii biegłego (konsultanta krajowego w dziedzinie chirurgii plastycznej, a zatem w ocenie Sądu profesjonalisty na najwyższym poziomie) powikłanie w postaci wywinięcia dolnego brzegu powieki było spowodowane wycięciem zbyt dużej ilości skóry. **Wszystkie operacje naprawcze były wykonywane niezgodnie z zasadami leczenia takich powikłań, ponieważ polegały na dalszym wycinaniu skóry, co dodatkowo powiększało deformację.** Powikłanie nie mogło być wynikiem wytwarzania fibroblastów i agresywnym zbliźnowaceniem. Zasadniczo podobnie stan faktyczny ocenił inny biegły powołany we wszczętym również postępowaniu karnym: że sam zabieg był od początku wykonany wadliwie, nastąpiło bowiem nadmierne wycięcie od strony zewnętrznej oka lewego. Doprowadziło to do skrócenia powieki w wymiarze pionowym, w okolicy nieobjętej operacją (kąt przyśrodkowy) i do niedomykalności powieki. **Operacje naprawcze obwiniony przeprowadzał pod naciskiem pacjenta, podczas gdy powinien kierować się wiedzą i doświadczeniem. Stan wiedzy nakazywał w tym wypadku postawę wyczekującą.** Dalsze operacje doprowadziły do pogłębienia się wywinięcia powieki, które stopniowo osiągnęło stopień znaczny. Obwiniony próbował bronić się argumentem, iż wywinięcie powieki nastąpiło wskutek wzmoczonego wzrostu fibrocytów i włókien kolagenowych i twierdził, że tego rodzaju powikłania częściej występują u ras żółtej i ciemnej. Według biegłego zaś podwyższona skłonność do bliźnowacenia występuje u rasy ciemnej, ale u żółtej nie. Dodatkową okoliczność obciążającą stanowił fakt, iż obwiniony nie posiadał specjalizacji w zakresie chirurgii plastycznej. Nieposiadanie specjalizacji stwarza zdaniem Sądu domniemanie, że obwiniony nie posiadał wymaganych umiejętności ani wiedzy. Przede wszystkim jednak, jako lekarz wykonujący indywidualną specjalistyczną praktykę, nie legitymował się formalnymi kompetencjami z listy zawartej w art. 50 ust. 3 ustawy: pkt 4 żąda wyraźnie i niedwuznacznie, ażeby lekarz posiadał specjalizację w dziedzinie medycyny odpowiadającą wykonywanej praktyce. Uchybienie temu wymaganiu stanowi o przewinieniu zawodowym niezależnie, czy inkryminowany zabieg został wykonany prawidłowo i czy spowodował szkody (a nie został i spowodował).

Trzecim uznanym przez OSL przewinieniem zawodowym w tej sprawie było odebranie od pacjenta **wadliwej zgody**. Powinna była ona być wyrażona w formie pisemnej, chodziło bowiem o zabieg operacyjny. Pacjent zeznał, że niczego nie podpisywał, niemniej jest niesporne, iż udzielił zgody ustnie. Jednak znacznie poważniejszą kwestię zauważył Sąd przyjmując od pokrzywdzonego zeznanie: Chińczyk do tego stopnia słabo rozumiał język polski, że na cały czas trwania rozpraw trzeba było przywołać tłumacza. Powstała zatem bardzo poważna wątpliwość, czy w tych warunkach pacjent wiedział, na co się zgadza. Zważywszy rozszerzony obowiązek informacyjny przy czynnościach kosmetycznych i związaną z tym konieczność dokładnego wyluszczenia kwestii możliwych powikłań (szwy, gojenie się, pielęgnacja blizn, ochrona antybiotykowa etc.), stało się dla Sądu jasne, iż obowiązek ów na pewno nie został dochowany. Jeżeli w kontaktach z pacjentem potrzebował tłumacza Sąd (jak również Rzecznik Odpowiedzialności Zawodowej) – to tym bardziej musiało to być konieczne dla uzyskania rozeznanej zgody na zabieg, a zwłaszcza przy rozszerzonym obowiązku informacyjnym. *De iure* zatem pacjent zgody NIE udzielił, ponieważ jego rozumienie komunikatów w języku polskim okazało się nader ograniczone. Jest przy tym obojętne, czy nie rozumiał z powodu bariery językowej, czy też ze względu na zbyt skąpą i uproszczoną treść przekazu (to drugie wydaje się bardziej prawdopodobne). Istotne, że w swoim stanie znajomości języka polskiego i tak nie mógłby zrozumieć szczegółów medycznych. Leczenie to nie handel na Stadionie Dziesięciolecia: pełna oraz wyczerpująca informacja musi być ponadto przez pacjenta zrozumiana i nie wystarczy komunikowanie na migi.

Opisany wyżej przypadek zwraca uwagę na niebagatelną kwestię natury bardziej ogólnej. Imigranci z Dalekiego Wschodu stanowią u nas dość liczną grupę. Leczą się w polskich placówkach medycznych, upiększają się, a także – rozmnażają (korzystają więc masowo z usług szpitali położniczych). Wszystkiemu potakują uprzejmie i z uśmiechem, ale porozumieć się z nimi można na ogół tylko łamaną angielszczyzną. W związku z tym powstaje pytanie – ile tak naprawdę rozumieją z przekazywanych im informacji medycznych. Wiele wskazuje, że udzielane przez nich zgody w większości nie spełniają przesłanki dostatecznego rozeznania, są wadliwe, a więc prawnie bezskuteczne.

Staranność oceniana na podstawie efektów. W niektórych specyficznych sytuacjach staranne działanie stwierdza się na podstawie wystąpienia określonego rezultatu. Dotyczy to spraw medycznych, w których działanie strony lekarskiej pod względem czysto faktycznym przypomina wykonanie

działa: chodzi o protetykę, (w szczególności stomatologiczną)⁴⁸⁰ oraz o chirurgię estetyczną. Orzecznictwo sądów powszechnych w sprawach stomatologicznych nie jest zbyt bogate, natomiast spory z tego zakresu stanowią silną statystycznie grupę w wyrokowaniu Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie. Czy podobnie jest w terenie – trudno powiedzieć prawnikowi, który zyskuje dostęp do uzasadnień sądu lekarskiego tylko na zasadzie uprzejmości. W Warszawie jest dużo przychodni stomatologicznych, pacjenci przyjeżdżają nierzadko z bardzo daleka, zachęceni reklamami w kolorowych czasopismach, a finał bywa różny. Głównym źródłem konfliktu są zazwyczaj wydane na próżno duże sumy pieniędzy: wśród obwinionych przeważają lekarze z placówek niepublicznych, a zarzucane im uchybienia w większości dotyczą kosztownej protetyki. Sądy lekarskie nie orzekają o odszkodowaniach, a tylko o popełnieniu przewinienia zawodowego⁴⁸¹. Przewinienie zawodowe pozostaje takim niezależnie, czy pacjent doznał szkód. Bywa tylko, że Sąd dodaje od siebie w uzasadnieniu, niejako na zapas, że pomimo takiego a nie innego rozstrzygnięcia o przewinieniu zawodowym obowiązek odszkodowawczy stanowi kwestię otwartą.

W sprawie z 1999 r. Sąd Lekarski stwierdził, iż „sam fakt sporządzenia protezy obiektywnie wadliwej nie musi być oczywiście przewinieniem zawodowym. Jednakże (...) w zasadzie tylko dobre uzupełnienie protetyczne może być uznane za zakończenie leczenia. Nie zawsze proteza pasuje idealnie od pierwszej przymiarki. Jednak poprawki muszą być przeprowadzane aż do uzyskania właściwego efektu, a w razie potrzeby (która w tym przypadku zdaniem Sądu zachodziła), pracę należy powtórzyć”. Szczegóły stanu faktycznego nie mają większego znaczenia: proteza zębowa ruchoma górna i dolna była od początku wykonana wadliwie w sposób uniemożliwiający użytkowa-

⁴⁸⁰ zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 36.

⁴⁸¹ Zob. rozdz. 6 ustawy o izbach lekarskich. Lekarz odpowiada za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii zawodowej oraz za naruszenie przepisów o wykonywaniu zawodu lekarza (art. 41). Zachowanie takie określane jest zbiorczo jako przewinienie zawodowe. Skutkiem jego popełnienia jest orzeczenie kary dyscyplinarnej. Okręgowe sądy lekarskie orzekają w składzie trzyosobowym, kompletowanym spośród lekarzy, w miarę możliwości o specjalnościach przydatnych w konkretnej sprawie. Obrońcą może być adwokat (lub radca prawny) lub lekarz. Powoływani są biegli, a skład orzekający dzięki własnym kwalifikacjom medycznym jest w stanie wydobyć od nich konkretne odpowiedzi na wszystkie istotne pytania. Uzasadnienia wyroków są bardzo precyzyjne pod względem wiadomości medycznych – co w istotny sposób różni je od orzeczeń sądów powszechnych (w których spotyka się np. pomylenie opłucnej z opłucnową; pierwsza to błona, druga – to jama).

nie, przy czym wady miały charakter nieusuwalny. Sąd podzielił tutaj opinię wypowiedzianą przez biegłego: **w protetyce stomatologicznej należyta staranność polega na tym, żeby protezę poprawiać do skutku, tzn. dopóty, aż będzie pasowała.** Jest to pogląd wart uwagi i zasługujący na pełną aprobatę. Dochowanie należytej staranności polega zatem na wykonaniu protezy takiej, żeby nadawała się do noszenia, czyli przede wszystkim żeby pasowała, żeby pacjent nie seplenił, nie gubił protezy przy każdym pochylaniu głowy itd. Dopóki proteza nie będzie spełniała tych wymagań – wolno żądać poprawek aż do skutku. Niepasowanie protezy może także świadczyć o tym, że od początku została zaprojektowana wadliwie. Wówczas należy wykonać nową. „Lekarz nie może przerzucać tego kosztu na pacjenta, jeśli za pierwszym razem nie zdołał poprawnie wykonać uzupełnień”. Przewinienie zawodowe polegało w tym przypadku nie na samym wykonaniu protezy niestabilnej, ale na zaniechaniu w pewnym momencie dalszego leczenia – przed uzyskaniem zadowalającego efektu.

W sprawie z 2001 r. zapadło orzeczenie uniewinniające, mimo iż proteza również została wykonana od początku wadliwie i nie kwalifikowała się do poprawek. Pacjentka przy pierwszej przymiarce zorientowała się, że proteza zębowa osiadająca nie pasuje, ale rozeźlona odmówiła dalszego współdziałania: nie chciała więcej zgłosić się na poprawki, tylko od razu poszła na skargę do ówczesnej Kasy Chorych. „Można byłoby więc uznać postępowanie obwinionej za przewinienie zawodowe wówczas, gdyby wykonała ona protezy wadliwie w wyniku odstąpienia od procedur, jakie powinny być przestrzegane przy pracy tego rodzaju. Tymczasem nie zostało nawet ustalone, na jakim etapie pracy i dla czego wystąpiła wada (mogła ona nawet powstać na etapie prac w laboratorium, które nie przez obwinioną były wykonywane). Nie istnieją źródła dowodowe, które mogłyby na to pytanie odpowiedzieć. Z różnych powodów – także niezależnych od lekarza – proteza ‘ma prawo’ się nie udać za pierwszym razem. W takim jednak wypadku powinna zostać skorygowana, czy też wykonana ponownie. (...) wykonywanie głębokich poprawek byłoby w tym wypadku postępowaniem nierzetelnym. Obwiniona powinna była ponownie wykonać protezy (...) – oczywiście pod warunkiem i w granicach zgody pacjentki. Lekarz nie jest jednak obowiązany, by wykonywać protezy ponownie (...) tylko z tego tytułu, że pacjent je kwestionuje. Winien tak uczynić po ustaleniu, że uzupełnienia są bezużyteczne. **Obwiniona nie miała możliwości dokonać takiego ustalenia, ponieważ pokrzywdzona wyszła z gabinetu natychmiast po stwierdzeniu, że wykonana praca jej nie odpowiada**” [podkr. M.B.].

W innej sprawie z 2001 r. również zapadło uniewinnienie, ale tylko dlatego, że lekarz uznał swój błąd i naprawił wcześniej szkodę w drodze pozasądowej ugody z pacjentką. Niemniej proteza była od początku wadliwa w stopniu całkowicie ją dyskwalifikującym: po założeniu pacjentka nie mogła zamknąć ust, a zęby w odcinku przednim wystawały tak, że – według własnych słów pacjentki – „wyglądała jak królik Bugs”. Zdaniem Sądu jednak „staranne postępowanie stomatologa – protetyka polega nie tyle na tym, aby sporządzić ‘od pierwszego zamachu’ idealnie dopasowane uzupełnienia. Taki efekt byłby oczywiście ze wszech miar pożądany. Jeżeli jednak się to nie uda ze względu na błędy kliniczne lub laboratoryjne, należyta staranność polega na tym, aby protezę korygować, albo – jak w tym wypadku – sporządzić ponownie, gdy poprawki nie rokują żadnych szans powodzenia. Jeśli fizyczne wykonanie powyższego obowiązku nie jest możliwe – w szczególności gdy pacjent utracił zaufanie do lekarza i nie chce się poddać jakimkolwiek dalszym czynnościom w jego wykonaniu – lekarz powinien być gotów naprawić szkodę wynikłą z nienależytego wykonania zobowiązania (o ile pacjent takiej szkody doznał)”.

Wolno zatem dyskutować, czy nawet największa staranność protetyka i technika medycznego pozwala stawiać wobec nich wymaganie, ażeby proteza idealnie pasowała od pierwszego razu. Przecież z garniturem lub butami też nie zawsze się to udaje. Podobnie jak przy wykonywaniu niektórych rodzajów dzieła – współpraca pacjenta jest niezbędna dla ustalenia, czy i jakie poprawki są konieczne, czy też należy całą pracę wykonać od początku. Brak niezbędnej współpracy ze strony zamawiającego dzieło uprawnia przyjmującego zamówienie do odstąpienia od umowy; brak współpracy pacjenta pociąga za sobą skutek taki, że protetykowi nie można postawić zarzutu co do wadliwego wykonania uzupełnienia.

Miary staranności a odpowiedzialność za skutki przypadkowe. Jak zostało już zaakcentowane, standard wykonywania zawodu lekarza wymaga dochowania należytej staranności właściwej profesjonalistom. Jest to standard przeciętny, tworzony w oparciu o zasady ostrożności, nie zaś na przykład o zasady współżycia społecznego. Skoro jest to odpowiedzialność na zasadzie winy, należy spod niej wyłączyć brak uchybień (inaczej mówiąc – czynności nieobarczone błędami), działania niezawinione subiektywnie oraz skutki przypadkowe. Tymczasem zdarzyło się, że powikłanie anestezyjologiczne zinterpretowane przez biegłych jako dzieło przypadku, zostało przez Sąd Najwyższy uznane za uchybienie, niezawinioną pomyłkę lekarza, a to z kolei

doprowadziło do wniosku, że jako taka komplikacja nie jest objęta świadomą zgodą pacjenta⁴⁸². Przy tej okazji Sąd wyraził pogląd, że od lekarzy wymaga się przy przeprowadzaniu zabiegów **najwyższej** staranności zawodowej, której dochowywanie jest jedną z zasad współzycia społecznego. Natomiast rozeznana zgoda pacjenta obejmuje swoim zakresem tylko „zwykłe powikłania pooperacyjne”, a nie takie, które są rezultatem pomyłki lekarza:

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

2. Zachowanie funkcjonariusza publicznego⁴⁸³ jest bezprawne, jeżeli pozostaje w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który należy rozumieć nie tylko obowiązujące ustawodawstwo, ale także obowiązujące w społeczeństwie zasady współzycia społecznego. Wśród tych zasad mieści się przeprowadzanie zabiegów operacyjnych zgodnie ze sztuką lekarską i najwyższą starannością, wymagana od profesjonalisty”.

Pacjentka miała poddać się operacji lewego nadgarstka ze zwężoną cieśnią, polegającej na uwolnienie nerwu pośrodkowego. **Ponieważ nie wyraziła zgody na znieczulenie ogólne, zastosowano znieczulenie miejscowe:** blokadę splotu ramiennego. Według opinii biegłych zabieg został uznany za wykonany prawidłowo, jednak miało miejsce „niezamierzone” nakłucie opłucnej, anestetyk dostał się do jamy opłucnowej, co doprowadziło do wystąpienia odmy i silnego bólu. W uzasadnieniu wyroku Sąd uznał to przypadkowe nakłucie za pomyłkę i uznał, iż najwyższa staranność wymagana od profesjonalistów w zakresie medycyny wyklucza przypadkowe uszkodzenie organu innego niż ten, który jest przedmiotem zabiegu⁴⁸⁴. Skoro zatem do tego doszło – zachowanie lekarza kwalifikuje się jako bezprawne⁴⁸⁵. W ten sposób został beztrząsowo postawiony znak równości między **przypadkiem, pomyłką i bezprawnością**. Przy tej okazji w napisanej przez Ewę Bagińską głosie padło zdanie, interpretujące następujący fragment opinii biegłego: „za-

⁴⁸² Wyrok SN z 29.X.2003, III CK 34/02, OSP nr 4/2005 poz. 54, z gl. E. Bagińskiej.

⁴⁸³ Pod rządem dawnych przepisów kodeksu cywilnego lekarz był kwalifikowany jako funkcjonariusz państwowy dla celów zasądzenia odszkodowania od Skarbu Państwa: zdarzenie, o którym mowa, miało miejsce w roku 1995. W chwili obecnej zakłady opieki zdrowotnej mają status osób prawnych, kodeksowa odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy uległa poważnej modyfikacji. W szczególności kodeks cywilny nie zawiera już pojęcia funkcjonariusza.

⁴⁸⁴ Tamże, s. 226.

⁴⁸⁵ jw.

bieg znieczulenia wykonano prawidłowo, jednak doszło do niezamierzonego nakłucia opłucnej” jako przejaw powszechnej w środowisku praktyki takiego formułowania opinii, aby wyrażnie nie stwierdzić niestaranności, niezręczności, nieuwagi czy innych zaniedbań po stronie lekarza⁴⁸⁶. Tymczasem akurat w tej sprawie wiara dana biegłym pozwoliłaby uniknąć nieporozumień. Co prawda trafienie w opłucną zamiast w splot ramieniowy może laikowi wydać się grubym uchybieniem, jednak technika stosowana przy tego rodzaju znieczuleniu po prostu nie daje stuprocentowej gwarancji celności⁴⁸⁷. Niestety, Autorka poszła jeszcze dalej i cytując orzecznictwo tak obce jak rodzime zakonkludowała, że tego rodzaju „pomyłki” wynikają **na ogół** z nieuwagi i niezręczności, w związku z czym uznaje się je za zawinione. Jest to rozumowanie oparte na ciągu uproszczeń i w konsekwencji przypisuje lekarzowi odpowiedzialność za skutek. W omawianej sprawie nie został stwierdzony błąd.

To tylko Sąd Najwyższy wpisał niewyrządzenie przypadkowych szkód w zakres najwyższej staranności zawodowej lekarza, której przestrzeganie uznał za zasadę współżycia społecznego. Doszło tutaj do pomieszania pojęć: zasad współżycia społecznego, które mają wymiar etyczny, ze standardami wykonywania zawodu, wśród których większość stanowią reguły etycznie obojętne. Zaś wobec lekarza zostało postawione wymaganie, by zapanował nad czystym przypadkiem. Niemożliwe nie może być przedmiotem obowiązku, a ogólny sens tego wyroku jest wręcz odwrotny. Sąd nie zakwestionował opinii biegłych, że szkoda nastąpiła przypadkiem i nie była rezultatem uchybienia, tylko rozstrzygnął ponad nimi i najzupełniej obok obowiązującego

⁴⁸⁶ s. 227 przypis nr 3.

⁴⁸⁷ Wyrok Sądu nie dawał mi spokoju, postanowiłam więc na własną rękę uzyskać informacje anestezjologiczne. Poprosiłam o wyjaśnienie metodą możliwie prostą, jak się wykonuje znieczulenie w splot ramieniowy. Referuję na wiarę wiadomości uzyskane od anestezjologa – słuchaczki jednego z prowadzonych przeze mnie kursów dla lekarzy. W dużym uproszczeniu polega to na wprowadzeniu igły pod obojczyk na głębokość ok. 2 cm. Nie jest to bardzo precyzyjny algorytm, a lekarz nie widzi wnętrza ciała pacjenta, chyba żeby zabieg odbywał się pod kontrolą USG – aczkolwiek inny lekarz tłumaczył mi później, że na USG opłucna akurat nie byłaby widoczna. Na igle nie ma podziałki i wkuwać trzeba się „na wyczucie”. Zwłaszcza chirurdzy podkreślają z naciskiem, że każdy pacjent jest trochę inaczej zbudowany – np. jeden ma ramiona szersze, a inny węższe. W każdym razie to **jest** prawdopodobne, że anestezjolog wkuł się nie tam gdzie trzeba, mimo że wszystko wykonywał prawidłowo. W dodatku *ex post* ewentualne uchybienie jest dość trudne do wykazania, jeżeli obie części ciała znajdują się niedaleko siebie: można tylko jak najdokładniej zapytać lekarza, jak to robił oraz biegłych, jak powinno się to robić.

prawa: wbrew art. 4 uzawlek. postawił lekarzom wymaganie staranności najwyższej, faktycznie utożsamione z odpowiedzialnością za przypadek. Nie ma podstaw prawnych do formułowania takich wymagań wobec lekarzy, skoro nie obowiązują ich szczególnie standard staranności⁴⁸⁸.

Pierwsza teza orzeczenia stanowi konkluzję z gatunku oczywistych – że zgoda na zabieg obejmuje tylko zwykłe powikłania pooperacyjne, a nie powstałe wskutek pomyłki lekarza. (Przy założeniu, że odma i ból u pacjentki byłyby rzeczywiście spowodowane pomyłką lekarza, co jednak nie zostało wykazane). Tymczasem rozeznana zgoda obejmuje swym zakresem tylko te czynności lekarskie, o których pacjentowi oraz lekarzowi wiadomo. Co do ewentualnych powikłań, to można je podzielić na powikłania niewynikające z uchybień oraz na powikłania wynikłe z uchybień lekarza lub reszty personelu. Z kolei wśród powikłań wynikłych z uchybień są powikłania z uchybień niezawinionych i powikłania z uchybień zawinionych. Zasadniczo tylko powikłania z uchybień zawinionych prowadzą do odpowiedzialności odszkodowawczej. Zarysowała się również tendencja do przypisywania odpowiedzialności w razie powikłań, o których ryzyku pacjenta nie poinformowano, (dlatego adekwatny związek przyczynowy jest sprawą problematyczną). **Powikłania z uchybień nie są w ogóle brane pod uwagę przy odbieraniu rozeznanej zgody**, ponieważ zabieg planuje się z założeniem, że procedura medyczna będzie prowadzona prawidłowo, chyba że z góry znane są niedostatki techniczne bądź niedobory środków – np.: „ale w naszym szpitalu nie ma anestezjologa”⁴⁸⁹. W każdym razie przy informowaniu nie uwzględnia się braku odpowiednich umiejętności po stronie personelu medycznego, ponieważ przyjmuje się, że osoby wykonujące zabieg potrafią to zrobić i tylko takie są dopuszczane do pacjenta. Siłą rzeczy więc powikłania z uchybień nie są objęte rozeznaną zgodą. **W sumie więc zagadnienie rozeznanej zgody odnosi się tylko do samego zabiegu, z uwzględnieniem ryzyka powikłań związa-**

⁴⁸⁸ Zwłaszcza, że ustawodawca wyróżnił w ten sposób inne grupy zawodowe – np. notariuszy. Najwyraźniej więc rozróżnienie jest celowe.

⁴⁸⁹ Jest to autentyczna przyczyna, którą podała lekarka zapytana, czy stosuje się tam znieczulenia do porodu. Brak anestezjologa oznacza jednak przede wszystkim, iż w szpitalu położniczym nie da się wykonać **żadnego** zabiegu wymagającego znieczulenia, w szczególności cesarskiego cięcia. Jest to stan na rok 2005 i miejmy nadzieję, że uległ już zmianie. Zob. *Cięcie cesarskie czy poród siłami natury? Z pacjentkami należy rozmawiać – z prof. dr hab. Anitą Olejek rozmawia Marek Jastrzębski*, *Ogólnopolski Przegląd Medyczny* nr 12/2005, s. 13.

nych z naturą danego schorzenia. Obowiązek informowania w ogóle nie obejmuje możliwych uchybień. Komplikacja medyczna odznacza się określonym prawdopodobieństwem, natomiast uchybienie ma się nie zdarzyć i wszystko planowane jest tak, żeby się nie zdarzyło: na tym polega przestrzeganie technicznych zasad ostrożności. **Uchybienie to czynnik ludzki, którego algorytmy medyczne nie uwzględniają i nie muszą uwzględniać.** W przeciwnym razie lekarza obarczałby absurdalny obowiązek przewidzenia wszystkich możliwych uchybień i powiadomienia o tym pacjenta. Pacjent rzecz jasna odmówiłby akceptacji dla możliwych uchybień. Dosłowne przyjęcie tezy Sądu prowadziłoby w konsekwencji do uznania, że mimo iż zabieg był legalny (objęty zgodą), to powikłanie będące rezultatem pomyłki jako nieobjęte zgodą jest nielegalne. Nie ma takiej potrzeby. Powikłanie z uchybienia jest odrębnym od zabiegu zdarzeniem szkodzącym, ocenianym w kategoriach zawinienia i związku przyczynowego. Krzywda pacjenta polega na cierpieniach wynikłych z uchybienia, a nie w ogóle z poddania się zabiegowi⁴⁹⁰.

W uzasadnieniu orzeczenia rysuje się nader niepokojąca linia rozumowania: że powikłanie pozabiegowe jest z pewnością rezultatem uchybienia, a skoro miało miejsce uchybienie, to na pewno wynikło ono z zawinienia:

powikłanie = uchybienie = zawinienie

Jest to bardzo niebezpieczne uproszczenie, które w konsekwencji może doprowadzić do odpowiedzialności obiektywnej, absolutnej, a zatem do przypisania lekarzowi odpowiedzialności za sam szkodliwy skutek.

Tymczasem jest inaczej, powikłania można podzielić na: niewynikłe z uchybień i wynikłe z uchybień. Dopiero te wynikłe z uchybień mogą być niezawinione lub zawinione.

Tylko wynikłe z uchybień powikłania zawinione prowadzą do odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych. Na marginesie można tylko dodać, że istnieją pomyłki lekarskie pozwalające faktycznie domniemywać winę: pomylenie pacjentów do zabiegu; omyłkowe dołączenie cudzych wyników badania do dokumentacji medycznej; amputacja nie tego narządu; ekstrakcja innego zęba; podanie zamiast leku środka czystości – ponieważ podobne butelki stały obok siebie; pomieszanie lekarstw przeznaczonych dla

⁴⁹⁰ Zob. też M. Boratyńska: *Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta. Zakres udzielenia zgody i rozmieszczenie ciężaru dowodu*, Prawo i Medycyna nr 3/2007 (28, vol. 9), s. 7–11.

różnych pacjentów. Są to pomyłki, których dałoby się uniknąć przy przestrzeganiu zasad ostrożności w odpowiednim oznaczaniu.

Jest wystarczająco dużo sposobów wnioskowania o winie na podstawie rodzaju uchybienia: np. z kardynalnego błędu, z rażącej niekompetencji, z przypadkowości i niespójności ciągu decyzji medycznych, z niezborności między diagnozą a zastosowaną terapią, z zignorowania diagnostyki, z pozostawienia ciała obcego w polu operacyjnym. O subiektywnej niestaranności wnioskuje się na podstawie rangi obiektywnego uchybienia, ale to jeszcze nie znaczy, aby do odpowiedzialności miało prowadzić każde wystąpienie szkodliwego skutku. Odpowiedzialność lekarza jest ukształtowana na zasadzie winy, a nie ryzyka, więc wina nie może być z ryzykiem zrównywana.

Rozziew między diagnozą a terapią. Ingerencja członka rodziny.

Sprawę rozpoznawał Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie. Jest to rozstrzygnięcie bardzo instruktywne ze względu na rozmaitość wykniętych uchybień, wśród których są również naruszenia zasad ostrożności, a także przejawy niestaranności, by tak rzec, zwykłej.

Dnia 24 grudnia około północy, u pokrzywdzonej (lat 70) wystąpiły: bardzo wysoka temperatura (40°C), torsje i dreszcze. Podejrzewając zatrucie pokarmowe członkowie rodziny podali leki przeciwgorączkowe, po których gorączka ustąpiła. W ciągu dwóch następnych dni pokrzywdzonej spuchła lewa noga i pojawiły się na niej pęcherze wypełnione przezroczystym płynem, wokół których skóra była zaczerwieniona; 26 grudnia wezwano pogotowie. Lekarz pogotowia, pierwszy obwiniony w sprawie, rozpoznał: „róża podudzia lewego”. W wywiadzie stwierdził m.in.: „gorączka, obrzęk obu podudzi, przebyta operacja złamanego uda”. W toku postępowania wyjaśnił, że nie był pewien rozpoznania, (co jednak z wpisu do karty wyjazdu nie wynikało). Zaordynował gentamycynę domięśniowo albo wibramycynę doustnie, miejscowo neomycynę w aerozolu i okłady z rivanolu. Nie proponował hospitalizacji, ponieważ uznał, że stan chorej tego nie wymaga. W następnych dniach, ze względu na utrzymujące się mimo leczenia wibramycyną złe samopoczucie chorej, rodzina skontaktowała się z telefonicznie z lekarką z przychodni rejonowej, która niebadając osobiście pacjentki udzieliła informacji o tym, że róża jest bezwzględny wskazaniem do hospitalizacji i wystawiła skierowanie do szpitala dermatologicznego. Chora była tam badana 29 grudnia przez specjalistę dermatologa, drugą obwinioną w sprawie. Obejrzała ona nogę pacjentki pod kątem zmian dermatologicznych, natomiast – co przyznaje – nie wykonała badania ogólnego przedmiotowego. Także sposób zbierania wywia-

du przez obwinioną budzi zastrzeżenia, nie uzyskała ona bowiem informacji o podwyższonej temperaturze u pacjentki w poprzednich dniach (w sytuacji, gdy informacja ta mogła mieć istotne znaczenie dla ustalenia właściwego rozpoznania). Wyjaśniała, że cech róży badaniem nie stwierdziła; jej zdaniem obraz odpowiadał natomiast raczej kontaktowemu zapaleniu skóry, (co zgadzałoby się z faktem uprzedniego stosowania rivanolu). Jako rozpoznanie podała jednak: „*susp. contact dermatitis* [podejrzanie zapalenia kontaktowego skóry], *status post erysipelas?* [stan po róży?]” – co, odczytywane logicznie, oznacza, że miała co do tego wątpliwości i obie diagnozy zdawały jej się mniej więcej równie możliwe. Obwiniona tłumaczyła, że rozpoznanie róży oceniła jako mało prawdopodobne, ale wpisała je do dokumentacji asekuracyjnie. W każdym razie zdaniem Sądu obwiniona takiej możliwości nadal nie wykluczała. Żadnych badań dodatkowych nie zleciła, ponieważ o tej porze wykonanie ich w szpitalu było niemożliwe. Chorą odesłała do domu z zaleceniami: kontynuacja podawania wibramycyny, nadto leczenie jak przy kontaktowym zapaleniu skóry (altacet, clemastin, oxycort). Wyznaczyła termin ponownej wizyty w szpitalu dermatologicznym na konsultację (na 2 stycznia).

Dnia 1 stycznia do chorej, ze względu na utrzymujące się złe samopoczucie, dwukrotnie wezwano lekarza. Następnego dnia przewieziono ją z inicjatywy syna i synowej do szpitala, gdzie ostatecznie została przyjęta. W dniu 3 stycznia ok. 22.30. pacjentka zmarła z powodu wstrząsu septycznego z zespołem wykrzepiania wewnątrznaczyniowego. W toku sekcji zwłok stwierdzono m.in. owrzodzenie lewego podudzia z ropieniem w przebiegu róży na tle zaawansowanych zmian troficznych i zaburzeń w krążeniu, z nasilonym obrzękiem okolicy przebitego złamania podudzia.

Oboje obwinionych zostało skazanych. Odnosnie do czynu zarzucanego obwinionemu lekarzowi pogotowia należy stwierdzić, iż postawione przezeń 26 grudnia rozpoznanie było najprawdopodobniej prawidłowe, jak na podstawie retrospektywnej analizy faktów ocenił biegły. Wynik sekcji rozpoznanie potwierdza. Niezależnie jednak od prawidłowości postawionego rozpoznania, istota czynu przypisanego obwinionemu nie ulega zmianie. Obwiniony, postawiwszy takie rozpoznanie (które subiektywnie może oceniać jako niepewne, ale przecież prawdopodobne, skoro wpisał je do dokumentacji) zalecił następnie leczenie jednym z dwu antybiotyków, z których oba wykazują słabą skuteczność w stosunku do paciorkowców. Postawiwszy zatem diagnozę, obwiniony wykonał następnie leczenie z tą diagnozą niespójne, którego skuteczność musiała być od początku wątpliwa. Wyjaśniał, że ze względu na niepew-

ność rozpoznania chciał użyć antybiotyku o szerokim spektrum działania, jednakże wciąż pozostaje dla sądu niezrozumiałe, dlaczego wybrał antybiotyki zasadniczo w leczeniu róży nie stosowany.

Sąd dał wiarę obwinionemu, że według jego oceny 26 grudnia nie było bezwzględnych wskazań do hospitalizacji chorej. Mogło tak być w istocie, co potwierdza opinia biegłego. Natomiast ze względu na istniejące ryzyko powikłań, należało zapewnić możliwość niezwłocznej hospitalizacji chorej w razie pogorszenia jej stanu, poprzez wystawienie skierowania do szpitala i pozostawienie go w rękach pacjentki.

Odnośnie do czynu zarzucanego obwinionej lekarz dermatolog, sąd podzielił przekonanie biegłego, że wykonanie badania ogólnego jest podstawowym, choć niepisanym obowiązkiem każdego lekarza. Sąd nie przyjął argumentacji podnoszonej wielokrotnie w toku postępowania przez obrońcę, jakoby prawidłowo postępujący lekarz specjalista miał się ograniczać do wykonywania czynności ściśle specjalistycznych, badanie ogólne zastępując informacjami przekazanych przez innych lekarzy. Nie ulega wątpliwości, że obowiązku tego obwiniona nie spełniła. **Niewykonanie badania fizykalnego i niestaranne zebranie wywiadu tłumaczyła ona faktem, że obecny na miejscu syn pacjentki sprzeciwiał się wykonaniu badania ogólnego i domagał się, by obwiniona ograniczyła się do czynności jego zdaniem potrzebnych tzn. jedynie do badania dermatologicznego.** Żądanie takie – zauważył Sąd – jeśli nawet rzeczywiście miało miejsce, było pozbawione jakiegokolwiek znaczenia prawnego; należało w tej sprawie rozmawiać wyłącznie z pacjentką, poinformowawszy ją o potrzebie wykonania badania ogólnego. Pacjentka była przytomna i kompetentna.

Sąd podzielił także pogląd biegłej, zgodnie z którym w przypadku postawienia diagnozy o takiej treści (podejrzenie kontaktowego zapalenia skóry, stan po róży ze znakiem zapytania) wolno było wprawdzie zaniechać hospitalizacji, ale pod warunkiem, że przeprowadzi się w dniu następnym (30.XII.) ocenę stanu chorej po odstawieniu leków podejrzanych o wywołanie zmian kontaktowych i po podaniu leków przeciwhistaminowych. Wizyta taka mogłaby być także wykorzystana na przeprowadzenie badań dodatkowych, których 29 grudnia nie można było wykonać ze względów organizacyjnych.

Reasumując, Sąd Lekarski zwrócił uwagę na stosującą się do lekarzy specjalistów podstawową zasadę ostrożności, iż nie wolno im poniechać wykonania u pacjenta badania ogólnego przedmiotowego. Wytknął ponadto obwinionej dermatolog niestaranne, zbyt pobieżne zebranie wywiadu, przy wykonywaniu czynności nieuzasadnione ustępstwa wobec rodziny pacjent-

ki, działanie ponad głową samej pacjentki oraz nieusprawiedliwioną zwłokę w wyznaczeniu terminu następnej wizyty. Lekarzowi pogotowia Sąd przypisał uchybienie polegające na błędnym leczeniu przy prawidłowej diagnozie oraz brak pouczenia o potrzebie hospitalizacji i niewystawienie skierowania do szpitala na wypadek pogorszenia stanu pacjentki. Zbiegu tych wszystkich uchybień nie zawaham się nazwać wstrząsającym, skoro mimo prawidłowego rozpoznania choroby przez dwóch lekarzy pacjentka w istocie nie była na nią leczona i w rezultacie straciła życie.

Należyta staranność a estetyka i życzenia pacjenta. Estetyczne wykonanie zabiegu medycznego jest, co oczywiste, zawsze pożądane: najlepiej żeby wygojona blizna pooperacyjna stała się tylko białą, cieniutką kreską. Lekarskie zasady ostrożności uwzględniają i ten czynnik⁴⁹¹. Sfera estetyki ma zupełnie szczególne znaczenie w chirurgii estetycznej, ale również w stomatologii tak protetycznej, jak zachowawczej. Kolor wypełnień czy uzupełnień protetycznych dobiera się do odcienia zębów pacjenta i pokazuje w lusterku, by upewnić go, że pasują. Czasem pacjentowi przedstawia się wybór między dwoma odcieniami, aby sam zdecydował, który uważa za bardziej pasujący. Innym znowu razem to pacjent upiera się przy kolorze: żąda na przykład zębów w odcieniu oślepiającej bieli, w której potem wygląda jak z komedii o superbohaterach. Parafrazując znanego autora powieści kryminalnych, Raymonda Chandlera – z daleka wówczas widać, iż piękne zęby stanowią dzieło dentysty i pacjent poniewczasie zgłasza zastrzeżenia. Jeżeli jednak wcześniej sam nalegał na określony efekt estetyczny, z funkcjonalnego (leczniczego) punktu widzenia obojętny – lekarzowi nie można nic zarzucić, rzecz sprowadza się bowiem wyłącznie do indywidualnego upodobania pacjenta.

Dentyści na co dzień borykają się z wygórowanymi żądaniami estetycznymi pacjentów i muszą ważyć między starannością, funkcjonalnością, estetyką i nierzadko również kosztami – gdy pacjentów nie stać na takie uzupełnienia, jakie są medycznie właściwe. Większość zabiegów stomatolo-

⁴⁹¹ „Stosunkowo nową techniką operacyjną jest cięcie cesarskie z krzyżowego nacięcia nadłonowego w obrębie wzgórka łonowego. Jest to szczególnie korzystna opcja ze względu na pozostawienie niemal niewidocznej blizny. Według piśmiennictwa, wykonanie nacięcia w obrębie skóry owłosionej, uprzednio niedepilowanej charakteryzuje się mniejszą częstością powikłań pooperacyjnych w postaci infekcji” – A. Barchnicka: *Cięcie cesarskie – wskazania i techniki*, Chirurg.pl 9.VIII.2005.

gicznych realizuje cel leczniczy, ale jednocześnie praca wymaga zachowania standardów niczym w salonie piękności. Uchybienia funkcjonalne pociągają za sobą nierzadko również katastrofalne efekty estetyczne. Źle dopasowana proteza zębowa może powodować dotkliwe skutki w sferze dóbr osobistych: narazić na wstyd i pośmiewisko. Paleta stanów faktycznych z orzecznictwa OSL w Warszawie jest rozległa i barwna.

W sprawie z 1998 r. leczenie protetyczne pacjentki obejmowało protezykę w szczęcie górnej. Mimo istniejących wskazań obwiniona nie wykonała ani nie planowała uzupełnień w żuchwie, ponieważ pacjentka się temu sprzeciwiła. Pacjentka (pokrzywdzona w sprawie) zakwestionowała estetykę wykonania. Jak ujęła to obrazowo na rozprawie [*vide* protokół i uzasadnienie] „– z krzywą gębą wyglądałam jak przysłowiowa strzyga”. Biegli podzielili ten pogląd pod względem merytorycznym: linia środkowa między koronami na górnych jedynkach okazała się pochylona w prawo, linia zgryzowa nierównoległa do linii żrenic i opadająca z prawej na lewo o ok. 3 mm – co w sumie dyskwalifikuje wykonaną pracę. Ponadto wadliwie funkcjonujący zamek łączący część szkieletową z elementem retencyjnym umocowanym do koron zespolonych nie zapewniał retencji na podłożu, co uniemożliwiało użytkowanie. W konsekwencji całe leczenie powinno być wykonane ponownie. „Obwiniona podjęła się wykonania pracy w sposób i na warunkach żądanych przez pacjentkę, mimo iż od początku powinno być dla niej jasne, że grozi to niepowodzeniem leczenia”. **Wszystko odbyło się za zgodą pacjentki, poinformowanej o tym, że prawidłowe leczenie powinno obejmować również żuchwę i wyrównanie zgryzu oraz ostrzeżonej o możliwym negatywnym wyniku leczenia. Pacjentka nie zgodziła się ze względów finansowych.** „Zgoda pacjenta jest współcześnie niewątpliwym warunkiem koniecznym legalności czynności leczniczej. Jednakże ani zgoda, ani stanowcze żądanie pacjenta nie legalizuje takiego postępowania lekarza, które stoi w sprzeczności z aktualnym stanem wiedzy i zasadami starannego postępowania w medycynie. Co do zasady lekarz ma prawo wyboru między różnymi sposobami leczenia. Prawo to obejmuje przy tym wykonanie leczenia metodą, która nie jest obiektywnie najlepsza czy najbardziej zalecana, ale którą uzgodniono z pacjentem i która pacjentowi odpowiada z jakichś powodów osobistych czy majątkowych. Nie wolno jednak w takim przypadku zejść poniżej pewnego poziomu, choćby pacjent się tego domagał. W tym przypadku, zdaniem sądu, obwiniona zeszła poniżej dopuszczalnej granicy. Wykonanie uzupełnień jedynie w szczęcie górnej tak, jak tego ze względu na ograniczone środki finansowe żądała pacjentka, od początku nie rokowało szans powo-

dzenia. W tym wypadku obwiniona winna była przekonać pacjentkę, by ta poddała się właściwemu leczeniu albo odmówić wykonania uzupełnień”. Sąd orzekł karę upomnienia, traktując niewątpliwe życzenie pokrzywdzonej jako okoliczność łagodzącą.

W sprawie z 2001 r. pacjentka zgłosiła się po wymianę mostu w odcinku przednim szczęki. Po prowizorycznym osadzeniu nowego mostu pacjentka zgłaszała, iż przy jedzeniu odczuwa bolesność zębów filarowych oraz że przygryza sobie dolną wargę podczas snu. Obwiniona parokrotnie przeprowadziła niewielkie korekty zgryzu. Mimo utrzymujących się dolegliwości po pewnym czasie zacementowała most na stałe. Podczas następnych wizyt pokrzywdzona zgłaszała brak poprawy i chciała zdjęcia mostu oraz przekonstruowania go lub ewentualnie zwrotu pieniędzy. Obwiniona odmówiła twierdząc, że most jest bez zarzutu. Według biegłego most został zaprojektowany prawidłowo, ale zacementowany zbyt wcześnie. **Z powodu zgłaszanych przez pacjentkę dolegliwości powinny być kontynuowane korekty.** Bolesność zębów filarowych jest spowodowana nadmiernym ich obciążeniem, a to z kolei – najprawdopodobniej nadmiernym wysunięciem do przodu przęsła mostu, co pociąga za sobą zaburzenie krzywizny łuku zębowego i niepełne zrównoważenie podczas okluzji odcinka przedniego. Wysunięcie przęsła w przód obwiniona tłumaczyła względami estetycznymi; jej zdaniem w efekcie „pacjentka zyskała na urodzie”. W opinii Sądu proteza jest wadliwa pod względem funkcjonalnym, ponieważ obwiniona przykładła nadmierną wagę do efektu estetycznego. „Oczywiście protetyk winien starać się realizować oba te cele jednocześnie. Jeżeli jednak (jak w tym wypadku) kolidują one ze sobą, nie wolno jest wykonać uzupełnienia „ładnego”, jeżeli uzupełnienie to stanie się w efekcie nieużyteczne w aspekcie funkcjonalnym”.

W sprawie z 2003 r. obwiniona podjęła się sporządzenia u pacjentki uzupełnienia zęba 14 (górną „czwórka”) w postaci mostu jednobrzeżnego na filarze 15 (górną „piątka”). **Pacjentka deklaruje, że nie jest w stanie nosić żadnych uzupełnień ruchomych, które drażnią ją i wywołują odruch wymiotny.** Ząb przewidziany na filar był zrotowany podniebiennie. Według oceny obwinionej nadawał się on do oszlifowania i zrobienia na nim mostu. Ponadto na podstawie doświadczenia własnego uważała, że zęby filarowe pod takim „półmostem” nie są nadmiernie przeciążone. Sądziła, iż ma do czynienia z przypadkiem szczególnym i że takie rozwiązanie przyniesie korzyść pacjentce. Do dziś jest przekonana, że postąpiła słusznie, bo „poprawiło to wygląd, nie było luki przy uśmiechu”. W dodatku przed wykonaniem tego uzupełnienia pacjentka nie miała czym gryźć – ze względu na braki w uzę-

bieniu tak po drugiej stronie szczęki górnej, jak w żuchwie. Pokrzywdzona zeznała, że od początku pytała obwinioną o stabilność takiego uzupełnienia i uzyskała zapewnienie, że tak, tymczasem od samego początku uzupełnienie ruszało się, przez co nie mogła ani gryźć, ani myć zębów. Według biegłego prawidłowe postępowanie w zastanej sytuacji powinno polegać na wykonaniu trzech koron w szczęcie górnej: na feralnej „piątce” oraz na czwórce” i „piątce” po drugiej stronie, wraz z dostosowaną do nich protezą szkieletową. **Uzupełnienia ruchomego pacjenta jednak nie akceptowała.** Na podstawie podręcznika prof. Spiechowicza obwiniona sądziła, że uzupełnienia o charakterze mostu jednobrzeżnego mieszczą się w granicach poprawności, ponieważ podręcznik określa je jako uzupełnienie protetyczne „kontrowersyjne”, ale stosowane, co zdaniem obwinionej oznacza, że dopuszczalne – nie wykroczyła zatem poza granice staranności. Biegły wskazał jednakże, iż rozwiązanie takie nie było poprawne, ponieważ narażało na przeciążenie filarową „piątkę”, nie zapewniało podparcia w bocznych odcinkach żuchwy ani nie rozwiązywało problemu braków zębowych. Takie stanowisko wyraża cała dostępna, aktualna literatura. Biegły zakonkludował, że kwestionowany most należy zdjąć i – ze względu na sprzeciw pacjentki wobec uzupełnień ruchomych – zastąpić przez bardziej rozległe (i kosztowne) uzupełnienia stałe. W ocenie Sądu uzupełnienie w postaci „półmostu”, mimo że sporządzone na wyraźne naleganie pacjentki, stanowiło rozwiązanie niewłaściwe. Według aktualnego stanu wiedzy praktyka taka jest niedopuszczalna zwłaszcza dlatego, że przeciąża ząb filarowy. „Lekarzowi nie wolno jest schodzić poniżej progu należytej staranności nawet na najbardziej wyraźne żądania i nalegania pacjenta ani nawet z najlepszych motywów. Owych dobrych motywów OSL w przypadku obwinionej bynajmniej nie podważa. Jednakże postępowania lekarza nie ocenia się po subiektywnych dobrych intencjach, lecz po zgodności z obiektywnymi kryteriami, wynikającymi z art. 4 uzawlek. (zgodność postępowania z aktualnym stanem wiedzy i z należytą starannością). Kryteriów tych obwiniona niestety nie wypełniła”.

W sprawie z lat 2004–2007 (pokrzywdzony leczyl się u obwinionej przez dłuższy czas), dwa wkłady koronowo-korzeniowe⁴⁹² wielokrotnie się odcementowywały, co okazało się spowodowane niewłaściwymi proporcjami: części korzeniowe zbyt krótkie w stosunku do koron. Obwiniona uznała słuszność zarzutu i wyjaśniła, że pacjent „wymusił” na niej takie wykonanie pracy.

⁴⁹² Wkład koronowo-korzeniowy jest to odlewany, metalowy sztyft, stanowiący filar pod uzupełnienie protetyczne.

Domagał się wydłużenia części koronowej jednego z zębów („dwójki”), ponieważ jego zdaniem poprawiało to estetykę. Co do drugiego zęba (dolna „piątka”), to leczenie zostało wykonane inaczej, niż przewidywał plan leczenia. Pacjent już po jego uzgodnieniu „wielokrotnie zmieniał zdanie, wymuszając u mnie różnego rodzaju poprawki”. Między innymi domagał się przedłużenia zębów, bo z powodu dużych braków skrzydłowych zęby trzonowe („szóstka” i „siódemka”) „wywędrowały mocno w kierunku górnego łuku” i te zęby traktował jako wzór długości koron po stronie leczonej. Jednocześnie nie wyraził zgody na trzy zblokowane korony w tym miejscu, z feralną „piątką” pośrodku, która do tego miała jeszcze złamany korzeń. Wreszcie, po pół roku niepojawiania się „bo był obrażony” i bezskutecznej próbie załatwienia sprawy po swojej myśli u innego lekarza, pacjent wrócił i wymógł wykonanie w tym miejscu trzech koron pojedynczych. Obwiniona zgodziła się, gotowa już wtedy zrobić, co zechce, „żeby pozbyć się pacjenta (...), żeby już poszedł i żeby już na niego nie patrzeć”. Według biegłego tylko koncepcja koron zblokowanych dawała stosunkowo dobre rokowanie, natomiast utrzymanie się korony pojedynczej o zachwianych proporcjach byłoby „można powiedzieć wbrew prawom fizyki”. Sąd uznał postępowanie obwinionej za nieprawidłowe. „W dzisiejszej medycynie wyraźnie zauważalna (i akceptowana przez sądy) jest tendencja, by czasem zrezygnować z optymalnej metody leczenia celem uwzględnienia subiektywnych oczekiwań pacjenta. W protetyce stomatologicznej prowadzi to do wykonywania uzupełnień, które gorzej rokują w sensie funkcjonalnym, ale za to lepiej odpowiadają preferencjom pacjenta (a niekiedy też jego ograniczonym możliwościom finansowym). Jednak zasada szacunku dla autonomii nie stwarza prawa do nieograniczonego realizowania wszystkich żądań pacjenta. W tym przypadku obwiniona jednoznacznie przekroczyła akceptowalne granice, gdyż pod naciskiem sporządziła uzupełnienia, które w ogóle nie miały prawa trwale się utrzymać”.

Na podstawie powyższych przykładów daje się zauważyć konsekwentna linia orzekania, wedle której życzenia lub nalegania pacjenta nie mogą usprawiedliwiać znacznego odejścia od prawideł. Odejście takie Sąd zaakceptował tylko raz, a było ono uzasadnione dość szczególnymi okolicznościami.

W sprawie, o którą chodzi, z 2003 r., pokrzywdzony pacjent był upośledzony umysłowo. Zaawansowana próchnica groziła bezzębiem. Obwinione, dwie lekarki zatrudnione w tym samym gabinecie, określały go jako „bardzo trudnego”: nie dawał sobie założyć serwetki podbródkowej, ślinociągu, żadnego waleczka; podczas zabiegów wykonywał nieskoordynowane ruchy i odry-

wał od siebie ręce lekarza. Według jednej z obwinionych było to spowodowane lękiem przed zakrztuszeniem. **Pokrzywdzony źle tolerował jakiekolwiek obiekty w jamie ustnej**, zdarzyło mu się wykręcić świeżo założony anker. Nie chciał nosić nowej protezy szkieletowej, powygiął ją do tego stopnia, że nie nadawała się do noszenia. Wykonanej dla niego protezy osiadającej nie nosił i w ogóle nie wiadomo, co z nią zrobił, natomiast koronę porcelanową na jednym z przednich zębów zdejmował wielokrotnie i ostatecznie ją zniszczył. Pokrzywdzony zeznawał podobnie. Matka pacjenta prosiła, żeby „coś z tym zrobić” bo syn nie nosi protez. Plan leczenia przewidywał wykonanie mostu (uzupełnienie stałe). Obie obwinione uznały, iż jest to ostatni moment, żeby wykonać uzupełnienia o rozsądnej trwałości i nie dopuścić do bezzębia. Pacjent wydawał się spokojniejszy niż wcześniej. (Plan przewidywał również uzupełnienia w żuchwie, które jednak nie zostały wykonane, ponieważ sprzeciwiła się temu matka pacjenta, gdy górny most wypadł.) W dwa dni po założeniu mostu pacjent przyszedł do gabinetu prosząc, żeby mu most zdjąć, bo chciał mieć możliwość zdejmowania go i zakładania, kiedy zechce. Obwinione odmówiły, co z przyczyn technicznych było oczywiste. Po kilku miesiącach pacjent przyniósł do gabinetu w chusteczce część mostu; prawa jego część pozostawała nienaruszona w jamie ustnej. Przy udziale technika medycznego most został osadzony ponownie, aczkolwiek składał się już z dwóch części. Po pewnym czasie matka pacjentka zgłosiła, że most znowu wypadł i zażądała zwrotu pieniędzy. Jedna z obwinionych wyraziła przekonanie, że pacjent manipulował przy moście, co doprowadziło do jego przerwania oraz odcementowania i wypadnięcia jednej połówki. Technik medyczny zeznał, że gdy oglądał most, był on poważnie uszkodzony mechanicznie: porcelana popękana, a na części metalowej intensywne rysy. Świadek nie miał pewności, ale uszkodzenie wyglądało, jakby pochodziło od kombinerek. Biegły ocenił plan leczenia jako „konstrukcję wysokiego ryzyka w sensie niepowodzenia leczenia”. Wysunął tylko przypuszczenie, że gdyby na dole została również wykonana proteza, most być może funkcjonowałby do dziś. W opinii Sądu „praca była obciążona nadmiernym ryzykiem niepowodzenia. Niemniej kryteria wyznaczane przez art. 4 uzawlek. (należyta staranność oraz zgodność z aktualnym stanem wiedzy) nie wyznaczają jakiegoś sztywnego standardu postępowania, ważnego dla wszystkich możliwych sytuacji. Dopuszczają one uwzględnienie szczególnej sytuacji zdrowotnej pacjenta oraz wazenie potencjalnych korzyści i szkód, które mógłby on odnieść z leczenia. W sytuacji normalnej plan pracy, przyjęty przez obwinione, stanowiłby ryzyko nie do zaakceptowania. Pokrzywdzony nie jest jednak pacjentem w sytuacji normalnej, gdyż w stosunkowo młodym

wieku jest zagrożony bezzębiem, a uzupełnień ruchomych subiektywnie nie toleruje. Należy więc uznać, że uzupełnienia stałe, nawet z uwzględnieniem wspomnianego ryzyka niepowodzenia, były w jego wypadku rozwiązaniem najlepszym (czy może „najmniej złym”). Obie obwinione uniewinniono.

Wykonanie zabiegu metodą przestarzałą. Była już mowa o tym, że zasady ostrożności mają charakter zmienny w czasie. Zdarza się, że ta sama dolegliwość jest możliwa do usunięcia kilkoma będącymi do dyspozycji sposobami. Nawet metody operacyjne mogą być dwie lub więcej, przy czym nowsze są zazwyczaj doskonalsze i mniej dolegliwe dla pacjenta. Niemniej zgodnie z ustawą, pacjent ma prawo do informacji także o alternatywnych metodach leczenia i nie po to, by być wszechstronnie poinformowanym, ale żeby od tego uzależnić swą decyzję co do wyboru metody leczenia. Jak trafnie ujął tę zasadę Sąd Apelacyjny w Gdańsku⁴⁹³: „Jeżeli pacjent kwalifikuje się do leczenia (wykonania zabiegu operacyjnego) kilkoma różnymi metodami, to powinien zostać przez lekarza szczegółowo poinformowany o wszystkich konsekwencjach wynikających z zastosowania poszczególnych metod, w tym o stopniu i możliwym zakresie ryzyka powikłań tak, aby mógł w sposób w pełni świadomy uczestniczyć w wyborze najlepszej dla siebie metody. Zaniechanie przez lekarza wskazanego wyżej obowiązku poinformowania pacjenta narusza dyspozycję art. 31 ustawy o zawodzie lekarza, jak również pozbawia pacjenta możliwości wyboru i współdecydowania o sposobie leczenia, przez co standardowe wyrażenie zgody na wykonanie zabiegu jedną z możliwych metod nie ma charakteru zgody uświadomionej”. W rozstrzygniętej tym wyrokiem sprawie pacjentka poddała się rekonstrukcji piersi metodą TRAM, czyli poprzez przeszczep tkanki z brzucha. Metodę przedstawiono jej jako obdarzoną samymi zaletami, z pominięciem informacji o ryzyku wystąpienia licznych powikłań, które powodują niepowodzenie zabiegu w 30% przypadków. Zabieg się nie udał.

We wcześniejszym orzecznictwie pokutuje jeszcze kuriozalna teza (sformułowana pod rządem dawnej ustawy lekarskiej), że o wyborze odpowiedniej metody leczenia decyduje lekarz. Nie po to jednak pojawiły się tak rozbudowane przepisy regulujące rozebraną zgodę pacjenta, by wolno było wciąż ten wyrok przytaczać i bezkrytycznie powoływać: „(...) jeżeli lekarz ma do wyboru w istniejącym stanie chorobowym dwie lub więcej dróg postępowania, z których każda jest według zasad sztuki lekarskiej prawidłowa, nie można

⁴⁹³ Wyrok z 26 lutego 2010 r., I ACa 51/10, LEX nr 653696.

mu czynić zarzutu, że wybrał spośród nich tę, a nie inną, choćby następnie okazało się, że nie doprowadziła ona do zamierzonego celu albo wywołała powikłania (...).” Jest to teza nie pochodząca od Sądu, lecz od autora współczesnego komentarza⁴⁹⁴ i eksponuje wątek, który nie miał większego wpływu na rozstrzygnięcie. Stan faktyczny był już przytaczany we wcześniejszych wywodach: chodziło o operację ortopedyczną polegającą na usunięciu zeszytwnienia w stawie łokciowym, podyktowaną wskazaniem względnym. Właściwa teza wyroku, sformułowana na użytek publikacji w oficjalnym zbiorze orzecznictwa, brzmi inaczej: „Wprawdzie normalne ryzyko powikłań operacyjnych obciąża pacjenta, jednak jeżeli pacjent poddaje się na propozycję lekarza zabiegowi operacyjnemu, za którym nie przemawiają tzw. wskazania bezwzględne, a nie został dostatecznie pouczony, że zabieg ten może przynieść pogorszenie istniejącego stanu rzeczy, zasady współżycia społecznego mogą przemawiać za uwzględnieniem roszczenia odszkodowawczego, jeżeli inne przesłanki przewidziane w art. 419 k.c. [obecnie uchylonym] zostały spełnione”. W chwili obecnej litera ustawy nie pozostawia raczej wątpliwości, że prawo wyboru między równorzędnymi metodami leczenia służy nie lekarzowi lecz pacjentowi, a gdy stało się inaczej, podstawowy zarzut stanowi nie poinformowanie o rozwiązaniach alternatywnych. Zgoda pobrana w tych okolicznościach uważana jest za wadliwą jako udzielona w warunkach niedostatecznego rozeznania.

Przykład, w którym zbiegają się różne omawiane wcześniej problemy: rozeznana zgoda, pełna informacja, należyta staranność, zastosowanie odpowiedniej metody leczenia, istnienie metod alternatywnych, aktualny stan wiedzy medycznej i wreszcie – szkoda oraz krzywda pacjenta – pochodzi z prasy⁴⁹⁵. Został wybrany z kilku powodów: wspomnianej wielowątkowości, sugerowanej masowości zjawiska oraz modelowego przykładu na czysty paternalizm twardy. Przypadek jest dość drastyczny tak w sferze szczegółów zabiegu, jak naruszeń praw pacjenta oraz konsekwencji dla dóbr osobistych dwóch osób. Data zdarzenia nie została podana. Z kontekstu wynika, że chodzi o lata dziewięćdziesiąte, niemniej trudno stwierdzić, która podówczas obowiązywała wersja ustawy lekarskiej. Prawdopodobne, że obecna.

⁴⁹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 grudnia 1969 r., II CR 564/69, OSP nr 10/1970 poz. 202, zob. też *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami* red. M. Safjan, z komentarzem P. Sobolewskiego, s. 181–182.

⁴⁹⁵ E. Niewolska: *Wyrok na mą godność babską*, Magazyn Gazety Wyborczej z 10.VI.1999 r., s. 29–32.

Pacjentka w średnim wieku, dotknięta przypadłością znaną jako wypadanie szyjki macicy, poddała się operacji. Podpisała zgodę na podszycie macicy do powłok brzusznych oraz na plastykę pochwy. Zgodą na zabieg nie było objęte podszycie cewki moczowej, ponieważ pacjentka moczu nie popuszczała, o co była pytana kilkakrotnie i kilkakrotnie udzieliła odpowiedzi negatywnej. Mimo to zdrowa i sprawna cewka została niepotrzebnie podszyta również, a w karcie wypisowej wpisano popuszczanie moczu. Po operacji pacjentka rzeczywiście już popuszczała. (W Niemczech na przykład ograniczono podszycie cewki moczowej z uwagi na ryzyko zaszkalenia i wysoki procent skarg.) Pacjentka nie została uprzedzona, iż po podszyciu macica będzie uciskać na pęcherz moczowy, co spowoduje częstomocz. Ucisk sprawia, iż część moczu zalega, co z kolei prowadzi do stanu zapalnego cewki. W sprawie niezrozumiałej dla pacjentki plastyki pochwy zdołała ona tylko wypytać przed zabiegiem o jego wpływ na jej dotychczas bardzo udane życie erotyczne (z mężem zresztą, ojcem jej czworga dzieci). W odpowiedzi usłyszała, co następuje: „– O, mąż będzie zadowolony, a pani będzie jak dziewczyna”. Szczegóły techniczne wyglądały, jak się okazało, następująco: skórę krocza wycięto szeroko w trójkąt od nasady warg większych z wierzchołkiem w okolicy odbytu. Na to miejsce naciągnięto z boków skórę z warg większych i zeszyto wysoko, aż pod cewkę moczową, zostawiając płaski wlot z twardą blizną pośrodku: z trudem mieszczą się dwa palce na płask. W sumie „dziewictwo” okazało się żelazne i niepozbywalne, a udane pożycie odeszło w przeszłość. Ponadto w ramach plastyki pochwy zostało samowolnie (bez zgody pacjentki) wycięte wysokie sklepienie: cecha fizjologiczna, tej pacjentce akurat bardzo potrzebna ze względu na kształt i rozmiar występujące u partnera. Również bez zgody pacjentki dokonano amputacji szyjki macicy, co z kolei powoduje poważne upośledzenie odczuć. Wycięcie szyjki nie zostało odnotowane w karcie wypisowej – pacjentka dowiedziała się o tym dopiero podczas wizyty kontrolnej w przychodni. Operacja odbyła się z otwarciem jamy brzusznej, niemniej operator dostał się do podszycanej (na zapas) cewki moczowej przez przednią ścianę pochwy znaną jako przestrzeń Grafenberga: bogato unerwioną i seksualnie wrażliwą (tzw. punkt, a raczej obszar G). Rezultatem jest jeszcze jedna blizna oraz brak czucia. Pacjentce tłumaczono *ex post*, że przyzwyczai się i powinna wykonywać ćwiczenia rozciągające. Wyrażone też zostało zdziwienie, iż nie wiedziała, że kłopoty ze współżyciem mogą utrzymywać się nawet przez pół roku. Akcentowano natomiast estetyczne walory zabiegu. Tyle, że to akurat nie jest operacja dla urody i funkcjonalność, nie uroda, powinna mieć priorytet. Ponieważ bóle i dyskomfort utrzymywały się już

drugi rok, pacjentka poddała się operacji korygującej. Przy tym okazało się, że metoda „na dwa palce” jest w Polsce powszechnie przyjęta, a na zastrzeżenia lekarze reagowali nieprzyjemnym zdziwieniem. W szpitalu pacjentka spotkała inne kobiety w podobnej sytuacji. Z powodu „nabytego niedopasowania” zagrożone były ich związki i trwałość rodzin. Każda kolejna operacja zwiększa ilość blizn oraz obniża wrażliwość na bodźce. Skarga pacjentki do Naczelnej Izby Lekarskiej została zbyta przez radcę prawnego z powołaniem argumentu, że nie został zaskarżony konkretny lekarz, tylko metoda lecznicza, a metoda „ma prawo” być zła lub niewłaściwie stosowana. Wojewódzki konsultant ds. ginekologii i położnictwa jako jedyny przyznał uczciwie, że plastykę pochwy należy stosować indywidualnie, bardzo ostrożnie i przy pełnej informacji oraz że ciągle zdarzają się przypadki, gdy trzeba poprawiać po kolegach. Ginekolog w przychodni z kolei zapytał, dlaczego pacjentka **nie wybrała** znacznie nowocześniejszej operacji metodą manchesterską. Dopiero wówczas okazało się, że pacjentka miała wybór. Teoretycznie, bo nikt go nie proponował. Dzięki własnej dociekliwości oraz studiowaniu obowiązującego podręcznika ginekologii operacyjnej z 1936 r. (tłum. polskie 1958 r.) autorstwa Martiusa z Getyngi ustaliła, iż operacja manchesterska została opracowana przez Donalda z Manchesteru w 1888 r. (i później zmodyfikowana). Według tego samego źródła, zabieg u pacjentki wykonano starszą metodą Becka, skomentowaną przez autora następująco: „należy unikać sztucznych tworów topograficzno-anatomicznych. Dlatego też szeroko dawniej stosowane przemieszczenie macicy między pochwą a pęcherz moczowy zostało obecnie znacznie ograniczone”. W tym miejscu warto zaakcentować, iż jest to stan wiedzy z roku 1936; już wówczas metoda Becka była uważana za przestarzałą. Co do plastyki pochwy – podręcznik nie wspomina w ogóle o wpływie zabiegu na seksualność. Dlatego pacjentka dotarła do standardów światowej ginekologii, zgodnie z którymi przy tylnej plastyce krocza nie wycina się w ogóle skóry krocza, a tylko część śluzówki z nadmiaru w tylnej ścianie pochwy, o ile pacjentka zgłasza nadmiar. W wielu szpitalach, również w Polsce, nie wykonuje się w ogóle pełnej plastyki u kobiet aktywnych seksualnie. Pacjentka zdecydowała się na trzecią operację – ponownego uwolnienia macicy. Operatora znalazła nie od razu, wcześniej słyszała, że „jest prawidłowo” oraz „w Polsce na szczęście nie ma operacji na życzenie”. Operacja udała się, a macica już się nie obniża, ponieważ pacjentka wykonywała ćwiczenia tzw. metodą Kegla – co sugeruje, iż od początku mogło to być brane pod uwagę jako alternatywa. Pewności oczywiście nie ma, ponieważ szyjki macicy też już nie ma.

Różni lekarze odradzali pacjentce podjęcie działań oficjalnych przestrzegając przed narażeniem się na pośmiewisko. Z prawnego punktu widzenia jest to jednak temat niezwykle bogaty, zwłaszcza gdy chodzi o dobra osobiste. Skoro dostępna była nowocześniejsza (w domyśle – bardziej oszczędzająca) metoda operacyjna – pierwszym zarzutem jest zastosowanie metody przestarzałej i jej wpływ na stan zdrowia oraz dobra osobiste. Drugim – niepoinformowanie o istnieniu alternatywy. Trzecim – podszycie cewki moczowej – czyli rozszerzenie pola zabiegowego bez zgody plus również nieuzgodniona i w dodatku zatajona amputacja szyjki macicy. Czwartym – uchybienia informacyjne w sprawie plastyki pochwy. Piątym – kwestia wskazań do zabiegu plastyki pochwy; do obrony jest twierdzenie, iż był to zabieg zbędny. Szóstym – konieczność drugiej operacji korekcyjnej, co sugeruje, że pierwsza została wykonana wadliwie pod względem technicznym. Siódmym – niepoinformowanie o ryzyku powikłań w obrębie układu moczowego. W tle mający jeszcze odmowa wykonania trzeciego zabiegu pomimo istnienia wskazań.

Gdy zaś chodzi o standardy, to można by też retorycznie zapytać, czy metoda „na dwa palce” ma odzwierciedlać ogólnopolski standard anatomiczny i jak się z tym czują partnerzy zoperowanych pacjentek.

Charakterystyczna jest tutaj różnica w podejściu do standardów. Standardy światowe przewidują plastykę tylko na życzenie pacjentki z wcześniejszym rozpoznaniem jej indywidualnych potrzeb i bez wycinania skóry. Konsultant wojewódzki wypowiedział się w tym samym duchu: że decydują indywidualne potrzeby i uzgodnienia. Co do całego terenu Polski, wiadomo, że co prawda jak widać nie wszędzie, ale wykonuje się zabiegi w sposób odpowiadający standardom. Jednak w którymś regionie odbywa się paternalistyczna haratanina po uważaniu, sięjąca spustoszenie w życiu osobistym pacjentek i ich rodzin. Wykonawca tej metody jawi się niczym jakiś Generalny Wyrównywacz – ponura postać z opowiadania Kurta Vonneguta⁴⁹⁶.

Na zakończenie można tylko jeszcze dodać *ad vocem* radcy prawnego Naczelnej Izby Lekarskiej, że uznawana i akceptowana metoda lecznicza NIE MA PRAWA być zła ani źle stosowana – bo to oznacza uchybienie standardom z art. 4 uzawlek. i świadczy jak najgorzej o lekarzu, ale i o samorządzie, który nie reaguje na nieprawidłowości. Pacjentka powinna była pójść prosto do Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej.

⁴⁹⁶ K. Vonnegut: *Harrison Bergeron*, Droga do science – fiction t. 3 cz. 2 (red. J. Gunn) s. 299 i n.

Przykład ten pokazuje wreszcie, że **da się wyodrębnić taka sfera działalności medycznej, w której wola pacjenta musi mieć znaczenie decydujące, ponieważ tylko pacjent dysponuje dostatecznymi danymi umożliwiającymi prawidłowe wykonanie zabiegu**. Wobec tego również wskazanie „jak” wymaga uprzedniego sprecyzowania, przy bezwzględnej konieczności pełnej współpracy ze strony pacjenta. Lekarska samowola zrujnowała w tym przypadku życie dwóm osobom.

Odwołanie do standardów tworzonych na różnych szczeblach wiedzy fachowej pociąga za sobą konieczność ustalenia, jaki jest ich związek z lekarskimi zasadami ostrożności. Zarówno standardy jak zasady ostrożności są prakseologicznymi normami postępowania. Jednak standardy i procedury medyczne mają charakter skodyfikowany: zostają zebrane i opracowane przez grono fachowców: samorządy zawodowe, stowarzyszenia lekarskie, organizacje międzynarodowe. Ich moc obowiązująca w środowisku lekarskim zależy od tego, KTO je w ten sposób ustanowił. (Nie stanowią rzecz jasna norm prawnych dopóki nie zostałyby włączone do aktu prawnego, ale tego się raczej nie praktykuje). Przestrzegane są przez lekarzy na zasadzie dobrowolności – ze względu na autorytet tworzącej je organizacji. Jednym z nowszych przykładów jest opracowanie przez Polskie Towarzystwo Pediatryczne dawno oczekiwanych standardów „Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci”. Mogą być jednak formułowane także na poziomie konkretnego szpitala przez jego administrację, celem m.in. racjonalnego wydatkowania środków z powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Wówczas przestrzeganie ich stanowi w obrębie danej placówki obowiązek pracowniczy. Każdy lekarz może też opracować je na użytek własny.

Na treść standardów składają się szczegółowe algorytmy ostrożnego postępowania. Dobrze opracowane – odwzorowują treść zasad ostrożności i nie mogą odbiegać na niekorzyść od standardu ostrożności średniej: powszechnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. W tym więc sensie standardy i procedury zależą od zasad ostrożności. Jednocześnie jednak ta sama zasada ostrożności może zostać skutecznie zagwarantowana przez różne procedury.

W każdym razie przeciętny standard w odniesieniu do danej czynności lekarskiej daje się ustalić w oparciu o podręcznikowe zasady ostrożności medycznej i przy uwzględnieniu posiadanych sił oraz środków: ogólnie dostępnego wyposażenia w leki, narzędzia, aparaturę diagnostyczną oraz materiały medyczne. W konkretnej sprawie lekarskiej pytanie o średni standard jest rutynowo zadawane biegłym. Odejście od takiego standardu na polecenie dyrekcji, administracji, ordynatora, profesora, przełożonego, starszego dyżurne-

go, rodziny pacjenta (!) – wszystko jedno czyje – traktuje się jako uchybienie i o ile nie zachodzą szczególne okoliczności nadzwyczajne, jest ono równoznaczne z popełnieniem przewinienia zawodowego.

Życzenia, nalegania czy naciski ze strony pacjenta też nie mogą usprawiedliwiać odchodzenia od standardów. Jeżeli ze względu na wolę pacjenta dochowanie standardu okazuje się niemożliwe – pacjent powinien przede wszystkim zostać o tym szczegółowo i wyczerpująco poinformowany. Jeżeli nie rezygnuje z nalegań – lekarzowi nie wolno się im podporządkować. Co najwyżej może odstąpić od leczenia.

W sprawie kryteriów należytej staranności nie ma moim zdaniem niekonsekwencji między art. 4 uzawlek. a art. 8 upr. pacj. Należyta staranność świadczeń zdrowotnych z punktu widzenia prawa pacjenta, stanowi wymaganie adresowane do służby zdrowia jako całości: szpitali, ambulatoriów, przychodni i innych placówek. Nakłada to wymagania również organizacyjne, w sensie odpowiedniego składu osobowego (wykwalifikowany personel medyczny potrzebnych specjalności), zapewnienia pomieszczeń, sprzętu, aparatury oraz reżimu sanitarnego. Natomiast art. 4 uzawlek. ujęty jest jako osobisty obowiązek każdego lekarza. Zakres tego obowiązku nie może abstrahować od fizycznych i organizacyjnych możliwości, jeżeli jeden konkretny lekarz, o którego chodzi, nie ma na nie rzeczywistego wpływu.

Wymagania należytej staranności zawodowej dają się odzwierciedlić w opracowywanych standardach medycznych, które w ten sposób ustalają średni poziom świadczeń i mieszczą się w pojęciu ogólnych wymagań dla stosunków danego rodzaju. Sformułowanie kryterium szczególnej staranności (wbrew brzmieniu przepisów, ale postulowane *de lege ferenda*) wymagałoby stworzenia kanonu wymagań podwyższonych. Podwyższenie wymagań może przebiegać dwiema drogami: przez zaostrenie kryteriów obiektywnych lub przez nadanie zwiększonej intensywności nastawieniu subiektywnemu: dbałości, pilności, gorliwości, troskliwości. Samo powiedzenie „więcej niż przeciętny, ponadprzeciętny, nadzwyczajny” niczego w istocie nie wyjaśnia. Nie chodzi bowiem chyba o to, by wszystko, co choćby w minimalnym stopniu przewyższa średnie wymagania ogólne liczyło się już jako szczególne. Szczególne wymagania kierowane są przez ustawy zawodowe przykładowo do pielęgniarek i położnych, notariuszy oraz dziennikarzy. W odniesieniu do pielęgniarek i położnych, które same nie podejmują decyzji medycznych, szczególna staranność powinna przekładać się na wzmoczoną troskliwość, uważną i stałą obserwację oraz permanentny stan gotowości do udzielenia pomocy (przejawiający się m.in. w możliwości „zadzwonienia po pielęgniarkę

kę”, ale już nie – zadzwonienia po lekarza). Niemniej Jędrzej Bujny postuluje *de lege ferenda* ujednolicenie kryterium staranności dla lekarzy oraz pielęgniarek i położnych, twierdząc iż obecne rozróżnienie nie znajduje racjonalnego uzasadnienia⁴⁹⁷.

Dla porównania: szczególna staranność wymagana od notariusza polega przede wszystkim na skrupulatnym sprawdzaniu przedłożonych dokumentów i wszechstronnym przedstawianiu konsekwencji prawnych aktu notarialnego dla stron oraz osób trzecich⁴⁹⁸. Jak już było wskazywane, lekarz nie panuje nad materią zawodową w takim stopniu jak notariusz czy pielęgniarka, a obiektywne kryteria staranności lekarskiej dają się skodyfikować głównie jako prawidła wiedzy medycznej. Wśród czynności lekarskich przeważają te, które wymagają sprawności technicznej lub decyzyjnej – nad wymagającymi uwagi i troskliwości. Do tego wizerunku lekarza raczej niewiele wnoszą przywoływane w doktrynie orzeczenia dotyczące szczególnej staranności dziennikarskiej, gdzie nacisk położony jest na zupełnie inne zalety: obiektywizm w formułowaniu sądów, weryfikowanie publikowanych informacji oraz trzymanie się prawdy⁴⁹⁹. Nałożenie obowiązku szczególnej staranności na lekarza pociągałoby za sobą konieczność stworzenia obiektywnych kryteriów uwzględniających podwyższone wymagania poprzez porównanie ze średnimi i zaakcentowanie różnic. Mieć to będzie sens tylko wtedy, gdy doprowadzi do sformułowania konkretów – takich jak kryteria staranności średniej.

Etyka zawodowa

Odwołanie się przez art. 4 uzawlek. do zasad etyki zawodowej pozwala ustalać standard wykonywania zawodu w oparciu o normy mające charakter poza-

⁴⁹⁷ J. Bujny: *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 113.

⁴⁹⁸ Od notariusza wymaga się m.in. żeby wykrył fałszerstwo innego aktu notarialnego, np. pełnomocnictwa, zauważając uchybienia profesjonalne niewidoczne dla laika – jak np. nietypowy rozstaw liter na pieczęci z orłem, sprawdził księgę wieczystą, sformułował treść pełnomocnictwa tak, aby nie ucierpiały interesy mocodawcy, dopilnował istnienia podstawy prawnej na większość oświadczeń składanych przez strony, a przy ich braku uprzedził i pouczył zwłaszcza stronę przeciwną o możliwych skutkach prawnych.

⁴⁹⁹ Zob. wyrok SN z 8.X.1987 r., II CR 269/87, OSNC nr 4/1989 poz. 66, wyrok SN z 28. IX. 2000 r., V KKN 171/98, OSNKW nr 3–4/2001, poz. 31, wyrok SN z 5.IV. 2002 r., II CKN 1095/99, OSP nr 7–8/2003 poz. 96 z gl. R. Stefanickiego; postanowienie SN z 17. X. 2002 r., IV KKN 634/99, OSNKW nr 3–4/2003 poz. 33 – za: J. Bujny: *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, s. 112–113.

prawny. Lekarska etyka zawodowa jest tak stara jak sama profesja. W tym kontekście przywołuje się zwłaszcza przysięgę Hipokratesa. Niemniej od tamtego czasu podejście lekarza do pacjentów oraz pacjentów do lekarza zmieniło się dość poważnie, w szczególności pacjenci coraz bardziej domagają się poszanowania ich autonomii. W Polsce lekarze uchwalili swój własny Kodeks Etyki Lekarskiej na II Krajowym Zjeździe Lekarzy w grudniu 1991 r. (na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 33 ustawy o izbach lekarskich⁵⁰⁰. Wcześniej istniały dwa kolejne – z 1967 i 1977 r. – zbiory zasad etyczno-deontologicznych, uchwalane przez Polskie Towarzystwo Lekarskie bez upoważnienia ustawowego i obowiązujące jedynie mocą autorytetu⁵⁰¹). Jest to zatem akt stosunkowo nowy i można oczekiwać po nim rozwiązań nowoczesnych, w duchu poszanowania praw pacjenta. W ten sposób lekarze narzucili sami sobie zbiór kilkudziesięciu reguł postępowania w życiu zawodowym. Obowiązują one wszystkich lekarzy na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy o izbach lekarskich.

Kodeks Etyki Lekarskiej stanowi źródło wielu nieporozumień. Jego unormowania omawiane są w doktrynie niejednokrotnie jednym tchem z regulacjami prawnymi. Dla prawników różnica jest tak oczywista, że nie wydaje się potrzebne jej akcentowanie, jednak u osób niekształconych w prawie może to wywoływać błędne mniemanie, iż mają do czynienia z aktem prawnym tej samej rangi co przepisy prawa. W tym błędnym przeświadczeniu trwają zwłaszcza sami lekarze, o czym miałam okazję przekonać się podczas rozmaitych szkoleń dla nich. W szczególności wielu sądzi, że spisane tam zasady etyki obowiązują niezależnie i ponad normami ustawowymi. Gdy między jednymi a drugimi nie ma sprzeczności, nie istnieje też zagrożenie. Sprzeczności lub niejasności są jednak faktem i wówczas konieczne jest zareagowanie. W jednym przypadku zareagować musiał aż Trybunał Konstytucyjny⁵⁰². Celowe wydaje się zatem dokładniejsze prześledzenie pod tym kątem lekarskich zasad etycznych. W tym miejscu należy zwrócić uwagę przede wszystkim na następującą kwestię. Fundamentalnym celem Kodeksu Etyki Lekarskiej jest ochrona interesów pacjenta, zaś ochrona interesów lekarzy – tylko o ile nie stoi z tamtymi w sprzeczności: „Najwyższym nakazem etycznym lekarza jest dobro chorego (...) Mecha-

⁵⁰⁰ Ustawa z 17 maja 1989 o izbach lekarskich, Dz.U. Nr 30/1989, poz. 158 ze zm.

⁵⁰¹ L. Kubicki: *Prawo medyczne a etyka i deontologia lekarska*, Prawo medyczne red. L. Kubicki, Wrocław 2003, s. 10.

⁵⁰² Wyrok TK z 23 kwietnia 2008 r., sygn. SK 16/07, MP Nr 38 poz. 342.

zmy rynkowe, naciski społeczne i wymagania administracyjne nie zwalniają lekarza z przestrzegania tej zasady” (art. 2 ust. 2 KEL).

Zwięzłą charakterystykę zawodowego kodeksu etycznego w relacji do obowiązującego prawa podaje Jan Hartman: „Jest on mianowicie autorytatywną normą korporacyjną, dookreślającą zapisy ustawy. (...) Decydujące znaczenie zachowuje bowiem prawo powszechne. (...) Kodeks rzecz jasna nie może stać w sprzeczności z prawem powszechnym, jakkolwiek nie powinien też bez potrzeby powtarzać jego zapisów. Może za to nakładać na lekarza nieco większe obowiązki niż ustawa i może na nieco mniej niż ustawodawstwo mu pozwalać, nie mogą to wszelako być rozbieżności zbyt daleko idące. W przeciwnym razie Kodeks nie będzie cieszył się respektem w sądach powszechnych”⁵⁰³.

Autor wskazuje również postulaty etyczne wobec dobrego kodeksu deontologicznego: „Dobry kodeks nie może składać się z samych oczywistych ogólników czy być enumeracją trudnych przypadków z gotowymi rozwiązaniami. Nie powinien bowiem zwalniać lekarzy od odpowiedzialności za swe czyny, jeśli tylko zadbają oni o literalną zgodność swego postępowania z zapisami Kodeksu, ani też być deklaratywnym pustosłowiem. Nie należy formułować go w żargonie jakiegokolwiek systemu metafizycznego, religii czy ideologii. Powinien za to być zapisany możliwie neutralnym językiem, bez wnikania się w sporne kwestie filozoficzne”⁵⁰⁴.

Jeżeli Kodeks zawiera reguły obniżające ustawowy próg standardów wobec pacjenta – to na reguły owe lekarze nie mogą skutecznie powoływać się w żadnych okolicznościach. Nie po to ustanowiono standardy ustawowe, żeby przełamywać je następnie nienormatywnymi standardami etycznymi. Inaczej ustawodawca by do nich nie odsyłał, ponieważ w ten sposób zaprzeczyłby sam sobie.

Kodeks Etyki Lekarskiej został znowelizowany w 2003 r., mimo to zawiera niektóre zasady zupełnie nieprzystające do współczesnych problemów etycznych medycyny.

Przepisy KEL niespójne z obowiązującym stanem prawnym. Poniżej zostaną wymienione lekarskie normy etyczne w tej części, w której rozmiągają się z obowiązującymi regulacjami prawnymi.

⁵⁰³ J. Hartman: *Uwagi o Kodeksie Etyki Lekarskiej*, Bioetyka w zawodzie lekarza red. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010, s. 134.

⁵⁰⁴ Ibidem, s. 135.

1. „Dla wypełnienia swoich zadań lekarz powinien zachować swobodę działań zawodowych, zgodnie ze swoim sumieniem i współczesną wiedzą medyczną”. (Art. 4 KEL) Lekarska klauzula sumienia obwarowana jest rygorami ustawowymi określonymi w art. 39 ustawy. (które zostaną omówione w dalszej części tego rozdziału). Tymczasem zestawienie swobody działań zawodowych oraz zgody z własnym sumieniem sugerują, iż żadnych ograniczeń w tej sprawie lekarz doznawać nie może.
2. „Izba lekarska jest obowiązana do czuwania nad przestrzeganiem zasad etyki i deontologii lekarskiej oraz zachowaniem godności zawodu przez wszystkich członków samorządu lekarskiego a także do starań, aby przepisy prawa nie naruszały zasad etyki lekarskiej”. (Art. 5 KEL) Warstwa stylistyczna przepisu wzbudza błędne mniemanie, jakoby lekarskie normy etyczne znaczyły więcej od przepisów prawa. W języku prawniczym taką stylistykę stosuje się pisząc o relacjach między ustawami zwykłymi a Konstytucją lub innymi aktami prawnymi wobec aktów hierarchicznie wyższego rzędu.
3. „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”. (Art. 6 KEL) Zdanie pierwsze stoi w sprzeczności z ustawową regulacją rozeznanej zgody pacjenta: każde świadczenie medyczne wymaga zgody, a obowiązek informacyjny obejmuje wszystkie metody alternatywne. Zatem lekarz, co było już wielokrotnie akcentowane, nie ma swobody wyboru co do najskuteczniejszej metody postępowania. Może ją tylko przedstawić pacjentowi z odpowiadającym prawdzie komentarzem odnośnie do potwierdzonej skuteczności, a działanie podjąć dopiero po uzyskaniu zgody.
4. „Postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze wymaga zgody pacjenta. Jeżeli pacjent nie jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody, powinien ją wyrazić jego przedstawiciel ustawowy lub **osoba faktycznie opiekująca się pacjentem**”. (Art. 15 ust. 1 KEL) Zgodnie z lekarską ustawą zawodową opiekun faktyczny może udzielić jedynie zgody na badanie (art. 32 ust. 3).
5. „Wszczęcie postępowania diagnostycznego, leczniczego i zapobiegawczego bez zgody pacjenta może być dopuszczone tylko wyjątkowo w szczególnych przypadkach zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób”. (Art. 15 ust. 3 KEL) Przepis w żaden sposób nie odnosi się do stanu niekompetencji u pacjenta. W rezultacie stwarza mylne przeko-

nanie, że *in extremis* zgoda pacjenta w ogóle nie jest wymagana. Nie da się stwierdzić, czy zapis odnosi się tylko do pacjentów bez kontaktu logicznego, czy także do pacjentów sprzeciwiających się leczeniu⁵⁰⁵. Jan Hartman definiuje go jako zapis „unikowy”, albowiem unika zmierzenia się z prawdziwym problemem. W dodatku niejasno sugeruje, że w razie zagrożenia innych osób niż pacjent, przymus na jego osobie jest dopuszczalny⁵⁰⁶.

6. „W przypadku chorego nieprzytomnego lekarz może udzielić dla dobra chorego, niezbędnych informacji osobie, co do której jest przekonany, że działa ona w interesie chorego”. (Art. 16 ust. 2 KEL) Przepis ten zmienia kryterium wyboru osób, którym lekarz może udzielić informacji w stosunku do art. 31 ust. 6 uzawlek., gdzie mowa jest o **osobie bliskiej**.
7. „W razie niepomyślnej dla chorego prognozy, lekarz powinien poinformować o niej chorego z taktem i ostrożnością. Wiadomość o rozpoznaniu i złym rokowaniu może nie zostać choremu przekazana tylko w przypadku, jeśli lekarz jest głęboko przekonany, iż jej ujawnienie spowoduje bardzo poważne cierpienie chorego lub inne niekorzystne dla zdrowia następstwa; jednak na wyraźne żądanie pacjenta lekarz powinien udzielić pełnej informacji”. (Art. 17 KEL) Jest to odpowiednik przywileju terapeutycznego unormowanego w art. 31 ust. 4 uzawlek. Unormowanie etyczne różni się w sposób istotny od regulacji ustawowej, o czym będzie mowa w dalszej części rozdziału, poświęconej przywilejowi terapeutycznemu.
8. „Lekarz powinien zachować szczególną ostrożność w formułowaniu opinii o działalności zawodowej innego lekarza, w szczególności nie powinien publicznie dyskredytować go w jakikolwiek sposób”. (Art. 52 ust. 2 KEL) Z punktu widzenia interesów pacjenta jest to rozwiązanie co najmniej wątpliwe. Przepis ten został uznany za niezgodny z Konstytucją (z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 17 ust. 1) **„w zakresie, w jakim zakazuje zgodnych z prawdą i uzasadnionych ochroną interesu publicznego wypowiedzi publicznych na temat działalności zawodowej innego lekarza”**⁵⁰⁷ [podkr. M.B.]. Sprawę, którą ostatecznie rozstrzygnął Trybunał, rozpatrywały najpierw w dwóch instancjach sądy lekarskie. Postawiła ona w nader niekorzystnym świetle zarówno stosunki wewnątrz kliniki uniwersyteckiej, jak orzekanie przez

⁵⁰⁵ Ibidem, s. 136.

⁵⁰⁶ Ibidem.

⁵⁰⁷ Wyrok TK z 23 kwietnia 2008 r., sygn. SK 16/07, MP Nr 38 poz. 342.

sądy lekarskie. Skarżąca, będąca adiunktem w Katedrze i Klinice Chorób Zakaźnych Wieku Dziecięcego Akademii Medycznej we Wrocławiu, podjęła polemikę z kierownikiem tej katedry. Tematem była zasadność punkcji łądźwiowych przeprowadzanych na dzieciach po przebytych poswinkowym zapaleniu opon mózgowych. Niezależnie od poinformowania o sprawie organu samorządu lekarskiego, skarżąca wyraziła swój protest przeciwko przeprowadzaniu tych zabiegów także na łamach prasy. Sąd Okręgowy Dolnośląskiej Izby Lekarskiej wymierzył jej za to karę nagany (uważaną w praktyce działania sądów lekarskich za dość surową), zaś naczelny Sąd Lekarski utrzymał wyrok w mocy, zmieniając tylko karę na upomnienie. Sądy lekarskie obu instancji oparły swoje rozstrzygnięcie na stwierdzeniu, że art. 52 ust. 2 KEL **sankcjonuje sam fakt publicznej wypowiedzi dyskredytującej innego lekarza, niezależnie od jej ewentualnej prawdziwości**. Trybunał Konstytucyjny uznał się w sprawie właściwym ze względu na fakt, iż powołany przepis KEL ma w ocenie Trybunału charakter normatywny (w powiązaniu z art. 15 ust. 1 i art. 41 ustawy o izbach lekarskich. Co do meritum – została przede wszystkim wskazana różnica znaczeniowa między dyskredytacją a krytyką: „sankcjonowane zachowanie, tj. publiczne dyskredytowanie innego lekarza – obejmuje wyłącznie krytykę wygłoszoną publicznie i nieprawdziwą, bądź też prawdziwą, ale nieadekwatną co do formy lub treści w stosunku do krytykowanego postępowania innego lekarza oraz niepowiązaną z ochroną interesu publicznego. Z punktu widzenia praw skarżącej oraz innych osób znajdujących się w podobnej sytuacji, najistotniejsze znaczenie ma jednak ma jednak sposób interpretacji art. 52 ust. 2 KEL, przyjęty w orzecnictwie sądów lekarskich. (...) Przez „publiczne dyskredytowanie” sądy lekarskie rozumieją bowiem każdą publiczną krytykę, nie badając powodów (motywów) jej wygłoszenia, ani też – co w sprawie wydaje się zasadnicze – prawdziwości stawianych zarzutów” (s. 14). Dalej Trybunał odniósł się do ograniczenia przez skarżony przepis wolności słowa i swobody wypowiedzi. Zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. „Wystarczającym powodem uzasadniającym tę szczególną regulację [art. 52 ust. 2 KEL] nie może być ochrona godności i dobrego imie-

nia innego (krytykowanego) lekarza. Rudymenarna dla współczesnych systemów prawnych zasada równości (art. 32 Konstytucji) nie uzasadnia konieczności zapewnienia tego typu szczególnej ochrony, wykraczającej poza regulacje przewidziane przez prawo pozytywne (...) właśnie lekarzom i to wyłącznie w stosunkach profesjonalnych (wobec innych lekarzy). (...) Jako relewantne uzasadnienie ograniczenia prawa do krytyki wyprowadzanego z art. 52 ust. 2 KEL nasuwa się konieczność ochrony zdrowia publicznego, ujmowanego w powiązaniu z przesłanką porządku publicznego. Koniecznym elementem prawidłowego funkcjonowania służby zdrowia (...) jest (...) zaufanie pacjenta do lekarza, jego kompetencji i stosowanych metod diagnostyki leczenia. W konsekwencji należy zaaprobować argumentację odwołującą się do celowości ochrony dobra publicznego związanego ze społecznym wizerunkiem służby zdrowia i jej pracowników. (...) Nie można jednak utożsamiać krytyki i zaufania do konkretnego lekarza z krytyką i zaufaniem do zawodu jako całości. (...) Zaufanie do konkretnego lekarza musi mieć swoje obiektywne podstawy, a wobec ich naruszenia nie można stosować techniki przemilczenia. Czynnikiem, który ma pogodzić wskazane wartości, ma być m.in. procedura informowania o błędach i naruszeniach deontologii zawodu, wskazana w art. 52 ust. 3 KEL. Jednak jeżeli środki wskazane w tym przepisie okażą się nieskuteczne, zachowanie polegające na upublicznieniu posiadanych wiarygodnych informacji, ukierunkowane na ochronę interesu publicznego, nie powinno być powodem ukarania na podstawie art. 52 ust. 2 KEL. Dlatego też wykładnię zakwestionowanego postanowienia, przyjętą w praktyce orzecniczej sądów lekarskich, wedle której sąd orzekający w sprawie deliktu zawodowego na podstawie art. 52 ust. 2 KEL nie bada prawdziwości twierdzeń obwinionego oraz celu, w jakim upublicznił on informacje o wadliwym postępowaniu innego lekarza, należy uznać za niezgodną z wymaganiem „konieczności” ograniczenia, o którym mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji” (s. 18–20).

Trybunał uporządkował w ten sposób kwestie, które w praktyce orzekania sądów lekarskich były rozstrzygane różnie. W każdym razie nie każdy sąd okręgowy orzekał tak restryktywnie jak dolnośląski⁵⁰⁸.

Dla porównania: bardzo krótki, bo zaledwie siedmiopunktowy zbiór zasad Amerykańskiego Stowarzyszenia Lekarzy stanowi wśród nich regułę nastę-

⁵⁰⁸ Zob. (na gruncie poprzedniej regulacji KEL) M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*.

pującą: „Lekarz powinien zachowywać się uczciwie wobec pacjentów oraz swoich kolegów i otwarcie ujawniać każdą niekompetencję czy defekt charakteru oraz denuncjować tych, którzy dopuścili się oszustwa lub wprowadzili kogoś w błąd”⁵⁰⁹. Takie ujęcie uczciwości zawodowej w znacznie większym stopniu ma na względzie „dobro pacjenta jako najwyższe prawo”.

Rozwinięcie standardów wykonywania zawodu w KEL

- 1 „Lekarz powinien przeprowadzać wszelkie postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze z należytą starannością, poświęcając im niezbędny czas” (art. 8 KEL). Przepis uzupełnia lekaarskie standardy zawodowe o dodatkowe kryterium, którego niedotrzymanie byłoby i tak równoznaczne z niedołożeniem należytej staranności, polegającym na niepoświęceniu niezbędnego czasu. Umieszczenie go w kodeksie etycznym eksponuje w ten sposób obowiązek cierpliwości i troski.
2. „Lekarz może podejmować leczenie jedynie po uprzednim zbadaniu pacjenta. Wyjątki stanowią sytuacje, gdy porada lekarska może być udzielona wyłącznie na odległość” (art. 9). Stanowi to rozsądne uzupełnienie art. 42 uzawlek., przewidującego obowiązek osobistego zbadania pacjenta w celu orzekania o jego stanie zdrowia. Przykładowo może pojawić się powinność skonsultowania pacjenta na odległość – np. interpretacja badania obrazowego przesłanego pocztą elektroniczną. Jest to szczególnie potrzebne w okresach, gdy szpital (bądź inna placówka medyczna) funkcjonuje z ograniczoną liczbą personelu: nocą czy w święta. Nie trzeba wtedy przesuwac wykonania badań z powołaniem się na brak personelu zdolnego właściwie odczytać wyniki. W stanach nagłych jeżeli z tej przyczyny konsultacja zostanie poniechana lub opóźniona – może zostać uznana za tzw. winę organizacyjną. Wydaje się, iż również wystawienie skierowania do szpitala na podstawie rozmowy telefonicznej, gdy lekarz znajduje się w przychodni i nie może odwiedzić pacjenta w domu, mieści się w tych granicach, zwłaszcza gdy

⁵⁰⁹ . Za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady...*, s. 421. Oryginalne brzmienie: *A physician shall deal honestly with patients and colleagues, and strive to expose those physicians deficient in character or competence, or who engage in fraud or deception.* (za stroną internetową AMA).

pacjent jest lekarzowi znany i został uprzednio zdiagnozowany przez innego lekarza⁵¹⁰.

3. Art. 10 KEL stanowi:

„1. Lekarz nie powinien wykroczać poza swoje umiejętności zawodowe przy wykonywaniu czynności diagnostycznych, zapobiegawczych, leczniczych i orzecznich.

2. Jeżeli zakres tych czynności przewyższa umiejętności lekarza, wówczas winien się zwrócić do bardziej kompetentnego kolegi. Nie dotyczy to nagłych wypadków i ciężkich zachorowań, gdy zwłoka może zagrażać zdrowiu lub życiu chorego”.

W ten sposób niektóre zasady ostrożności zostały jednocześnie podniesione do rangi reguł etycznych.

4. „Lekarz winien zabiegać o wykonywanie swego zawodu w warunkach, które zapewniają odpowiednią jakość opieki nad pacjentem” (art. 11 KEL). Dbłość o należyte sprzętowe i organizacyjne warunki wykonywania zawodu należy do katalogu lekarskich zasad ostrożności. Zasada etyczna uległa jednak wzmocnieniu przez obowiązek aktywnego „zabiegania”.
5. „Relacje między pacjentem, a lekarzem powinny opierać się na ich wzajemnym zaufaniu; dlatego pacjent powinien mieć prawo do wyboru lekarza” (art. 12 ust. 2 KEL). Ze względu na rodzaj aktu zawierającego tę normę, jej adresatem może być tylko środowisko lekarskie. Jego konsekwencją jest przyjęcie odpowiedniej organizacji wewnętrznej w placówce medycznej. W chwili obecnej prawo takie przysługuje w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego (art. 28 ustawy z 27.VIII.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁵¹¹).
6. „Informacja udzielona pacjentowi powinna być sformułowana w sposób dla niego zrozumiały” (art. 13 ust. 2 KEL). Norma etyczna wypełnia tutaj wytworzoną lukę prawną po uchyleniu ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, przewidującej obowiązek udzielenia pacjentowi odpowiedniej informacji zgodny z subiektywistycznym modelem informowania pacjenta.
7. „W przypadku osoby niepełnoletniej, lekarz powinien starać się uzyskać także jej zgodę, o ile jest ona zdolna do świadomego wyrażenia tej zgody” (art. 15 ust. 2 KEL). Byłoby wielce pożądane, aby ta norma znalazła się w ustawie, jest bowiem zbieżna w obecnej w cywilizowanym świecie

⁵¹⁰ Odwołuję się tutaj do omówionego wcześniej przypadku pacjentki z rozpoznaną różą, której lekarz pogotowia nie wystawił skierowania do szpitala.

⁵¹¹ Dz.U. Nr 210/2004 poz. 2135 ze zm.

tendencją do szanowania, o ile to możliwe, autonomicznych wyborów dokonywanych przez osoby małoletnie. W naszym ustawodawstwie istnieje tylko prawo małoletniego do bycia wysłuchanym, co w praktyce daje bardzo niewiele.

8. „W przypadku popełnienia przez lekarza poważnej pomyłki lub wystąpienia nieprzewidzianych powikłań w trakcie leczenia, lekarz powinien poinformować o tym chorego oraz podjąć działania dla naprawy ich następstw” (art. 21 KEL). Jest to norma ze wszech miar słuszna i stanowiąca rozwinięcie prawa pacjenta do informacji w sposób, który tylko pośrednio i nie bezdyskusyjnie dałoby się wyinterpretować z przepisów prawa. Złamanie owej powinności pociąga za sobą odpowiedzialność przed sądem lekarskim. Nie zmienia to faktu, że takie zachowanie może zostać zakwalifikowane jako zawinione zwiększenie szkody pacjenta. Wiadomo, że lekarze niechętnie przyznają się do błędów i powszechnie spotykane są przypadki zatajania przed pacjentami popełnionych uchybień. Niezależnie od wpływu, jaki wywiera to na rozmiar szkody doznanej przez pacjenta, stanowi jak widać uchybienie etyce zawodowej.

Odrębną kwestię stanowi art. 39 KEL., o którym trudno powiedzieć, by rozwijał standardy lekarskie: „Podejmując działania u kobiety w ciąży lekarz równocześnie odpowiada za zdrowie i życie jej dziecka. Dlatego obowiązkiem lekarza są starania o zachowanie zdrowia i życia dziecka również przed jego urodzeniem”. Jest to norma etyczna, która wydaje się stawiać na równi dobro kobiety w ciąży z dobrem płodu. Zamiast choćby próby rozstrzygnięcia mogącego się pojawić konfliktu dóbr, mamy tutaj znak równości. Jeżeli w konkretnym przypadku dóbr owych nie da się uszanować na równi, wówczas art. 39 może być wykorzystywany jako usprawiedliwienie dla bezczynności w takim niesieniu pomocy matce, która zaszkodziłaby nienarodzonemu. Chodzi tutaj np. o podanie leków uszkadzających płód lub powodujących poronienie, które jednak są potrzebne dla ratowania zdrowia lub życia kobiety. Łatwiej bowiem pozostać bezczynnym czy zastosować mniej efektywne leczenie zachowawcze w złudnym przeświadczeniu, że „może do niczego złego nie dojdzie”, „problem rozejdzie się po kościach” względnie „samo przejdzie”, niż podjąć aktywne działanie ratujące kobietę, ale szkodliwe dla płodu. Jako przykład można podać zastosowanie słabo działającej ampiciliny zamiast silniejszego

antybiotyku lub poniechanie operowania przepukliny pachwinowej⁵¹². W sytuacji konfliktu dóbr ów znak równości może okazać się zatem w praktyce wyrokiem śmierci na pacjentkę (oraz co za tym zazwyczaj idzie – na płód). Według Jana Hartmana zapis ten należy rozumieć jako zakamuflowany zakaz przerwania ciąży, a to oznacza sprzeczność zobowiązującym prawem⁵¹³.

Kodeks Etyki Lekarskiej stanowi zatem osobliwy konglomerat nowoczesnego stosunku do pacjenta z konserwatywną ochroną własnego wizerunku lekarzy, przy starannym unikaniu najpoważniejszych problemów etycznych. Zawiera w szczególności (zbieżne z obowiązującym prawem) zakaz stosowania eutanazji oraz udzielania choremu pomocy w popełnieniu samobójstwa (art. 31), zgodny z Konwencją Biomedyczną z Oviedo zakaz uczestniczenia w procedurach klonowania ludzi (art. 39a) oraz zakaz uczestnictwa w czynnościach mających na celu wywoływanie dziedzicznych zmian genetycznych u człowieka (art 51h). Problem uporczywej terapii i reanimacji ujmuje jedynie w odniesieniu do stanów terminalnych, posługuje się również w tym kontekście anachronicznym pojęciem „środków nadzwyczajnych”. Z art. 32 KEL wynika, że lekarz nie ma obowiązku podejmowania ani prowadzenia takich działań względem pacjentów w stanach terminalnych. Nie ma natomiast najmniejszych wskazówek co do pacjentów w trwałym stanie wegetatywnym (PVS).

Istnienie KEL nie oznacza wszakże, iż jest on jedynym i wyczerpującym źródłem norm etyki lekarskiej. Stosownie do art. 76 KEL „W wypadkach nie przewidzianych w Kodeksie Etyki Lekarskiej należy kierować się zasadami wyrażonymi w uchwałach władz samorządu lekarskiego, w orzecznictwie sądów lekarskich oraz dobrymi obyczajami przyjętymi przez środowisko lekarskie”. Uchwycenie nieskodyfikowanych zasad etyki lekarskiej może być zatem trudne nie tylko dla pacjentów, ale również dla samych lekarzy.

Standardy prawne

Lekarski obowiązek udzielenia pomocy

⁵¹² Chodzi o sytuację, gdy przepuklina wprawdzie nie jest zapętlona (bo to oznaczałoby bezpośrednie zagrożenie dla życia tak kobiety jak płodu), ale z powodu powiększającego się brzucha zaznacza się coraz wyraźniej i może zapętlić w każdej chwili. Wówczas bowiem trzeba operować natychmiast i można nie zdążyć (zapętlenie przepukliny pociąga za sobą niedrożność jelita).

⁵¹³ J. Hartman: *Uwagi o Kodeksie Etyki Lekarskiej* s. 137.

W powszechnym odbiorze do powinności lekarza należy udzielanie pomocy medycznej każdemu potrzebującemu, bez względu na porę dnia czy nocy bądź inne ewentualne utrudnienia. Jednakże zarówno ustawodawstwo jak i lekarskie normy etyczne przewidują wyjątki od obowiązku leczenia. Zaznaczają się tutaj dwa obszary kontrowersji: 1) w jakich sytuacjach lekarz nie musi leczyć pacjenta, mimo iż pacjent deklaruje potrzebę oraz – 2) czy i kiedy lekarzowi wolno pacjenta leczyć pomimo braku z jego strony takiej deklaracji.

1. Stosownie do art. 30 uzawlek. lekarz „ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach nie cierpiących zwłoki”. Określenie „przypadek nie cierpiący zwłoki” należy odczytywać dosłownie. Jest to więc przypadek taki, przy którym opóźnienie w udzieleniu pomocy grozi pacjentowi zgonem albo powstaniem lub zwiększeniem się uszczerbku na zdrowiu. Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej w sytuacjach nagłych ma charakter bezwzględny i rygorystyczny; nie ograniczają go instytucje powołane do udzielania pomocy.

Jednocześnie KEL wymaga, aby w wypadkach niecierpiących zwłoki żadne, nawet najbardziej szczególne okoliczności, nie uchylały obowiązku. Gdy nagle zadzwoni telefon z wezwaniem do wypadku, a lekarz z przyczyn natury faktycznej (np. własna choroba lub małe dziecko, którego nie ma z kim zostawić) nie może ani przeprowadzić zabiegu, ani nawet usiąść za kierownicą – będzie mógł jedynie powołać się, jak każdy, na niemożliwość spełnienia obowiązku. Jako wyjątek został ustanowiony art. 69 KEL: „Lekarz nie może odmówić pomocy lekarskiej w przypadkach nie cierpiących zwłoki, jeśli pacjent nie ma możliwości uzyskania jej ze strony instytucji powołanych do udzielania pomocy”. Jak słusznie wytknął Leszek Kubicki, podstawową wadą tego przepisu jest brak wskazania, w jakich sytuacjach aktualizuje się pozytywny obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej, skoro operuje się tutaj negatywną formą jego określenia⁵¹⁴. Ponadto, przy odniesieniu do aktualnego ustawodawstwa, wyjątek ten jest ni mniej ni więcej, tylko *contra legem*. Mamy tutaj do czynienia z rozmijaniem się regulacji etycznej z ustawową. L. Kubicki wyjaśnia, iż art. 69 KEL miał być w założeniu zbieżny z art. 12 dawnej ustawy lekarskiej z 1950 r., która zwalniała lekarza z obowiązku, gdy

⁵¹⁴ L. Kubicki: *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, Prawo i Medycyna 2003, nr 13, s. 9.

było „w danym przypadku praktycznie możliwe niezwłoczne uzyskanie pomocy lekarskiej, udzielanej przez stację pogotowia ratunkowego, bądź inną instytucję przeznaczoną do udzielania pomocy lekarskiej w przypadkach niecierpiących zwłoki”. Utracił jednak znaczenie normatywne wobec nowej ustawy, która zawiera regulację szerszą i bardziej szczegółową⁵¹⁵. Jego obecność w Kodeksie Etyki Lekarskiej może jednak stanowić źródło kolejnego nieporozumienia, powinien zatem zostać uchylony.

Obowiązek, o którym mowa, ma jedynie charakter potencjalny w tym sensie, że od lekarza nie wymaga się aktywnego poszukiwania poszkodowanych; ulega aktualizacji tylko wówczas, gdy lekarz zetknie się z potrzebującym. Zakłada to jakąś więź przestrzenną lub sytuacyjną: obecność lekarza na miejscu bądź możliwość przybycia z rozsądnej odległości.

Powinność lekarska z art. 30 uzawlek. ma charakter bezwzględny: lekarzowi nie wolno uchylić się od niej ani na podstawie art. 38, ani żadnej innej, w szczególności art. 39 – który znany jest jako klauzula sumienia. W porównaniu z poprzednimi regulacjami prawnymi oraz art. 69 KEL, jest to ujęcie bardzo rygorystyczne. Należy zgodzić się z L. Kubickim, że poprzednia ustawa lekarska zawierała sformułowania dużo bardziej wyraziste i konkretne. Jednakże i ona nie rozwiązywała kwestii praktycznej niemożności ani problemu ryzyka zawodowego oraz sytuacyjnego. Literalnie rzecz biorąc, na gruncie ustawy obecnej nie została podana żadna okoliczność, która by ów obowiązek wyłączała⁵¹⁶. Wskazanie wyjątków od owej bezwzględnej reguły wymaga intensywnych zabiegów interpretacyjnych i nie gwarantuje pewnej sytuacji prawnej. Słusznie jednak wywodzi L. Kubicki, iż podstawową przesłanką uchylającą obowiązek pomocy *in extremis* jest brak zdolności lekarza do działania, jako że niemożliwe nie może być przedmiotem obowiązku ani dla lekarza, ani dla nikogo innego⁵¹⁷. Przyczynę może stanowić choroba lub określony stan psychofizyczny – np. przemęczenie po trzech dobach nieprzerwanego dyżuru, a nawet przepicie „poza służbą” (nie można bowiem od lekarza wymagać, żeby przez całe życie trwał w trzeźwości celem sprostania nieprzewidzianym zadaniom). Drugą okoliczność zwalniającą stanowi, zdaniem Autora, udzielanie już pomocy innej osobie – to też jest zresztą kategoria niemożliwości: nikt przecież się nie rozdzieli, nie można też sensownie żądać, aby lekarz porzucił jednego pacjenta dla drugiego, skoro jest w trakcie

⁵¹⁵ Ibidem.

⁵¹⁶ L. Kubicki: Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej, s. 6.

⁵¹⁷ Ibidem.

zajmowania się tym pierwszym. Ponadto wykładnia systemowa przemawia za wyłączeniem obowiązku pomocy z powodu ryzyka sytuacyjnego: gdy trzeba by dać na to wejść w płomienie lub przedzierać się przez fale powodzi. Obowiązek wynikający z art. 30 uzawlek. dotyczy wyłącznie pomocy „lekarskiej”. Lekarz ma zaś obowiązek niemedycznego ratowania ofiar różnego rodzaju wypadków tak samo jak każda inna osoba – czyli na podstawie art. 162 § 1 k.k.: a więc tylko bez narażenia siebie samego na poważne niebezpieczeństwo. Jeżeli niemedyczne niebezpieczeństwo sytuacyjne stanowi przeszkodę w udzieleniu pomocy lekarskiej, lekarz nie ma obowiązku przezwycięzania go z narażeniem siebie. Wolno mu czekać, aż strażacy opanują pożar czy inne powołane specjalnie służby „oczyszczą przedpole”. Do stricte lekarskich obowiązków nie zalicza się pokonywanie rozszalałych żywiołów, nawet jeżeli bez tego nie dałoby się dotrzeć do pacjenta.

Do okoliczności zwalniających nie należy natomiast ryzyko związane z wykonywanym zawodem – np. zarażenia się od pacjenta⁵¹⁸. Według Władysława Woltera lekarz należy do osób, które z racji pełnionych funkcji są powołane do udzielania pomocy w niebezpieczeństwie. Niebezpieczeństwo, przed którym lekarzowi nie wolno się cofnąć, stanowią zaraźliwe choroby lub inne zakażenia. Dobro, które lekarz ma obowiązek chronić, powinno być dlań dobrem wyższej wartości niż własne życie, ciało i zdrowie⁵¹⁹. Można jednak dyskutować co do udzielania pomocy lekarskiej na polu walki; jest ona niewątpliwie wpisana w status zawodowy lekarza wojskowego, ale już niekoniecznie – lekarza będącego cywilem.

W każdym razie katalog okoliczności zwalniających z obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej nie jest bezdyskusyjny i skoro ustawodawca zamilczał – właściwym miejscem rozstrzygnięcia owych kwestii powinien stać się Kodeks Etyki Lekarskiej. Jeżeliby standard etyczny zawierał katalog okoliczności proponowanych przez L. Kubickiego, nie dałoby się moim zdaniem zarzucić kodeksowi etycznemu sprzeczności z prawem pozytywnym. Jeszcze lepiej – by odpowiedni zestaw został wpisany do ustawy lekarskiej.

Z punktu widzenia prawa karnego lekarski obowiązek udzielenia pomocy uważany jest za szczególny obowiązek gwarancyjny: na jego treść składa się zapobieżenie skutkom określonego rodzaju. Kodeks karny w art. 2 ustanawia następującą zasadę: „Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutko-

⁵¹⁸ s. 9.

⁵¹⁹ W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1971, s. 183, za: L. Kubicki: *Obowiązek udzielenia pomocy...*, s. 10.

we popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”. W takich samych okolicznościach obiektywnych lekarz będzie odpowiadać karnie za skutki wynikłe z nieudzielenia pomocy (potencjalnie – nawet za zabójstwo; przestępstwo umyślne z art. 148 k.k.; lub też za nieumyślnie zawinione spowodowanie śmierci – przestępstwo z art. 155 k.k.). Tymczasem osoba niebędąca lekarzem odpowie najwyżej za samo w sobie nieudzielenie pomocy (innego rodzaju przestępstwo – z art. 162 § 1 k.k.). Wobec tego za obiektywnie takie samo zaniechanie obaj sprawcy odpowiadają na podstawie różnych przepisów ustawy karnej. Niewykonanie przez lekarza obowiązku z art. 30 uzawlek. (przy spełnieniu pewnych dodatkowych warunków) pociągać może za sobą odpowiedzialność za bardzo ciężkie przestępstwo, zagrożone surową karą. Lekarz jest gwarantem w rozumieniu art. 2 k.k., mimo iż kodeks karny nie zawiera ustawowej definicji pojęcia „prawnego, szczególnego obowiązku zapobieżenia skutkowi”. W tej sprawie zgadzam się z L. Kubickim, który zwraca uwagę, iż w uzasadnieniu do kodeksu podano, że ów obowiązek ma „wynikać bądź wprost z normy prawnej, bądź z aktu mającego znaczenie prawne (umowy, nominacje). Obowiązek ten musi mieć też charakter szczególny, tzn. musi być adresowany do oznaczonej bliżej grupy osób. Przestępne niezapobiegnięcie skutkowi będzie dlatego zawsze przestępstwem indywidualnym”⁵²⁰. Autor słusznie wywodzi, że motywy ustawodawcy mogą być potraktowane jako niebagatelna dyrektywa interpretacyjna, zwłaszcza gdy chodzi o wyrażenia niedookreślone w samej ustawie. Nawet gdyby jednak uzasadnienie kodeksu nic w tej sprawie nie wyjaśniało, wykładnia pojęcia *prawnego, szczególnego obowiązku* powinna iść w tym właśnie kierunku. Można by tylko dyskutować, jak wykladać epitet „prawny”. Projekt kodeksu karnego z 1993 r. przewidywał, by obowiązek taki wynikał „zwłaszcza z przepisu prawa lub przyjęcia na siebie odpowiedniego zobowiązania”⁵²¹. Byłoby to rozwiązanie zorientowane cywilistycznie, stosowane przez kodeks cywilny np. w art. 427 w odniesieniu do osób zobowiązanych do nadzoru nad osobami indolentnymi w stopniu czyniącym je ustawowo niezdolnymi do zawinienia i statuującym odpowie-

⁵²⁰ *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniem*, Warszawa 1997, s. 119, za: L. Kubicki: *Obowiązek udzielenia pomocy...*, s. 15 przyp. 15.

⁵²¹ za: L. Kubicki, j.w.

działność odszkodowawczą nadzorców na zasadzie winy w nadzorze⁵²². Gdy chodzi o lekarzy, art. 30 uzawlek. przewiduje ów szczególny obowiązek, adresowany do wyraźnie oznaczonej grupy osób o ustawowo określonym statusie prawnym, co więcej – obowiązek ten wynika z przepisu prawa. Jest on skonkretyzowany przez przypadki niecierpiące zwłoki i przez podanie rodzajów skutków, jakimi groziłoby zaniechanie (utrata życia lub ciężki uszczerbek na zdrowiu). Jest to zatem „obowiązek działania medycznego bez zwłoki, która powodowałaby powstanie niebezpieczeństwa określonego skutku”⁵²³. Inni przedstawiciele doktryny, w szczególności Eleonora Zielińska, reprezentują jednak stanowisko, iż obowiązek, o którym mowa, powinien zostać przez gwaranta przyjęty dobrowolnie, do czego nie wystarcza samo prawo wykonywania zawodu, czy złożenie przysięgi lekarskiej⁵²⁴. Jednakże kategoryczne brzmienie art. 30 uzawlek. wydaje się równie kategoryczne w odniesieniu do adresatów, czyli do lekarzy w rozumieniu ustawy. Źródło szczególnego obowiązku co do zapobieżenia skutkowi w art. 2 k.k. nie zostało zaś sprecyzowane, wolno więc moim zdaniem pojmować je szeroko: jako zarówno umowy (dobrowolnie, na zasadzie autonomii woli) jak, i może nawet tym bardziej, ustawy (a więc z racji samego faktu wykonywania zawodu). Sankcji za naruszenie obowiązku należy jednak, zdaniem L. Kubickiego, upatrywać w art. 162 k.k., jako że ustawa lekarska w tej sprawie milczy⁵²⁵. Kategoryczność sformułowań art. 30 uzawlek. pociąga za sobą konieczność nadania specjalnego znaczenia wykładni co do okoliczności usprawiedliwiających niedopełnienie obowiązku.

Obowiązek pomocy lekarskiej w stanach nagłych a brak zgody pacjenta

Pomoc udzielana w warunkach z art. 30 uzawlek. jest oceniana według tych samych reguł prawnych, co inne działania lekarza. Bezwzględny obowiązek leczenia w stanach nagłych może więc być wykonywany tylko za zgodą

⁵²² „Kto z mocy ustawy lub umowy jest zobowiązany do nadzoru nad osobą, której z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego winy poczytać nie można, ten obowiązany jest do naprawienia szkody wyrządzonej przez tę osobę, chyba że uczynił zadość obowiązkowi nadzoru albo że szkoda byłaby powstała także przy starannym wykonywaniu nadzoru. Przepis ten stosuje się również do osób wykonujących bez obowiązku ustawowego ani umownego stałą pieczę nad osobą, której z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego winy poczytać nie można”.

⁵²³ L. Kubicki, ibidem, s. 16. Odmienne – M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, s. 354.

⁵²⁴ Zob. E. Zielińska: *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 354–355 oraz literatura powołana w przyp. 632.

⁵²⁵ L. Kubicki: *Obowiązek udzielenia pomocy...*, s. 17.

pacjenta i w jej granicach – podobnie jak każda czynność zawodowa lekarza. Brak zgody ze strony kompetentnego pacjenta nakłada obowiązek przeciwny: powstrzymania się od leczenia. W takich okolicznościach lekarz nie ponosi odpowiedzialności za nieudzielenie pomocy. Reguła ta uważana jest za oczywistą i bezdyskusyjną⁵²⁶. A zatem ów obowiązek nie może naruszać autonomii pacjenta, natomiast brak zgody pacjenta – uchyla obowiązek. Była już mowa o tym, że nałożenie na kogoś obowiązku nie nadaje mu w ten sposób prawa do działania. W okolicznościach braku zgody pacjenta lekarzowi nie wolno działać, chyba że pacjent jest w stanie niekompetencji: niezdolny do wyrażenia zgody. Jeżeli niezdolność pojawiła się nie od razu, istotne jest również, czy wcześniej nie zdążył zaprotestować. Słyszałam kilkakrotnie od samych lekarzy, że „sposobem” na protestującego pacjenta jest przeczekać, aż straci przytomność⁵²⁷.

Możliwa jest też sytuacja, gdy pacjent odmawia zgody tylko na określoną metodę leczenia – np. na amputację. Wówczas lekarzowi wolno zaproponować metodę inną, nawet o niższej skuteczności, o ile tylko jest akceptowana zgodnie z aktualnym stanem wiedzy. Gdy innej takiej metody nie ma, należy ograniczyć się do zwykłej opieki humanitarnej i w takim razie należy uznać, że obowiązek lekarski został spełniony⁵²⁸.

Sytuacja patowa ma miejsce wówczas, gdy pacjent odmawia zgody, ponieważ nie jest wiadome, na co miałby tej zgody udzielić. Wyjaśnia to następująca historia. Młoda kobieta cierpiąca na endometriozę została przywieziona do szpitala w trybie nagłym z tzw. ostrym brzuchem. Badaniem ultrasonograficznym nie udało się niczego stwierdzić, podano jej zatem do podpisu dokument zgody na otwarcie jamy brzusznej i wykonanie laparotomii „w ciemno” – czyli tego, co okaże się potrzebne. Wyedukowana w swych prawach pacjentka odmówiła. Umieszczono ją zatem na oddziale szpitalnym, gdzie spędziła dobę. Pod wpływem narastającego bólu i obaw o życie podpisała wreszcie zgodę. Okazało się, że nastąpiło pęknięcie jajnika spowodowane rozrostem tkanki endometrium oraz że na jajniku była torbiel. Przez tę dobę zwłoki pacjentka nabawiła się zapalenia otrzewnej i tylko o włos uniknęła sep-

⁵²⁶ Zob. J. Sawicki: *Przymus leczenia...*; s. 40–42.

⁵²⁷ Ostatnio wspominał tę „dobrą radę” prof. Andrzej Szczeklik z komentarzem, iż obecnie byłoby to nie do pomyślenia. Obawiam się, że nie mogę podzielić Jego optymizmu. Zob. *Medycyna to sztuka rozmowy* – wywiad Olgi Woźniak z prof. Andrzejem Szczeklikiem, *Gazeta Wyborcza* z 21.X.2011, s. 18–19.

⁵²⁸ Ibidem s. 42.

sy. Późniejsza analiza ultrasonogramu doprowadziła jednak innego lekarza, opiekującego się pacjentką w prywatnym gabinecie, do wniosku, iż pęknięty jajnik i torbiel są na nim zauważalne. Na podstawie tego stanu faktycznego można postawić pytanie, jak powinien zostać sformułowany dokument zgody, gdy pacjent znajduje się w stanie „niecierpiącym zwłoki”, a nie można postawić diagnozy. Drugie pytanie brzmi: jakie znaczenie przedstawia problem, czy niemożliwość zdiagnozowania jest obiektywna, czy wynika z niekompetencji lekarza. Jeżeli ma charakter obiektywny – trudno stwierdzić, jaką zgodę od pacjenta odebrać. Chyba tylko na otwarcie jamy brzusznej w celach diagnostycznych. Dopuszczalność laparotomii wolno przyjąć na podstawie przepisu o tzw. rozszerzeniu pola operacyjnego. Na marginesie: skoro rozszerzyć pole zabiegu można bez zgody pacjenta w okolicznościach określonych przez art. 35 uzawlek., to wydaje się, iż odebranie zgody „na zapas”, w związku z uzasadnionym podejrzeniem takiego rozwoju wypadków, nie nosi cech uchybienia zasadzie rozeznanej zgody. (Zalecana jest tu jednak daleko idąca ostrożność podyktowana ryzykiem nadużyć.) Jeśli zaś niemożność diagnozy wynikała z uchybień – od strony pacjenta sytuacja wygląda tak samo, a tylko *ex post* okaże się, jaki zabieg powinien być zostać opisany w dokumencie. Gdy pacjent dla wyrażenia zgody uparcie żądał konkretów – w tym drugim przypadku pozostawienie go bez właściwej pomocy jeszcze przez dobę narusza art. 30 uzawlek. Skoro bowiem postawienie właściwej diagnozy było obiektywnie możliwe – niepostawienie jej stanowi normalną przyczynę sprzeciwu pacjenta, sprzeciw zaś – normalną przyczynę podjęcia tylko opieki humanitarnej i niewykonania obowiązku leczenia.

W przypadkach nienagłych lekarz nie ma ex lege obowiązku leczenia. Potwierdzenie tej reguły można znaleźć w art. 38 ust. 1 uzawlek.: „Lekarz może nie podjąć lub odstąpić od leczenia pacjenta, o ile nie zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 30, z zastrzeżeniem ust. 3”. Przepis zawiera szereg ograniczeń: obowiązek dostatecznie wczesnego uprzedzenia pacjenta o takim zamiarze oraz wskazania realnych możliwości otrzymania danego świadczenia gdzie indziej (art. 38 ust. 2). Odstąpienie od leczenia wymaga ponadto odnotowania w dokumentacji medycznej wraz z podaniem uzasadnienia (art. 38 ust. 4). Nie wolno zatem lekarzowi odstąpić od leczenia bez powodu, powinien on podać powód na piśmie. W przypadku lekarza prowadzącego indywidualną praktykę lub świadczącemu pomoc medyczną poza stosunkiem pracy nie musi to być nawet powód ważny. Poważny powód powinien podać tylko lekarz wykonujący zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby i wówczas zgody na niepodjęcie lub

odstąpienie od leczenia musi udzielić przełożony (art. 38 ust. 3). Natomiast niepodjęcie się leczenia nie wymaga nawet uzasadnienia, co wynika *a contrario* z art. 38 ust. 4⁵²⁹.

Jest to regulacja, która abstrahuje od cywilnoprawnych relacji między pacjentem a lekarzem. Gdy jednak strony są związane umową o leczenie, znajdują zastosowanie przepisy o zobowiązaniach umownych – art. 471 k.c. oraz odpowiednio stosowane przepisy o zleceniu. W ich świetle nieuzasadniona odmowa leczenia w ramach wcześniej zawartej umowy kwalifikuje się jako jej niewykonanie. Z punktu widzenia prawa karnego, gdyby wbrew przyjętemu na siebie zobowiązaniu lekarz nie zapobiegł skutkowi szkodliwemu – w niektórych sytuacjach prowadziłoby to do odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe przeciwko życiu lub zdrowiu.

„W szczególnie uzasadnionych wypadkach lekarz może nie podjąć się lub odstąpić od leczenia chorego, z wyjątkiem przypadków nie cierpiących zwłoki. Nie podejmując albo odstępując od leczenia lekarz winien wskazać choremu inną możliwość uzyskania pomocy lekarskiej” – powiada art. 7 KEL. Odmowa leczenia ograniczona jest zatem tylko do „szczególnie uzasadnionych wypadków” – gdy chodzi o sytuacje nienagłące. Niepodejmując albo odstępując od leczenia lekarz winien też wskazać choremu inną możliwość uzyskania pomocy lekarskiej. Dodatkowo zostało zaznaczone, iż obowiązek leczenia nie może być uchylony w przypadkach niecierpiących zwłoki. Z tej zasady etycznej wynika zatem, iż tak w okolicznościach zwykłych, jak ekstremalnych, pacjent może oczekiwać udzielenia pomocy i, wyjąwszy szczególnie uzasadnione wypadki, nie będzie odsyłany od jednego lekarza do drugiego. W pewien sposób gwarantuje to uzyskanie świadczenia, gdy pacjent już o nie poprosi. Dla pacjenta oznacza to bezpieczeństwo w tym sensie, że planując zgłoszenie się do lekarza nie musi zastanawiać się, czy aby na pewno zostanie przyjęty. Odmowa leczenia ograniczona do szczególnie uzasadnionych wypadków aktualizuje się rzecz jasna tylko wówczas, gdy pacjent już do lekarza dotarł. W praktyce pojawiają się najrozmaitsze uwarunkowania organizacyjne: godziny przyjęć, zapisy na wizytę, czas pracy przychodni. Niemniej przy założeniu, że wymagania te zostały spełnione, pacjent ma uzasadnione podstawy liczyć, że pomoc w trybie zwykłym zostanie mu udzielona. To samo, jeśli dzięki własnej pomysłowości zdołał przewyciężyć bądź ominąć przeszkody organizacyjne, ponieważ jedynym usprawiedliwieniem będzie dla lekarza wypadek z kategorii szczególnie

⁵²⁹ E. Zielińska: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska s. 540.

uzasadnionych. Tak więc dobijanie się przez pacjenta do drzwi prywatnego mieszkania lekarza poza porą przyjęć gabinetu lub przychodni trzeba by zakwalifikować jako wypadek szczególnie uzasadniony, ażeby odmowa pomocy lekarskiej stała się etycznie nienaganna. Z drugiej strony lekarz też ma życie prywatne, potrzebuje odpoczynku i nie można odeń wymagać, by w każdym miejscu i o każdej godzinie był gotów na wezwanie pacjentów, którym na przykład w danym dniu nie udało się dostać „numerka”, nie chciało się umawiać wizyty lub po prostu woleli dłużej pospać niż przesiadywać w kolejce pod gabinetem. Niemniej można dyskutować, czy odmowa w takich okolicznościach spełnia wymagania szczególnie uzasadnionego wypadku. „Szczególnie uzasadniony wypadek” to więcej niż „ważny powód”; regulacja KEL wydaje się więc w tym kontekście niepotrzebnie restryktywna.

Z drugiej jednak strony – kodeks etyczny stawia jednakowe wymagania wszystkim lekarzom niezależnie od formy wykonywania zawodu. Ponadto nie rozróżnia na odmowę co do podjęcia leczenia i na odmowę kontynuacji. W stosunku do regulacji ustawowej są to wymagania wyższe i przez to lepiej ochraniające pacjenta przed odmową leczenia⁵³⁰. Należy ten fakt odnotować z pełną aprobatą i jednocześnie zwrócić uwagę, iż tam, gdzie normy deontologiczne stawiają lekarzom wymagania wyższe od ustawowych, wolno wymagać ich przestrzegania na równi z ustawowymi: ustawa o izbach lekarskich nakłada na swych członków obowiązek przestrzegania zasad etyki i deontologii zawodowej. Etyka i deontologia zawodowa nie mogą tylko uzasadniać *in minus* odejścia od wymagań ustawowych.

Zdaniem Eleonory Zielińskiej wobec wszystkich lekarzy bez rozróżnienia należy stosować art. 7 KEL, a art. 38 uzawlek. interpretować przez pryzmat owej normy etycznej⁵³¹. Według Autorki, art. 38 pozostawiałby lekarzom praktykującym indywidualnie lub grupowo bez zależności pracowniczej lub służby – nazbyt dużą swobodę w odmawianiu pacjentom leczenia, w czym upatruje Ona sprzeczność z powołaniem i misją zawodu oraz odbiorem społecznym jako zawodu zaufania publicznego. Jej zdaniem brak jest zwłaszcza w chwili obecnej racjonalnego uzasadnienia dla dyferencjacji, którą wprowadza art. 38 uzawlek.: upowszechniła się praktyka zastępowania umów o pracę przez tzw. kontrakty (inaczej mówiąc – umowy cywilnoprawne), a to powinno przemawiać za zrównaniem stosowanych kryteriów. W przeciwnym razie na terenie danej placówki zaznaczałby się sztuczny podział na dwie kategorie

⁵³⁰ Tak: E. Zielińska: *Ustawa o zawodach...*, s. 541.

⁵³¹ Ibidem, s. 541.

lekarzy różnie traktowanych przez ustawę z pozycji przysługującego im prawa do odmowy leczenia. Ponadto lekarze indywidualni kontraktują z NFZ usługi medyczne w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, co z kolei stanowi powód, aby w ramach takiego kontraktu nałożyć na nich ograniczenia analogiczne do pracowniczych. Tego rodzaju niejednolitość zasad odmowy wobec pacjentów znajdujących się w takiej samej sytuacji prawnej, tj. posiadających powszechne ubezpieczenie zdrowotne, nie znajdowałaby racjonalnego uzasadnienia. Poglądowi temu nie sposób odmówić słuszności.

Szczególnie uzasadnione wypadki należy tłumaczyć jako obiektywnie bardzo ważne powody odmowy lub przerwania leczenia. Może tutaj chodzić o rozmaite niemożliwe do rozwikłania konflikty: nagminne niestosowanie się pacjenta do zaleceń lekarskich, utratę zaufania ze strony pacjenta; przyczyny natury medycznej: niecelowość leczenia, brak odpowiednich kwalifikacji po stronie lekarza; powody tzw. życiowe: zmianę przez lekarza miejsca zamieszkania, przejście na emeryturę czy nawet występujący u lekarza stan nietrzeźwości (rzecz jasna poza miejscem pracy i poza godzinami przyjęć). Na przykład wówczas, gdy podczas przyjęcia, na które lekarz został zaproszony prywatnie i prywatnie nie pożałował sobie napitku, któryś z gości potrzebuje pomocy polegającej na wyciągnięciu z ucha oliwki, nastawieniu złamanego podczas szaleńczych tańców nosa czy wydobyciu wbitej w tylną część ciała drzazgi. Odmowa przy braku obiektywnie bardzo ważnego powodu stanowi czyn nieetyczny będący złamaniem zasady wykonywania zawodu określonej w art. 4 uzawlek.

Obowiązek uzasadnienia oraz odnotowania w dokumentacji faktu odstąpienia od leczenia pacjenta stanowi środek kontroli nad lekarzem w zakresie przyczyn odmowy. Chodzi o ocenę, czy powody nie okazały się błahie lub czy nie posłużyły tylko jako pretekst. Dlatego uzasadnienie powinno wskazywać konkretne przyczyny odmowy jak również podawać okoliczności mające przekonać, iż konkretny wypadek jest szczególnie uzasadniony⁵³². Krótko mówiąc, chodzi o dokładne wytłumaczenie się z powodów odmowy, aby nie zostać posądzonym o wykręty lub zbywanie pacjenta. Przyczyny mogą mieć naturę subiektywną, ale muszą być niebagatelne i w razie potrzeby możliwe do zweryfikowania. Obowiązek uzasadnienia i odnotowania spełnia dla pacjenta funkcję gwarancyjną, że pomoc nie zostanie mu odmówiona z powodu lada błahostki i powinien powstrzymywać lekarzy przed odmawianiem pochop-

⁵³² s. 544.

nym – skoro w podane przyczyny będzie mógł na podstawie dokumentacji wnikać sąd powszechny lub sąd lekarski.

W sprawie z 1992 r., (a więc pod rządem dawnej ustawy lekarskiej) Sąd Najwyższy, uwzględniając kasację pacjenta, wypowiedział następujące tezy: „1) Zarówno pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów, jak i obecnie, odmowa lekarza wykonania w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej zabiegu operacyjnego, którego celowość stwierdzono, nie może być dowolną decyzją tego lekarza, a wymaga istnienia poważnych powodów stwierdzonych stosownymi konsultacjami oraz szczegółowego uzasadnienia w dokumentacji medycznej. 2) W razie odmowy wykonania zabiegu leczniczego szkodę pacjenta stanowi nie tylko pogorszenie jego stanu zdrowia, lecz również utrzymywanie się rozstroju zdrowia, jeśli w wyniku zabiegu mógł on zostać wyeliminowany”⁵³³. Pacjent dwukrotnie zgłaszał się na operację ścięgna zginacza długiego kciuka lewego mającej na celu zmniejszenie upośledzenia funkcji palca. Za pierwszym razem, po wyjaśnieniu mu przez lekarza przebiegu i skutków zabiegu, odmówił wyrażenia zgody. Po dwóch i pół miesiąca zgłosił się jednak ponownie i wówczas odmówili mu lekarze. Powołany w pierwszej instancji biegły lekarz stwierdził, że odmowa wykonania operacji nie była uzasadniona. Dokonanie potrzebnych ustaleń komplikował fakt, iż w sprawie brak było dokumentacji lekarskiej pacjenta z jego pobytu w szpitalu [! – M.B.]. Nie wiadomo zatem, czy odmowę odnotowano i jak uzasadniono. (Z uzasadnienia wynika zatem, że sądy niższych instancji bądź nie zażądały dokumentacji, bądź jej nie otrzymały, a nie – że nie istniała w ogóle lub została zagubiona czy zniszczona). Przyczyn odmowy nie udało się też jasno ustalić na podstawie zeznań przesłuchanych lekarzy. W sumie twierdzili oni, że chodziło o „utrata zaufania” do pacjenta w przedmiocie jego przyszłej prawidłowej współpracy pooperacyjnej z lekarzami. Nie zostało to jednak dostatecznie ani ustalone, ani ocenione, a konieczne zdaniem Sądu było stwierdzenie, na jakiej podstawie lekarze tak uznali. Przyczyną odmowy wykonania koniecznego zabiegu z reguły nie staje się przewidywana nieprawidłowa bądź niewystarczająca współpraca ze strony pacjenta, choćby ten okazał się dotknięty zaburzeniami osobowości. „Sama nieprawidłowa osobowość pacjenta i zakładana możliwość braku jego współdziałania pooperacyjnego z reguły nie uzasadnia odmowy wykonania koniecznego zabiegu, o ile nie zachodzą ku temu inne jeszcze ważne powody”. W dodatku ustawa lekarska z 1950 r.

⁵³³ Wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 2002 r., I CKN 1386/00, LEX nr 75348.

w ogóle nie przewidywała możliwości odmówienia co do koniecznego zabiegu operacyjnego w społecznym zakładzie służby zdrowia, a tylko pozwalała na odmowę lekarzom wykonującym zawód poza takimi placówkami.

Formułując tezę o obowiązku wskazania pod rządem dawnej ustawy lekarskiej ważnych powodów stwierdzonych stosownymi konsultacjami oraz szczegółowego uzasadnienia w dokumentacji medycznej, Sąd Najwyższy w istocie skontaminował poprzedni stan prawny z istniejącym. Nie rzutuje to jednak na zasadniczą słuszność rozstrzygnięcia. Skoro według dawnych przepisów w ramach społecznej służby zdrowia nie była w ogóle przewidziana dopuszczalność odmowy, to tym bardziej nie wolno było pacjentowi odmówić bez podania dostatecznie ważnego powodu. Przyczyny takie dałoby się zdaniem Sądu sformułować w oparciu o kryteria medyczne (np. niecelowość zabiegu lub istnienie silnych przeciwwskazań), wymagałoby to jednak rzeczywiście odnotowania w dokumentacji, tak jak powinno to być robione we wszystkich kwestiach medycznych istotnych dla historii choroby pacjenta. Żaden z tych warunków nie został w niniejszej sprawie spełniony.

Jako założenie wyjściowe Sąd Najwyższy przyjął, iż z konstytucyjnego prawa każdego człowieka do ochrony zdrowia i równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych wynika między innymi prawo do zabiegu operacyjnego, jeśli stan zdrowia pacjenta tego wymaga. Wywodzi się ono bezpośrednio z prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej. **Sąd Najwyższy uznał zatem, że w treści tego prawa mieści się nie tylko określona jakość świadczeń, ale i uprawnienie do ich uzyskania.** „Odpowiednikami tych praw są obowiązki zakładów opieki zdrowotnej i lekarzy, szczególnie określone w (...) przepisach, w tym obowiązek przeprowadzenia niezbędnego zabiegu operacyjnego. Zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza, lekarz wykonujący zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby może nie podjąć lub odstąpić od leczenia (w tym także wykonania zabiegu operacyjnego), jedynie gdy istnieją po temu poważne powody, a nie zachodzi przypadek nie cierpiący zwłoki”.

Rozszerzenie pola operacyjnego

Ustawodawstwo medyczne, przez przyjęcie rozeznanej zgody pacjenta jako generalnej zasady kierującej postępowaniem lekarzy, rzadko posługuje się wobec lekarza pojęciem „prawo”. Nie istnieją podstawy prawne dla konstruowania „prawa do leczenia” lub „prawa przysługującego lekarzowi z mocy zajmowanego przezeń stanowiska zawodowego”. Był to zresztą pomysł doktryny

niemieckiej i z dość dawnych lat⁵³⁴. Tym bardziej nietypowe wydaje się unormowanie art. 35 uzawlek., które ni mniej ni więcej, tylko nadaje lekarzowi prawo leczenia pacjenta bez jego zgody. Wymaga to spełnienia przesłanek bardzo zbliżonych do tych z art. 30 uzawlek. z tą tylko różnicą, żeby okoliczności, o które chodzi, wystąpiły w trakcie wykonywania zabiegu: „Jeżeli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego albo stosowania metody leczniczej lub diagnostycznej wystąpią okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, lekarz ma prawo, bez uzyskania tej zgody, zmienić zakres zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki w sposób umożliwiający uwzględnienie tych okoliczności” (art. 35 ust. 1 zd. 1 uzawlek.).

Instytucja ta nazywana jest rozszerzeniem pola operacyjnego, a znana też jako tzw. wyjątek terapeutyczny. (To pierwsze określenie jest bardziej nośne znaczeniowo, więc nim będę się dalej posługiwać; wyjątków terapeutycznych może być więcej i jest, w dodatku tak nazwane pojęcie grozi pomyleniem z przywilejem terapeutycznym). W praktyce najczęściej chodzi o przypadkowe wykrycie u pacjenta tkanki rakowej, niemniej możliwe jest również wystąpienie powikłań, które należy czym prędzej opanować: na przykład komplikacje okołoporodowe, w rezultacie których jedynym wyjściem pozostaje amputacja macicy. Przyczyna komplikacji – nawet zawiniona przez lekarza – nie ma znaczenia. To oczywiste, że gdy, dajmy na to, pijany chirurg zbyt zamaszystym ruchem rozetnie pobliską tętnicę – reszta zespołu natychmiast przystąpi do jej zszywania. Celem przepisu jest bowiem zapewnić lekarzowi możliwość szybkiej reakcji na nieprzewidziane, żeby ratować pacjenta, gdy z jednej strony – rozpoczęcie zabiegu odbyło się legalnie, na podstawie prawidłowo udzielonej zgody, z drugiej jednak – wystąpiły okoliczności nadzwyczajne, stwarzające zagrożenie. Wolno wówczas przyjąć założenie, iż pacjent byłby wyraził rozszerzoną zgodę, gdyby pozostawał w kontakcie logicznym. Trudność w konstruowaniu ewentualnego domniemania zgody rozszerzonej polega jednak na tym, że to, co nazywamy umownie „rozszerzeniem”, w konkretnym przypadku może okazać się dowolnie różne od czynności objętej zgodą, nieść ze sobą ryzyko zupełnie odmiennych powikłań lub prowadzić do drastycznego obniżenia komfortu życia – a wszystko w okolicznościach, gdy

⁵³⁴ Zob. E. Zielińska: *Odpowiedzialność zawodowa lekarza...*, s. 370 – literatura powołana w przyp. 678.

z pacjentem nie da się porozumieć. Gdy doszło do zdarzeń nieprzewidzianych – trudno odtwarzać prawdopodobną wolę pacjenta oraz jego preferencje przy zgodzie udzielonej na coś innego. Z drugiej strony – pacjentów pozostających od początku postępowania leczniczego bez logicznego kontaktu wolno jest ratować bez ograniczeń (art. 33 uzawlek.).

Działanie lekarza w takich okolicznościach uważa się za zalegalizowane na podstawie „zgody domniemanej” pacjenta. W moim odczuciu jest to określenie nietrafne. Nie istnieją żadne podstawy do przypuszczeń, iż ktoś, kto już zgodził się na interwencję medyczną w pewnym zakresie, zgodziłby się również na jej rozszerzenie w celach ratunkowych. Po stronie pacjenta brakuje więc jakichkolwiek danych, natomiast po stronie lekarza – ustawodawca skonstruował prawo. W istocie jest to ustawowy wyjątek polegający na możliwości leczenia pacjenta bez jego zgody. Nawet jeżeli przyjmiemy na podstawie życiowego doświadczenia założenie, że ludzie na ogół chcieliby zostać uratowani z opresji – w medycynie dodatkowe uwarunkowanie stanowi czynnik zdrowotnych kosztów owego ratunku: utraty organów lub pewnych funkcji życiowych, fizycznego kalectwa czy pogorszenia jakości życia. Z tego powodu nie ma moim zdaniem podstaw do wnioskowania o zgodzie; jeżeli już, to na zasadzie fikcji prawnej.

Ustawa stanowi dalej, iż pacjenta należy koniecznie poinformować *ex post*, a rozszerzenie odnotować w dokumentacji. O ile to możliwe, istnieje też obowiązek skonsultowania rozszerzenia z innym lekarzem, najlepiej tej samej specjalności.

Przepis ma charakter wyjątkowy i tylko tak powinien być interpretowany.

1. Niebezpieczne okoliczności są tego rodzaju, że pojawiły się dopiero w trakcie wykonywania zabiegu, zatem wcześniej nie były znane: nie zostały z przyczyn niezawinionych zdiagnozowane, nie dawały wcześniej objawów, nieoczekiwanie pojawiły się przy wykonywaniu badania lub zabiegu prowadzonego pod kątem innego zachorowania.

W sprawie z 1969 r. Sąd Najwyższy uchylił wyrok oddalający powództwo odszkodowawcze i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania z powodu nienależytego wyjaśnienia sprawy⁵³⁵. U pacjentki wykonano zabieg usunięcia prawych przydatków i macicy, zamiast pierwotnie planowanego usunięcia przydatków lewych. Mylna diagnoza została postawiona na

⁵³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 29.XII.1969 r., II CR 551/69, OSPiKA nr 11/1970 poz. 224 z gl. M. Nesterowicza, OSPiKA nr 6/1971 poz. 118.

podstawie badania klinicznego wykazującego po lewej stronie brzucha zgrubienie podejrzewane jako guz jajnika oraz wywiadu – stosownie do którego pacjentce wcześniej usunięto przydatki prawe. Domniemany guz okazał się zlepkim sieci i pętli jelitowych pozostałym po usunięciu przydatków lewych: pacjentce najwyraźniej pomyliły się strony brzucha. Nie wiadomo, czy istniała pilna potrzeba zoperowania prawych przydatków oraz macicy, zaś co do wcześniejszej operacji – należało zdaniem Sądu zapoznać się z dokumentacją medyczną: przynajmniej kartą wypisową ze szpitala. W każdym razie wykonany zabieg przypuszczalnie miał związek z diagnozą, aczkolwiek postawioną najprawdopodobniej niestaranie. Podczas badania przedmiotowego musiało przecież być widać, po której stronie znajduje się blizna pooperacyjna. Teza zapadłego wyroku wyznaczyła jednak lekarzowi możliwość przekroczenia zakresu zgody udzielonej przez pacjenta: „Jeżeli lekarz operujący stwierdzi po otwarciu jamy brzusznej inny stan rzeczy niż wynikał z badań klinicznych, może on w pewnych wypadkach przekroczyć zakres zgody na zabieg udzielonej przez pacjenta. Może to jednak nastąpić tylko w wypadkach szczególnych, gdy nieprzeprowadzenie zabiegu groziłoby życiu pacjenta, albo gdy chodzi o nieznaczną a niezbędną korekturę projektowanego zabiegu”. Można dyskutować, czy usunięcie zamiast przydatków lewych – prawych wraz z macicą da się uznać za korekturę *nieznaczną a niezbędną*. Zakładając jednak (co nie wynika z uzasadnienia wprost), iż po prawej stronie również był na jajniku guz, to skoro pacjentka wyraziła zgodę na operację guza w pozostałym z dwóch organów parzystych i błędnie wskazała stronę – wolno moim zdaniem uznać jej zgodę na operację po stronie właściwej. Trzeba zwrócić uwagę, że źródło nieporozumień miało charakter mieszany: pacjentce pomyliły się strony, lekarze nie skonfrontowali zebranego wywiadu z dokumentacją pierwszej operacji, po lewej stronie rzeczywiście dawało się wyczuć zgrubienie – tylko dlaczego nikt nie zwrócił uwagi na usytuowanie blizny? Tak czy inaczej wiadomym pacjentce rezultatem zabiegu miało być, jak należy się domyślać, usunięcie guza wraz z drugim jajnikiem i w konsekwencji bezpłodność⁵³⁶. Rozszerzeniem została zatem w istocie objęta tylko macica. *Prima facie* nie wydaje się to ko-

⁵³⁶ Odmiennie S. Niemczyk, K. Niemczyk i A. Łazarska: *O granicach zgody pacjenta na czynność medyczną podwyższonego ryzyka*, Prawo i Medycyna nr 4/2007, s. 59. Według Autorów usunięcie innego organu, obojętne – prawego czy lewego – stanowi w istocie inną operację, a nie korekturę. Jest to nie przekroczenie zgody chorego, lecz działanie poza jego zgodą.

rekturą nieznaczną. Ówczesny stan prawny nie zawierał odpowiednika art. 35 uzawlek., a możliwość rozszerzenia pola operacyjnego wywodzono z art. 17 ust. 2 ustawy z 1950 r. (zwłoka w wykonaniu zabiegu mogła spowodować *ujemne następstwa*, a chory był nieprzytomny bądź niemożliwe było porozumienie z jego przedstawicielem ustawowym). Mimo to Sąd dopuścił rozszerzenie tylko w razie zagrożenia życia lub co do korektury niezbędnej a nieznaczonej. Obecna regulacja ustawowa jest bardziej konkretna, gdy chodzi o ujęcie zagrożeń. Kwestia niezbędności i nieznaczności korektury, jeżeli nie ma powiązania przyczynowego ze wskazanymi zagrożeniami, powinna być pozbawiona znaczenia. W praktyce zdarza się jednak np. potrzeba wycięcia znamienia barwnikowego (potocznie zwanego pieprzykiem) z pewnym naddatkiem. Trudno byłoby wymagać przy odbieraniu zgody absolutnej precyzji co do określenia wielkości owego naddatku. Teoretycznie może się jednak zdarzyć, iż różni się ona od spodziewanej przez pacjenta na podstawie przedzabiegowej informacji. Stanowi to przykład na nieznaczną a niezbędną korekturę przy braku poważnego zagrożenia. Z prawnego punktu widzenia nie zawsze da się to uzasadnić zgodą na zabieg jako taki.

2. Nieuwzględnienie ich grozi niebezpieczeństwem o charakterze bezpośrednim⁵³⁷. W przeciwnym razie należy uznać, że istnieje możliwość poczekania na zgodę. Mimo, iż brzmienie przepisu nie przesądza o bezpośredniości zagrożenia, dostarcza takiej przesłanki wykładnia logiczna. Zdaniem M. Sośniaka jest to stanowisko restryktywne, nieliczące się z konkretnymi warunkami zabiegu⁵³⁸. Jest to jednak pogląd spod rządów starej ustawy, operującej niebezpiecznie elastycznym kryterium *ujemnych następstw*. W chwili obecnej art. 35 uzawlek. statuuje samodzielny wyjątek, który nie powinien być interpretowany rozszerzająco, uzasadniony będzie zatem powrót do rozróżnienia zastosowanego przez Savatiera: **tylko bezpośrednio niebezpieczeństwo uzasadnia samodzielną decyzję lekarza, podczas gdy niebezpieczeństwo pośrednie wymaga uzyskania osobnej zgody pacjenta, choćby pociągało to za sobą konieczność drugiej operacji.**

Z okresu obowiązywania obecnej ustawy lekarskiej datuje się drugie orzeczenie ginekologiczne, podobne do sprawy z 1969 r. Wyrokiem z 2010 r.

⁵³⁷ R. Savatier: *Traité de la responsabilité civile*, wyd. 2 (1951), r. II, s. 390.

⁵³⁸ M. Sośniak: *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, ZN UJ z. 6, Kraków 1959, s. 163.

Sąd Apelacyjny uchylił wyrok i przekazał do ponownego rozpoznania sprawę z 1998 r.⁵³⁹. Pacjentka cierpiała na torbiel jajnika prawego. Poddała się operacji mającej dotyczyć usunięcia jajnika prawego, pobrania wycinków z jajnika lewego oraz badania śródoperacyjnego wycinków. Po otwarciu jamy brzusznej stwierdzono, iż zastane zmiany są obustronne i większe niż wykazane na ultrasonogramach. Po konsultacji z ordynatorem oddziału podjęto decyzję o rozszerzeniu zakresu operacji na oba jajniki. Objęło ono również trzon macicy, gdzie stwierdzono mięśniak. Wpisy w dokumentacji wewnętrznej oraz w karcie informacyjnej były prawidłowe co do treści zabiegu rozszerzonego. Przed zabiegiem pacjentki nie poinformowano o celu operacji, o rodzaju i zasięgu zaplanowanego zabiegu ani o alternatywnych metodach leczenia. Nie pytano jej także o zgodę na wykonanie zabiegu tego rodzaju ani o zgodę na jego ewentualne rozszerzenie. Nie było zagrożenia życia. Pacjentka zgłaszała też pretensje, że nie zaproponowano jej w sprawie mięśniaka operacji oszczędzającej, polegającej na wyluszkaniu cysty. W tym stanie faktycznym tezy wyroku brzmiały następująco:

- „1. Zgoda na określony rodzaj procedury nie oznacza automatycznej zgody na wszelkie (nawet uzasadnione medycznie) poczynania lekarza. Lekarz powinien przed operacją, nie będąc pewnym granic zabiegu, podzielić się swymi wątpliwościami z chorym i ewentualnie uzyskać jego zgodę na potencjalne czynności. Niedopuszczalne jest uzyskiwanie od pacjenta zgody blankietowej.
2. Co do zasady podjęcie w trakcie zabiegu działań rozszerzających pole operacyjne, powodujących podwyższone ryzyko, czy godzenie w integralność cielesną chorego w sposób inny, niż ten, na który pacjent pierwotnie się zgodził, jest niedopuszczalne”.

Według opinii biegłych i zeznań lekarzy, usunięcie nadpochwowe macicy wraz z przydatkami było postępowaniem standardowym. Zgodnie ze sztuką lekarską usunięciu podlegają wszystkie zmiany, które mogłyby w przyszłości powodować dolegliwości lub narażać pacjentkę na ponowną operację. Z uwagi na wiek pacjentki (51 lat) i zachodzące wówczas zmiany fizjologiczne jajników, operacja nie miała większego wpływu na stan hormonalny organizmu. Wynik histopatologiczny przeprowadzone-

⁵³⁹ SA z 28 kwietnia 2010 r., I ACa 751/2010, LexPolonica nr 2608922.

go śródoperacyjnie badania dawał **wystarczający** powód do usunięcia macicy u kobiety w tym wieku.

W opinii Sądu Apelacyjnego nie zostało jednak ustalone, jakie konkretnie informacje o możliwości rozszerzenia zakresu operacji uzyskała pacjentka i na jaki zakres operacji wyraziła zgodę. Sąd pierwszej instancji poprzestał tylko na ustaleniu, że pacjentka wyraziła zgodę na proponowany zabieg operacyjny. Zeznania świadków są niepełne, postępowanie dowodowe wymaga zatem uzupełnienia. Opinie biegłych nie dają natomiast odpowiedzi na pytanie, czy gdyby nie usunięto macicy i drugiego jajnika, pacjentce groziłoby niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

„Przepis art. 35 ust. 1 ww. ustawy [lekarskiej] „mówi ogólnie o „niebezpieczeństwie” nie precyzując, czy zagrożenie powinno być bezpośrednie, czy też może być oddalone w czasie. Niewątpliwie należy uznać, że nie chodzi tu o niebezpieczeństwo potencjalne albo takie, które się nie zmaterializuje w bardzo krótkim czasie po zakończeniu zabiegu, ale o niebezpieczeństwo realne i obiektywne. Przepis ten należy interpretować bardzo restrykcyjnie, szczególnie gdy rozszerzenie zabiegu obejmuje organy dla pacjenta szczególnie ważne, lub powoduje obniżenie komfortu życia”.

Operacja została wykonana z medycznego punktu widzenia poprawnie, a jej zakres należał do postępowania standardowego. Nie może to jednak przemawiać za oddaleniem powodztwa, jeśli zgoda pacjentki dotyczyła zabiegu w mniejszym zakresie i jeśli rozszerzenie zabiegu nie było **konieczne** w rozumieniu art. 35 ustawy.

Sąd podał w wątpliwość opinie biegłych, ponieważ wynikało z nich, że u młodych kobiet wykonuje się operacje oszczędzające, a u pacjentki usunięto narząd rodny, ponieważ miała 51 lat. „Przy braku zgody pacjentki na tak szeroki zakres operacji, wiek nie może być czynnikiem decydującym o poszerzeniu pola operacji”. Twierdzenie biegłej: „bez sensu jest pozostawienie macicy, gdy usuwa się przydatki” nie ma zdaniem Sądu charakteru rzeczowego. Nie wiadomo, czy macicę usunięto niejako przy okazji, bo usunięto jajniki oraz czy pozostawienie macicy powodowałoby realne zagrożenie dla życia i zdrowia. Z opinii drugiego biegłego nie wynika natomiast, czy cały narząd rodny amputowano dlatego, że takie są standardy i jest to najlepsza metoda lecznicza, czy dlatego, że w przypadku pozostawienia któregośkolwiek organu istniało realne niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia pacjentki.

Wywody biegłych, jakoby amputacja macicy i drugiego jajnika zostały wykonane, by nie narażać pacjentki na kolejną operację, nie odpowiadają na pytanie: po jakim czasie zaistniałaby konieczność drugiej operacji i czy byłaby ona związana z ryzykiem dla zdrowia i życia oraz jak by to ryzyko było realne.

Wnikliwość Sądu Apelacyjnego w roztrząsaniu opinii biegłych rzuca nowe światło również na sprawę z 1969 roku: i tam do obrony była amputacja drugich przydatków, pozostała zaś niewyjaśnioną przyczyna amputacji macicy. Wiele przemawia za tym, że i w tamtej sprawie zastosowano *leczenie stadardowe dla pacjentek w pewnym wieku*. Kapitałne znaczenie wyroku z 2010 r. polega na tym, że lekarski standard postępowania, mimo iż prawidłowy pod względem zasad wiedzy medycznej, został zakwestionowany w kontekście rozszerzenia pola operacyjnego bez zgody pacjenta. Formułując twierdzenie, iż nie ma sensu pozostawienie macicy po usunięciu przydatków, biegła miała przypuszczalnie na myśli względy celowości medycznej. W okolicznościach odpowiadających art. 35 uzawlek. Sąd uznał, że wymagana jest konieczność, a nie tylko dostateczność wskazań. Inaczej mówiąc – wskazania do rozszerzenia muszą być silne; zaś niebezpieczeństwo – bezpośrednie.

Na marginesie tylko warto zwrócić uwagę na paternalistyczne aspekty wspomnianego standardu medycznego, wedle którego u kobiet młodych (zapewne w wieku rozrodczym) stosuje się, bez pytania o zgodę, leczenie oszczędzające. Pacjentki starsze spisuje się natomiast od razu na straty i amputuje im macicę bez brania w ogóle pod uwagę (nie mówiąc już o proponowaniu) metody alternatywnej. Lekarz nie ma prawa rządzić się w ten sposób po organizmie pacjenta, żeby przy okazji lub działając po linii mniejszego oporu⁵⁴⁰ usuwać narząd uważany przez siebie za zbędny. Skoro już jednak amputacja macicy stanowi postępowanie standardowe i medycznie uzasadnione, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby informować pacjentki zawczasu – zamiast wykonywać amputację chyłkiem, pod pretekstem rozszerzenia pola operacyjnego. Takie zaniechanie informacji to już nie czysty paternalizm twardy, lecz jego odmiana skrajna: paternalizm arogancki.

W rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy sprawie karnej z 2001 r., lekarz stanął pod zarzutem wykonania bez zgody pacjenta zabiegu zaopatrzenia

⁵⁴⁰ Amputacja trzonu macicy jest prostsza technicznie niż wyluskanie mięśniaka.

przepukliny pachwinowej mimo że pacjent nie wymagał niezwłocznej pomocy lekarskiej: nie występowało **bezpośrednie** zagrożenie dla życia i zdrowia, więc nie było wskazań do natychmiastowej operacji⁵⁴¹. Taki stan faktyczny przyjął ostatecznie za udowodniony Sąd Okręgowy, niemniej uniewinnił oskarżonego ze względu na stan wyższej konieczności (art. 26 k.k.). Sąd Najwyższy odrzucił zastosowanie stanu wyższej konieczności wobec przepisu gwarancyjnego, za jaki uznał art. 35 uzawlek. (o czym była już mowa w rozdziale poprzednim). Skazanie nie nastąpiło jednak z przyczyn procesowych: działania zakazu *reformatio in peius* (oskarżyciel posiłkowy nie skarżył uniewinnienia w I instancji). Tym niemniej *summa summarum* zarzut pacjenta co do leczenia bez zgody został przyjęty jako podstawa rozstrzygnięcia: skoro nie istniało bezpośrednie zagrożenie dla życia, tym samym nie miała miejsca konieczność natychmiastowej operacji. Zabieg odbył się zatem z naruszeniem przepisu art. 35 uzawlek. o rozszerzeniu pola operacyjnego.

3. Zgody pacjenta rzeczywiście w czasie zabiegu uzyskać nie można: zatem gdy chodzi o pacjenta kompetentnego – najczęściej przyczynę stanowi znieczulenie ogólne.
4. Zmiana zabiegu powinna nastąpić tylko w zakresie niezbędnym dla uwzględnienia nieprzewidzianych okoliczności.

W 2010 r. prasa nagłośniła przypadek pacjentki, która w zaawansowanej ósmej ciąży, po czterech cesarskich cięciach, trafiła do szpitala z krwawieniem. Wykonano kolejne cesarskie cięcie i przy tej okazji podwiązanie jajowodów. Pacjentka zgłaszała pretensje podnosząc, że nikt nie odbierał od niej zgody na sterylizację. Lekarka tłumaczyła się, że sterylizację wykonała dla ratowania zagrożonego życia pacjentki: uszkodzona macica groziłaby pęknięciem przy następnej ciąży⁵⁴². Tyle, że bezpośrednim źródłem niebezpieczeństwa była ta ciąża, a nie hipotetyczna następna, zaś sposobem ratunku – operacyjne rozwiązanie porodu. Nie wyklucza to supozycji, że każda ciąża następna tym bardziej stanowiłaby zagrożenie dla życia, jednak sterylizacja została wykonana zapobiegawczo, a nie wobec zagrożenia bezpośredniego. Przykład ten pokazuje, że proponowana już dawno przez Savatiera dyferencjacja na zagrożenie bezpośrednie

⁵⁴¹ Wyrok SN z 28.XI.2007 r., V KK 81/07, OSNKW nr 2/2008, poz. 14, z gl. J. Kuleszy, Prawo i Medycyna nr 2/2009, s. 133–142.

⁵⁴² Zob. też R. Kubiak: Prawo medyczne, Warszawa 2010, s. 393.

- i pośrednie jest warta przestrzegania. W przeciwnym razie autonomia pacjenta trwać będzie tylko dopóki ten pozostanie świadomy.
5. *Prawo* rozszerzenia nie obejmuje rozszerzenia diagnostyki, które nie ma przecież związku z zagrożeniem dla zdrowia ani życia. W tym kontekście powoływane jest orzeczenie Sądu Najwyższego z 1967 r.⁵⁴³: „Pobranie wycinka skóry dla celów badania histopatologicznego dopuszczalne jest tylko za zgodą pacjenta”. Chodzi o sytuacje, gdy pacjent nie był wcześniej informowany o potrzebie pobrania, ponieważ ujawniła się ona w trakcie innego postępowania medycznego. Niedopuszczalne jest zatem pobieranie próbek do badań przy okazji innej diagnostyki lub innego zabiegu. Można wprawdzie dyskutować, jak powinno zostać potraktowane uzasadnione **po-dejrzanie** bezpośredniego zagrożenia, wymagające potwierdzenia przez dodatkową diagnostykę. Moim zdaniem przyjęcie takiego wytłumaczenia wykraczałoby poza ramy wyjątku określonego w omawianym przepisie.
 6. Pacjent nie wyrażał wcześniej sprzeciwu na sposób działania, który musi być podjęty w ramach rozszerzenia pola operacyjnego. Taką klauzulę proponował włączyć *expressis verbis* do ustawy L. Kubicki⁵⁴⁴. Ograniczenie to da się bez większych trudności wydedukować z przepisów i stanowi jeszcze jeden aspekt skuteczności prawnej oświadczeń pacjentów *pro futuro*. Precedens w orzecznictwie został już stworzony, niemniej to dopiero początek, ponieważ opór środowiska lekarskiego i części doktryny prawa jest bardzo silny, a orzeczenie – mocno krytykowane⁵⁴⁵. Postulat Autora odbieram jako wyraz powątpiewania w faktyczne poszanowanie autonomii pacjentów w okolicznościach wskazanych przez art. 35 uzawlek. L. Kubicki uważa przepis art. 35 za sformułowany nazbyt szeroko i z tego względu koncentruje się w pewnym momencie swych rozważań na wskazaniu dyrektyw wynikających z możliwie restrykcyjnej interpretacji, w szczególności akcentuje potrzebę bezwzględnego przestrzegania konsultowania rozszerzenia z drugim lekarzem, zwłaszcza iż w statystycznej większości

⁵⁴³ Wyrok SN z 22.XII.1967 r., I CR 188/67za: M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, s. 271–272..

⁵⁴⁴ L. Kubicki: *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna nr 4/1999, s. 10; za: M. Kapko: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2008, s. 526.

⁵⁴⁵ Chodzi o powoływany już wyrok Sądu Najwyższego z 2005 r. w sprawie przetoczenia krwi u pacjentki będącej świadkiem Jehowy (postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05).

przypadków potrzeba wyniknie przy zabiegu operacyjnym, gdzie obecny jest cały zespół. Z poglądem tym zgadzam się w całej rozciągłości⁵⁴⁶. Każde przyzwolenie na lekarski paternalizm w zestawieniu z zasadą poszanowania autonomii pacjenta powinno być ograniczane wszelkimi sposobami. Nie bez powodu Autor chciał wyeksponować w ustawie kwestię wcześniejszych deklaracji pacjenta, jest to bowiem, jak pokazuje praktyka, obszar szczególnie silnych pokus paternalistycznych.

Na jednej z konferencji prawnomedycznych sami lekarze podali następujący przykład. Pacjentka będąca lekarzem, koleżanką operujących, zadeklarowała przed zabiegiem, że jeżeli zlokalizowany w czaszce nowotwór okaże się glejakiem, chce aby go nie usuwać i pozostawić chorobę własnemu rozwojowi, ponieważ – jak tłumaczyła – nie chce spędzić ostatnich miesięcy życia w stanie wegetatywnym. Operacyjne otwarcie czaszki miało miejsce celem upewnienia się w sprawie diagnozy i ewentualnie usunięcia nowotworu. Podejrzenia pacjentki potwierdziły się, mimo to nowotwór usunięto lekceważąc całkowicie jej wolę. Przeżyła jeszcze trzy miesiące. W stanie wegetatywnym. Koledzy zapewnili jej dokładnie to, czego z całych sił pragnęła uniknąć.

Każda jednoznaczna deklaracja pacjenta powinna zatem uchylać domniemanie prawne z art. 35, a także z 33 uzawlek. i nie dawać pola do tworzenia domniemań faktycznych z gatunku „a może pacjent zechciałby jednak udzielić zgody, tylko nie zdążył”⁵⁴⁷. Z czysto psychologicznego punktu widzenia różnica przedstawia się bowiem następująco. Tak art. 35, jak art. 33 dają podstawy do interwencji medycznych przy nieznanych preferencjach pacjenta. Żeby nie pozostawić go bez pomocy, przyjmuje się domniemanie wyrażenia przezeń zgody. Brak danych rozstrzyga się na korzyść zgody. Ale jeżeli już ktoś zadał sobie w tym stanie prawnym trud, by z wyprzedzeniem sformułować deklarację odmienną – to znaczy, iż doskonale wiedział, co robi i na co się decyduje. Wówczas interwencja medyczna stanowi ewidentny gwałt na jego wolnej woli.

Poza tym jednak trudno byłoby formułować bardziej szczegółowe wytyczne. Według M. Filara doktryna stworzyła pewien kanon sytuacji legalizujących rozszerzenie pola zabiegowego: gdy zabieg nie przedstawia dla pacjenta ryzyka większego niż pierwotne i nie dotyczy organów szczególnie ważnych lub

⁵⁴⁶ L. Kubicki: *Sumienie lekarza...*, s. 11.

⁵⁴⁷ Zob. na ten temat przegląd koncepcji doktrynalnych: J. Kulesza: *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, Prawo i Medycyna nr 2/2005 s. 73.

gdy przedstawia takie ryzyko bądź dotyczy ważnych organów, lecz zachodzą okoliczności przewidziane w art. 35 ustawy⁵⁴⁸. Zapis ustawowy w żadnym razie jednak do tego nie upoważnia: przesłanki z art. 35 albo są spełnione i lekarz *ma prawo*, albo też nie są i wówczas ani pomiar ryzyka, ani ważność organów znaczenia mieć nie będzie. Zresztą każde z proponowanych przez doktrynę kryteriów może okazać się w konkretnym przypadku zawodne, ponieważ, powtórzmy, lekarz ma do czynienia z nieprzewidzianym. Doktrynalne próby zakreslenia granic dla art. 35 ustawy. Wynikają jak się zdaje z zaniepokojenia jego szerokim zakresem zastosowania, jednakże niemożliwy do przewidzenia jest rozrzut między zabiegiem planowanym a rzeczywistością sytuacji medycznej. Dlatego kryterium poważnego zagrożenia, do którego dadzą się sprowadzić przesłanki medyczne z art. 35 ustawy, wydaje się słuszne. Zawsze wszak, gdy lekarz działa przy braku zgody pacjenta, powinno się akcentować **ograniczenie interwencji do zakresu niezbędnego oraz uchylającego tylko niebezpieczeństwo bezpośrednie**. Biorąc pod uwagę nagminne „niezrozumienie” tych kwestii przez stronę lekarską, nie zawadziłoby moim zdaniem wpisanie owych ograniczeń do ustawy.

Restrykcyjna interpretacja i wzmożona ostrożność powinny być zachowane zwłaszcza, gdy rozszerzenie zabiegu miałoby dotyczyć organów szczególnie ważnych dla pacjenta (np. układ rozrodczy) lub spowodować istotne obniżenie komfortu życia⁵⁴⁹ (np. stomia). Należy wówczas uczynić wszystko, ażeby zastosować sposób leczenia najbardziej dla pacjenta oszczędzający. Trzeba pamiętać, że pacjent bez kontaktu logicznego nie może ani się zgodzić, ani dokonać wyboru metody (o ile jakiś wybór pozostaje). Jednocześnie nie sposób stwierdzić jakichkolwiek jego hipotetycznych preferencji, bo zgodę wyrażał na coś innego.

Jeżeli przy okazji mało ryzykownego zabiegu pojawiła się konieczność wykonania nieprzewidzianej, radykalnej resekcji, ryzyko poważnie wzrasta: całego przedsięwzięcia w sumie, a także ryzyko związane z nieprzewidzianym zabiegiem. Na drugiej szali znajduje się jednak niebezpieczeństwo zaniechania. Przepis nie daje podstawy do porównań wielkości ryzyka: lekarzowi wolno („ma prawo”) działać, gdy bierność pociągnęłaby za sobą bezpośrednio co najmniej ciężki rozstrój zdrowia. Pęknięta macica stanowi tutaj wyrazisty przykład: pacjentka wybudzi się bezpłodna, jednak w przeciwnym razie nie wybudziłaby się

⁵⁴⁸ M. Filar: *Lekarskie prawo karne*, s. 270; tenże: *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*, s. 49.

⁵⁴⁹ Tak M. Kapko: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2008, s. 524.

w ogóle. Z kolei jeśli macica jest cała, ale nie chce się obkurczać – najpierw należy próbować sposobów na obkurczenie, a dopiero w razie niepowodzenia wykonać resekcję. W każdym razie ryzyko cesarskiego cięcia bez resekcji macicy jest wyraźnie mniejsze od ryzyka cesarskiego cięcia połączonego z resekcją. **Wzrost ryzyka sam w sobie nie rzutuje na dopuszczalność rozszerzenia pola operacyjnego.** Nie tędy droga. Można wręcz domniemywać, że każde rozszerzenie ryzyko takie zwiększa, pojawia się bowiem już to pilna potrzeba wykonania jeszcze jednego zabiegu, już to zwiększenia zakresu zabiegu zaplanowanego pierwotnie, już to zmiana sposobu wykonania⁵⁵⁰ – w domyśle: na bardziej radykalny. Niemniej M. Sośniak dostrzegł potrzebę porównania ryzyka⁵⁵¹, czym wprowadził w doktrynie niepotrzebny zamęt. Bilansować należy wszakże ryzyko wykonania z ryzykiem zaniechania⁵⁵², a samo ryzyko – inaczej rozpatrywać w kategorii bezpieczeństwa niż skuteczności. Rozszerzenie może okazać się dla pacjenta niebezpieczne w tym sensie, iż jego stan ulegnie pogorszeniu: z powodu rozszerzenia na przykład umrze jeszcze na stole operacyjnym. Gdyby nie rozszerzenie – na pewno by nie umarł, a w każdym razie nie zaraz i nie z tego powodu. Rozszerzenie spowodowało np. normalne powikłanie, które w przeciwnym razie by nie nastąpiło. Poniechanie rozszerzenia wkrótce doprowadziłoby jednak do śmierci (lub ciężkiego rozstroju zdrowia) w rezultacie pozostawienia własnemu biegowi nieoczekiwanie wykrytego procesu chorobowego. Rozszerzenie było więc co prawda ryzykowne, lecz bezalternatywne. Gdy chodzi o kwestię skuteczności – rozszerzenie może okazać się mało skuteczne w tym sensie, iż prawdopodobieństwo opanowania choroby będzie niewielkie, niemniej brak reakcji bezpośrednio doprowadzi do co najmniej ciężkiego rozstroju zdrowia⁵⁵³.

Powinno się to jednak odbywać wyłącznie w granicach art. 35. Nie wystarczy ustalić, że ryzyko zaniechania rozszerzenia przeważa nad ryzykiem wykonania. Ponadto stan stwierdzony u pacjenta musi grozić zgonem lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu. Nie mieszczą się w tej formule przypadki, w których być może lepiej byłoby pewną czynność wykonać niezwłocznie, niż odkładać na później, ale odsunięcie w czasie nie zagraża pacjentowi niczym szczególnym poza np. ponowną operacją.

⁵⁵⁰ M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. III, Warszawa 1989, s. 146.

⁵⁵¹ M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, s. 51.

⁵⁵² M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX., s. 162.

⁵⁵³ Zob. też S. Niemczyk, K. Niemczyk i A. Łazarska: *O granicach zgody pacjenta na czynność medyczną podwyższonego ryzyka*, s. 57.

Bez kwestionowania samej dopuszczalności rozszerzenia pola operacyjnego która jest niewątpliwie słuszna i potrzebna, trzeba jednak zwrócić uwagę na obszary możliwych nadużyć.

1. **Połączenie rozszerzenia z wadliwie rozumianym przywilejem terapeutycznym.** W praktyce wygląda to tak, że pomimo faktycznego postawienia diagnozy lub uzasadnionych podejrzeń co do określonego stanu chorobowego pacjentowi wmawia się coś innego, bagatelizuje jego stan względnie okłamuje, iż „jeszcze nic nie wiadomo” bądź „trudno coś jednoznacznie powiedzieć”. Chodzi o to, by pacjent czasem nie domyślił się, że jego stan jest poważny i wymaga leczenia radykalnymi metodami: np. amputacji nogi z powodu arteriosklerozy, czy – ze względu na schorzenie jelita grubego – wykonania sztucznego odbytu z przodu (stomia). Mógłby bowiem wyraźnie odmówić określonego sposobu leczenia i dopilnować, aby pozostały na to dowody. Zatem trzyma się go celowo w nieświadomości, aż wybudzi się z narkozy bez nogi lub z woreczkiem na kał przytroczonym do brzucha.
2. **Nieemożność postawienia diagnozy spowodowana niekompetencją lekarza.** Odbiera się zgodę pacjenta na zabieg diagnostyczny, połączoną ze zgodą blankietową na wykonanie tych czynności medycznych, które okażą się potrzebne. Zgodę blankietową należy ocenić w tych okolicznościach jako wadliwą, bo udzieloną bez dostatecznego rozeznania, skoro faktycznie możliwe było postawienie diagnozy na podstawie danych dostępnych przed zabiegiem⁵⁵⁴. Jeżeliby postawienie diagnozy było rzeczywiście niemożliwe bez „otwarcia pacjenta”, to odbieranie zgody blankietowej okazałoby się nieco lepszym sposobem postępowania niż działanie w ogóle bez zgody. Pacjent nadal nie wiedziałby, co dzieje się z jego organizmem, lecz przynajmniej spodziewałby się, że może zostać poddany dodatkowemu zabiegowi.
3. **Rozszerzenie przy okazji**, bo przecież „co szkodzi”, a można dzięki temu oszczędzić pacjentowi drugiej operacji i drugiego znieczulenia. Argument ten powraca ze strony lekarzy z ponurą monotonią, dlatego najwyraźniej wciąż trzeba przy każdej okazji powtarzać, że jest chybiony. Notowane są przypadki, gdy patologie stwierdzone przy okazji zupełnie innego zabiegu są likwidowane na bieżąco, bez pytania o zgodę. Myłona jest najwyraźniej, nieświadomie lub celowo, nagła konieczność spowodowana określony-

⁵⁵⁴ Podobnie rozumują S. Niemczyk, K. Niemczyk i A. Łazarska: *O granicach zgody pacjenta...*, s.56 oraz M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX s. 162.

mi zagrożeniami, z szeroko rozumianym „najlepszym interesem pacjenta”, a raczej tym, co lekarz sam za taki uważa. W orzecznictwie obcym z niepokojącą regularnością pojawiała się odpowiedzialność za sterylizację wielodzietnych pacjentek przy okazji innych zabiegów, w szczególności kolejnego cesarskiego cięcia⁵⁵⁵. W Polsce powoływane jest jedno takie orzeczenie i to niestety sprzed zaledwie paru lat⁵⁵⁶. Od lekarzy można natomiast usłyszeć w kuluarach więcej podobnych przykładów, z podaniem nazwisk osób wykonujących takie praktyki niemal rutynowo. Większość spraw nie wychodzi na jaw, ponieważ pacjentki nie są o fakcie informowane.

4. **Dezynwoltura i lekceważenie autonomii pacjenta.** Postawy takie spotyka się u lekarzy nieomalże na każdym kroku i powyższe spostrzeżenie nie ogranicza się w żadnym razie do rozszerzenia pola zabiegowego. W szczególności jednak daje się zaobserwować stosowanie klauzuli o zgodzie na rozszerzenie, umieszczanej „na zapas” i rzecz jasna w ciemno, na wszystkich formularzach zgody. Historia, która dała asumpt do poniższych rozważań, została zaczerpnięta z orzecznictwa Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie. Datuje się z roku 2007 i można ją zadeptykować wszystkim, którym wydaje się, iż praktyka pobierania od pacjenta zgody blankietowej przestała już być stosowana.

Pacjent, cierpiący na cukrzycę, poddał się operacji usunięcia wodniaka jądra. W ramach operacji zostało usunięte również jądro, o czym pacjent przekonał się ze zdumieniem dopiero z lektury karty wypisowej. W toku sprawy ustalono, co zresztą bez oporów przyznał pacjent, iż wyraził zgodę na operację wodniaka. Dokumentacja medyczna, na której złożył podpis w sprawie zgody na operację, sporządzona została przy użyciu ni mniej ni więcej, tylko uniwersalnej pieczętki z pustymi miejscami do wypełnienia, przede wszystkim o rodzaj zabiegu. Przy podpisywaniu dokumentu miejsce na zdefiniowanie zabiegu pozostało niewypełnione i w takim stanie historia choroby trafiła ostatecznie do Sądu. Obwiniony w sprawie lekarz zeznał beztrząsco, iż „– można było wpisać, no, po prostu przeoczyłem”. Dalsze postępowanie zaowocowało zeznaniem świadka – dyrektora ds. leczenia w szpitalu, na terenie którego przeprowadzono zabieg. Dyrektor wyjaśnił, że on sam ustalił ów uniwersalny wzór zgody

⁵⁵⁵ Zob. M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX 2010 r., s. 160. i n., M. Świdorska: *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa francuskiego*, *Prawo i Medycyna* nr 13 (vol. 5)/2003, s. 100.

⁵⁵⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19.II.2008 r., I ACa 34/08, z gl. M. Nesterowicza, *Przegląd Sądowy* nr 4/2011.

na operację, był to więc wówczas w tym szpitalu standard stosowany do wszystkich zabiegów operacyjnych. Jak tłumaczył: „– po różnych sytuacjach (...) że była to książeczka i pacjent z tego połowy nie rozumiał, czy nawet więcej”. Dyrektor postanowił więc „nieco uprościć” proces informowania pacjenta i odbierania zgody. Obmyślił pieczętkę „w miarę uniwersalną, a nie (...) indywidualną na każdy rodzaj zabiegu, bo to byłoby – jego zdaniem – przesadą”. Na pieczętce były wolne miejsca, „żeby można było napisać wykonanie zabiegu operacyjnego takiego i takiego rodzaju i możliwości powikłań; żeby nie robić szablonów na każdą okoliczność”. Owa uniwersalna pieczętka była była podówczas stosowana we wszystkich oddziałach „zabiegowych”. Trwało to stosunkowo krótko i od 2007 r. procedura pobierania zgody zmieniła się jeszcze kilkakrotnie. Świadek uważa, że „jeżeli pacjent podpisywał zgodę, to miał przynajmniej wyjaśnione podstawy zabiegu”. Jak dodał: „nie sposób pacjentowi (...) zacząć wyjaśniać powikłania od możliwości niekorzystnego, czyli zejścia”. Na pytanie, czy zdarzały się podobne sytuacje, gdy lekarze nie wypełniali wolnych miejsc i nie było wiadomo, do czego zgoda się odnosi, odpowiedział, że niestety tak [! – M.B.]. Treść pieczętki była następująca: **„Wyrażam/nie wyrażam zgodę na operację [tu pozostawione puste miejsce do wypełnienia] oraz ewentualną możliwość rozszerzenia zabiegu (śródooperacyjnie). Jestem poinformowany o stopniu ryzyka pooperacyjnego”**.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów Sąd ustalił stan faktyczny, który w znacznej części jest niesporny. Pacjent został przyjęty do szpitala z podejrzeniem wodniaka jądra i w celu poddania się operacji, którą zaproponował mu obwiniony. Zgodził się na operację wodniaka, z tym że tylko w formie ustnej, bo wymagana ustawą forma pisemna nie została dochowana. Wniosek o ukaranie dotyczył niezgodności między treścią zgody a zakresem faktycznie przeprowadzonej operacji – w części dotyczącej usunięcia jądra. Obwiniony dokonał u pacjenta usunięcia prawego jądra przy braku dostatecznego uzasadnienia. Nie jest powodem do takiego zabiegu ani sama obecność wodniaka, ani odnotowany w protokole operacji zanik jądra. Obwiniony zresztą sam to przyznał. Natomiast całkowicie gołosłownie powoływał się następnie na krwawienie, którego jakoby nie mógł opanować. Fakt taki nie został zanotowany w dokumentacji, chociaż (gdyby rzeczywiście się zdarzył), byłby absolutnie fundamentalny dla oceny przypadku i zostałby odnotowany. Nietypowo intensywnego krwawienia nie potwierdzili świadkowie, inni członkowie zespołu operacyjnego. Sam obwiniony początkowo podawał inny powód usunięcia jądra.

„Spornym pozostaje, jaka była treść informacji, którą obwiniony przekazał pacjentowi, zanim ten złożył podpis pod pieczętką. Obwiniony zapewnia, że

informacja była wszechstronna i obejmowała możliwość rozszerzenia zabiegu o usunięcie jądra. Pacjent natomiast potwierdza, że rozmawiał z lekarzem, ale tylko o samym usunięciu wodniaka. Nie był informowany o możliwości konkretnych powikłań czy też rozszerzenia operacji. Z wielu powodów należy w tej kwestii wierzyć pokrzywdzonemu. Po pierwsze chronologia zdarzeń sugeruje, że rzeczywiście dowiedział się o utracie jądra z opóźnieniem; gdyby zaś został poinformowany o możliwości usunięcia jądra przed operacją oraz że zostało to wykonane – nie byłby tak zaskoczony. Po drugie podczas składania wyjaśnień wyszło na jaw, iż obwiniony nie potrafi ukryć niechęci do informowania pacjentów w zgodzie z wymaganiami porządku prawnego, co wymaga pewnego czasu i wysiłku. Pacjenci, którzy takiej informacji od niego oczekują i zadają pytania, są według niego „uciażliwi”. Po trzecie ustawa narzuca dla zabiegów operacyjnych pisemną formę zgody. (...) Obwiniony pobrał od pacjenta na piśmie jedynie zgodę tzw. potocznie blankietową, która nawet w najogólniejszym zarysie nie wskazuje **ani rodzaju zaproponowanej pacjentowi operacji, ani na czym miałoby polegać ewentualne jej rozszerzenie**. Należy dodać, że nie ma przeszkód, by pobierać zgodę na zabiegi operacyjne ujęte alternatywnie, ale w takim wypadku każdy z członów alternatywy musi być określony i objęty zgodą. (...) Można więc uznać, że operacja ujęta jako usunięcie wodniaka jądra została rozpoczęta za zgodą pacjenta, choć bez zachowania wymaganej formy. (...) Natomiast skoro pokrzywdzony zaprzecza, by zgadzał się na rozszerzenie w postaci usunięcia jądra, a żadne źródło pisane zgody takiej nie odnotowuje, wyjaśnienie obwinionego musi być uznane za gołosłowne i niewiarygodne. (...) **W czasie operacji nie wystąpiły okoliczności, które zmuszałyby do niezwłocznej zmiany jej zakresu**”.

Z medycznego punktu widzenia trudno jeśli nie niemożliwe byłoby wprowadzać ograniczenia dla rozszerzenia pola zabiegowego w sytuacji zagrożenia. Nieprzewidziane nie da się wpasowywać w ramy hipotetycznych granic. Stan zagrożenia stanowi kryterium właściwe, niezależne od takich czynników jak podwyższone ryzyko lub ważność organu objętego interwencją. Odtwarzanie prawdopodobnej woli pacjenta na podstawie zgody już udzielonej, z tego samego powodu nie może prowadzić do logicznie zadowalających efektów. Żeby jednak konieczność usunięcia zagrożenia nie dawała pola do samowoli, należy przestrzegać następujących warunków:

- bezpośredniości zagrożenia;
- rzetelnego informowania pacjenta o wątpliwościach diagnostycznych i uzasadnionych podejrzeniach;
- rozszerzenia pola tylko w zakresie niezbędnym dla usunięcia zagrożenia;

- stosowania metod oszczędzających przed agresywnymi;
- bezwzględnego poszanowania jednoznacznych deklaracji pacjenta *pro futuro*;
- restryktywnego traktowania obowiązku konsultacji z drugim lekarzem;
- szczegółowego odnotowywania w dokumentacji.

To ostatnie jest potrzebne do ustalenia *ex post*, czy dana interwencja była rzeczywiście konieczna i podjęta w niezbędnym zakresie. Nagminnie spotykane w praktyce pobieżne i wręcz niechlujne prowadzenie dokumentacji powinno działać na niekorzyść lekarza: stwarzać faktyczne domniemanie przekroczenia zakresu dozwolonego przez art. 35. Widać to na przykładach omawianych orzeczeń: w sprawie karnej właściwie nie sposób było zdobyć orientację, czy zoperowana przepuklina była uwięźnięta, czy nie (gdyby w dokumentacji zapisano „uwięźnięta” – przypuszczalnie nie byłoby żadnego procesu). W sprawie cywilnej dotyczącej usunięcia przydatków i macicy nie wiadomo, jakie rozpoznanie zostało ostatecznie postawione i dlaczego usunięto również macicę. Pytanie, czy stany faktyczne zostały tak nieprecyzyjnie podane w uzasadnieniach dlatego, że ich medyczna istota sporu umknęła gdzieś w toku instancji, czy też nie udało się jej odtworzyć na podstawie dokumentacji. Sprawa z Sądu Lekarskiego ukazuje z kolei feralny szpital jako istne panoptikum, gdzie procedura odbierania zgody na zabiegi zmieniała się we własna karykaturę.

W takich okolicznościach pacjenci gubiąc się w domysłach podejrzewają najgorsze i formułują zarzuty na wyrost: że zabieg przeprowadzono przy przekroczeniu zgody i z pewnością wadliwie. Lekarze powinni raz wreszcie przyjąć do wiadomości, że z rozszerzenia pola zabiegowego należy szczegółowo się wy tłumaczyć i tylko takie szczegółowe tłumaczenie ma szansę uchronić ich przed odpowiedzialnością za samowolę. Ciężar dowodu co do spełnienia przesłanek z art. 35 spoczywa na stronie lekarskiej.

Postępowanie z pacjentem niemogącym wyrazić zgody (art. 33 i 34 ust. 7 uzawlek)

Unormowania art. 33 i 34 ust. 7 uzawlek. różnią się od sytuacji przewidzianych w art. 35 przede wszystkim tym, że mamy tutaj do czynienia z pacjentem od początku zetknięcia z lekarzem niemogącym skutecznie wyrazić zgody.

Niemniej art. 33 ust. 1 stanowi, że badanie lub udzielenie innego świadczenia zdrowotnego bez zgody pacjenta jest dopuszczalne, gdy 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. Obejmuje zatem

szerszą kategorię osób niż art. 34 ust. 7: odnosi się do wszystkich w takim stanie bez względu na przyczynę. Chodzi o faktyczną niemożność nadania komunikatu wynikłą zarówno z niekompetencji (formalnej lub materialnej), jak z powodu przeszkody faktycznej. Do tej drugiej grupy przykładowo da się zaliczyć pacjentów sparaliżowanych, oślepienie i ogłuchłe ofiary eksplozji, niemowlęta i dzieci⁵⁵⁷ czy trzęsących się staruszków. Jednocześnie zachodzi również faktyczna niemożność skontaktowania się z ewentualnym przedstawicielem ustawowym (lub – tylko na użytek zbadania – z opiekunem faktycznym). Podstawę faktyczną dla zastosowania tego przepisu może stanowić w szczególności wypadek autokarowy: do najbliższych szpitali zostają przewiezieni poszkodowani w różnym wieku i różnym stanie: jednemu trzeba nastawić złamaną nogę, a drugiemu – zeszyć pękniętą wątrobę. Nie wiadomo, którzy pacjenci powinni mieć przedstawicieli ustawowych i jak ich znaleźć. Dlatego niecelowe byłoby wprowadzanie rozróżnienia na rodzaje czynności: mogą to być wszelkie **niezbędne** czynności lecznicze związane zarówno z ryzykiem zwykłym, jak z podwyższonym⁵⁵⁸; przy poważnym zagrożeniu (utrata życia, ciężkim uszkodzeniem ciała, ciężkim rozstrojem zdrowia) bądź nie – **ustawa nie rozróżnia**. Czekać bowiem nie można, ale i nie ma na co: przy pacjencie nie ma nikogo upoważnionego do udzielenia zgody zastępczej, więc dokładnie wszystko jedno, **na jaką czynność** tej zgody nie da się uzyskać.

W takich okolicznościach trudno byłoby mówić o ograniczeniu autonomii pacjenta lub kompetencji decyzyjnych jego prawnego przedstawiciela: sam pacjent nie może podjąć decyzji lub jej przejąć i *de facto* nie ma zastępcy. Ważne jednak, aby strona lekarska działając w tych warunkach ograniczyła interwencję do czynności niezbędnych: takich, których niewykonanie spowoduje (bezpośrednio) szkodliwy i nieodwracalny skutek⁵⁵⁹; których odłożenie na później pociągałoby za sobą rezultaty takie jak: uniemożliwienie skutecznego wykonania zabiegu w przyszłości, przedłużenie terapii czy skomplikowanie procesu leczenia bądź rehabilitacji⁵⁶⁰. **Z tego względu należy odróżnić czynności niezbędne od tylko celowych.** Jedynie te pierwsze znajdują usprawiedliwienie na gruncie art. 33 ust. 1.

⁵⁵⁷ Skądinąd niekompetentne formalnie.

⁵⁵⁸ Pisaliśmy o tym już wcześniej wspólnie z P. Konieczniakiem w *Prawach pacjenta* (s. 288).

⁵⁵⁹ M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 288.

⁵⁶⁰ M. Safjan: *Prawo i medycyna*, s. 46.

W literaturze reprezentowany jest również pogląd o ograniczeniu art. 33 ust. 1 do sytuacji medycznych niewiążących się z podwyższonym ryzykiem, zaś art. 34 ust. 7 – do zabiegów podwyższonego ryzyka⁵⁶¹. Wynika on z przyjętego założenia, jakoby zakresy przepisów art. 33 ust. 1 oraz art. 34 ust. 7 krzyżowały się. Moim zdaniem krzyżowania nie ma, mimo iż hipotezą art. 33 ust. 1 objęci są również pacjenci niekompetentni: możliwość działania bez zgody uwarunkowana jest tutaj niemożnością jej otrzymania, podczas gdy na działanie bez zgody wg art. 34 ust. 7 (oraz art. 32 ust. 9) wolno powołać się mimo, iż możliwość taka (zastępczo) istnieje.

Ustawa wprowadza rozróżnienie tylko dla okoliczności dokonywania czynności leczniczych u pacjentów niekompetentnych: małoletnich, ubezwłasnowolnionych lub „niezdolnych do świadomego wyrażenia pisemnej zgody” (art. 34 ust. 3 i 7) – a zatem bądź niekompetentnych formalnie, bądź materialnie. Takie osoby albo mają przedstawicieli ustawowych, albo w ich zastępstwie może wypowiadać się sąd, co do zasady więc wiadomo kim jest przedstawiciel ustawowy, gdzie go szukać **oraz że jest on upoważniony do udzielania zgody zastępczej na każdą czynność medyczną**. Niemniej w okolicznościach analogicznych do tych określonych w art. 35 – gdy zwłoka zagrażałaby utratą życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia – stronie lekarskiej wolno jest ową zgodę **pomiąć**, gdy chodzi o zabiegi operacyjne lub czynności stwarzające dla pacjenta podwyższone ryzyko (ust. 7). Wolno ją pomiąć również w odniesieniu do badań lub czynności niestwarzających ryzyka podwyższonego, o ile ich poniechanie groziłoby tym

⁵⁶¹ T. Dukiet-Nagórska: *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, s. 94–95; M. Filar: *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*, s. 45; M. Kapko: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, (red. E. Zielińska), s. 497; J. Kulesza: *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielania pomocy*, Prawo i Medycyna nr 19/2005, s. 75; M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, s. 102–103; A. Suchocka: *Zakres działań lekarskich w fazie sztucznego podtrzymywania życia w prawie polskim i międzynarodowym*, Przegląd Prawa Europejskiego nr 1/2001, s. 50. Znana jest również bardziej zawila interpretacja tych przepisów – zob. M. Safjan: *Prawo i medycyna* s. 46–47. Z kolei M. Świdorska proponuje uchylić ust. 9 art. 32 i przeformułować ust. 7 art. 34 w sposób następujący: „Lekarz może wykonać czynności, o których mowa w ust. 1 bez zgody pacjenta, jeśli ze względu na stan zdrowia nie może on zgody wyrazić, lub bez zgody jego przedstawiciela ustawowego bądź bez zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia” (M. Świdorska, *Zgoda pacjenta...* s. 173–174).

samym rodzajem niebezpieczeństwa (art. 32 ust. 9 – odsyłający do art. 34 ust. 7). Art. 32 ust. 9 można uznać za *superfluum* ustawowe, jako że wystarczyłaby argumentacja *a fortiori*.

Podsumowując tę część rozważań: działanie bez zgody na podstawie art. 33 ust. 1 spowodowane jest faktem, że fizycznie nie można jej odebrać, ponieważ nie ma od kogo, a zwłoka spowoduje pogorszenie – **i dotyczy wszystkich pacjentów, którzy znaleźli się w tego typu sytuacji faktycznej**. Natomiast działanie bez zgody na podstawie art. 34 ust. 7 oraz art. 32 ust. 9 jest działaniem **bez zgody przedstawicieli ustawowych osób niekompetentnych** spowodowane stanem zagrożenia sprawiającym, iż pytać o zgodę nie trzeba. Art. 33 ust. 1 stosuje się w okolicznościach, gdy **nie można** porozumieć się ani z pacjentem, ani z jego ewentualnym przedstawicielem ustawowym; art. 34 ust. 7 i art. 32 ust. 9 – gdy co prawda z przedstawicielem ustawowym niekompetentnego porozumieć się **można, ale** ze względu na stan zagrożenia – **nie trzeba**. Art. 33 ust. 1 nie stanowi ograniczenia dla autonomii ze względu na całkowitą niemożność faktyczną uzyskania zgody ani od pacjenta, ani zastępczo. Można natomiast mówić o pośrednim ograniczeniu autonomii przez zastosowanie art. 34 ust. 7 lub art. 32 ust. 9 – ze względu na dopuszczalność przejścia ponad wymaganiem zgody zastępczej przedstawiciela ustawowego lub zastępczego zezwolenia sądu.

Uwagi doktryny koncentrują się bardziej wokół kryteriów niekompetencji oraz rodzajów czynności, niż oględności w ich przeprowadzaniu. Podwyższone ryzyko może być spowodowane samym rodzajem czynności medycznej i głównie w tym kierunku idą rozważania; warto jednak zauważyć, że równie dobrze o podwyższonym ryzyku decyduje stan kliniczny konkretnego pacjenta. Pozostaje faktem, iż w chwili podejmowania decyzji medycznej pacjent jest niekompetentny, podobnie jak na gruncie art. 35, lub z przyczyn natury faktycznej niezdolny do zakomunikowania swej woli. Tyle tylko, że kryteria oceny działań medycznych będą zróżnicowane w zależności od tego, z jakich przyczyn owa niekompetencja powstała.

Dorośla, sprawna umysłowo (i nieubezwłasnowolniona) ofiara wypadku, którą przywieziono do szpitala w stanie braku kontaktu logicznego lub niemożności komunikowania woli, będzie mogła powoływać te same ograniczenia i podnosić takie same zastrzeżenia jak pacjent poddany zabiegowi w ramach rozszerzenia pola operacyjnego. Chodzi o bezpośredniość zagrożenia, działanie tylko w zakresie niezbędnym dla jego usunięcia, stosowanie metod oszczędzających przed agresywnymi, bezwzględne poszanowanie wiadomych i jednoznacznych deklaracji *pro futuro* oraz poinformowanie *ex post*.

W imieniu małoletniego lub ubezwłasnowolnionego upominać się będzie przedstawiciel ustawowy, aczkolwiek kryterium oceny działań medycznych stanowi zobiektywizowane dobro podopiecznego, które w sferze decyzyjnej obowiązany jest realizować (a nie subiektywne preferencje przedstawiciela, jego osobisty światopogląd czy przynależność do związku wyznaniowego). To samo odnosi się do pacjenta przed wypadkiem w pełni kompetentnego, który po interwencji nie odzyskał kontaktu i ustanowiono dlań kuratelę.

Obowiązki skonsultowania się (w miarę możliwości) z drugim lekarzem oraz odnotowywania wszystkich istotnych dla sprawy faktów w dokumentacji dotyczą każdego z omówionych przypadków działania bez zgody pacjenta lub innych upoważnionych do tego osób. Jednakże gdy chodzi o pacjentów niekompetentnych faktycznie lub niezdolnych do komunikowania woli – obowiązek udokumentowania obejmuje w szczególności i zwłaszcza przesłanki owych niemożności⁵⁶², ponieważ stanowią one okoliczność decydującą dla powołania się na ustawowy wyjątek od zasady zgody pacjenta. W ich naginaniu upatruję podstawowe źródło nadużyć i potencjalny zamach na autonomię. Samych przepisów tak nie oceniam i uważam je za potrzebne – o ile będą uczciwie przestrzegane. Nie stwarzają ani gwarancji dla pacjenta, ani przywilejów lekarskich, a tylko wraz z art. 35 składają się na standard postępowania w stanach nadzwyczajnych wobec pacjenta niekompetentnego, bez kontaktu logicznego lub możliwości komunikacyjnej.

Przywilej terapeutyczny

Na treść przywileju terapeutycznego składa się nieinformowanie pacjenta o złym rokowaniu. Jest to okoliczność mocno utrwalona także w świadomości potocznej, z tym że szczegółowe przesłanki powołania się na ów przywilej bywają powszechnie przeinaczane. Dodatkowym źródłem nieporozumień jest Kodeks Etyki Lekarskiej, w tej części wyraźnie rozbieżny z ustawą lekarską. Art. 17 zd. drugie KEL mówi, iż „Wiadomość o rozpoznaniu i złym rokowaniu może nie zostać choremu przekazana tylko w przypadku, gdy lekarz jest głęboko przekonany, iż jej ujawnienie spowoduje bardzo poważne cierpienie chorego lub inne niekorzystne dla zdrowia następstwa; jednak na wyraźne żądanie pacjenta lekarz powinien udzielić pełnej informacji”. Jakkolwiek ta norma etyczna wydaje się *prima facie* sformułowana rygorystycznie, wynikają z niej konsekwencje wysoce niekorzystne z punktu widzenia poszanowania autonomii.

⁵⁶² M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 289.

Przed wszystkim etyka lekarska pozwala zataić przed pacjentem informację **w dowolnym zakresie, a więc również w całości**. Dobrze chociaż, że nie pozwala na okłamywanie. Ponadto – wystarczy głębokie przekonanie lekarza, że ujawnienie spowoduje niekorzystne dla zdrowia pacjenta następstwa lub – jako pierwszy człon alternatywy – bardzo poważne cierpienie. Ten pierwszy sformułowany jest kategorycznie i faktycznie odwraca uwagę od drugiego – już dużo bardziej liberalnego. Wreszcie – z zapisu wynika, że informacja zostanie ukryta w sposób definitywny, ponieważ nie zostanie przekazana ani pacjentowi, ani nikomu innemu. Reasumując – lekarz, żywiący subiektywnie głębokie przekonanie o niekorzystnym dla zdrowia pacjenta następstwie udzielenia informacji, może zataić przed nim bez ograniczeń rozpoznanie lub złe rokowanie i czyni to w sposób zupełnie niekontrolowany ze strony osób trzecich.

Przywilej terapeutyczny stanowi drugi spośród wyjątków od zasady pełnego informowania pacjenta⁵⁶³. Jego negatywny wpływ na autonomię jest oczywisty i nie wymaga wyjaśnień. Była już mowa o tym, że jako wyjątek powinien być interpretowany ściśle, bez możliwości rozszerzenia, jak również nie dopuszcza „wyjątku od wyjątku” w postaci powoływania się na stany nadzwyczajne i klauzule generalne. Przepis należy więc odczytywać literalnie, mimo wątpliwości, czy w takim brzmieniu spełnia swoje zadanie: „W sytuacjach wyjątkowych, jeżeli rokowanie jest niepomysłne dla pacjenta, lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i rokowaniu, jeżeli według oceny lekarza przemawia za tym dobro pacjenta. **W takich przypadkach lekarz informuje** przedstawiciela ustawowego pacjenta lub **osobę upoważnioną przez pacjenta** [podkr. M.B.]. Na żądanie pacjenta lekarz ma jednak obowiązek udzielić mu żądanej informacji” (art. 31 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza i o lekarzach medycyny).

Wynikają stąd następujące konsekwencje.

1. Przywilej terapeutyczny nie usprawiedliwia dowolnych ograniczeń informacyjnych, ani tym bardziej zafałszowań. Udzielenie informacji niepełnej podlega ścisłej reglamentacji. Informacja może być ograniczona, natomiast nie może zostać wyłączona zupełnie. Według Rafała Kubiaka *stan zdrowia i rokowanie* nie obejmuje rozpoznania⁵⁶⁴. Moim zdaniem nie jest to oczywiste, natomiast obowiązek powiadomienia o rozpoznaniu wynika z faktu, iż informację wolno tylko **ograniczyć** i logicznie nie potrafię wskazać takiego sposobu ograniczenia, który umożliwiałby nie-

⁵⁶³ Pierwszym jest uchylenie takiego obowiązku na wyraźne żądanie pacjenta – art. 31 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza i o lekarzach medycyny.

⁵⁶⁴ R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 375.

poinformowanie o rozpoznaniu. Kodeks Etyki Lekarskiej, który zamiast o stanie zdrowia, mówi o rozpoznaniu, rozmija się tutaj zatem z logiką ustawy, w czym nie ma zresztą nic dziwnego, skoro pozwala na niepoinformowanie, a nie na ograniczenie informacji.

2. Nie wystarczy samo tylko rokowanie dla pacjenta niepomysłne: sytuacja musi jednocześnie należeć do wyjątkowych. Wyjątkowość powinna wynikać przede wszystkim ze szczególnego stanu psychicznego pacjenta: swoistej „kruchości” jego kondycji, której naruszenie może spowodować opłakane skutki dla zdrowia. Wyjątkowość wypadku to nie np. utrata apetytu, a w każdym razie nie w każdych okolicznościach. Notowane są bowiem przypadki zgłodzenia się samemu przez pacjentów onkologicznych: radio – oraz chemioterapia powodują krępujące zaburzenia trawienne oraz utratę łaknienia. To, żeby pacjent odpowiednio się odżywił, urasta więc tutaj do rangi jednej z kluczowych kwestii leczenia.

Powstaje pytanie, czy o wyjątkowości decyduje podjęcie czynności dla ratowania życia. Moim zdaniem to za mało, ponieważ pacjent ma prawo z rozeznaniem zadecydować również o rozstaniu z życiem. **Niedopuszczalne jest więc usprawiedliwianie przywilejem terapeutycznym każdego niedoinformowania pacjenta, gdy ten ma zdecydować o poddaniu się zabiegowi ratującemu życie.** Problem przewija się w orzecznictwie tak polskim jak obcym, chociaż nie zawsze z przywołaniem *expressis verbis* instytucji przywileju terapeutycznego. Było już omówione orzecznictwo rodzime, wraz z przytoczeniem nawet stylistycznych, uwarunkowanych psycholingwistycznie, przejawów sądowego paternalizmu. Ogólnie przeważa konserwatywna tendencja do usprawiedliwiania lekarzy uchybiających obowiązkowi informacyjnemu w sytuacji ratowania życia. Utrzymane w tym duchu orzeczenie francuskie powołuje także Mirosław Nesterowicz⁵⁶⁵. Sąd uznał tam prawo lekarza do ograniczenia informacji w sprawie poważnej diagnozy, **jeżeli leży ono w interesie pacjenta**. [!] Dla porównania – w Kanadzie przywilej terapeutyczny jest w ogóle odrzucany⁵⁶⁶.

3. Powinno zostać wyeksplikowane, jakie to konkretne dobro pacjenta przemawia za ograniczeniem informacji. Chodzi tutaj o stworzenie przeciwwagi dla sformułowania ustawowego – jeżeli dobro pacjenta przemawia

⁵⁶⁵ Wyrok Sądu Kasacyjnego z 23.V.2000 r., D. 2000, J.470 Somm., za M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX, s. 172.

⁵⁶⁶ Sprawa *Meyer Estate v. Rogers* z 1991 r., za M. Nesterowicz, ibidem.

za tym „według oceny lekarza”. Włączenie czynnika subiektywnej oceny już się dokonało i na marginesie tylko można by z nim polemizować, jednak dobro pacjenta stanowi z kolei kryterium zobiektywizowane, które również wymaga zachowania. Żądanie podania obiektywnej przyczyny będzie miało za zadanie ograniczyć widzimisię lekarzy. Znane są lekarskie wypowiedzi na temat informowania pacjentów, od których wieje prawdziwą grozą prawnej ignorancji i lekceważenia obowiązku informacyjnego⁵⁶⁷, dlatego nie można traktować liberalnie żadnej z ustawowych przesłanek gwarancyjnych.

4. **Przy skorzystaniu przez lekarza z przywileju terapeutycznego aktualizuje się bezwzględny obowiązek poinformowania upoważnionych osób trzecich:** „w takich przypadkach lekarz informuje...” Gdy chodzi o pacjentów bez pełnej zdolności do czynności prawnych – automatycznie uprawniony do odbioru informacji jest przedstawiciel ustawowy. Wobec tego lekarzowi wolno ograniczyć informację kierowaną do pacjenta indolentnego bez pytania o zgodę ani podawania przyczyn, z jednoczesnym bezwzględnym obowiązkiem pełnego poinformowania przedstawiciela ustawowego ponad głową pacjenta.
5. Dorosły i sprawny umysłowo oraz nieubezpieczeniowy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego. Skorzystanie z przywileju terapeutycznego wymaga, zgodnie z ustawą, uzyskania pochodzącego od pacjenta upoważnienia do odbioru niepomysłnych informacji, udzielonego dowolnej osobie trzeciej. **Brak upoważnienia oznacza dla lekarza niedopuszczalność skorzystania z przywileju terapeutycznego.** W literaturze przedmiotu o tym wymaganiu autorom zdarza się zapominać⁵⁶⁸, dlatego tym bardziej należy je zaakcentować.

Powstaje pytanie, czy powinno to być upoważnienie szczególne, czy wystarczy by tak potraktować ogólne upoważnienie do odbioru informacji

⁵⁶⁷ Zob. M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 266–267, a zwłaszcza kuriozalny wywód pediatri Ewy Tuszkiewicz-Misztal.

⁵⁶⁸ Nie zapominają J. Bujny: *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, s. 147; M. Kapko: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyisty. Komentarz*, red. E. Zielińska, s. 454, K. Michałowska: *Informowanie...*, s. 113; J. Szpara: *Prawo do informacji medycznej w relacjach pacjenta z lekarzem*, *Prawo i Medycyna* nr 4/1999, s. 137. Wspomina o tym również, aczkolwiek dosyć powierzchownie, M. Świdarska: *Zgoda pacjenta...*, s. 157. Z kolei A. Dudzińska postuluje *de lege ferenda* uchylić w ogóle przywilej terapeutyczny i zastąpić go wyczerpującą rozmową w obecności psychologa. Zob. A. Dudzińska: *Wymagana informacja udzielona pacjentowi*, *Państwo i Prawo* nr 8/2008, s. 97.

o pacjencie, które z reguły jest proponowane (na podstawie art. 31 ust. 2 ustawy) w chwili przyjęcia do szpitala. Unormowanie przywileju terapeutycznego (art. 31 ust. 4) nie zawiera odesłania do art. 31 ust. 2 stanowiącego ogólną zasadę, iż udzielenie innym osobom informacji o stanie pacjenta wymaga jego zgody. Brak takiego odesłania oznacza moim zdaniem, że upoważnienie do odbioru informacji zawierającej w szczególności niepomysłne rokowanie, ma charakter szczególny. Krótko mówiąc – **przywilej terapeutyczny ogranicza prawo do informacji tylko jeżeli sam pacjent tego zechce**, podobnie jak art. 31 ust. 3 pozwalający na zrzeczenie się prawa do korzystania z informacji. Fakt upoważnienia osoby trzeciej nie jest zatem prawnie równoznaczny z rezygnacją z bycia informowanym w razie niepomysłnych rokowań, zwłaszcza że upoważnienie z art. 31 ust. 2 nie stanowi o zrzeczeniu się prawa do informacji przez samego pacjenta. Taka interpretacja mogłaby zostać przyjęta w praktyce, jednakże tylko pod warunkiem, że pacjent byłby o tym uświadomiony w sposób wyraźny, np. „Upoważnienie innej osoby do otrzymywania informacji o pacjencie stanowi jednocześnie rezygnację przez pacjenta z przyjmowania informacji niepomysłnych. W razie odmiennej woli należy to osobno zaznaczyć na formularzu” (zwłaszcza w momencie przyjęcia do szpitala).

Mirosława Kapko zwraca uwagę, że przypadek, gdy lekarz będzie miał pewność, iż pacjent upoważnił osobę trzecią do odbioru informacji także o niepomysłnym rokowaniu, zdarzy się w praktyce bardzo rzadko, ponieważ pacjent musiałby z góry przewidzieć, że diagnoza może być aż tak zła, iż nie chce o niej wiedzieć. Z tego względu zdaniem Autorki lekarz powinien powstrzymać się od samodzielnego wybrania zastępczego odbiorcy niepomysłnych informacji i poprosić pacjenta o jego wskazanie. Stoi też na stanowisku, iż względy funkcjonalne przemawiają za potraktowaniem wcześniejszego upoważnienia osoby trzeciej w trybie art. 31 ust. 2 jako obejmującego w szczególności rokowania niepomysłne [co do tego zgoda – M.B.] i pozwalające na omawianie ich z tą osobą⁵⁶⁹. Jak rozumiem z kontekstu, chodziło o omawianie z pominięciem pacjenta. Stanowczo i po raz kolejny⁵⁷⁰ sprzeciwiam się jednak interpretacji, choćby nie wiem jak funkcjonalnej i użytecznej w praktyce, jeżeli stoi ona w sprzeczno-

⁵⁶⁹ M. Kapko: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, s. 454.

⁵⁷⁰ Zob. M. Boratyńska, i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 270, przyp. 428.

ści z literą ustawy i – zwłaszcza – obowiązkiem poszanowania autonomii pacjenta. Wszystkie ustawowe wyjątki od tej zasady powinny być odczytywane ściśle, a w razie wątpliwości – interpretowane zawężająco. Czym innym jest dopuszczenie do tajemnicy lekarskiej na podstawie art. 31 ust. 2, a czym innym zrezygnowanie z informacji pewnego rodzaju. Tych dwóch rodzajów deklaracji nie wolno utożsamiać, chyba że pacjentowi wyraźnie o to chodziło.

W literaturze podnosi się, że taka interpretacja wypacza sens przywileju, skoro przed pacjentem nie da się nic zataić bez jego zgody. Jest to jednak rozwiązanie spójne z omówionym wcześniej zrzeczeniem się informacji. Przywilej dotyczy informacji szczególnego rodzaju i dlatego został uregulowany osobno, co nie znaczy, że w sposób odrębny. Przy założeniu, że zatajenie niepomyślnego rokowania byłoby dopuszczalne bez szczególnego upoważnienia pacjenta, powstaje pytanie, z jakiej racji miałyby być zastępczo informowane jakiegokolwiek inne osoby, gdy sam pacjent zachowuje sprawność umysłową. Polski ustawodawca jest konsekwentny w nienadawaniu żadnych samodzielnych uprawnień członkom rodziny lub innym osobom bliskim pacjentowi. Jedyne wyjątek podyktowała konieczność: gdy pacjent jest bez kontaktu logicznego, zastępczo informuje się o jego stanie bliskich. Dlaczego zatem „rodzina” miałaby być uprzywilejowana kosztem zainteresowanego, a ogólne upoważnienie do informowania rozciągało się automatycznie na wiadomości niepomyślne z jednoczesnym zrzeczeniem się ich przez pacjenta? Taka interpretacja korespondowałaby wprawdzie z przyjętą praktyką, jest jednak moim zdaniem zbyt daleko idąca. To praktyka jest wadliwa.

6. Nawet gdy pacjent zdecydował się samoograniczyć w odbiorze niepomyślnych informacji, wolno mu, jak zwykle w podobnych wypadkach, wycofać się ze wszystkiego i zażądać informacji pełnej. Musi jednak wykazać aktywność w przeciwnym kierunku niż jego poprzednia deklaracja. Brak jakichkolwiek deklaracji ze strony pacjenta oznacza, że w każdym przypadku należy mu się informacja pełna.

Gdy lekarz poweźmie wątpliwość, czy ten konkretny pacjent aby na pewno jest przygotowany na złe wiadomości – wolno mu upewnić się co do tego w sposób omówiony przeze mnie w podrozdziale dotyczącym zrzeczenia się prawa do informacji. Biorąc pod uwagę fakt, iż informacja niepomyślna jest bardziej „wrażliwa” od informacji neutralnej, lekarze powinni być bardziej wyczuleni na taktowne informowanie lub na pochodzące od pacjenta sygnały świadczące o braku gotowości. Powinni też

wykazać większą aktywność w celu upewnienia się, czy pacjent na pewno chce usłyszeć bolesną lub szokującą prawdę. W żadnym razie jednak, powtórzmy, nie wolno niczego zatajać bez wyraźnego upoważnienia ze strony pacjenta.

Powstaje także pytanie, czy pacjentowi wolno zadeklarować, że sam wiedzieć nie chce i nie życzy sobie informowania osób trzecich. Wbrew literalnemu brzmieniu przepisu art. 31 ust. 4, pozwala na to moim zdaniem ust. 3 tego samego artykułu: skoro pacjentowi wolno zrezygnować z każdej informacji, to skuteczność rezygnacji z wiadomości niepomysłnych nie może być uzależniona od upoważnienia osoby trzeciej do ich odbioru.

7. Przywilej terapeutyczny w żadnym razie nie może być rozumiany tak, jak w praktyce: w przypadku niepomyślnego rokowania u samodzielnego prawnie i umysłowo pacjenta lekarze informują jego „rodzinę” z całkowitym pominięciem głównego zainteresowanego oraz ustalając samodzielnie, komu z „rodziny” informacja zostanie wyjawiona. Na ogół jest to ta osoba, która sama zgłasza się do lekarza prowadzącego. Na podstawie własnego doświadczenia w związku z leczeniem członków rodziny nie stwierdziłam, żeby fatygowano się przynajmniej sprawdzić, czy jestem tą samą osobą, którą pacjent przy przyjęciu do szpitala upoważnił do odbioru informacji.
8. Nie może być też tak, że lekarz milczy lub unika poruszania pewnych tematów, dopóki pacjent o nie nie zapyta. W celu przeciwdziałania spotykanym nadużyciom, doradzałam swego czasu pacjentom aktywne upominanie się zawczasu o pełną informację, dopisywane do formularzy zgody na badania lub hospitalizację. Z punktu widzenia interesów pacjenta jest to rozwiązanie uchylające od razu na wstępie wszelkie wątpliwości; aktywność taka nie może jednak, zaznaczam to na wszelki wypadek, stanowić reguły zachowania wymaganej lub oczekiwanej przez lekarzy.

Konkretne regulacje przywileju terapeutycznego podyktowane są określoną aksjologią i stanowią funkcję ustawowego przyzwolenia na paternalizm lekarski. Aksjologia ta wyraża się w odpowiedzi na pytanie, czy ze względu na przywilej terapeutyczny pełna informacja należna pacjentowi:

- **powinna** być ograniczana dla jego dobra według oceny i przekonania lekarza;
- **może** być ograniczana dla jego dobra według oceny i przekonania lekarza;
- będzie ograniczana **tylko gdy sam pacjent zechce**.

Nie wszystkie rozważania w doktrynie obcej dadzą się przenieść wprost na grunt polski, ponieważ poszczególne regulacje krajowe mogą różnić się

bardzo poważnie. Niemniej możliwa jest co do zasady zarówno obrona istnienia i funkcjonowania tej instytucji niezależnie od detali konkretnych uregulowań, jak zupełne jej zanegowanie. Charakterystyczna dla tego drugiego zapatrywania jest opinia Sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Byrona White'a, wypowiedziana w sprawie *Thornburgh*: „W naturze świadomej zgody leży, że może ona wzbudzać niepokój pacjentki oraz umożliwić jej samodzielny wybór. Cecha ta jest racją jej istnienia i [...] jest to całkowicie dobra racja”⁵⁷¹.

Najbardziej wszechstronnie próbuje wyjaśnić zasadność przywileju terapeutycznego francuski profesor onkologii, Jacques Bréhant⁵⁷². Jego myśli stanowią jednocześnie bogate źródło wiedzy o humanitarnym postępowaniu z pacjentem, dlatego warto je streścić w całości oraz zadedykować tym lekarzom, którzy w świetle prawnego obowiązku informacji prezentują szczerą lub wystudiowaną bezradność w stylu: „to jak ja mam to pacjentowi powiedzieć?” Na argumentację, jak sam Bréhant przyznaje, wywarły wpływ osobiste doświadczenia, opisane na wstępie rozdziału pod znamiennym tytułem „Śmierć nieuchronna”. Chodzi o choroby długotrwałe, o rokowaniu niepomyślnym od chwili ich rozpoznania – niektóre odmiany raka i białaczki, choroba Hodgkina (inaczej ziarnica złośliwa), szpiczak mnogi i inne. Przez długi czas dadzą się one pogodzić z życiem prawie normalnym; specyfika relacji medycznych polega więc na tym, że lekarz ma do czynienia z pacjentem nie umierającym, ale chorym, o którym wiadomo, że jest skazany, tyle że sam o tym nie wie⁵⁷³. Dylemat moralny zasadza się na supozycji, że mają oni przed sobą kilka szczęśliwych lat życia, po których umrą i tak. Należy się domyślać, że prawda nie będzie zatem mieć wpływu na przebieg terapii, nie wzmoże ani nie osłabi woli walki z chorobą, natomiast zapewne wprowadzi zamęt w dotychczas spokojnym życiu. Autor nie udziela na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi. Beauchamp i Childress podają w „Zasadach etyki medycznej” obrazowy dylemat lekarza, który waha się, czy poinformować o nieuleczalnej chorobie nowotworowej pacjenta wybierającego się na długo oczekiwaną wycieczkę do Australii, po tym jak dopiero co z trudem odzyskał chwiejną równowagę nerwową po śmierci żony, zmarłej również na raka. Lekarz skłamał pacjento-

⁵⁷¹ *Thornburgh v. American College of Obstetricians*, 106 S.Ct. („Supreme Court Reporter”) 2169, 2199–2200 (1986), za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 163.

⁵⁷² J. Bréhant: *Thanatos. Chory i lekarz w obliczu śmierci*, (tłum. U. Sudolska), Warszawa 1993, s. 52–69.

⁵⁷³ J. Bréhant: *Thanatos* s. 52.

wi w żywe oczy (że jest on zdrowy) wiedząc, iż wyjazd będzie jedyną jaśniejszą chwilą w ciągu ostatnich lat oraz przy świadomości, że guz rośnie wolno, więc objawy wystąpią na pewno już po powrocie. Kazus ten autorzy zatytułowali jako dobroczynne kłamstwo⁵⁷⁴. Wiadomo, że nie tylko lekarze czasem tak postępują, ale łamiąc prawo lekarz powinien być przygotowany na odmienną ocenę faktów przez okłamanego i na przyjęcie jego słusznych pretensji.

Rozważania Bréhanta nie ograniczają się tylko do tego kręgu schorzeń. Pierwsze pytanie postawione przez Autora brzmi: skoro wiadomo, że wielu ludzi podejmuje ważne decyzje dopiero znalazłszy się w niebezpieczeństwie, to czy nie mają prawa wiedzieć, co ich czeka, ażeby w porę załatwić ważne sprawy. Argument ten wydaje się on jednak uważać za zbyt nacechowany logiką. Na tym tle dokonuje zestawienia modelu leczenia angloamerykańskiego z kontynentalnym. „W tym tak pragmatycznym kraju [chodzi o USA – M.B.], gdzie nikt się nie obrusza słysząc prawdę wypowiedzianą bez ogródek, w praktyce lekarskiej istnieje większa swoboda niż w naszych krajach, bardziej nasiąkniętych humanizmem i wrażliwością. Ponadto częste procesy w sprawach odpowiedzialności lekarskiej skłaniają lekarzy po drugiej stronie Atlantyku do »zabezpieczenia się« przed ryzykiem przez szczególnie skrupulatne informowanie chorych o ich stanie zdrowia”⁵⁷⁵. Przywołuje jednak uczciwie stanowisko francuskiego Ministerstwa Zdrowia, zgodnie z którym „każdy człowiek ma prawo do przeżywania własnej śmierci”. Wskazuje następnie na kontrolersję. Z jednej strony są bowiem zwolennicy ścisłego przestrzegania obowiązków wynikających z prawa, polegających na bezwzględnej niedopuszczalności zatajenia przed pacjentem żadnej decyzji bez jego wyraźnej zgody [w tej formule mieści się polska regulacja przywileju terapeutycznego – M.B.]. Po drugiej – ci, których zdaniem rozwiązanie to nie uwzględnia psychologicznych aspektów ujawnienia prawdy, które jakoby w dziewięciu na dziesięć przypadków „sieje zamęt w umysłach”, „zaszczepia wirus lęku”, a nawet stoi w sprzeczności z również ustawowym obowiązkiem niesienia zawsze pomocy drugiemu człowiekowi. Zwolennicy mówienia prawdy twierdzą także, że jej zatajenie oznacza traktowanie chorego jak osoby nieletniej i przez to obniża wartość relacji między lekarzem a pacjentem, że dokładne informowanie pozwala pacjentowi zachować szacunek dla lekarza, zaś okłamywanie pacjenta, choćby w najbardziej szlachetnych intencjach, jest graniem przed nim komedii. Na koniec – kłamstwo służy lekarzowi jako wygodny wybieg dla

⁵⁷⁴ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV. s. 531–532.

⁵⁷⁵ J. Bréhant: *Thanatos*, s. 54.

ukrycia własnego zakłopotania i nieprzyznania się do bezsilności. *Nie wydaje się* – jak pisze Bréhant – *by tyle zła było w tych, którzy są zwolennikami bardziej dyplomatycznego postępowania*⁵⁷⁶. Przyznaje jednak, iż przemilczenie wynika z lenistwa lekarza jest nie do obrony. I dalej. „Chory nigdy nie powinien odnosić wrażenia, że lekarz obywa się bez jego zgody w wyborze jakiejś decyzji, lub że po prostu zaniedbuje dawanie mu wyjaśnień. Jeśli lekarz postanawia działać z dyskrecją, musi ona wynikać z bardziej wzniosłych pobudek”⁵⁷⁷. Pochwałę „budującej prawdy” jako pozwalającej „zachować zaufanie”, a piętnowanie „upodlającego przemilczenia”, gdyż „szkodzi stosunkom” uważa za nieżyciowe, gdy lekarz znajdzie się twarzą w twarz z chorym. „Z chwilą bowiem, gdy zatajenie prawdy podyktowane jest wyłącznie względami ludzkimi, wydaje się, że delikatność takiej powściągliwości zasługuje na szacunek chorego nie mniej, jak sianie niepokoju. Nie należy zapominać o tym że tego, kto przekracza próg naszego gabinetu, jeśli czyni to z zaufaniem, prowadzi tam również nadzieja. Wszystko tu jest kwestią wyczucia, czyli jest tak subtelne, iż nigdy nie da się ująć w kodeks. Mniej ważne jest to, co zostanie powiedziane – każdy bowiem lekarz ma o tym własne zdanie – aniżeli to, w jaki sposób to zostanie przyjęte. (...) Chory nie może również (...) czuć się odsunięty. Ma prawo wiedzieć, wybierać, akceptować. Ale przyjmąwszy to, zauważmy, że niewielu chorych jest zdolnych znieść prawdę o rzeczywistym stanie ich zdrowia. Bardzo nieliczni, nawet będący „panami swoich nerwów”, potrafią zachować spokój, jeśli prawda ta nie jest im stopniowo ujawniana. Chory, którego odporność przecenilibyśmy, może być zdruzgotany, nieodwołalnie przybity stresem wywołanym nieopatrzным odsłonięciem prawdy”⁵⁷⁸. Ponadto człowiek chory przestaje się liczyć w pracy zawodowej: „w naszym społeczeństwie ludzi nieśmiertelnych – człowiek, który wie, że jest skazany, jest człowiekiem istotnie skazanym”⁵⁷⁹. I wreszcie: a może zostanie wynaleziony skuteczny lek. „Czyż nie jest rolą lekarza stawiać na wyleczenie we wszystkich okolicznościach, a więc zawsze podtrzymywać nadzieję?”⁵⁸⁰. Nawet transcendentne znaczenie prawdy dla pacjentów głęboko religijnych (służące odnalezieniu w sobie sił duchowych, pozwalających nadać nowy wymiar ich życiu) jest przez Autora podawane w wątpliwość: „jeżeli udaje nam

⁵⁷⁶ Ibidem, s. 56.

⁵⁷⁷ s. 56.

⁵⁷⁸ jw, s. 56–57.

⁵⁷⁹ s. 57.

⁵⁸⁰ jw.

się przeprowadzić taką rozmowę, to oczywiście daje nam ona zadowolenie, lecz nie należy zapominać, że w każdej chwili może ona wywołać dramat. Nawet księża potrafili popełnić samobójstwo, słysząc niezręcznie wypowiedziany werdykt – jak wynika z relacji kilku lekarzy podczas pewnego kongresu psychologii lekarskiej⁵⁸¹. Cytuje w tym miejscu aprobowując katolickiego pisarza G. Bernanosa: nie mamy prawa „niweczyć za jednym zamachem całej nadziei człowieka”⁵⁸². I dalej, już od siebie: „Prawda ta jest zazwyczaj źle przyjmowana, nawet przez umysły, u których można się było spodziewać największego hartu ducha. (...) Rzeczywistość (...) ukazuje nam, że codzienne konsultacje są często niczym innym jak przeżywaniem dramatu”⁵⁸³. Z drugiej strony – szczerą prawdą bywa jedynym sposobem na przekonanie chorego, aby poddał się leczeniu. Następnie – istnieją takie schorzenia, co do których nie da się przemilczeć prawdy, o ile pacjent ma udzielić rozeznanej zgody: na założenie przetoki tchawicznej, kałowej czy pęcherzowej. Dotyczy to wszystkich przypadków, gdy *konieczne jest leczenie kaleczące, zniewalające lub długotrwałe*: prawda pozwala zapewnić sobie większą współpracę chorych – zwłaszcza że w takich okolicznościach nie da się jej zataić na długo. Błędem psychologicznym jest w szczególności niedostateczna informacja o raku, gdy pacjent i tak kwalifikuje się do ośrodka specjalistycznego, gdzie wkrótce trafi i pozbędzie się wszelkich złudzeń. Dlatego, zdaniem Autora, pacjentowi onkologicznemu należy zawsze powiedzieć prawdę. Niemniej informacja ta powinna być wyjawiana stopniowo. „Rozpoznanie raka samo przez się nadaje się do takiego stopniowania. Odkrycie objawów raka, podzielenie się z chorym swymi wątpliwościami, potwierdzenie ich, upewnienie się, udowodnienie słuszności diagnozy wymaga zwykle kilku dni i przeprowadzenia szeregu rozmów z pacjentem. W ten sposób, każdy etap informacji (...) może stanowić logiczne następstwo poprzednich rozmów. W każdym razie, zasłaniając się koniecznością nowych badań i programując je odpowiednio w czasie, można najpierw ograniczyć się do niewielu wyjaśnień, by później posunąć się dalej, albo chwilowo na nich poprzestać. Takie odczekanie pozwala na obserwację reakcji chorego i na dostosowanie się do nich. Jeśli dojdziemy do wniosku, że trzeba być jeszcze bardziej powściągliwym, **wtedy na początek nawet kłamstwo może być usprawiedliwione** [podkr. M.B.] i będzie ono

⁵⁸¹ s. 58.

⁵⁸² s. 59.

⁵⁸³ jw.

stanowiło pierwszy stopień do poznania rzeczywistości”⁵⁸⁴. Jednocześnie wskazuje, iż wiadomo mu z doświadczenia, że taktowne potwierdzenie diagnozy raka jest przyjmowane przez chorych z mniejszym lękiem, niż można by się tego spodziewać, wykrety lekarza zaś mogą prowadzić chorego do najgorszych przypuszczeń. Zaniechanie wybiegów i przemilczeń pozwala na lepsze wzajemne zrozumienie między lekarzem a pacjentem. W dodatku okazuje się, że pacjenci ośrodków przeciwrakowych uspokajają się szybciej niż ich rodziny. Zdaniem Bréhanta jest to spowodowane „wciągnięciem w wir uczynnego mechanizmu”, tak że czują się w bezpiecznych rękach. Jednakże „kiedy mamy do czynienia z osobami niespokojnymi, często lepiej będzie nie spieszyć się z wyjaśnieniami, których możemy im udzielić wówczas, gdy słowo „rak” będzie w ich umyśle oznaczało to samo, co w naszym. Jest to kwestia, jaką część prawdy chory może znieść, zależnie od tego, co wie lub co sobie wyobraża. Trzeba oczywiście zorientować się, w jakim stopniu chory zna swoją chorobę i powoli sączyć mu informację według jego możliwości pojmowania, jak i zdolności przyjmowania”⁵⁸⁵. Jeszcze bardziej progresywne powinno być prowadzenie do decyzji na zabieg okaleczający, ponieważ każdy chory pragnie, by jego ciało pozostało nienaruszone.

Prawda jednak nie zawsze jest wskazana, ponieważ zdaniem Bréhanta chorzy potrzebują przede wszystkim uspokojenia. „Chorzy, nawet jeśli są zaznajomieni z diagnozą, winni zawsze zachować wiarę w przyszłość”⁵⁸⁶. Rozwiązaniem idealnym lecz trudnym do osiągnięcia jest dlań „sugerowanie prawdy bez niweczenia nadziei”⁵⁸⁷.

„Nie należy zapominać, że wypadki samobójstw zdarzają się szczególnie u tych, którzy nalegają, by powiedziano im prawdę”⁵⁸⁸. – Z rozważań Bréhanta wyłania się przeświadczenie, że samobójstwo chorego po powiedzeniu mu prawdy stanowi największą porażkę lekarza. Lepiej zatem prawdy nie mówić, żeby pacjenci nie popełniali samobójstw.

„Niektóre posunięcia chorych nie są wolne od przebiegłości. Będą oni udawać obojętność, oderwanie, lecz ich spokój będzie tylko pozorny. Wtedy lekarz zawsze czuje się nieswojo. Wbrew woli zostaje wciągnięty w sytuację, w której musi prześcigać się w chytrłości z chorym i wymijająco odpowiadać

⁵⁸⁴ s. 61.

⁵⁸⁵ s. 62.

⁵⁸⁶ s. 65.

⁵⁸⁷ s. 69.

⁵⁸⁸ s. 65.

na podstępne pytania. W tym pojedynku coraz to mniej podobnym do konsultacji, chory będzie nieustannie czatował na sprzeczne wypowiedzi lekarza, będzie uciekał się do kłamstw, by poznać prawdę⁵⁸⁹. – Ta część argumentacji staje się już wręcz niesmaczna. Bréhant zadał sobie wcześniej wiele trudu, by wyjaśnić, jak stopniowo i powoli wyjawiać jednak pacjentowi prawdę, by teraz wszystkiemu zaprzeczyć i zachęcać do uspokajających kłamstw. Rozumiem, że chodzi o wszechstronne naświetlenie problemu, jednak nie mogę zgodzić się ze stylistyką wypowiedzi – w szczególności o wciągnięciu lekarza wbrew jego woli w prześcigiwanie się z chorym na chytrość. Nic tutaj nie dzieje się wbrew woli lekarza: to on trzyma wszystkie sznurki i pociąga za nie, jak mu serce dyktuje. Trzeba było nie kłamać.

„Zniszczenie wiary w przyszłość wymaga odporności, na którą tylko nieliczni mogą się zdobyć. Zatem złagodzenie prawdy nie jest, jak utrzymują niektórzy, pozbawieniem chorego praw. Lekarz musi jednak pamiętać również o tym, że przez takie osładzanie prawdy może stać się niewolnikiem sytuacji, w której będzie musiał coraz to więcej zatajać. (...) Jeśli lekarz przesadnie zwleka z poinformowaniem pacjenta, prawda dotrze do niego za późno. (...) A kiedy chory odkryje prawdę, nastąpi dramat. (...) Rzadko się zdarza, by chory mający pełnię świadomości w końcu nie poznał prawdy”⁵⁹⁰. – Lepiej zatem stopniowo dozować prawdę, niż kłamać. Kłamstwo prędzej czy później wyjdzie na jaw i prawie pewne, że podkopie zaufanie pacjenta. Okłamywanie ani nie sprzyja budowaniu zaufania, ani nie wzbudza szacunku.

„Dobrze się składa, że w tym wypadku możemy się uciec do rodziny. Choć prawnicy znowu mówią nam, że prawda należy wyłącznie do chorego, dosłowne jednak stosowanie tej zasady byłoby pojmowaniem jej w sposób zbyt wąski. (...) Bliscy na ogół wolą, by pozostawiono chorego w niepewności⁵⁹¹. – Bréhant dotyka problemu, którego w nie ma ani w polskiej ustawie lekarskiej, ani (na szczęście) w Kodeksie Etyki Lekarskiej: informowania „rodziny”. Oba te akty – prawny i etyczny – zgodnie przewidują, że informowanie osób trzecich, w tym rodziny (o rodzinie w szczególności powiada tylko KEL) wymaga zgody pacjenta. Praktyka jest diametralnie odmienna i od dawna wiadomo, dlaczego: ponieważ lekarzom jest tak wygodniej, łatwiej – zwłaszcza gdy chodzi o wiadomości niepomysłne. Szukają więc dla takiej postawy uzasadnienia wyższymi racjami, jak Bréhant, lub nie szukają w ogóle tylko robią po swoje-

⁵⁸⁹ s. 65.

⁵⁹⁰ s. 65.

⁵⁹¹ s. 67.

mu za plecami pacjenta skazanego na domysły i próby wyczytania z wyrazu twarzy bliskich. Przywoływany przez Bréhanta francuski kodeks etyki lekarskiej rozmija się natomiast z ustawą: „Rokowanie poważne może być prawie zatajone przed chorym. Rokowanie śmiertelne może mu być ujawnione, na ogół jednak winno być ujawnione rodzinie, chyba że chory uprzednio zabronił informowania rodziny lub wyznaczył osoby trzecie, które należy informować”⁵⁹². Etyka lekarska stawia więc wyraźnie rodzinę na pierwszym miejscu informacyjnym przed chorym i Francuzi muszą się z tą sprzecznością między normą etyczną a ustawową borykać.

Znacznie grubszym uchybieniem, a plaga ta ma w Polsce równie szeroki zasięg, jest pytanie członków rodziny o opinię w sprawach dotyczących praw danego pacjenta, którą to opinię następnie lekarz uznaje za wiążącą, w szczególności – jak tutaj – co do nieinformowania samego chorego. Oba wspomniane zwyczaje są tak utrwalone, że obawiam się, iż żaden akt prawny długo nie zdoła ich wyplenić. Dobrze chociaż, że łamanie prawa w tym względzie jest jednocześnie łamaniem etyki lekarskiej, bo daje przez to więcej do myślenia, ale zwalczanie wspomnianej praktyki wciąż jawi się jako walka z wiatrakami. A główne pole do nadużyć stanowi stosowanie właśnie przywileju terapeutycznego: z członkami rodziny, zamiast z pacjentem, omawia się jego diagnozę, szczegóły stanu zdrowia, rokowanie oraz planowaną terapię.

„Rzadkie są jednak wypadki, by poinformowanie rodziny prowadziło do przykrych następstw. Przeciwnie, jeśli rodzina okaże się zdolna, by stanąć na wysokości zadania, to znaczy zostać powiernikiem lekarza, nie zdradzić się i nie poddać przygnębieniu, może być niesłychanie cenna. Dzięki rodzinie bowiem najlepiej poznamy usposobienie chorego, tak ważne w ocenie sytuacji. Tylko rodzina potrafi stworzyć właściwą atmosferę psychologiczną: jej troskliwość, prośby, rady w dużym stopniu pomogą choremu zgodzić się na leczenie, które nie zawsze mu odpowiada. Za pośrednictwem rodziny, jeśli wahamy się uczynić to wprost, będzie można również sugerować podjęcie przez chorego pewnych decyzji. Otoczenie, które potrafi dyskretnie i skutecznie działać, może służyć niezastąpioną pomocą. Trzeba ją więc dokładnie informować o sytuacji. (...) Bywają jednak przypadki, kiedy konsultację między lekarzem, rodziną a chorym nie są pozbawione dwuznaczności. (...) Jeżeli takie trudności wystąpią, trzeba je obejść. Można jednak stwierdzić, że na ogół nie są one poważne i że rodzina zwykle pozwala wytyczyć najwłaściwszą linię

⁵⁹² s. 53.

postępowania, by bez wstrząsów doprowadzić chorego do poznania prawdy. A ponadto, czyż niesienie ciężaru nie w pojedynkę nie dodaje siły?”⁵⁹³ – W ujęciu Bréhanta wygląda to bardzo pięknie i krzepiąco, jednak Beauchamp i Childress argumentujący podobnie, zauważyli przy tym trafnie, że nie każda „rodzina” jest godna zaufania, oddana i ofiarna. Nie brakuje też hipokrytów, którzy pod maską fałszywej troski mogą ukrywać własne konkretne interesy w dowiedzeniu się jak najwięcej o chorobie bliskiego (rozwód, spadek, przejęcie opieki nad wspólnymi dziećmi, odsunięcie od kontaktu z pacjentem „niewłaściwych” osób: kochanki, partnera homoseksualnego, konkubenta). Lekarz nie zna stosunków panujących w rodzinie pacjenta i przez to może łatwo dać się zmylić. Argument Bréhanta, że najlepszym źródłem informacji o pacjencie są członkowie jego najbliższej rodziny, można odwrócić: jedynym miarodajnym źródłem informacji o swojej rodzinie jest sam pacjent, więc należy bezwzględnie podporządkować się jego woli w kwestii, kogo i o czym wolno informować. Jeden z wyjątków od obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej także dotyczy tylko tych osób, co do których pacjent wyraził zgodę na ujawnienie.

„To nie ważność tych zasad trzeba kwestionować, lecz ich mechaniczne stosowanie”⁵⁹⁴ – powiada na koniec Bréhant i chwali francuski kodeks etyczny za dopuszczenie swobody interpretacji, bo pozwalający „na wybór postępowania, które uważamy za dobre”. I konkluduje: „Nadmiar przywilejów? Nie sądzę. Najwyżej trochę ojcowskiej władzy. Lecz wydaje mi się, że chory dostosowuje się do niej, co mówię, on jej bardzo potrzebuje”⁵⁹⁵. Ja natomiast pragnę zwrócić uwagę, że dorosły człowiek może pod cudzą władzę oddać się tylko z własnej woli i na własne wyraźne życzenie; w przeciwnym razie władza ta pozbawiona jest jakiegokolwiek legitymacji.

Prawo do arbitralnej decyzji, iż prawda zaszkodzi pacjentowi, stanowi przejaw najsilniejszego paternalizmu. W oparciu o orzecznictwo obce można by się pokusić o sporządzenie swoistej mapy stref wpływów etyk deontologicznych oraz utylitarystycznej. Rodzime uregulowanie tak prawne jak etyczne wpisuje się w formułę wyczerpującego informowania, zgodnie z utylitarystycznym przeświadczeniem, iż w braku odmiennnej woli pacjenta jest on jedynym autorytetem w sprawie podejmowania decyzji medycznych przy pełnej informacji. Niemniej orzecznictwo przechyla szalę na korzyść ochrony

⁵⁹³ s. 67.

⁵⁹⁴ s. 68.

⁵⁹⁵ s. 69

paternalizmu lekarskiego i jest to linia wyrokowania wciąż obecna: wystarczy sytuacja ratowania życia, by usprawidliwiane były uchybienia informacyjne.

Na przywilej terapeutyczny należy patrzeć jako na wyjątek od zasady pełnego informowania. Powiada się, że za podejmowane decyzje odpowiedzialność ponosi decydent. Skoro więc lekarz miałby decydować ponad głową pacjenta, powinien być przygotowany w szczególności na odpowiedzialność za niezłatwione sprawy, które pozostawił po sobie nieboszczyk, nieświadom iż kres jego życia jest bliski. Zatajenie informacji pozbawiło go możliwości uporządkowania kwestii majątkowych jak testament czy ewentualne rozdyponowanie majątkiem za życia, uregulowanie spraw prowadzonego przedsiębiorstwa; osobistych – jak uznanie pozamałżeńskiego dziecka, wniesienie sprawy rozwodowej, zabezpieczenie finansowe konkubenta lub kochanki, pożegnanie się z rodziną. Sam pacjent już w grobie, więc nie może podnosić zastrzeżeń, ale przy życiu pozostały osoby, którym niespodziewana śmierć bliskiego zrujnowała życie bardziej niż spodziewana. Decydowanie o nieinformowaniu ponad głową pacjenta stanowi przejaw całkowitego lekceważenia tego rodzaju potrzeb. Tymczasem wiadome jest, iż bardzo wielu umierającym łatwiej pogodzić się z nieuchronnym, gdy zdążyli swoje sprawy pozatłatwiać. Dzięki temu umierają spokojniejsi. Jest to wartość warta uszanowania.

Mirosław Nesterowicz powołuje wyrok niemieckiego Sądu Rzeszy jeszcze z 1933 r., w którym zostało orzeczone, że przed chorym nie wolno zataić choroby niebezpiecznej dla życia, np. raka, ażeby mógł on przed operacją uporządkować swoje sprawy osobiste⁵⁹⁶.

Przywilej terapeutyczny służy lekarzowi tylko jeżeli pacjent mu go wyraźnie nada. Usprawiedliwia ograniczenie informacji, co nie oznacza ani zatajenia rozpoznania, ani kłamstw. Zarezerwowany jest dla sytuacji wyjątkowych, a to nie przekłada się automatycznie na przypadki terapii koniecznych dla ratowania życia. Decyzję lekarza pozwala co prawda oprzeć na subiektywnym przeświadczeniu, ale uwarunkowanym obiektywnie pojmowanym dobrem określonego pacjenta. Z oczywistych względów nie ma obowiązku odnotowania go w dokumentacji, tym bardziej jednak należy poddawać głębokiej analizie przyczyny jego zastosowania w konkretnych przypadkach. Nie może być w żadnym razie ostatnią linią obrony lekarza na wypadek niedoinformowania pacjenta. Kodeks Etyki Lekarskiej nakazuje informować chorego z taktem i ostrożnością i jest to wytyczna bardzo cen-

⁵⁹⁶ M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX., s. 166.

na zwłaszcza przy upewnianiu się, czy pacjent chce przyjąć niepomyślną wiadomość. KEL pozwala nie ujawnić informacji w ogóle i w tej części jest sprzeczny z ustawą, natomiast zgodny z potocznym rozumieniem przywileju (co nie stanowi zalety) i z utartą praktyką przeciwną prawu. Jacques Bréhant jako doświadczony lekarz praktycznie doradza informowanie progresywne i w sumie opowiada się mimo wszystko za mówieniem prawdy, a drobne kłamstwa usprawiedliwia tylko w początkowej fazie informowania. Nie waha się jednak pertraktować z członkami rodziny za plecami pacjenta – pozwala mu na to francuska etyka lekarska, nie pozwala zaś francuska ustawa, a naszym lekarzom – polska.

Polskie unormowanie przywileju terapeutycznego oceniam jako dostatecznie szanujące autonomię pacjenta, pod warunkiem iż wszystkie przesłanki będą odczytywane ściśle i bezwzględnie przestrzegane – a wiadomo, że nie są. Nasze prawo medyczne nie zubożałoby zatem w najmniejszym stopniu, gdyby przepis art. 31 ust. 4 uchylić. Wówczas przynajmniej nie byłoby czego nadużywać, a dla zrzeczenia się przez pacjenta oraz upoważnienia innej osoby do odbioru informacji pewnego rodzaju dałoby się zastosować art. 31 ust. 2 i 3. Jest to podejście utylitarystyczne, stawiające na pierwszym miejscu prawo pacjenta do samostanowienia w sprawach czysto osobistych. Pacjent zawsze może zrezygnować z bycia informowanym, trzeba go tylko z odpowiednią dozą delikatności zapytać, czy chce. Może również w każdym momencie zmienić zdanie. Postulaty, ażeby nadawać lekarzowi w tym zakresie uprawnienia silniejsze od obecnie istniejących, to nic innego jak czysty paternalizm twardy, wyrastający z różnego rodzaju etyk deontologicznych. I kolejny argument na rzecz tezy, że lekarska etyka deontologiczna może dla pacjenta stać się kamieniem u szyi.

Klauzula sumienia. Klauzula sumienia stanowi najsilniejszy przywilej lekarski. Niebezpieczeństwo wiążące się z tym dla pacjentów polega na nadużyciach wynikających ze zbyt powierzchownej interpretacji. Przyjęło się sądzić, że na tej podstawie lekarzowi wolno odmówić wykonania każdej czynności medycznej, ilekroć kłóci się ona jakoby z jego sumieniem. Argument ten służy jako wytrych, a stosowanie go odbywa się z jawnym pogwałceniem gwarancji dla pacjenta, jakich dostarcza ustawa. Tytułem przykładu można wskazać odmowę przerwania ciąży pozamacicznej – niemającej szans na pomyślny rozwiązanie w sensie urodzenia zdrowego dziecka, a ponadto zagrażającej życiu matki. Innym przykładem zaczerpniętym z orzecnictwa jest uzasadniona

klauzulą sumienia odmowa skierowania na badanie diagnostyczne. Dlatego od razu na początek należy rozstrzygnąć następujące kwestie:

- w jakich okolicznościach szczególnych lekarz nie ma prawa odmowy;
- od jakich świadczeń lekarzowi wolno się powstrzymać z powołaniem na klauzulę sumienia, jakie zaś nic wspólnego z sumieniem nie mają;
- jak przedstawiają się obiektywne kryteria oceny sumienia u konkretnego lekarza i jak to rzutuje na uzyskanie przez pacjenta świadczenia na terenie całej placówki;
- retoryczne pytanie – ile sumień może mieć lekarz i jakie są tego konsekwencje;
- wreszcie – ustawowe gwarancje dla pacjenta, warunkujące skuteczność powołania się na klauzulę sumienia wraz z kluczową, jak się okazuje, sprawą ich egzekwowania.

Zgodnie z art. 39 uzawlek. „lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego”.

Przepis ten ma za zadanie chronić tzw. integralność moralną lekarza, która mogłaby ulec naruszeniu w sytuacji, gdyby musiał pod prawnym przymusem wykonać czynność uznawaną przez siebie za moralnie nie do przyjęcia. Lapidarnie i w uproszczeniu – ma on zabezpieczać lekarza przed przyszłymi wyrzutami sumienia. Moralne opory lekarza przez spełnieniem oczekiwań pacjenta mogą się najczęściej pojawiać przy interwencji medycznej w ogóle pozbawionej celu leczniczego, względnie przy niektórych nietypowych sposobach leczenia. W tym kontekście wymienia się m.in. uporczywą terapię, zaprzestanie podtrzymywania życia, przerwanie ciąży, antykoncepcję, sterylizację na życzenie, niektóre zabiegi chirurgii estetycznej.

1. Szczególnymi okolicznościami wykluczającymi całkowicie powołanie się na klauzulę sumienia są stany naglące w rozumieniu art. 30 uzawlek. tzn. gdy zwłoka w udzieleniu pomocy „mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach nie cierpiących zwłoki”. Wówczas rzecz ma być poza dyskusją: lekarz powinien wykonać daną czynność niezależnie od osobistych dylematów moralnych. Jest to dla pacjenta klauzula gwarancyjna, która w sytuacjach ekstremalnych zapewnia,

a w każdym razie powinna zapewnić mu pomoc lekarską. Jako przykład takiego zagrożenia można wskazać: ciążę pozamaciczną, która powinna być przerwana możliwie najprędzej czy ciążę, której wzrost grozi pęknięciem macicy lub świeżej blizny pooperacyjnej. Do takich przypadków należy również sterylizacja terapeutyczna w celu wyeliminowania wpływu produkowanych hormonów płciowych na wzmożenie procesu nowotworowego. Gros podawanych przykładów dotyczy sfery praw reprodukcyjnych, ponieważ praktyka pokazuje, że w tej dziedzinie opory moralne lekarzy są najsilniejsze; prym wiedzie rzecz jasna kwestia przerywania ciąży oraz ordynowania środków antykoncepcyjnych.

Trzeba na początek postawić pytanie, co oprócz utraty życia, ciężkiego rozstroju zdrowia lub ciężkiego uszkodzenia ciała oznacza „przypadek niecierpiący zwłoki”. Można tutaj wymienić wykonanie ryzykownego lub inwazyjnego badania, którego poniechanie spowoduje niemożność uzyskania miarodajnego wyniku lub konieczność powtórzenia obciążających dla zdrowia pacjenta przygotowań; legalne przerwanie ciąży defektywnej lub pochodzącej z czynu zabronionego w ostatnim momencie, gdy jest dopuszczalne; niewykonanie szczepienia ochronnego, które wymaga podania w ściśle określonym czasie dla zachowania ciągłości uodpornienia⁵⁹⁷; niewykonanie zastrzyku istotnego dla rozciągniętego w czasie procesu terapeutycznego, który trzeba będzie zaczynać od początku. Słowem – **przypadki, gdy zwłoka stanowi zagrożenie dla wyraźnie określonych przez prawo lub już nabytych praw pacjenta**: jeżeli spóźnione wykonanie badania traci sens; jeżeli pacjentka ma prawo do przerywania ciąży, które z powodu zwłoki utraci; jeżeli po pierwszej dawce szczepienia należy w konkretnym przedziale czasowym podać następną; jeżeli zapoczątkowany już proces terapeutyczny wymaga sekwencji czynności, bez której zachowania nie ma szans na powodzenie.

2. Świadczeniem zdrowotnym według ustawy o działalności leczniczej jest działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia

⁵⁹⁷ Chodzi o drugą lub trzecią dawkę specyfiku. Na ogół lekarze nie wzbraniają się przed szczepieniem pacjentów, są jednak nowe szczepionki, wobec których daje się zaobserwować negatywne nastawienie. Najbardziej wyrazisty przykład pochodzi, jakże by inaczej, ze sfery zbliżonej do praw reprodukcyjnych: chodzi o szczepienia młodzieży przeciwko HPV (wirus brodawczaka ludzkiego odpowiedzialny m.in. za raka szyjki macicy), które zdaniem niektórych zachęcają do rozwiązłości...

lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Jest to ujęcie bardzo szerokie i na tym tle powstaje pytanie, czy może być przeniesione dosłownie na grunt art. 39 ustawy. Z kolei w ustawie lekarskiej wymienione są przykładowo (w art. 2 ust. 1 ustawy) lekarskie czynności zawodowe, na które składają się: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych, udzielanie porad lekarskich oraz wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich. Już na podstawie tego katalogu da się wyeliminować niektóre czynności, co do których lekarzowi nie przysługuje odmowa z powołaniem się na klauzulę sumienia⁵⁹⁸. Wprawdzie ustawa nie rozróżnia, jednakże niektóre spośród czynności zawodowych lekarza mają charakter etycznie obojętny, przez co nie mają jak kłócić się z sumieniem. Argumentacja nierozróżniająca co do rodzaju świadczenia zdrowotnego może okazać się dla lekarzy dogodna, ażeby faktycznie odciąć pacjentów nawet od informacji. Teoretycznie lekarz korzystający z klauzuli sumienia ma obowiązek przekierować pacjenta tak, aby ten zyskał realną możliwość uzyskania świadczenia gdzie indziej, nie jest to jednak gwarancja absolutna: realna możliwość nie oznacza pewności. A sama informacja nie jest moim zdaniem w żaden sposób uwikłana aksjologicznie. Powtarzane są co prawda argumenty, iż „wiadomo, do czego pacjentowi posłuży”, względnie, że właśnie „nie wiadomo jak ta informacja zostanie później wykorzystana”. Owszem, wiadomo: do podjęcia decyzji w sprawie rozeznanej zgody na czynność medyczną. Nie zmienia to jednak faktu, iż żaden sposób wykorzystania nie wywiera wpływu na wymiar aksjologiczny samej informacji. Tak więc pozwalam sobie twierdzić, że świadczenia zdrowotne służące uzyskaniu informacji o stanie zdrowia pacjenta z zasady nie kwalifikują się jako zależne od sumienia, aksjologii czy światopoglądu. Zwłaszcza iż klauzula sumienia stanowi wyjątek ograniczający prawa pacjenta, wymaga zatem interpretacji minimalistycznej. **Prawo pacjenta do informacji jako aksjologicznie neutralne powinno zawsze stać poza i ponad klauzulą sumienia.** W przeciwnym razie można by uznać za zbędny przywilej terapeutyczny: wystarczyłoby, aby lekarz zasłonił się klauzulą sumienia. Wtedy nie musiałby informować nikogo oprócz przełożonych i wszystkie gwarancje wynikające dla pacjenta z zapisów art. 34 ustawy nadawałyby się tylko do kosza.

⁵⁹⁸ Odmiennie R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 224 – którego zdaniem klauzula sumienia uprawnia „praktycznie” do powstrzymania się przed wykonaniem każdej czynności zawodowej.

Badanie stanu zdrowia stanowi warunek konieczny wszelkich decyzji lub propozycji medycznych; gdy lekarz styka się z pacjentem pierwszy raz, nie dysponuje przed zbadaniem żadnymi danymi, które mogłyby znaleźć się w opozycji do jego sumienia. Sam wygląd pacjenta też nie daje po temu podstaw, nie wolno bowiem przecież odmówić pacjentowi ze względu na jego przynależność do jakiegokolwiek grupy: to byłaby dyskryminacja zakazana przez art. 3 KEL. Badanie podstawowe składa się z wywiadu i badania przedmiotowego. Na badanie przedmiotowe (fizykalne) składa się z kolei: osłuchiwanie, opukiwanie oraz badanie palpacyjne. Czy ginekologowi wolno odmówić badania podstawowego pacjentki zgłaszającej się po środki antykoncepcyjne? Wolno moim zdaniem odmówić porady lub wypisania recepty. Żeby zyskać dane do udzielenia porady, trzeba wcześniej zbadać. Deklaracja z góry o nieudzieleniu porady przekreśla sens badania, niemniej badanie służy tylko uzyskaniu wiedzy. Przy badaniu może się okazać, że pacjentka ma raka, jest w ciąży bądź w innym stanie, ze względu na który kwestia antykoncepcji staje się w ogóle bezprzedmiotowa (usunięta macica, usunięte jajniki, podwiązane jajowody). Etycznie uwikłane mogą wydawać się *prima facie* co najwyżej niektóre diagnostyczne badania dodatkowe, zwłaszcza te o charakterze inwazyjnym (np. amniopunkcja genetyczna). Ich potrzeba może wynikać z badania przedmiotowego lub z przepisów szczególnych. Badanie podstawowe stanu zdrowia wydaje się więc etycznie obojętne. To samo dotyczy rozpoznawania chorób. Zarówno badanie jak rozpoznawanie chorób służy tylko zdobyciu wiedzy.

Zapobieganie chorobom może odbywać się na różne sposoby: podawany był przykład radykalnej mastektomii dla zapobieżenia rakowi piersi oraz sterylizacja celem zapobieżenia rakowi jajnika; można sobie wyobrazić, iż tak radykalne sposoby zapobiegania kłócą się z czymś sumieniem. W pojęciu leczenia na pewno również znajdują się metody, których niektóre sumienia nie zdołają zaakceptować. Gdy chodzi o rehabilitację sprzeczną z nakazami sumienia, pacjent może przykładowo nalegać na poddanie go morderczym zabiegom w przyspieszonym czasie i nieodpowiednim do jego stanu, co z kolei grozi sforsowaniem lub innym pogorszeniem zamiast poprawy. Co do porad – pacjent może domagać się najróżniejszych; wystarczy wskazać prośbę o konsultację w sprawie bezbolesnego samobójstwa lub skrócenia cierpień nieuleczalnie chorej osobie bliskiej – są więc na pewno takie, których treść okazałaby się spreczna z niejednym sumieniem; w tym również porady co do środków antykoncepcyjnych.

Porada może przyjmować postać zalecenia określonych zachowań. Na treść porady w sprawie antykoncepcji składa się, po rozpoznaniu potrzeb pacjentki i zbadaniu jej stanu zdrowia – zalecenie odpowiednich środków połączone w razie potrzeby z wystawieniem recepty na farmaceutyki, przy słusznym założeniu wyjściowym, że pacjentka będzie je przyjmować. Jak zawsze przy środkach farmaceutycznych, powstaje kwestia odpowiedniego dawkowania, przestrzegania pewnych zasad ostrożności, ustalenia przeciwwskazań bieżących lub na przyszłość oraz niebagatelny problem skutków ubocznych. Nie można zatem moim zdaniem twierdzić, iż wystawienie recepty nie stanowi wykonania świadczenia zdrowotnego w rozumieniu art. 39 ustawy⁵⁹⁹.

Natomiast wydanie opinii lub orzeczenia musi opierać się na rzetelnej wiedzy medycznej, a więc na przesłankach obiektywnych i weryfikowalnych naukowo. Nie ma tu miejsca na sprzeczność z sumieniem. Innego zdania był Trybunał Konstytucyjny, który opowiedział się za dopuszczalnością powołania się na klauzulę sumienia przez lekarza mającego wydać opinię w sprawie istnienia wskazań medycznych do przerwania ciąży⁶⁰⁰. Uzasadnienie tego poglądu zostało zaczerpnięte ze stanowiska w sprawie (odpowiedź na wniosek) wyrażonego przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej – „że orzeczenie takie zawiera w sobie element wiedzy medycznej, oceny społecznej i deklaracji etycznej i że przesądzając o dopuszczalności zabiegu musi być w kategoriach etycznych traktowane tak samo jak przeprowadzenie zabiegu”⁶⁰¹. Oznaczałoby to, iż każdy lekarz stwierdzający medyczne przesłanki dla dopuszczalności przerwania ciąży byłby tym samym gotów wykonać zabieg. Błąd w rozumowaniu, polega tutaj na utożsamieniu z etycznego punktu widzenia czynności natury percepcyjnej („zaobserwowano, że...”) oraz psychofizycznej – czyli samej tylko obserwacji z fizyczną interwencją. Przy tej argumentacji lekarz mógłby uchylić się od wydania każdego orzeczenia medycznego, ponieważ żadna dyrektywa techniczna nie ma charakteru czysto przyrodniczego i zawiera element wartościujący. W orzeczeniu medycznym chodzi o stwierdzenie faktów takimi, jakimi są i sformułowanie wniosku zgodnego z prawdą. Obserwacja faktów nie jest tożsama z działaniem ani

⁵⁹⁹ Odmiennie E. Zielińska: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyisty. Komentarz*, red. E. Zielińska, s. 557.

⁶⁰⁰ Wyrok TK z 15 stycznia 1991 r., U 8/90, OTK 1991.

⁶⁰¹ Ibidem.

nawet z gotowością do działania (zwłaszcza iż orzeczenie może pochodzić od lekarza niebędącego ginekologiem), wobec tego nie ma podstaw do traktowania obserwacji w tych samych kategoriach etycznych co działania. Wskazane trzy elementy: wiedzy medycznej, oceny społecznej oraz deklaracji etycznej powinny być traktowane rozłącznie. Osobno warstwa faktów – czyli symptomy ewentualnej choroby; osobno diagnoza polegająca na podciągnięciu faktów pod rozpoznanie medyczne, na koniec – zakwalifikowanie rozpoznania zgodne z ustawą jako wskazania do przeprowadzenia zabiegu. Ostatni element zawiera dopiero oprócz medycznej również ocenę społeczną, natomiast nadal nie ma nic wspólnego z etyką. Ponadto w obecnym stanie prawnym Trybunał Konstytucyjny nie jest powołany do zastępowania ustawodawcy w sensie wypełniania luk aksjologicznych w ustawie. Luka taka w istocie nie jest luką, tylko tym, co się komuś wydaje, że powinno znajdować się w ustawie. Trybunał jest władny uznać przepis za niekonstytucyjny lub niekonstytucyjność konkretnych jego zastosowań (interpretacja zawężająca), nie może natomiast nakazywać rozszerzającej wykładni tam, gdzie uważa, że powinna być zastosowana.

Jak słusznie zwróciła uwagę Eleonora Zielińska, jest to orzeczenie wydane w oparciu o stan prawny sprzed ustawy o planowaniu rodziny, która odmiennie formułowała przesłanki dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży⁶⁰², Niemniej ani pod rządem ustawy dawnej z 1956 r.), ani obecnej, przesłanki wydania orzeczenia o dopuszczalności przerwania ciąży nie zawierają elementu oceny moralnej, z którą Trybunał najwyraźniej utożsamiał ocenę medyczną. Stosownie do art. 1 ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 2 ustawy dawnej⁶⁰³ orzeczenie lekarskie winno było ustalać, czy za przerwaniem ciąży **przemawiają** wskazania lekarskie. Wprawdzie sama napisałam wcześniej, iż siła wskazań da się stopniować, jednak ocena, czy w konkretnym przypadku przemawiają za przerwaniem ciąży, powinna była być dokonywana w oparciu o kryteria medyczne. Lekarzowi wolno było wobec tego z medycznego punktu widzenia ocenić, iż w konkretnym przypadku wskazania NIE przemawiają za przerwaniem,

⁶⁰² Ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17/1993 r., ze zm.), E. Zielińska: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, s. 558–559.

⁶⁰³ Ustawa z 27 kwietnia 1956 o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 12/1956 poz. 61).

natomiast nie istniały podstawy do uchylenia się od sporządzenia takiej opinii w ogóle z powołaniem się na wolność sumienia. Obiektywne ustalenie stanu faktycznego nie ma nic wspólnego z etyką. Ustawa nie może dawać podstawy do stwierdzenia, że czegoś (wskazania) nie ma, podczas gdy w istocie jest. Lekarz nie może uchylić się od stwierdzenia stanu rzeczywiście istniejącego lub od wyjawienia go – ponieważ przemilczenie takich faktów stanowi kłamstwo wobec obowiązku zawodowego.

W chwili obecnej przesłanki legalnego przerwania ciąży określone w art. 4a ust. 1 i 2 tej ustawy również nie pozwalają na ocenę inną niż medyczna z elementem społecznym: gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej bądź gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Są to kryteria bardziej restryktywne i oparte na wyraźnie wskazanych przesłankach, co nie zmienia jednak faktu, iż pod rządem obu ustaw orzeczenie lekarskie, o które chodzi, nie zawiera pierwiastków aksjologicznych. W szczególności prawdopodobieństwo większe lub mniejsze stanowi kategorię etycznie obojętną. Upośledzenie ciężkie i nieodwracalne ocenia się według kryteriów medycznych plus ewentualnie społecznych (w sensie stopnia, w jakim upośledzony jest niesamodzielny i wymaga pomocy opiekunów), a nie światopoglądowych. **Odmowa wydania opinii o wpływie ciąży na stan zdrowia pacjentki lub o co najmniej dużym prawdopodobieństwie uszkodzenia płodu w okolicznościach uprawniających do przerwania ciąży, stanowi moim zdaniem o uchybieniu w zakresie obowiązku informacyjnego należnego pacjentce**⁶⁰⁴. Tym bardziej niedopuszczalna byłaby odmowa wydania opinii o stanie zaawansowania ciąży, gdy zachodzi podejrzenie, iż ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (art. 4a ust. 1 pkt 3). Jedyne w tym kontekście odwołanie do klauzuli sumienia uczynił Sąd Najwyższy w sprawie z 2002 r.⁶⁰⁵,

⁶⁰⁴ Inna sprawa, że opinia może być tendencyjna, niejednoznaczna lub wymijająca – nie zmienia to jednak faktu, że lekarz nie może odmówić jej wydania.

⁶⁰⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC nr 3/2009 poz. 48 z tezą: „Uprawnienie do przeprowadzenia badań prenatalnych wynika z prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwościach ich leczenia w okresie płodowym (art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.)”.

gdzie pacjentka nie mogła doprosić się o skierowanie na genetyczne badanie prenatalne w związku z podejrzeniem u płodu zespołu Turnera: „Jeżeli lekarz z jakichkolwiek przyczyn, także światopoglądowych, nie chce wydać skierowania na takie badania, gdy pacjentka ma do nich prawo, powinien postąpić zgodnie z art. 39 ustawy o zawodzie lekarza, tj. wskazać realne możliwości uzyskania takiego skierowania od innego lekarza lub w innym zakładzie opieki zdrowotnej oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej”. Ze strony Sądu był to zarzut pod adresem lekarzy, którzy niepowołując się bynajmniej na klauzulę sumienia tak długo lawirowali i zbywali pacjentkę zasłaniając się a to brakiem stosownej umowy z NFZ, a to własną rzekomą niewiedzą, aż stało się za późno na wykonanie badania, które umożliwiłoby skorzystanie z prawa do przerwania ciąży. Niemniej z punktu widzenia stanu faktycznego sprawy była to sugestia czysto teoretyczna. Klauzula sumienia i tak nie mogłaby tutaj moim zdaniem znaleźć zastosowania. Odmowa udzielenia świadczenia medycznego wymaga podania uzasadnienia. Niemożliwe jest przekonujące uzasadnienie aksjologiczne dla odmowy informacji.

Wśród świadczeń zdrowotnych da się wobec powyższego wymienić świadczenia etycznie obojętne zawsze i niezależnie od okoliczności. Są to te, które służą uzyskaniu wiedzy: wydanie opinii lub orzeczenia, badanie podstawowe, postawienie diagnozy, a także – skierowanie na badania specjalistyczne, poinformowanie o dostępności określonych badań i miejscu ich wykonywania.

Klauzula sumienia nie może obejmować informacji ani sposobu na ich uzyskanie, w szczególności odmowy wydania skierowania na badanie diagnostyczne. Udzielenie informacji „nie ma prawa” kłócić się z sumieniem lekarza: informacja stanowi źródło wiedzy o stanie zdrowia i z tego powodu jest aksjologicznie neutralna. Ponadto sama informacja ani skierowanie celem jej uzyskania nie zmieniają niczego w stanie klinicznym pacjenta. Dopiero badanie dodatkowe może być mniej lub bardziej inwazyjne i z tego powodu połączone z mniejszym lub większym ryzykiem, ale na niezgodność z sumieniem może skutecznie powołać się tylko lekarz, któremu przyjdzie je wykonać. Nie można w zgodzie z obowiązującym prawem twierdzić, że informacja dawałaby pacjentowi „broń do ręki” w postaci możliwości skorzystania z pewnych procedur medycznych. W przeciwnym razie można by na przykład twierdzić, że w oparciu o klauzulę sumienia przed pacjentką wolno by zataić

diagnozę o niedrożności jajowodów, żeby czasem nie wpadła na pomysł poddania się zapłodnieniu pozaustrojowemu.

Informacja medyczna jest etycznie obojętna, ale stanowi dla pacjenta ustawowo określoną wartość podstawową jako przesłanka rozeznanej zgody. Informacja stanowi warunek konieczny dla skorzystania z innych praw i nie przesądza, jaki użytek pacjent z niej uczyni. **Prawo do informacji jest również etycznie obojętne, ale pozbawienie go oznacza spowodowanie stanu braku rozeznania i takie działanie nie jest już etycznie obojętne, tylko jednoznacznie naganne.**

Z powołaniem się na klauzulę sumienia wolno natomiast odmówić porady (która nie jest tym samym co uzyskanie informacji) lub świadczeń, które wiążą się z interwencją w organizm pacjenta: zabiegu (w tym **wykonania** zabiegu diagnostycznego, ale nie – skierowania na zabieg), czynności rehabilitacyjnych, zaordynowania leku lub wykonania niektórych badań dodatkowych.

3. **Sumienie** oznacza w przybliżeniu tyle, co refleksja moralna jednostki. W przypadku lekarza sumienie urosło do rangi kategorii prawnej, skoro należy do przesłanek oceny prawnej jego zachowań⁶⁰⁶. Z jednej więc strony klauzula sumienia ma chronić lekarza przed naciskami ze strony tak pacjentów jak przełożonych, z drugiej jednak – bezpodstawnie użyta prowadzi do odpowiedzialności co najmniej zawodowej.

Przymiot refleksji moralnej służy tylko indywidualnie oznaczonej osobie fizycznej. Klauzula sumienia jest zatem dla jednostek, a nie dla całych organizacji. Niemniej jednostkom zdarza się działać w zespole i wówczas indywidualne rozterki mogą rzutować na pracę zespołu. Leszek Kubicki wyróżnia dwie typowe możliwości⁶⁰⁷:

- Relację szpitalną pacjent – lekarz prowadzący – ordynator; w razie dylematu sumienia u lekarza prowadzącego, może on powołać się na art. 39 uzawlek. z obowiązkiem powiadomienia przełożonego. Sumienie lekarza prowadzącego zostanie wówczas zastąpione sumieniem ordynatora.
- Zespołowe wykonywanie świadczenia medycznego – np. operację chirurgiczną. W takich okolicznościach lekarz powołujący się na klauzulę sumienia powinien przed przystąpieniem do czynności

⁶⁰⁶ Za; L. Kubicki: *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna nr 4/1999 r. s. 5.

⁶⁰⁷ L. Kubicki: *Sumienie lekarza...*, s. 6–7.

i z należytych wyprzedzeniem zgłosić żądanie co do wyłączenia go z określonego działania, aby na jego miejsce znaleziono kogoś innego. Wolno mu to zrobić o tyle, o ile jest w konkretnym przypadku zastępowalny w tym sensie, że jego nieobecność nie spowoduje uchybienia art. 30 uzawlek.

Jeżeli natomiast konflikt sumienia z powinnością pojawił się w trakcie wykonywania zabiegu – wycofanie się jest niedopuszczalne, ponieważ zachodzą wtedy przesłanki z art. 30 uzawlek., wykluczające skorzystanie z klauzuli sumienia.

Należy jednak na każdym kroku powtarzać, że sumienie jednostek nie może pozbawiać pacjenta uzyskania należnych mu świadczeń. Przypadki niecierpiące zwłoki wykluczają w ogóle skorzystanie z klauzuli sumienia przez każdego lekarza, do którego zgłosi się pacjent. Jeżeli przypadek przewidziany przez art. 30 uzawlek. nie zachodzi, może wystąpić sytuacja, gdy pacjent będzie odsyłany od jednego lekarza do drugiego. Takie zachowanie odmawiających musi być oceniane według kryterium realnej możliwości uzyskania świadczenia gdzie indziej, wskazanej pacjentowi. Inaczej przedstawiają się realne możliwości w mieście stołecznym, inaczej zaś w placówce na odległej prowincji, która może okazać się jedyną w promieniu setek kilometrów. Wiele też zależy od tego, jak dalece specjalistyczne jest świadczenie, którego się pacjentowi odmawia. Jeżeli zatem kolejne odmowy z powołaniem się na klauzulę sumienia powodują sytuację, że pacjent w danej placówce świadczenia w ogóle nie uzyska, ocena prawidłowości takich zachowań zależy od odpowiedzi na pytanie, czy została zapewniona możliwość otrzymania świadczenia gdzie indziej i czy w konkretnym przypadku ma ona charakter realny, a nie na zasadzie wysłania na przysłowiowy Berdyczów. Faktyczna niemożność uzyskania świadczenia powinna w takim razie pociągnąć za sobą odpowiedzialność tak odsyłających, jak całej placówki jako zwierzchnika. **Lekarz odmawiający ma obowiązek wiedzieć, kto wobec tego nie odmawia.** Obowiązek powiadomienia przełożonego służy między innymi temu, by przełożony wiedział na przyszłość. Jeżeli przełożonemu wiadomo, że sumienia jego podwładnych wzdragają się przed wykonywaniem określonych czynności medycznych, do jego obowiązków organizacyjnych należy moim zdaniem zapewnienie dla pacjentów rzetelnej informacji o uzyskaniu świadczeń w innej placówce, niezależnie od takiego obowiązku obarczającego poszczególnych lekarzy. Znane są przypadki zbiorowych deklaracji personelu lekarskiego w sprawie nieprzerwywania ciąży.

Indywidualne sumienie lekarza może być honorowane tylko, o ile „prze-mnożone” przez skład osobowy danej placówki nie pozbawia pacjenta realnej możliwości otrzymania świadczenia.

Jak pisze Eleonora Zielińska⁶⁰⁸, obowiązek uprzedniego powiadomienia przez lekarza swojego przełożonego o zamiarze korzystania z klauzuli sumienia ma spełniać następujące funkcje:

- stworzyć pracodawcy warunki do zakontraktowania w NFZ tylko takich świadczeń zdrowotnych, co do których jest szansa zagwarantowania realizacji – ze względu na obsadę kadrową;
- umożliwić racjonalną politykę zatrudnienia;
- pozwolić na takie rozplanowanie pracy lekarzy, aby przy sprawiedliwym i pełnym obciążeniu personelu zapewnić pacjentom dostęp do wszystkich świadczeń zdrowotnych oferowanych przez daną placówkę medyczną.

Jeżeli obowiązkiem danej placówki, ze względu na jej publiczny charakter, jest zapewnienie pacjentom określonych świadczeń, zwierzchnicy mają obowiązek przyjęcia takiej polityki zatrudnienia, żeby pacjenci nie byli odsyłani z powołaniem się na klauzulę sumienia. Przełożony jako obowiązkowy odbiorca informacji o odmowie nie jest tylko figurantem: powiadomienie nakłada na niego określone obowiązki organizacyjne, których charakter zależy od tego, jaki wpływ ma odmowa jednego lekarza na obowiązki całej placówki wobec pacjentów. Bezczynność przełożonego w takich okolicznościach może stanowić podstawę do przypisania mu odpowiedzialności za winę własną oraz za „winę organizacyjną” placówki.

Według § 8 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych⁶⁰⁹ świadczeniodawca zapewnia udzielanie świadczeń w sposób kompleksowy. Wobec tego jeżeli lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby podał świadczeniodawcy informację o możliwości odmowy udzielenia określonych świadczeń ze względu na klauzulę sumienia, świadczeniodawca jest zobowiązany do posiadania umowy z podwykonawcą zapewniającym ich wykonanie. Według E. Zielińskiej przepis znajduje zastosowanie również gdy odmowa z powołaniem się na klauzulę sumienia nastąpi już w toku wykonywania umowy

⁶⁰⁸ E. Zielińska: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska s. 559–560.

⁶⁰⁹ Dz.U. Nr 81, poz. 484.

z NFZ. Ministerstwo Zdrowia udzieliło też pisemnego wyjaśnienia (z dnia 14 sierpnia 2008 r.) przedstawionego Federacji na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny, zgodnie z którym świadczeniodawca niespełniający tych warunków może być oskarżony o naruszenie praw pacjenta i ukarany karą pieniężną. Może to też stanowić przyczynę wypowiedzenia przez NFZ umowy z takim świadczeniodawcą⁶¹⁰.

Ustawa nie przesądza jednak o obowiązku powiadamiania przełożonych z wyprzedzeniem umożliwiającym podjęcie środków zaradczych na poziomie całej placówki. wobec tego lekarzowi wolno zarówno z góry zadeklarować wobec przełożonych niewykonywanie pewnych czynności jako sprzecznych z jego sumieniem, jak powiadamiać doraźnie i na bieżąco. Z punktu widzenia racjonalnego zarządzania opieką zdrowotną dobrze byłoby, w interesie pacjentów, takie deklaracje zinstytucjonalizować. Na świecie znany jest sposób polegający na stworzeniu rejestrów sprzeciwów lekarskich, dostępnych także dla pacjentów. Praktykuje się też składanie takich deklaracji przed organem decydującym o przyznaniu prawa wykonywania zawodu lub o wpisie na listę lekarzy działających na danym terenie. Takie rejestry mogłyby zapobiegać „podwójnej moralności” polegającej na rozbieżności między postawą moralną deklarowaną w publicznym szpitalu a nastawieniem w ramach praktyki wykonywanej prywatnie⁶¹¹. Natomiast przełożeni nie mieliby wówczas możliwości udawania, że o niczym nie wiedzą. Z drugiej jednak strony – niezłożenie deklaracji nie wyłączałoby korzystania z klauzuli sumienia, tyle że chroniłoby uzasadnione zaufanie pacjentów, iż u tego lekarza dany zabieg jest realnie możliwy. Należy co do zasady popierać wszelkie działania mające na celu stworzenie dla pacjentów systemu przejrzystej informacji o możliwościach uzyskania świadczeń zdrowotnych.

4. Podwójna moralność wyklucza powołanie się na klauzulę sumienia. Udowodnienie, iż lekarz odmawia wykonania zabiegu w publicznej placówce z powołaniem się na klauzulę sumienia, podczas gdy te same zabiegi wykonuje bez oporów prywatnie, powinno pociągać za sobą odpowiedzialność za zawinione umyślnie naruszenia praw tych pacjentów, którym odmówił.
5. Ochronie przed nadużyciami ze strony lekarzy służy obowiązek odnotowania w dokumentacji zarówno faktu odmowy, jak jej uzasadnienia.

⁶¹⁰ Za: E. Zielińska: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, s. 560.

⁶¹¹ Za: E. Zielińska: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, s. 561.

Powołanie się na klauzulę sumienia podlega zatem ocenie i nie można twierdzić, iż sumienie lekarskie jest całkowicie suwerenne⁶¹². Odnotowanie w dokumentacji ma przede wszystkim ten skutek, iż wiadomo, kiedy pacjentowi zostało odmówione, co z kolei podlega ocenie z punktu widzenia kryterium przypadku niecierpiącego zwłoki⁶¹³. Obowiązek uzasadnienia oznacza jednak moim zdaniem, że lekarz ma zawsze szczegółowo wytłumaczyć się z powodów. Sens owego obowiązku nie ogranicza się do tego, by odmawiający musiał zadać sobie dodatkową fatygę; konieczność uzasadnienia spełnia funkcję kontrolną. Przede wszystkim chodzi o wyjaśnienie, czy przyczyną odmowy był rzeczywiście głos sumienia, a nie inne mniej ważne i przez to nieistotne pobudki. **Odwwołanie się do własnej moralności nie stanowi wystarczającego powodu, ponieważ poprzestanie na nim pozostawiałoby lekarzom zbyt dużą dowolność i co za tym idzie – niekontrolowaną swobodę uchylania się od czynności zawodowych.** Ustawa o izbach lekarskich nakłada na lekarzy obowiązek kierowania się zasadami etyki i deontologii zawodowej. Norma deontologiczna w sposób silniejszy niż norma etyczna podkreśla obowiązek określonego zachowania⁶¹⁴. W procesie leczenia na pierwszym miejscu znajduje się pacjent i jego dobra prawnie chronione. Obowiązki lekarskie ukształtowane są tak, aby odmowa leczenia miała zawsze swoje uzasadnienie. Według Beauchampa i Childressa sumienie nie może uzasadniać się samo⁶¹⁵. Obowiązek podania uzasadnienia w dokumentacji poddaje sumienie zewnętrznym ocenom: pociąga za sobą konieczność powołania się na konkretny światopogląd lub sformułowanie danego przekonania moralnego. Od lekarza wymaga spójnej argumentacji, dlaczego czynność okazała się w danych okolicznościach sprzeczna z jego sumieniem. **Stanowi środek ochrony przed dowolnością odmowy.** Jest to gwarancja o podobnym charakterze jak przewidziana w art. 38 ustawy.

⁶¹² Odmienne L. Kubicki: *Sumienie lekarza jako kategoria prawna*, Prawo i Medycyna nr 4/1999 r. s. 10. E. Zielińska *Ustawa...* s. 562, a także R. Kubiak: *Prawo medyczne* s. 225 – aczkolwiek bez podania powodów.

⁶¹³ Podobnie E. Zielińska: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, s. 562.

⁶¹⁴ L. Kubicki: *Prawo medyczne a etyka i deontologia lekarska*, s. 10.

⁶¹⁵ T.L. Beauchamp i J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 496.

Gramatyczna struktura przepisu co prawda nie przesądza, który spośród faktów w nim ujętych wymaga uzasadnienia oraz odnotowania w dokumentacji medycznej: odmowa, czy wskazanie realnych możliwości uzyskania świadczenia gdzie indziej⁶¹⁶. Jednakże z logicznego punktu widzenia przekierowanie pacjenta nie potrzebuje dodatkowego uzasadnienia, ponieważ stanowi konsekwencję odmowy. Należy więc uznać, iż uzasadnienia wymaga odmowa, a **odnotowane powinny być wszystkie okoliczności prawnie doniosłe dla skutecznego powołania się na klauzulę sumienia.**

7. Największy sprzeciw ze strony tak lekarzy, jak zwolenników nieskrępowanego stosowania klauzuli sumienia, wzbudza zapis ustawy o obowiązku wskazania pacjentowi **realnej** możliwości uzyskania świadczenia gdzie indziej. Była już mowa o tym, że rozmaite przywileje lekarskie nie mogą pacjenta *de facto* pozbawiać uzyskania pomocy. Mimo iż nieczęsto daje się w ustawodawstwie medycznym odnotować *expressis verbis* prawo pacjenta do uzyskania konkretnego świadczenia, gdy wystąpi o nie do danego lekarza – przepisy ukształtowane są tak, aby odmowa nie była dowolna oraz aby pacjenta nie pozostawić samemu sobie. Pisaliśmy już wcześniej w „Prawach pacjenta”, że sprzeciw sumienia wobec danej czynności medycznej rodzi pokusy: żeby pacjenta nie tylko nie przekierować, ale i nie powiadomić, gdzie oraz w jaki sposób ma szansę na otrzymanie pomocy, a nawet wprowadzić w błąd⁶¹⁷. Dlatego wymaga podkreślenia, iż po pierwsze: z powołaniem się na klauzulę sumienia wolno odmówić jedynie świadczenia o charakterze etycznie uwarunkowanym, nieobojętnym – a nie świadczeń całkowicie z tego punktu neutralnych, czyli informacyjnych. Po drugie zaś – należy się nie tylko informacja medyczna, ale również typu organizacyjnego: u kogo konkretnie i gdzie pacjent **znajdzie** pomoc, czy potrzebne będzie osobne skierowanie i kto ma je wystawić. Nie chodzi o zagwarantowanie, jest to bowiem nierealne; niemniej odmawiający lekarz ma obowiązek **wiedzieć**, kto z jego kolegów po fachu nie odmawia takim naleganiom i tam skierować pacjenta. W przeciwnym razie jego odmowa kwalifikuje się jako wadliwa.

⁶¹⁶ E. Zielińska uważa, iż wykładnia gramatyczna przemawia za obowiązkiem odnotowania jedynie przekierowania pacjenta, natomiast pozostaje niejasne, co wobec tego lekarz powinien uzasadnić, bo na pewno nie motywy nim kierujące, które nie podlegają ocenie – Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz s. 561–562.

⁶¹⁷ M. Boratyńska, i P. Konieczniak: *Prawa pacjenta*, s. 210.

Dla porządku należy odnotować lansowany przez lekarzy pogląd, że nałożony na lekarza uchylającego się od sprzecznego z sumieniem świadczenia obowiązek wskazania pacjentowi realnej możliwości uzyskania tego świadczenia gdzie indziej stoi w sprzeczności z konstytucyjną zasadą wolności sumienia i jego ochrony⁶¹⁸. Wolność sumienia nie ma jednak charakteru absolutnego. Naczelnym obowiązkiem lekarza jest udzielanie pomocy pacjentowi, a ustawy medyczne są skonstruowane tak, aby nie pozostawiać pacjenta bez możliwości otrzymania należnych mu świadczeń. Z tego punktu widzenia wszelkie obowiązki typu informacyjnego słusznie zostały ujęte w sposób rygorystyczny, a informacyjne prawa pacjenta przeważają nad sferą wolności lekarskiej.

Realna możliwość oznacza moim zdaniem również możliwość finansową. Jeżeli pacjent zgłasza się w sprawie leczenia do placówki publicznej, przekierowanie go do prywatnej będzie skuteczne tylko o ile lekarz zyska pewność, iż danego pacjenta na to stać, a jednocześnie nie ma alternatywy co do publicznej służby zdrowia. A to oznacza, że ma obowiązek chociaż w przybliżeniu znać cennik. Wobec tego przekierowywanie do placówek prywatnych powinno stanowić absolutny wyjątek.

W związku ze sformułowaniem przepisu podnoszone są wątpliwości praktyczne: skoro powołanie się na klauzulę sumienia wymaga od lekarza znajomości światopoglądu innych lekarzy oraz wiedzy, kto i gdzie będzie skłonny wykonać zabieg, to korzystanie z niej napotykać będzie, jak zwraca uwagę Rafał Kubiak, poważne trudności faktyczne⁶¹⁹. Nie ma w tym jednak moim zdaniem nic niezwykłego. Klauzula sumienia stanowi kolejny wyjątek od generalnego, w szczególności podyktowanego deontologią zawodową (do której odwołuje się wprost ustawa o izbach lekarskich) obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej, **zatem skuteczne skorzystanie z klauzuli sumienia wymaga spełnienia warunków, w których położenie pacjenta nie pogorszy się**. Odmowa ze strony jednego lekarza już komplikuje pacjentowi sytuację, dlatego rozsądną przeciwwagą jest obowiązek konkretnego przekierowania. Proponowane przez Rafała Kubiaka zastąpienie obowiązku przekierowania przez cen-

⁶¹⁸ J. Pawlikowski: *Prawo do wyrażania sprzeciwu sumienia przez personel medyczny – problemy etyczno-prawne*, Prawo i Medycyna nr 3/2009 s. 37, A. Jacek: *Stosowanie klauzuli sumienia przez lekarza – aspekty etyczne i prawne*, Etyczne aspekty decyzji medycznych red. J. Hartman i M. Waligóra, Warszawa 2011, s. 109.

⁶¹⁹ R. Kubiak: *Prawo medyczne* s. 225.

tralny rejestr deklaracji pozytywnych – jak sam zauważył Autor – wymagałoby trudnych w realizacji deklaracji ideologicznych ze strony każdego lekarza. Od siebie dodam, iż *de facto* publiczny dostęp do tego rodzaju informacji stanowiłby dla lekarzy bardzo realne zagrożenie ze strony wojujących fundamentalistów katolickich⁶²⁰. Inaczej z punktu widzenia bezpieczeństwa lekarzy przedstawia się obowiązkowy rejestr odmów od takiego samego rejestru deklaracji pozytywnych w sprawie wykonywania zabiegów potępianych przez ideologie, których funkcjonariusze działają w poczuciu i okolicznościach faktycznych absolutnej bezkarności.

8. W oparciu o klauzulę sumienia lekarzowi wolno jedynie zaniechać interwencji: *powstrzymać się* – natomiast *a contrario* nie służy prawo do jakiegokolwiek aktywności wynikającej z nakazów sumienia. Działanie wbrew woli pacjenta, choćby z najszlachetniejszych pobudek podpowiadanych przez sumienie, pozostaje w kolizji z przepisami gwarantującymi pacjentom autonomiczne wybory. Klauzula sumienia ma więc aspekt wyłącznie negatywny⁶²¹.
9. W doktrynie podnosi się, że to powołanie się na klauzulę sumienia powinno być dla lekarza dylematem moralnym, ponieważ w ten sposób postępuje wbrew lekarskiemu powołaniu: odmawia pacjentowi pomocy lekarskiej⁶²². Praktyka pokazuje jednak, że najwyraźniej lekarze są od tego dylematu wolni i bez oporów stawiają własne przekonania moralne ponad prawnie chronionymi dobrami pacjenta.

Przykładem na wadliwe zastosowanie klauzuli sumienia, który łączy w sobie różne elementy: konfliktu dóbr, zwłoki w udzieleniu świadczenia oraz właściwej diagnostyki, jest sprawa opisywana w 2005 roku jako przypadek Agaty L⁶²³. Pacjentka, będąc w ciąży, zachorowała na wrzodziejące zapalenie jelita grubego. (Choroba ta powoduje stan zapalny oraz rany w odbytnicy i okrężnicy.) W okresie od maja do końca września 2004 r. była leczona w trzech szpitalach w różnych miastach. Jej stan zdrowia ulegał stałemu po-

⁶²⁰ Którzy są jak najbardziej zdolni do zorganizowanej nagonki, tak za pomocą elektronicznych środków komunikacji, jak w tzw. realu – o czym można było przekonać się parę lat temu, gdy ciężarna po zgwałceniu czternastolatka wraz z matką peregrynowały po Polsce w celu dokonania legalnego przerwania ciąży w publicznej placówce.

⁶²¹ L. Kubicki, *Sumienie lekarza...*, s. 7–8.

⁶²² Zob. E. Zielińska, Klauzula sumienia, *Prawo i Medycyna* nr 13/2005 (vol. 5), s. 27 i tam powołane wypowiedzi doktryny.

⁶²³ Obecnie jest w toku przed ETPC w Strasburgu jako sprawa *Z przeciwko Polsce*.

gorszeniu, mimo to lekarze nie wykonywali koniecznych badań, przypuszczalnie w obawie przed uszkodzeniem płodu lub spowodowaniem poronienia⁶²⁴. W rezultacie płód obumarł, a kobieta doznała wstrząsu septycznego oraz niewydolności wielonarządowej i też poniosła śmierć. Intensywnej pomocy medycznej udzielono jej dopiero po stwierdzeniu cech obumarcia płodu. Z jamy otrzewnowej odesano wówczas 800 ml treści ropnej, a następnie kilkakrotnie usuwano ropną wydzielinę z drzewa oskrzelowego (metodą bronchoskopii). Było już jednak za późno. Wcześniej pacjentka tułała się od szpitala do szpitala z coraz bardziej zaawansowanym stanem ropnym – tzn. ropniami ujawniającymi się we wciąż nowych miejscach, nasilającymi się ostrymi i nieznosnymi bólami odbytu oraz wyraźnymi symptomami stanu zapalnego (znacznie podwyższony poziom leukocytów i wysokie OB). Leczenie ograniczało się w praktyce do czyszczenia z pojawiającej się cały czas treści ropnej. Mimo, że stan zdrowia pacjentki przy każdej kolejnej bytności w szpitalu był gorszy, lekarze nie zdecydowali się na przeprowadzenie pełnego badania endoskopowego celem zlokalizowania ognisk zapalnych. Wynik mógłby stanowić podstawę do ewentualnego leczenia chirurgicznego. Na początku przebiegu choroby wykonano takie badanie, ale oszczędnościowo: na głębokość tylko 20 cm. Lekarz prowadzący zapytany, dlaczego nie chce wykonać badania, odpowiedział: „– sumienie mi nie pozwala”. W tym miejscu należy z całą wyrazistością zaznaczyć, że odmowa badania potrzebnego (a nawet koniecznego) dla prawidłowego zdiagnozowania pacjenta nie stanowi kwestii sumienia, lecz zalicza się do kategorii należytej staranności. Odmowa ze względu na sumienie oznacza w tym przypadku, iż **lekarz odmawia dochowania należytej staranności**. Potrzeba wykonania rozmaitych badań specjalistycznych występować może z różnym stopniem nasilenia, niemniej w przypadku, gdy bez badania właściwe określenie stanu pacjenta okazuje się niemożliwe dla wdrożenia odpowiedniego leczenia – sumienie lekarza nie zasługuje w ogóle na wzięcie pod uwagę.

W sprawie, o której mowa, mamy do czynienia z działaniem na przeczekanie przez różne zespoły lecznicze, mimo iż diagnoza wyjściowa została postawiona stosunkowo wcześniej. Przeszkoda sumienia zadecydowała o odmowie badania koniecznego dla precyzyjnego ustalenia stanu pacjentki i podjęcia decyzji o interwencji bardziej radykalnej, niż tylko leczenie objawowe. Sytuacja ta ciągnęła się miesiącami, a podejmowane czynności odznaczały

⁶²⁴ Wszystkie informacje na temat tego przypadku: B. Namysłowska – Gabrysiak: *Błąd lekarski czy niepowodzenie w leczeniu?*, Prawo i Medycyna nr 3/2005 (20, vol. 7), s. 5–15.

się porażającym wręcz brakiem efektywności. Przy przewlekłych zapaleniach może to mieścić się w granicach prawidłowości, jednak stan pacjentki wciąż się pogarszał, a pomimo to nikt nie odważył się porządnie jej przebadać. **Stan pacjentki kwalifikował się zatem jako przypadek niecierpiący zwłoki, który wyklucza skuteczne powołanie się na klauzulę sumienia.** Wyrażna odmowa endoskopii ze względu na „sumienie” miała miejsce, gdy pacjentka była mniej więcej w szóstym miesiącu ciąży. Niewiele ponad miesiąc później już nie żyła.

Jeśli chodzi o konflikt dóbr, to ustawa o planowaniu rodziny przesądza go na korzyść przyszłej matki, gdy zagrożone jest jej życie lub zdrowie – pozwala bowiem na przerwanie ciąży bez żadnych ograniczeń czasowych. Zdrowie było zagrożone i to coraz bardziej; skończyło się utratą życia. *A fortiori* zatem powinno być podjęte odpowiednie leczenie poprzedzone stosowną diagnostyką. Przypadek ten pokazuje, że o stanie klinicznym pacjentki mało co wiadomo. Poza ogólną diagnozą oraz objawami, których opisy są dość wstrząsające, przewijają się motyw kolejnych ropni wyrastających w coraz bardziej wrażliwych i krępujących miejscach: a to na przedniej ścianie odbytnicy, a to w ścianie pośladka, a to na wardze sromowej, wreszcie ropień z przetoką w okolicach odbytu. Wszystko dlatego, iż obawiano się wykonać czynność fundamentalną, czyli badanie. Każda endoskopia stanowi badanie inwazyjne, obarczone ryzykiem powikłań, niemniej uzasadnieniem dla jego przeprowadzenia jest stan pacjentki, a nie obawy o płód – chyba żeby sama pacjentka zdecydowała inaczej, ale jej nikt o to nie pytał ani o niczym nie informował. W szczególności nie poinformowano o różnych możliwościach leczenia wrzodziejącego zapalenia jelita grubego, jak również o wiążących się z poszczególnymi metodami szansami na wyzdrowienie. Pogarszanie się stanu zdrowia pacjentki było bagatelizowane, a raz matka interweniująca w jej imieniu i z upoważnienia usłyszała: „– to absurd, żeby leczyć ropień cały tydzień. Agata zajmuje się za bardzo swoim tyłkiem, zamiast zająć się czym innym”⁶²⁵.

Według art. 157a § 2 k.k. nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia płodu są następstwem działań leczniczych koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo płodu. Przepis ten ustanawia kontratyp wobec § 1 (spowodowanie uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia płodu)⁶²⁶. W ten sposób obowiązujące prawo stanowi o pierwszeństwie zdrowia i życia matki nad zdro-

⁶²⁵ Ibidem, s. 6.

⁶²⁶ B. Namysłowska – Gabrysiak: *Błąd lekarski czy niepowodzenie w leczeniu?* s. 12.

wiem i życiem płodu⁶²⁷. W świetle tych uregulowań ustawowych co najmniej mylący (delikatnie ujmując) jest art. 39 KEL, stosownie do którego lekarz podejmując działania lekarskie u kobiety w ciąży **równocześnie** odpowiada za zdrowie i życie jej dziecka także przed jego urodzeniem. Jest to kolejny przykład na brak spójności między zasadami etyki lekarskiej a obowiązującym prawem oraz na nadużywanie przez lekarzy klauzuli sumienia. Dramatyzm tej konkretnej sprawy polega nie tylko na skutku śmiertelnym, ale na postawieniu bezradnej pacjentki przez całe miesiące w beznadziejnym położeniu, kiedy to była odsyłana, zbywana i pozostawiona w braku informacji o swym stanie zdrowia – podczas gdy jej stan pogarszał się, bóle nasilały, a organizm coraz bardziej zatrzuwała ropowica.

Polska nie doczekała się jeszcze co prawda instytucji doradczych komitetów bioetycznych, niemniej przy Prezydium Polskiej Akademii Nauk działa Komitet Bioetyki, w skład którego wchodzi 32 uczonych różnych specjalności i reprezentujących rozmaite światopoglądy. Szacowne gremium przyjęło w dniu 15 marca 2012 r. *Stanowisko w sprawie etycznych problemów medycyny reprodukcyjnej i genetyki klinicznej oraz konieczności ich regulacji prawnej*⁶²⁸. Jest tam również fragment na temat klauzuli sumienia. W dokumencie tym Komitet „wyraża głęboki niepokój związany ze sposobem korzystania przez niektórych polskich lekarzy z tzw. klauzuli sumienia, zwłaszcza w odniesieniu do świadczeń z zakresu medycyny reprodukcyjnej i diagnostyki prenatalnej. Obowiązujące w Polsce unormowania etyczne i prawne dotyczące zawodów lekarza i lekarza dentystry przyznają lekarzowi prawo do odmowy wykonania świadczenia zdrowotnego, które jest sprzeczne z jego przekonaniami moralnymi, jednocześnie określając warunki wykonania tego prawa. Komitet nie kwestionuje zasadności i potrzeby istnienia takiej regulacji. Stanowczo sprzeciwia się jednak przypadkom nadużywania lub korzystania z klauzuli sumienia wbrew przepisom ustawy, z pogwałceniem fundamentalnych praw reprodukcyjnych polskich pacjentek i pacjentów. Komitet widzi konieczność zainicjowania publicznej debaty na temat granic autonomii moralnej lekarza oraz zasad korzystania przez przedstawicieli różnych zawodów z klauzuli sumienia” (pkt 4).

Klauzula sumienia jako taka ma charakter z założenia antygwarancyjny w stosunku do praw pacjenta związanych z uzyskaniem świadczenia medycz-

⁶²⁷ Ibidem.

⁶²⁸ KB nr 1/2012, <http://www.bioetyka.pan.pl/images/stories/Pliki/stanowisko%20kb%20nr%201-2012.pdf>, data wizyty 13.IV.2012 r.

nego i jest przeszkodą dla realizowania autonomii pacjenta. Stanowi zatem wyjątek i została obwarowana szeregiem ograniczeń. Wobec tego interpretacja przepisów powinna być jak najwęższa, bo inaczej okaże się destrukcyjna dla całego systemu prawa medycznego. To, że ograniczenia te są w praktyce nagminnie ignorowane, nie zmienia ich gwarancyjnego charakteru.

Spod działania klauzuli sumienia powinny być wyłączone czynności z punktu widzenia etyki obojętne: te, które mają charakter **informacyjny, obserwacyjny, organizacyjny oraz administracyjny**.

Braki w dokumentacji powinny zawsze działać na niekorzyść odmawiającego. Jeżeli uzasadnienia nie ma, to znaczy że powołanie się na klauzulę sumienia było gołosłowne, a więc bezskuteczne z punktu widzenia praw pacjenta. **Nieodnotowanie w ogóle faktu odmowy utrudnia pacjentowi wykazanie, że zostało mu odmówione, pozbawia go zatem podstawowego środka ochrony.** Wobec tego w razie sporu, ciężar dowodu iż odmowa nie miała miejsca – powinien spoczywać na lekarzu. Skoro pacjent deklaruje, że zgłosił się w sprawie konkretnego świadczenia, doświadczenie życiowe podpowiada, iż należy mu uwierzyć. Jeżeli zaś była to prowokacja – to lekarzowi nic nie grozi, jeżeli skrupulatnie prowadził dokumentację.

Na podstawie powyższych rozważań jestem zdania, że klauzula sumienia stanowi instytucję dysfunkcjonalną. Służy do maskowania paternalistycznych nadużyć, jest wadliwie pojmowana, a stosowanie jej odbywa się w uproszczeniu i z konsekwentnym lekceważeniem tej części przepisu, która chroni pacjenta poprzez nałożone ograniczenia gwarancyjne. Jeżeli prawo jest stale łamane i powszechnie lekceważone, to należy rozważyć jego zmianę lub uchylene. Jeżeli lekarze, oceniani generalnie na podstawie istniejącego orzecznictwa, nie potrafią zdobyć się na rzetelność w przestrzeganiu przepisu ustanowionego dla ich dobrodziejstwa, wobec tego *de lege ferenda* proponuję, aby klauzulę sumienia w ogóle znieść.

Podsumowanie

Lekarskie standardy i przywileje zawodowe ukształtowane są tak, aby zapewnić pacjentowi uzyskanie świadczeń zdrowotnych odpowiedniej jakości, ilekroć ten ich potrzebuje. Ścisłej reglamentacji podlegają zarówno przypadki aktywnego działania bez zgody pacjenta, jak zaniechania bądź wyraźnej odmowy leczenia u pacjenta wyrażającego zgodę. Z zasad etyki i deontologii zawodowej w większym stopniu niż z przepisów ustaw daje się wywieść szeroki zakres obowiązku leczenia. Tam, gdzie normy etyczne stawiają lekarzowi wy-

magania większe niż ustawa, powinny być uwzględniane przy ustalaniu obowiązków prawnych, ponieważ ustawy wyraźnie do nich odsyłają. Gdy jednak zasady etyki formułuje się z uszczerbkiem dla ustawowych praw pacjenta, nie można ich stosować, ponieważ stoją w sprzeczności z ustawą. Przeczyłoby to zresztą naczelnej normie Kodeksu Etyki Lekarskiej o dobru pacjenta jako najwyższym prawie dla lekarza.

Wyjątki od obowiązku leczenia obwarowane zostały gwarancjami dla pacjenta, polegającymi na obowiązkach informowania, uzasadniania, odnotowywania w dokumentacji oraz – przede wszystkim – zapewniania realnej możliwości skorzystania z leczenia gdzie indziej. Z tym ostatnim łączą się po stronie lekarzy kolejne obowiązki: wiedzy oraz właściwej organizacji. Drugi z nich odnosi się zwłaszcza do lekarzy na stanowiskach kierowniczych. Prawo pacjenta do otrzymania świadczenia zdrowotnego nie zostało sformułowane wystarczająco jednoznacznie. Niemniej podstawowe przeszkody mają charakter systemowy i wynikają z modelu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego: umów, limitów oraz zasad refundacji. W określonych ustawą lekarską relacjach lekarza z pacjentem przeważają obowiązki. Odmowa leczenia została obwarowana takimi ograniczeniami, że w istocie można bronić tezy o generalnym uprawnieniu do bycia leczonym, przy spełnieniu rzecz jasna kryteriów ubezpieczeniowych lub w okolicznościach dysponowania potrzebnymi środkami finansowymi na leczenie prywatne.

W rzeczywistości jest jednak inaczej, ponieważ wiele do życzenia pozostawia możliwość egzekwowania. Ścisłe przestrzeganie stworzonych dla pacjentów gwarancji zapewniałoby dostateczne honorowanie praw. Przepisy ustaw są korzystne z punktu widzenia poszanowania autonomii, niestety jednak w praktyce gwarancji tych lekarze nie przestrzegają. Widać to na przykładzie omówionego wyroku Sądu Najwyższego o odmowie leczenia, wiadomo także z rozmaitych raportów, w szczególności sporządzanych przez organizacje pozarządowe. Nie uważam, żeby ze strony ustawodawcy było w tej sprawie jeszcze więcej do zrobienia. Wymagania w zakresie odpowiedniego dokumentowania czynności kontrowersyjnych są i tak ignorowane. Obostrzenia biurokratyczne raczej nie poprawiłyby sytuacji. Jedyne, co ma szansę zadziałać, to drobiazgowo egzekwowanie wszystkich przesłanek gwarancyjnych dla pacjenta i dająca się w związku z tym przewidzieć lawina procesów odszkodowawczych; warte upowszechnienia są też osiągnięcia sądów lekarskich, których wyrokowanie odbywa się przecież w fachowych składach medycznych. Konieczne byłoby przede wszystkim spowodowanie zmiany nastawienia samych lekarzy, a to przebiega mozolnie i napotyka opór środowiska. Opór ten podtrzymują inter-

pretacje prawa dopatrujące się pierwotnych uprawnień do leczenia, tyle że po stronie lekarzy. Lekarski paternalizm kontynentalny jest mocno ugruntowany także u nas i przejawia się między innymi w postawie wtajemniczonego władcy absolutnego, który nie odczuwa potrzeby tłumaczenia się nikomu ze swoich decyzji.

Rozdział 4

Poszanowanie autonomii w ramach poszczególnych praw pacjenta

Uwagi ogólne. Dobra prawne pacjenta i ich ochrona

Ochrona praw pacjenta uregulowana jest wielotorowo już na gruncie ustawy o prawach pacjenta. Prawa pacjenta jako pochodna dóbr osobistych podlegają ochronie majątkowej na podstawie art. 4 uprpacj. na wzór dóbr osobistych. Na tym tle powstaje pytanie, czy prawa pacjenta są dobrami osobistymi w rozumieniu kodeksu cywilnego. W tym sensie nie są, iż dobra osobiste i prawa pacjenta nie stanowią pojęć tożsamyh. Są natomiast powiązane w ten sposób, że prawa pacjenta stanowią instrument ochrony dóbr osobistych w szczególnym kontekście sytuacyjnym – kiedy dana osoba poddaje się czynnościom medycznym. Jednakże ochrona nie jest z tego powodu jednakowa: przy ochronie praw pacjenta nie służą instrumenty o charakterze niemajątkowym: obowiązek zaniechania naruszeń oraz usunięcia skutków naruszeń już dokonanych; ze względu na odesłanie z art. 4 uprpacj. tylko do art. 448 k.c. w razie naruszenia praw pacjenta nie służy także sankcja odszkodowawcza.

Zestawienie statuujących prawa pacjenta przepisów ustaw medycznych z przykładową listą dóbr osobistych wymienionych przez kodeks cywilny oraz Konstytucję pozwala zauważyć, że prawie każde prawo pacjenta daje się wywieść z któregoś dobra osobistego. Prawa pacjenta sprowadzają się w gruncie rzeczy do trzech dóbr podstawowych: bezpieczeństwa, autonomii oraz prywatności. Niemniej ustawodawca uznał za stosowne wyrażnie je wymienić, co ma znaczenie przede wszystkim takie, że ułatwia pacjentowi uzyskanie zadośćuczynienia, skoro jego dobra prawne w związku z opieką medyczną zostały w ten sposób skonkretyzowane. Podstawę do dochodzenia roszczeń daje art. 4 uprpacj. łącznie z art. 448 k.c. Wskazane w ten sposób prawa pacjenta

stanowią w razie ich naruszenia podstawę do żądania naprawienia krzywdy, bez potrzeby odwoływania się do instytucji dóbr osobistych⁶²⁹. Prawem pacjenta, którego nie da się moim zdaniem wywieść z żadnego dobra osobistego, jest prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiedniej jakości. Prawo do leczenia zgodnego z właściwymi standardami nie znajduje odzwierciedlenia w żadnej z indywidualnych wartości świata uczuć (właściwych dobrom osobistym), lecz odwołuje się do sposobu wykonania lekarskich obowiązków i stosowanego wobec nich kryterium należytej staranności. Odpowiednia jakość oferowanych pacjentowi świadczeń rzutuje na jego poczucie bezpieczeństwa, niemniej „techniczne” bezpieczeństwo pacjentów zapewniane przez przyjęte standardy opieki medycznej nie jest równoznaczne z poczuciem bezpieczeństwa pacjenta, tj. nieodczuwaniem strachu. Poczucie bezpieczeństwa nie zależy od jakości świadczeń tylko od tego, co się wydaje pacjentowi. W wielu wypadkach jest też tak, że świadczenie udzielone niestaranie wcale nie zagraża życiu ani zdrowiu. Z kolei prawo do otrzymania świadczenia zdrowotnego, z uwzględnieniem przejrzystej procedury ustalającej kolejność dostępu – wynika z konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia.

Niezależnie od zadośćuczynienia za krzywdę przewidzianego w ustawie o prawach pacjenta, naruszenie prawa pacjenta będącego jednocześnie dobrem osobistym, pozwala skorzystać ze sposobów ochrony ustanowionych przez kodeks cywilny.

Z każdym prawem pacjenta powiązany jest określony obowiązek lub zespół obowiązków po stronie medycznej. Lekarska ustawa zawodowa reguluje obowiązki tylko od strony lekarza; ustawa o prawach pacjenta nakłada – jako korelat prawa pacjenta – obowiązki na stronę medyczną rozumianą szerzej, jako zarówno cały personel uczestniczący w udzielaniu świadczeń, jak kierownictwo placówek. Typy tych obowiązków pozwalają podzielić prawa pacjenta na dwie grupy: na prawa do oczekiwania oraz na prawa do żądania. Zakwalifikowanie uprawnienia jako prawa do oczekiwania oznacza, że określone zachowanie strony lekarskiej powinno mieć miejsce z własnej inicjatywy i nie jest uwarunkowane żadną aktywnością, w szczególności zgłoszeniem, wnioskiem czy żądaniem ze strony pacjenta. Prawo do żądania zaś realizuje się przez czynne zachowanie pacjenta.

Na prawa do oczekiwania składają się:

- prawo do odpowiedniej jakości świadczeń;

⁶²⁹ Tak M. Safjan: *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, Prawo i Medycyna nr 1/2005 (18, vol. 7), s. 11.

- prawo do przejrzystej procedury ustalającej kolejność otrzymywania świadczeń w razie ograniczonego do nich dostępu;
- prawo do poszanowania godności i intymności;
- prawo do dochowania tajemnicy lekarskiej;
- prawo do ochrony danych zawartych w dokumentacji medycznej;
- prawo do umierania w spokoju i godności.

Prawami do żądania są natomiast:

- prawo do otrzymania świadczenia leczniczego;
- prawo wyboru świadczeniodawcy;
- prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego; prawo do kontaktów ze światem zewnętrznym;
- prawo do dodatkowej opieki ze strony osób bliskich;
- prawo dostępu do dokumentacji medycznej;
- prawo do opieki duszpasterskiej;
- prawo do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii albo orzeczenia lekarza.

Pewne aspekty prawa do umierania w spokoju i godności mogą przybierać charakter żądaniowy: wówczas gdy pacjent wyraźnie sobie życzy pozostać sam i umierać bez asysty nawet najbliższej rodziny.

Charakter do pewnego stopnia mieszany ma prawo pacjenta do informacji o stanie zdrowia, ponieważ niektóre aspekty prawa do informacji mogą zostać zrealizowane tylko po uzyskaniu przez lekarza wiedzy o sytuacji życiowej pacjenta: była już mowa wcześniej, że informacja należąca pacjentowi powinna być pełna oraz „odpowiednia” – czyli uwzględniać też indywidualne cechy oraz potrzeby pacjenta. Potrzeby te lekarz ma za zadanie rozpoznać na podstawie zebranego od pacjenta wywiadu i w tym zakresie nie wszystko da się zagwarantować bez przyjęcia przez pacjenta postawy aktywnej, ponieważ od lekarza nie można przecież wymagać jasnowidzeń. Niemniej w części zorientowanej na „statystycznego” pacjenta (według modelu racjonalnego pacjenta) prawo do informacji ma charakter oczekiwaniowy.

Prawo do wyrażenia lub odmowy zgody na czynność medyczną ma w przeważającej mierze charakter oczekiwaniowy, o czym świadczy fakt, iż sam brak sprzeciwu, czyli bierna postawa kompetentnego pacjenta, nie upoważnia strony lekarskiej do żadnych działań. Żądaniowy charakter dotyczy tylko tego wycinka, który uwarunkowany jest odpowiednią informacją.

Wyraźnej zgody wymaga również sam fakt przebywania na terenie placówki medycznej, od czego istnieją tylko nieliczne i ściśle reglamentowane wyjątki (chodzi o leczenie psychiatryczne, zwalczanie chorób zakaźnych oraz przymusowy odwyk).

Wprawdzie nie ma samodzielnie wymienionego prawa pacjenta do opuszczenia placówki medycznej, w szczególności szpitala, na własne żądanie; stanowi ono tylko fragment prawa do wolności osobistej – jednak w celu uniknięcia ewentualnych nieporozumień można je wymienić jako jedno z praw do dóbr osobistych z jednoczesnym zaznaczeniem, iż jego ochrona ukształtowana jest szerzej niż ochrona ściśle rozumianych praw pacjenta.

Do pieniężnej odpowiedzialności za naruszenie praw pacjenta prowadzi tylko zachowanie zawinione i jednocześnie takie, w rezultacie którego stała się krzywda. Rozumowanie co do krzywdy może odbywać się drogą pewnych uproszczeń faktycznych; w przytłaczającej większości przypadków sprowadzenie naruszenia prawa pacjenta do jednego z trzech wspólnych mianowników pozwala dostrzec krzywdę jak na dłoni. Uchybienie tym prawom pozwala faktycznie domniemywać krzywdę, co wynika z samej ich istoty i zdefiniowania: pozbawienie informacji, samowolne wykonanie zabiegu (lub bezpodstawne rozszerzenie jego zakresu), ujawnienie tajemnicy, upokorzenie, odarcie z intymności, odcięcie od kontaktu z bliskimi, odmowa wezwania duchownego. Krzywda jest pojęciem w zasadzie zobiektywizowanym i dlatego ochrona bywa udzielana nawet osobom, które z własnej krzywdy nie zdają sobie sprawy – na przykład noworodkom dotkniętym porażeniem okołoporodowym. Spory, czy należy w tym zakresie uwzględniać również czynnik subiektywny, a więc indywidualne poczucie skrzywdzonego, mogą w konkretnych przypadkach sugerować przesunięcie akcentu na sferę subiektywnych odczuć. Odnosi się to również do chorych. To oczywiste, że jedni pacjenci są bardziej drażliwi, a drudzy mniej. Różny (i niemożliwy do ustalenia z zewnątrz) jest próg odporności na ból fizyczny. Dla innych z kolei przedstawia się jako nie do zniesienia najmniejsza nawet ingerencja w wolność osobistą czy swobodę decyzji. Sposób uwzględnienia tych wszystkich czynników nie da się jednak sprowadzić do żadnych reguł. Jedy-
nym wyjściem jest moim zdaniem przyjąć jako obiektywny układ odniesienia inny model. Z faktycznego i obiektywnego punktu widzenia upoważnia do tego znalezienie się w sytuacji zachorowania, lub w innej – nazwijmy to – potrzebie medycznej – które samo w sobie jest stanem nadzwyczajnym, kreującym cierpienie, stres, dezorientację i obawę. Z pozycji formalnoprawnych wolno przyjąć odmienne kryteria od ogólnych – ponieważ prawa pacjenta nie są tym samym co dobra osobiste. Ów model proponuję określić jako **model pacjenta wrażliwego**. Chodzi mi o wrażliwość przede wszystkim na ból – a to z powodu obiektywnej niesprawdzalności i możliwości polegania tylko na własnych deklaracjach pacjenta. Następnie: silne zainteresowanie własnymi sprawami – które wymaga wyczerpującego informowania; ponadto: wstydlivość, nerwowość,

bojaźliwość, frustrację spowodowaną przebywaniem w zamknięciu, obniżenie nastroju oraz inne cechy wymagające podejścia ze szczególną ogłędnością. Wzięcia pod uwagę wymaga konkretna diagnoza (lub – co jeszcze dla pacjenta gorsze – niemożność jej postawienia), niepewność rokowań, towarzyszące temu napięcie nerwowe. Dlatego ochrona praw pacjenta, a także innych dóbr osobistych właściwych tej sytuacji, powinna uwzględniać kryteria obiektywne, ale stworzone według zastrzonych wymagań. Z ochrony takiej konkretny pacjent zechce korzystać w pełnym zakresie lub też samemu owe kryteria stosowane wobec siebie złagodzi poprzez dobrowolną rezygnację z pewnych żądań. Dla niektórych lekarzy, zwłaszcza onkologów, są to sprawy niewymagające wyjaśnień. Chodzi jednak o to, aby wymaganiom owym nadać rangę uniwersalną dla wszystkich pacjentów jako takich. Jest to atencja, na jaką zasługują nie tylko pacjenci onkologiczni. Uzmysłowanie tego jest potrzebne nawet nie tylko lekarzom, którzy przecież mają obowiązek o tym wiedzieć, lecz na użytek nielekańskich organów orzekających, celem ustalenia odpowiedniego pułapu ochrony. **Pacjent nie jest zwykłym człowiekiem ani standardowym adresatem prawa, a jego odmienność została podyktowana niezależnymi odeń okolicznościami zdrowotnymi.** Świadomość tej specyfiki zaznacza się już w nowszym orzecznictwie, o czym świadczy następujący wywód Sądu Najwyższego: „...postępowanie pozwanych [lekarzy] naraziło ją [pacjentkę] na kilkumiesięczną niepewność, co dla kobiety w ciąży jest szczególnie dotkliwe. Nie jest także obojętna z tego punktu widzenia podnoszona przez nią krzywda wynikająca z upokarzającej konieczności wielokrotnego zabiegania o skierowanie na badanie genetyczne i uzyskiwanej odmowy, brak rzetelnej informacji, znoszenie pobyków w szpitalu i zbędnych badań niemogących wyjaśnić stanu płodu, wyjazdy do odległego miasta na konsultacje i badania, które powinna uzyskać u pozwanych, strach i niepewność wynikająca z braku pełnej informacji o tym, czym jest zespół Turnera oraz poczucie, że pozwani lekarze uchylają się od wypełnienia swoich obowiązków i poszanowania jej praw i traktują ją przedmiotowo”⁶³⁰. Ustawowe wyodrębnienie praw pacjenta nie zmienia faktu, iż niezależnie od nich pacjentowi, tak jak każdemu człowiekowi, przysługują dobra osobiste chronione na zasadach ogólnych.

Wśród dóbr osobistych niebędących prawami pacjenta można wymienić w szczególności wizerunek. Telewizyjne informacje o masowych wypadkach, np. autokarowych, bywają ilustrowane filmową relacją ze szpitala, gdzie po-

⁶³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 12 czerwca 2008, III CSK 16/08, OSNC nr 3/2009 poz. 48.

szkodowani leżą bezwładnie pod kroplówkami lub w pokrwawionych bandażach i ich nędznym losem ma okazję paść oczy cała Polska. Tutaj daje się dostrzec naruszenie prawa pacjenta do poszanowania intymności, ale już nie tak jednoznaczny pod tym względem jawi się inny przykład na ochronę wizerunku: do niedawna fotografowanie nowonarodzonych dzieci przez reporterów gazet odbywało się bez zgody rodziców. Tymczasem nie każdy i nie zawsze marzy, aby on sam (np. „szczęśliwa matka czworaczków”) lub jego dziecko było pokazywane w mediach. Zgodnie z prawem autorskim publikowanie fotografii co do zasady wymaga zgody „obiektu”. Prawo (dobro osobiste) pacjenta do ochrony wizerunku przekłada się na obowiązek niedopuszczania osób postronnych.

Inny przykład dobra osobistego pacjenta stanowi dobre imię naruszone przez ujawnienie informacji objętych tajemnicą lekarską: informacja może być nawet prawdziwa, ale wystarczy, że może delikwenta poniżyć w powszechnej opinii.

Naruszenie wolności osobistej może polegać na celowych obstrukcjach przy wypisie ze szpitala lub opuszczeniu przychodni na własne żądanie, czasem nawet z użyciem przymusu bezpośredniego – gdy personel uważa, że lepiej dla pacjenta, by pozostał w szpitalu.

Zdarza się również nieuzasadnione medycznie naruszenie nietykalności cielesnej. W zwykłych okolicznościach taką kwalifikację posiada każde dotykanie innej osoby bez jej zgody. Jeżeli pacjent wyraził zgodę na badanie palpacyjne, to należy uznać, że tylko w zakresie niezbędnym z punktu widzenia prawidłowej diagnozy. Podobnie należy interpretować badanie bolesne z powodu nieudolności badającego i każdy inny zbędny ból: zbędne wkłucie, zbędny zastrzyk, niepotrzebną kroplówkę.

Wreszcie – czemu dał wyraz także Sąd Najwyższy w przytoczonym wyżej fragmencie uzasadnienia – dobra pacjenta narusza również niepotrzebny pobyt w szpitalu, a więc stracony bezproduktywnie czas. Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie rozpatrywał swego czasu sprawę z wniosku pacjentki, która wyposażona w komplet wymaganych dokumentów zgłosiła się do szpitala celem legalnego przerwania ciąży. Tam zabiegu nie wykonano, zwodzono ją żądaniem przedstawiania coraz to nowych zgód i zaświadczeń, a jednocześnie trzymano ją w szpitalu przez trzy dni bez żadnego powodu. Owszem, można spotkać osoby, zwłaszcza starsze i samotne, dla których pobyt w szpitalu stwarza miłą okazję towarzyską, jednak przeciętnym ludziom przeważnie zależy, aby szpital opuścić tak szybko, jak to możliwe.

Ochrona praw pacjenta i majątkowa ochrona innych jego dóbr osobistych ukształtowane są na zasadzie winy. Im bardziej kategorycznie określone

obowiązki lekarskie wobec pacjentów, tym łatwiej uchybienie im potraktować jako faktycznie przesądzające o zawinieniu.

Wymaga dodatkowego zaakcentowania, iż niektóre spośród dóbr osobistych doznają ochrony rozszerzonej przez art. 445 w związku z art. 444 k.c. Dotyczy to również pacjentów. Rekompensata pieniężna nie ogranicza się wówczas do zadośćuczynienia za krzywdę, a zasadą odpowiedzialności może być także ryzyko. W sytuacjach medycznych to ostatnie nie będzie zjawiskiem częstym, ponieważ wymaga spełnienia warunków przewidzianych w przepisach o szkodach wyrządzonych przez ruch pojazdu mechanicznego, czy przez zawalenie się budowli lub oderwanie jej części. Oprócz wywołania rozstroju zdrowia na uwagę zasługuje tutaj jednak pozbawienie wolności, ze szczególnym uwzględnieniem przetrzymywania wbrew woli w szpitalu.

Szczególny tryb ochrony majątkowej niektórych praw pacjenta został wprowadzony nowelizacją ustawy o prawach pacjenta obowiązującą od 1 stycznia 2012 r. Jest to ochrona cywilnoprawna, której wyraz stanowi przyznanie odszkodowania lub zadośćuczynienia za uszczerbek doznany przez pacjenta w rezultacie tzw. zdarzenia medycznego, a mówiąc bardziej zwyczajnie – błędu medycznego. Założeniem wyjściowym jest uproszczenie sposobu oraz przesłanek dochodzenia rekompensaty za szkody medyczne. W kontekście roszczeń poszkodowanych zabiegami pacjentów wielokrotnie była mowa o trudnościach przy orzekaniu. Podnoszono przede wszystkim, że niewystarczające z punktu widzenia pacjentów jest ukształtowanie odpowiedzialności na zasadzie winy, nawet przy uwzględnieniu tzw. winy organizacyjnej lub anonimowej placówki medycznej jako osoby prawnej. Krytykowano przewlekłość procesów odszkodowawczych ciągnących się latami, z zaangażowaniem armii biegłych i z długotrwałym wyczekiwaniem na opinie zespołów eksperckich działających przy uczelniach medycznych. Padały postulaty, by odpowiedzialność lekarza ukształtować na zasadzie ryzyka. Tego ostatniego udało się szczęśliwie uniknąć; moim zdaniem szczęśliwie, ponieważ panowanie lekarza nad materią zawodową jest zbyt ograniczone z przyczyn odeń niezależnych, by moralnie uzasadnionym miało być obarczenie odpowiedzialnością za sam skutek.

Przyjęty tryb stanowi rodzaj postępowania polubownego między pacjentem a zakładem ubezpieczeń ubezpieczającym szpital, bazującego na opinii arbitra: działającej przy wojewodzie komisji mieszanej, składającej się w połowie z lekarzy, w połowie zaś z prawników.

Przesłanki odpowiedzialności ubezpieczyciela abstrahują od winy sprawcy, a są nimi:

- zdarzenie medyczne, czyli błąd wywołany uchybieniem aktualnej wiedzy medycznej: diagnostyczny, terapeutyczny lub wynikły z zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego;
- szkoda na osobie: zakażenie biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia, śmierć;
- adekwatny związek przyczynowy (odpowiedzialność powstaje za zdarzenie będące *następstwem* wskazanych czynności); adekwatność powiązania przyczynowego wynika z ogólnych zasad odszkodowawczych.

Rozstrzygnięcie komisji powinno zapaść w terminie 4 miesięcy od złożenia wniosku (art. 67j ust. 2) i poprzedzone jest przesłaniem wniosku pacjenta do kierownika podmiotu leczniczego prowadzącego szpital. Przysługujący mu trzydziestodniowy termin na zajęcie stanowiska w sprawie jest wliczony do okresu czteromiesięcznego, a bezskuteczny upływ terminu jest równoznaczny z akceptacją wniosku (art. 67d ust. 6) w zakresie okoliczności w nim wskazanych i proponowanej wysokości odszkodowania oraz zadośćuczynienia. Werdykt komisji stanowi podstawę do ubiegania się o odszkodowanie do ubezpieczyciela, przy czym ubezpieczyciel może zgodzić się na sumę podaną we wniosku lub podać propozycję własną. Kwota zadośćuczynienia nie może przewyższać pułapu określonego ustawą, który uważany jest za niezbyt wysoki: do 300 000 zł na rzecz spadkobierców w razie śmierci pacjenta lub do 100 000 zł samemu pacjentowi za zakażenie, uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia (art. 67k ust. 7 pkt 1 i 2), przy czym maksymalna suma ubezpieczenia w ciągu roku wynosi dla całego szpitala 1 200 000 zł. Przyjęcie przez pacjenta propozycji ubezpieczyciela oznacza jednocześnie zrzeczenie się roszczeń z tytułu danego zdarzenia medycznego, w szczególności roszczenia o rentę. Pacjent ma zadowolić się uzyskaną w trybie uproszczonym i przyspieszonym kompensacją jednorazową. Złożenie wniosku jest ograniczone terminem rocznym liczonym od dowiedzenia się o szkodzie i nie dłuższym niż trzy lata od zdarzenia medycznego, czyli znacznie krótszym niż na zasadach ogólnych. Opłata za wniosek jest zryczałtowana i stosunkowo niewysoka (200 zł), natomiast pozostałe koszty, w tym opinii biegłych, ponosi w wypadku przegranej pacjent. Dla porównania: pacjent zgłaszający wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej lekarza nie płaci nic, a koszty postępowania ponosi samorząd lekarski. Taki wyrok skazujący w dużej mierze zastępuje kosztowne opinie biegłych potrzebne w postępowaniu cywilnym.

Opisana regulacja ma w założeniu uprościć i przyspieszyć dochodzenie naprawienia szkód medycznych doznanych w szpitalach i będących rezul-

tatem uchybień wiedzy medycznej. Abstrahuje od winy konkretnych osób, w zakres tej odpowiedzialności nie wchodzi też uchybienia organizacyjne o ile nie uchybiają jednocześnie wiedzy medycznej. Skoro jednak ma służyć pacjentowi, niezrozumiałe i niesłuszne jest nadanie tego prawa spadkobiercom, w dodatku bez ograniczeń: wobec tego teoretycznie za śmierć osoby samotnej może żądać zadośćuczynienia nawet gmina. Na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego tego rodzaju roszczenia służą jedynie osobom bliskim. Z trudnych do zrozumienia względów kwota maksymalna dla spadkobierców jest trzykrotnie wyższa od przewidzianej dla pacjenta. Jeżeli to prawda, że na kształcie owej regulacji zaważył tzw. syndrom smoleński, to przydałoby się, by ustawodawca wreszcie otrząsnął się z tamtego szoku.

Łatwość uzyskania rekompensaty także stoi pod znakiem zapytania, ponieważ konieczne jest osiągnięcie co do kwoty porozumienia z zakładem ubezpieczeń. Teoretycznie wszystkie placówki szpitalne mają obowiązek ubezpieczenia, jednak wskazana w ustawie suma ubezpieczenia wymaga uiszczenia wysokiej składki: jak podaje Polska Izba Ubezpieczeń, średnia cena takiej polisy wynosi ok. 300 000 zł rocznie⁶³¹, które każdy szpital musi wyasygnować z budżetu. Chudego na ogół i dziurawego. Ekonomiczny ciężar ubezpieczenia szpitale będą więc ponosić kosztem leczenia pacjentów. Dotychczas było podobnie, niemniej składka ubezpieczeniowa wymaga zapłacenia z góry oraz niezależnie, czy i ilu pacjentów będzie rościć o zadośćuczynienie. Ostatnie doniesienia w sprawie perturbacji z uzyskaniem odszkodowań ubezpieczeniowych przez osoby ubezpieczone od różnych wypadków pozwalają też żywić obawę, iż proponowane wyjściowo odszkodowania będą śmiesznie niskie i sprawy tak czy inaczej znajdą finał w sądzie powszechnym. Cała nadzieja dla pacjenta w sugestywnych uzasadnieniach orzeczeń sporządzanych przez komisje.

W tej samej ustawie uregulowana została ochrona zbiorowych praw pacjentów (rozdz. 13 – art. 59–67). Tą drogą można skarżyć praktyki naruszające zbiorowe prawa pacjentów: bezprawne zorganizowane działania lub zaniechania podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych oraz akcje protestacyjne zorganizowane wbrew przepisom o rozwiązywaniu sporów zbiorowych – jeżeli mają na celu pozbawienie lub ograniczenie pacjentów w ich prawach. (art. 59 ust. 1 uprpac.). W ten zakres wchodzi m.in. „oszczędnościowe” standardy medyczne oraz procedury w danej placówce lub rozmaite

⁶³¹ J. Solska: *Kto umrze, kto zarobi*, Polityka nr 5 (2844), 1–7.II.2012 r., s. 25.

zarządzenia wewnętrzne czy regulaminy, o ile celowo ograniczają pacjentów w ich prawach. Chodzi tu na przykład o nieprzestrzeganie kolejności w udzielaniu świadczeń zdrowotnych w razie ograniczonego do nich dostępu; pobieranie nienależnych opłat za wyroby medyczne, transport sanitarny, świadczenia stomatologiczne; praktyka pobierania opłat za nowoczesne metody badań lub dodatkowe przyrządy medyczne z odbieraniem od pacjentów oświadczenia, że nie będą dochodzić roszczeń od szpitala; wadliwą organizację pracy w poradniach pociągającą za sobą długimi terminami oczekiwania na wizytę u specjalisty⁶³².

Decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe prawa pacjentów wydaje na wniosek zainteresowanych Rzecznik Praw Pacjenta. Decyzja zawiera nakaz zaniechania lub wskazanie sposobu działania niezbędnego do usunięcia skutków naruszenia, z wyznaczeniem terminów. Decyzja Rzecznika ma nadany rygor natychmiastowej wykonalności, a służy na nią skarga od razu do sądu administracyjnego.

Kluczową z punktu widzenia interesów pacjenta kwestię stanowi jednak nie rekompensata pieniężna lub inna ochrona *post factum*, lecz postępowanie pozwalające na uzyskanie danego świadczenia i zaspokojenie danej potrzeby medycznej. Dla tego celu została stworzona procedura odwoławcza określona przez art. 31 uprpacj. Regulacja ta stanowi odpowiedź na wytyk Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zawarty w wyroku w sprawie *Tysiiąc przeciwko Polsce*⁶³³. Zostało tam stwierdzone, że brak postępowania odwoławczego w sprawie dopuszczalności przerwania ciąży może stanowić niedozwoloną ingerencję w życie prywatne jednostki. W sprawie tej odmowa ze strony lekarza, do którego zgłosiła się pacjentka, potwierdzona adnotacją dokonaną na opinii innego lekarza, gdy sens adnotacji podważał sporządzoną opinię, pozbawiły pacjentkę możliwości przerwania ciąży ze względu na stan zdrowia, a sam dokument spełnił (zapewne zgodnie z zamiarem lekarza) niechlubną funkcję „wilczego biletu”. W tym kontekście spojrzenie na stworzoną w ustawie o prawach pacjenta procedurę odwoławczą dokonuje się zwłaszcza przez pryzmat wyroku strasburskiego i czyni nieuniknionym zadanie pytania, czy nowa regulacja spełni zadanie postawione przed Polską przez ETPC.

Na podstawie wspomnianego przepisu pacjentowi służy sprzeciw wobec opinii albo orzeczenia lekarskiego, jeżeli mają one wpływ na prawa lub

⁶³² Zob. E. Bagińska: *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz* red. M. Nesterowicz, s. 290–291.

⁶³³ sygn. 5410/03.

obowiązki pacjenta wynikające z przepisów prawa. Jest to postępowanie wewnętrzne wzorowane na administracyjnym. Sprzeciw wnosi się za pośrednictwem Rzecznika Praw Pacjenta do działającej przy Rzeczniku Komisji Lekarskiej, która obowiązana jest wydać orzeczenie w terminie 30 dni od wniesienia sprzeciwu (art. 31 ust. 2). Skład Komisji powołuje każdorazowo Rzecznik Praw Pacjenta z listy opracowywanej raz do roku przez konsultantów krajowych w porozumieniu z konsultantami wojewódzkimi. Komisja pracuje w składzie trzyosobowym, przy czym dwóch członków musi reprezentować tę samą specjalność co lekarz, który wydał skarżoną opinię lub orzeczenie (art. 32 ust. 1 i 2). Trzydziestodniowy termin na zajęcie stanowiska przez Komisję może okazać się dysfunkcyjny w sytuacjach niecierpiących zwłoki, zwłaszcza gdy podstawowe dla pacjenta znaczenie ma otrzymanie potrzebnego świadczenia w szybkim czasie. Wiadomo na przykład, że pewne rodzaje badań powinny zostać wykonane w nieprzekraczalnych terminach, w przeciwnym bowiem razie nie dadzą miarodajnego wyniku lub uniemożliwią pacjentowi skorzystanie z przysługujących praw. Dotyczy to w szczególności badań prenatalnych, na których wynik trzeba w pewnych przypadkach czekać parę tygodni, a inne (przezierność karku) wymagają wykonania w konkretnym okresie ciąży (nie wcześniej i nie później). To samo odnosi się do przerwania ciąży, zwłaszcza gdy jest ona wynikiem popełnienia czynu zabronionego. Marcin Śliwka proponuje, aby termin, o którym mowa, wynosił 14 dni⁶³⁴. Wyraża też wątpliwość co do bezstronności ciała złożonego wyłącznie z lekarzy i postuluje włączenie w skład komisji sędziego zawodowego⁶³⁵. Nie jestem przekonana, czy załatwiłoby to sprawę po myśli pacjentów, biorąc pod uwagę faktyczną zależność sądownictwa powszechnego od opinii biegłych. Decydujące znaczenie ma dobór osób przeprowadzany przez Rzecznika Praw Pacjenta: w jego ręku skupia się w tym momencie rzeczywista władza. Natomiast zgadzam się co do skrócenia terminu: skoro tryb działania komisji lekarskich został ukształtowany jako doraźny, powinny one działać równie szybko jak sądy powszechne orzekające w sprawie zgody zastępczej. Tutaj nawet czternastodniowy termin może okazać się zbyt długi. Z kolei w sprawach psychiatrycznych, gdy zbadanie pacjenta jest bezwzględnie konieczne dla wydania orzeczenia, terminy powinny być dłuższe. W sprawach medycznych nie zawsze da się przewidzieć z góry i zakreślić termin odpowiedni dla

⁶³⁴ M. Śliwka: *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2009, s. 210.

⁶³⁵ Ibidem.

szybkiego rozpoznania sprawy. W ustawie został on oznaczony alternatywnie: „niezwłocznie, nie później niż w terminie 30 dni”. Można byłoby pokusić się o osobne, trzydziestodniowe uregulowanie w sprawach psychiatrycznych oraz o skrócenie terminu dla pozostałych spraw. Należałoby również rozważyć rozwiązanie stosowane jako gwarancja sprawności w rozpatrywaniu reklamacji w stosunkach konsumenckich (i przyjęte po nowelizacji ustawy w celu zdyscyplinowania ubezpieczyciela): że nierozpoznanie odwołania w terminie (odpowiednio krótkim) jest równoznaczne z uznaniem racji pacjenta.

Prawo pacjenta do otrzymania świadczenia zdrowotnego

Pod rządem ustawy o prawach pacjenta na treść prawa zatytułowanego „prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych” (rozdział 2 ustawy) składają się następujące uprawnienia:

- do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej (art. 6 ust. 1);
- do przejrzystej, obiektywnej, opartej na kryteriach medycznych, procedury ustalającej kolejność dostępu w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń zdrowotnych (art. 6 ust. 2);
- do zasięgnięcia przez lekarza udzielającego świadczenia – opinii innego lekarza lub zwołania konsylium (art. 6 ust. 3 pkt 1);
- prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia (art. 7 ust. 1);
- prawo do świadczeń zdrowotnych związanych z porodem – w przypadku porodu (art. 7 ust. 2, dotyczy rzecz jasna tylko pacjentek);
- prawo do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością, w warunkach odpowiadających wymaganiom fachowym i sanitarnym (art. 8).

Wynika stąd, że odrębnie zostało potraktowane uprawnienie do odpowiedniej jakości świadczeń (art. 8) w stosunku do prawa otrzymania świadczeń zdrowotnych odpowiadających aktualnej wiedzy medycznej przy uwzględnieniu procedury ustalającej kolejność dostępu (art. 6 ust. 1 i 2).

Należy zatem zgodzić się z rozumowaniem przyjętym przez Sąd Najwyższy w omówionym wcześniej wyroku z 11 grudnia 2002 r.⁶³⁶, że z konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia i równego dostępu do świadczeń opieki

⁶³⁶ sygn. I CKN 1386/00, LEX nr 75348.

zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych wynika prawo do otrzymania świadczenia zdrowotnego, gdy wymaga tego stan zdrowia pacjenta. Stworzenie procedur ustalających kolejność dostępu do świadczeń deficytowych oraz zapisanie ich w ustawie jako prawa przysługującego pacjentowi, stanowi dodatkowy argument na poparcie tezy, iż pacjent spełniający wszystkie wskazane wymagania „urzędowe” ma prawo być leczony i ma prawo domagać się udzielenia mu określonych świadczeń – odpłatnie bądź nieodpłatnie – w zależności od sposobu ich finansowania w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Odmowa ze strony lekarza – jak zauważył Sąd – nie może być decyzją dowolną. Uzasadnienie takiej odmowy podlega ustawowej reglamentacji, o czym również była już mowa w kontekście standardów zawodowych obowiązujących lekarza.

W prawie medycznym po stronie lekarskiej nad prawami przeważają obowiązki, a obowiązki te nakazują leczyć, chyba że zachodzą zupełnie szczególne okoliczności. Ponadto każdy wyjątek obwarowany jest gwarancjami dla pacjenta: przede wszystkim wyczerpującego informowania, uzasadniania, zapewnienia realnej możliwości uzyskania leczenia gdzie indziej oraz skrupulatnego odnotowywania tego wszystkiego w dokumentacji. Sprawne funkcjonowanie owych gwarancji oraz obowiązków powinno sprawić, że jeśli nie w pierwszej placówce, to w drugiej – pacjent świadczenie otrzyma. **Pojęcie nieuzasadnionej odmowy stosuje się nie wobec pacjenta, lecz wobec lekarzy.** Takie zachowanie strony medycznej zostało w orzecznictwie uznane za popełnienie czynu niedozwolonego, a nie tylko za naruszenie praw pacjenta i prowadzi do obowiązku naprawienia szkody również w wymiarze majątkowym. Pacjent może być zaburzony, niepodatny na perswazję, roszczeniowy, kapryśny i ogólnie trudny do zniesienia, ale jego humory ani narowy nie mogą uzasadniać odmowy wykonania zabiegu, którego celowość wyraźnie stwierdzono, i po który pacjent w końcu jednak się zgłosił.

Obowiązek leczenia jest niezależny od reżimu odpowiedzialności obowiązującego w relacji lekarza z pacjentem: abstrahują od niego tak lekarska ustawa zawodowa, jak Kodeks Etyki. Niemniej prawa pacjenta do otrzymania świadczenia zdrowotnego różnią się pod tym względem.

W reżimie kontraktowym z ustawowych i podyktowanych etyką obowiązków lekarskich wynika jako zasada obowiązek zawarcia umowy z potrzebującym pacjentem i bardzo ograniczone możliwości wypowiedzenia umowy o leczenie (przez przepis o odstąpieniu od leczenia). Pacjenta ogranicza w tej sprawie przede wszystkim faktyczny stan własnych finansów. Mimo, iż umowa o leczenie stanowi na ogół mutację zlecenia, przyczyny jej wypowiedzenia

przez lekarza nie może stanowić zwykła utrata zaufania do pacjenta, podczas gdy utrata zaufania do lekarza – jak najbardziej.

W systemie powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego stosunki między pacjentem a zakładem opieki zdrowotnej realizującym świadczenia objęte ubezpieczeniem definiowane są jako szczególna relacja publicznoprawna⁶³⁷. Świadczenie na rzecz pacjenta realizowane jest w rezultacie umowy zawartej między Narodowym Funduszem Zdrowia a danym zoz-em i w ramach określonego umową limitu świadczeń. Dla jego uzyskania spełniona też musi być na zasadach ogólnych przesłanka „posiadania” ubezpieczenia. Przed wejściem w życie ustawy o prawach pacjenta oraz aktów zapewniających pacjentom opiekę zdrowotną na zasadach publicznoprawnych było sprawą dyskusyjną istnienie po stronie pacjenta prawa do otrzymania określonego świadczenia zdrowotnego. Wprowadzenie do uchylonej obecnie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej obowiązku zachowania procedury ustalającej kolejność dostępu przemawiało moim zdaniem za istnieniem takiego prawa co najmniej od tamtego czasu. W chwili obecnej obowiązuje ustawa z 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁶³⁸. Nadaje ona ubezpieczonym, a w pewnych okolicznościach szczególnych także nieubezpieczonym, prawo do leczenia, z uwzględnieniem tzw. świadczeń gwarantowanych. Wszystkie te uwarunkowania prawne przemawiają za istnieniem prawa do leczenia na zasadach określonych ustawami zwykłymi. W tych granicach pacjent ma prawo oczekiwać od podmiotu zbiorczo zwanego świadczeniodawcą (zgodnie z art. 5 pkt 41 wspomnianej wyżej ustawy o świadczeniach finansowanych z 2004 r.), który udziela świadczeń podstawowej opieki zdrowotnej: bezpłatnej opieki ambulatoryjnej, także w domu chorego, badań diagnostycznych, leczenia szpitalnego w razie potrzeby, tzw. świadczeń wysokospecjalistycznych, rehabilitacji i in⁶³⁹.

Realizacja tego prawa odbywa się z zachowaniem wyboru świadczeniodawcy spośród podmiotów związanych z NFZ stosownymi umowami i na zasadach określonych w ustawie o świadczeniach finansowanych⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Tak w szczególności M. Safjan: *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, s. 6.

⁶³⁸ Ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Dz.U. Nr 210/2004 poz. 2135 ze zm.

⁶³⁹ Tak J. Bujny: *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, s. 116–117, M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX., s. 37.

⁶⁴⁰ Szerzej: J. Bujny: *Prawa pacjenta...*, s. 134 i n.

Autonomia pacjenta jest zatem zapewniona przez generalny dostęp do określonych świadczeń finansowanych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego i możliwość żądania ich udzielenia w granicach zakontraktowanego limitu, a do świadczeń deficytowych pod warunkiem znalezienia się na odpowiedniej pozycji w kolejności dostępu, oraz przy możliwości ograniczonego wyboru świadczeniodawcy. Najpoważniejszy wyjątek, zapewniający dostęp niezwłoczny i niezależny do limitu, a nawet od stosunku ubezpieczenia, został uczyniony dla pacjentów w stanach nagłych według ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym⁶⁴¹.

Problem skierowania jako świadczenia decydującego dla uzyskania świadczeń specjalistycznych w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Prawo do świadczeń z zakresu badań diagnostycznych, zakwalifikowanych jako świadczenia gwarantowane, ma każdy świadczeniobiorca w rozumieniu ustawy o świadczeniach finansowanych..., ale na podstawie skierowania lekarza ubezpieczenia społecznego (art. 32 ustawy). Skierowanie jest warunkiem koniecznym dla powstania prawa ubezpieczonego do sfinansowania badań ze środków publicznych⁶⁴². Skierowanie musi pochodzić od właściwego lekarza, albowiem w przeciwnym razie pacjent:

- sam ponosi koszty świadczeń specjalistycznych;
- nie zostanie wciągnięty na oficjalnie prowadzoną listę oczekujących ubezpieczonych);
- co za tym idzie: może w ogóle nie otrzymać świadczenia w upatrzonej placówce publicznej, jeżeli nie funkcjonuje ona również na zasadach komercyjnych. Tymczasem istnieją publiczne ośrodki, które wykonują pewne zabiegi w sposób *de facto* monopolistyczny, ponieważ placówki prywatne w ogóle nie podejmują tak kosztownego i skomplikowanego leczenia;
- zupełna niemożność otrzymania skierowania w pewnych sytuacjach uniemożliwia działanie diagnostom, skoro nie mają skąd dowiedzieć się, pod jakim kątem powinno być przeprowadzone badanie. Jako przykład mogą posłużyć analizy laboratoryjne produktów przemiany materii pod kątem pasożytów: na skierowaniu musi być podane, o jakie pasożyty chodzi⁶⁴³, a ponadto badanie w kierunku niektórych z nich wymaga zachowania

⁶⁴¹ Szerzej M. Śliwka: *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2010, s. 90 i n.

⁶⁴² Zob. Wyrok WSA w Warszawie z 23 marca 2007 r., VII SA/Wa 185/07, LEX nr 334079.

⁶⁴³ Ponieważ do wyboru jest ich dużo i nie sposób przebadać próbki tak wszechstronnie, nie wspominając, ile by to musiało kosztować.

wania specjalnych warunków przy pobieraniu próbki, o czym pacjenta należy uprzedzić, żeby cały wysiłek nie poszedł na marne⁶⁴⁴.

Pacjent, zwłaszcza niezdolny, któremu zostało odmówione skierowanie, znajduje się w sytuacji patowej, ponieważ traci w ten sposób faktyczny dostęp do specjalistycznej diagnostyki, a to z kolei bardzo poważnie może odbić się na jego stanie zdrowia, w szczególności doprowadzić do istotnego pogorszenia. Problem ten ilustruje wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 2005 r.⁶⁴⁵. Zgodnie z art. 32 ustawy z 2004 r. o świadczeniach finansowanych... ubezpieczony pacjent ma prawo do świadczeń z zakresu badań diagnostycznych, w tym medycznej diagnostyki laboratoryjnej – na podstawie skierowania lekarza (lub felczera) ubezpieczenia zdrowotnego. Pacjent skarżył się na nasilające się od około roku niepokojące objawy neurologiczne, jednak nie był w stanie uzyskać niezbędnej pomocy w publicznej służbie zdrowia, mimo posiadanego ubezpieczenia zdrowotnego. Lekarz rodzinny kilkakrotnie odmawiał wykonania badań, ponadto odmówił skierowania do innego specjalisty. Pacjent nie zdawał sobie sprawy, że ma prawo szukać pomocy u innego lekarza rodzinnego, a jego stan się pogarszał: pojawiły się zaburzenia widzenia, mowy oraz niekontrolowane czynności fizjologiczne. Wobec tego żona (*spiritus movens* całego przedsięwzięcia i następnie skarżąca w sprawie, ponieważ sam pacjent już nie był w stanie) pożyczyła potrzebną sumę 550 zł (była to suma niebagatelna, ponieważ czteroosobowa rodzina utrzymywała się z bardzo skromnych zarobków żony) na odpłatne wykonanie rezonansu magnetycznego. **Wynik zakwalifikował pacjenta do pilnego usunięcia oponiaka mózgu.** Skarżąca zwróciła się o refundację kosztów badania, powołując fakt, iż badanie okazało się niezbędne i potwierdziło stan zagrożenia życia u pacjenta. W dwóch instancjach otrzymała decyzje odmowne.

Sąd, uwzględniając skargę stwierdził, że **jeżeli pacjent ubiega się o refundację badania (lub zabiegu) to jego relacja z organem, do którego kieruje wniosek, ma charakter prawnoadministracyjny.** Zgodnie z art. 109 ustawy o świadczeniach finansowanych... „Dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu rozpatruje indywidualne sprawy z zakresu ubezpie-

⁶⁴⁴ Chodzi w szczególności o lamblie (zdarzające się w zakończeniach bananów): do badania należy dostarczyć kolejno trzy próbki kału (a nie wymaz z odbytu jak przy niektórych innych pasożytach lub wirusach), zebrane w odstępach tygodniowych przy dbałości o pewne dodatkowe mało apetyczne szczegóły. Dopiero trzykrotny wynik negatywny upewnia, że pasożytów w organizmie nie ma. Instruuje o tym lekarz wystawiający skierowanie.

⁶⁴⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 27 września 2005 r., VI SA/Wa 828/05, LEX nr 195027.

czenia zdrowotnego. Do indywidualnych spraw z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego zalicza się sprawy dotyczące objęcia ubezpieczeniem zdrowotnym i ustalenia praw do świadczeń” (ust. 1), a zatem również sprawy dotyczące kosztów wykonanych badań. Dyrektor rozpatruje te sprawy wydając decyzję wraz z uzasadnieniem sporządzonym z urzędu. Odwołanie służy do Prezesa Funduszu, a na podstawie art. 110 ustawy od decyzji Prezesa Funduszu w indywidualnych sprawach przysługuje skarga do sądu administracyjnego. Z przepisów wynika jednoznacznie, iż decyzja w sprawie refundacji kosztów badań specjalistycznych, jako jedna z decyzji dotyczących ustalenia prawa do świadczeń, ma charakter decyzji administracyjnej⁶⁴⁶. **Rozstrzyga ona bowiem indywidualną sprawę, a więc dotyczy uprawnień konkretnego podmiotu do konkretnego świadczenia.** Badanie z użyciem rezonansu magnetycznego jest świadczeniem gwarantowanym, sprawa dotyczy zatem nie charakteru świadczeń, lecz obowiązkowej kolejności działań.

Ustawa o świadczeniach finansowanych... nie definiuje pojęcia „skierowania”. Zdaniem Sądu należy w związku z tym przyjąć, że skierowanie, o którym mowa, stanowi akt kończący określoną procedurę medyczną. **Z prawnego punktu widzenia skierowanie jest aktem wiedzy. Akt wiedzy, jakim jest skierowanie lub odmowa skierowania na określone badania, może być obarczony błędem medycznym.** W rozpatrywanej sprawie postępowanie diagnostyczne obarczone było rażącym błędem, polegającym na nierozpoznananiu oponiaka mózgu, mimo co najmniej rocznych badań, przy nasilających się objawach neurologicznych, w połączeniu z odmową skierowania do lekarza specjalisty oraz skierowania na badanie z użyciem rezonansu magnetycznym. Organy rozpoznające sprawę powinny rozważyć możliwość zastosowania w sprawie art. 60 ustawy o świadczeniach finansowanych..., wedle którego w stanach nagłych świadczenia zdrowotne są udzielane bez skierowania. W myśl art. 3 pkt 1 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym (do którego odsyła ustawa o świadczeniach finansowanych...) przez stan nagły należy rozumieć stan, w którym odroczenie w czasie pomocy medycznej może skutkować utratą zdrowia lub życia. „W świetle tej definicji ustawowej sama choroba nowotworowa nie stanowi stanu nagłego, natomiast nierozpoznany przez co najmniej rok oponiak skłepistości prawej okolicy czołowej mózgu oraz uraz czaszkowo-mózgowy, organiczne uszkodzenie mózgu, związane z występującymi od kilku lat objawami

⁶⁴⁶ Ibidem.

psychodegradacji oraz innymi zaburzeniami neurologicznymi, stanowiącymi wskazania do natychmiastowej operacji neurochirurgicznej⁶⁴⁷, powinny być uznane za stan nagły, uzasadniający świadczenie zdrowotne bez wymaganego skierowania”.

Sąd uznał sytuację tego rodzaju za **w praktyce modelową** i wyraził zapatrywanie, iż wbrew temu, co twierdziły organy administracji NFZ, nie działały one w warunkach uznania związanego, tzn. bez żadnej możliwości wpływu na treść decyzji o refundacji kosztów badania. W rozpatrywanym stanie faktycznym miały możliwość skorzystania z art. 60 ustawy przez uznanie stanu pacjenta za nagły. Z punktu widzenia praw pacjentów, bezskutecznie ubiegających się o najróżniejsze skierowania, jest to rozstrzygnięcie niezwykle ważne, chociaż nie wszyscy z nich będą mogli skutecznie powołać się na stan nagły.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie odmówił w 2007 r. refundacji zabiegu zapłodnienia pozaustrojowego⁶⁴⁸. Uzasadnił to brakiem skierowania od lekarza ubezpieczenia społecznego do wykonania badań, zakwalifikowanych jako świadczenia gwarantowane. Skarżący poddali się procedurze medycznej IVF bez uprzedniego skierowania i żądali zwrotu poniesionych kosztów, przy czym ten rodzaj świadczenia nie był objęty kontraktem z NFZ zawartym przez placówkę wykonującą zabieg.

Rola skierowania na badanie specjalistyczne jest z punktu widzenia praw pacjenta dwojaka:

- skierowanie stanowi warunek dostępu do dalszych świadczeń;
- dostarcza należytej pacjentowi informacji o stanie zdrowia, której nie da się uzyskać inną drogą i rozciąga się również na prawo kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu. Ten drugi aspekt skierowania został dostrzeżony przez Sąd Najwyższy w wyroku na korzyść pacjentki podejrzewającej u płodu wadę genetyczną (zespół Turnera): „...pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej oraz do informacji o swoim stanie zdrowia (...), a w razie wątpliwości diagnostycznych lub terapeutycznych lekarz z własnej inicjatywy bądź na wniosek pacjenta, jeżeli uzna to za uzasadnione w świetle wiedzy medycznej, powinien zasięgnąć opinii właściwego lekarza specjalisty. W świetle tych postanowień oraz wskazanego na wstępie niekwestionowanego faktu, że jedynym badaniem diagnostycznym mogącym potwierdzić lub wy-

⁶⁴⁷ Taka diagnoza została postawiona pacjentowi po wykonaniu badania.

⁶⁴⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 23 marca 2007 r., VII SA/Wa 185/07, LEX nr 3340079.

kluczyć istnienie wady płodu w postaci zespołu Turnera jest prenatalne badanie genetyczne, każdy z pozwanych lekarzy miał ustawowy obowiązek wydania z własnej inicjatywy powódce skierowania na takie badanie, poinformowania jej o jego znaczeniu i następstwach zastosowania lub zaniechania, a także o możliwych skutkach podejrzewanej wady genetycznej płodu. Powódka miała prawo do rzetelnej i przystępnej informacji w tym przedmiocie oraz o badaniach genetycznych, a przede wszystkim prawo do skierowania na takie badania bezpłatne, z którego mogła skorzystać lub nie. Od obowiązku tego nie zwalniały pozwanych wewnętrzne procedury przyjęte w szpitalu w zakresie wydawania skierowań na takie badania, żadne bowiem pozaustawowe regulacje nie mogą ograniczać ustawowych praw pacjenta, w tym prawa kobiety w ciąży do otrzymania skierowania na prenatalne badania genetyczne, gdy istnieje uzasadnione podejrzenie wady genetycznej płodu. (...) Również wewnętrzne przepisy przyjęte przez kasę chorych co do zgody na pokrycie kosztów takich badań wykonywanych poza jej rejonem nie zwalniały lekarza od obowiązku wydania skierowania. Gdyby mimo jego wydania powódka nie uzyskała w kasie chorych zgody na pokrycie ich kosztów, mogłoby to stanowić ewentualną podstawę do odpowiedzialności kasy chorych, a nie do zwolnienia z odpowiedzialności lekarza za niewydanie skierowania. (...) **Prawo do takich badań (...) jest konsekwencją prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwościach ich leczenia jeszcze w okresie płodowym** [podkr. M.B.]”⁶⁴⁹.

Rozstrzygnięcie to jest szczególnie ważne z tego względu, iż przesądza pierwszeństwo prawa pacjenta i obowiązku wydania skierowania ze strony lekarza – nad uwarunkowaniami administracji medycznej, standardami przyjętymi przez konkretną placówkę oraz sposobem finansowania świadczeń. Wydane jeszcze przed wejściem w życie ustawy o prawach pacjenta, akcentuje prawo pacjenta do otrzymania skierowania na badanie specjalistyczne.

Odmowa wystawienia skierowania bardzo poważnie rzutuje na prawa pacjenta i obecnie służy wobec niej sprzeciw do komisji lekarskiej przy Rzeczniku Praw Pacjenta. Pozytywne rozstrzygnięcie komisji potwierdza pod względem medycznym prawo pacjenta do otrzymania świadczenia. Okaże się

⁶⁴⁹ Wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC nr 3/2009, poz. 48.

w praktyce, jaki to będzie mieć wpływ na realne uzyskanie leczenia bądź skierowania na leczenie. Jednych skierowań pacjent może bez ograniczeń poszukiwać gdzie indziej, u innych lekarzy – są jednak takie, których zdobycie w pewnych rejonach kraju graniczy z niepodobieństwem, czego doświadczyła pacjentka z Małopolski, ubiegająca się o skierowanie na amniopunkcję genetyczną ze względu na podejrzenie u płodu wady (zespół Turnera).

W odniesieniu do skierowań powinno być moim zdaniem tak, by orzeczenie komisji lekarskiej zastępowało skierowanie z konsekwencjami także na gruncie powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego (pod warunkiem rzecz jasna, że pacjent jest ubezpieczony), tylko to bowiem mogłoby zlikwidować wymuszone peregrynacje pacjentów. Ustawa o prawach pacjenta nie przesądza jednak nic w tym kierunku, wydaje się zatem, iż pozytywne rozstrzygnięcie komisji dostarcza pacjentowi argumentu jedynie w stosunkach z samymi lekarzami, a nie na gruncie administracji medycznej. Nie została też przewidziana także samodzielna sankcja za jego zignorowanie.

Odmowa świadczenia zdrowotnego „należnego” pacjentowi ze względu na kwalifikację medyczną oraz przepisy ubezpieczeniowe, stanowi czyn niedozwolony oraz przewinienie zawodowe. Pod rządem dawnej ustawy lekarskiej przesądził o tym Sąd Najwyższy w omówionej wcześniej sprawie pacjenta, który początkowo sprzeciwił się operacji kciuka⁶⁵⁰. Nowe przepisy, o prawach pacjenta oraz ubezpieczeniowe, wzmocniły i skonkretyzowały prawo pacjenta w tym zakresie, a w każdym razie tego należy się po nich w praktyce spodziewać.

Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością, w warunkach odpowiadających wymaganiom fachowym i sanitarnym, stanowi odpowiednik obowiązków lekarskich z art. 4 ustawy. W tym zakresie autonomia pacjenta ma charakter mocno ograniczony, o czym była już mowa w rozdziale poświęconym lekarskim standardom wykonywania zawodu. Pacjent może dopominać się o tzw. świadczenia ponadstandardowe tylko o ile dana placówka nimi dysponuje (ponieważ nie ma takiego obowiązku) i przeważnie za odpłatnością. W bardzo specyficznych sytuacjach zdarza się, iż odejście od ogólnego standardu w kierunku na niekorzyść, jeśli odbyło się na wyraźne naleganie pacjenta, stanowi okoliczność łagodzącą odpowiedzialność lekarza w razie wystąpienia uchybień. W zwykłych warunkach pacjent ma do przyjęcia jedynie standard średni.

⁶⁵⁰ Wyrok SN z 11 grudnia 2002 r., I CKN 1386/00, LEX nr 75348.

Na tle prawa pacjenta do otrzymania odpowiedniego świadczenia zdrowotnego dochodzić może do konfliktów niemożliwych do rozwiązania na poziomie ustawowym. Zostało już wykazane, że kryteria medyczne (czyli wskazania) nie są wolne od elementów ocennych, wartościujących, w związku z czym samo prawo nie wystarczy. Odwoływanie się tylko do litery ustawy mnoży złudzenia. W istocie *przejrzysta, obiektywna procedura kolejności dostępu, oparta na kryteriach medycznych* stanowi wyrażenie niedookreślone, którego interpretacja zależy od priorytetów przyjmowanych przez daną kulturę medyczną. Może to być przedłużanie życia koncentrujące wysiłki na ratowaniu najczęściej chorych, mogą być efekty epidemiologiczne, a może być przywracanie zdrowia i zapewnianie go w warunkach względnie dobrej jakości⁶⁵¹. Chude finanse publiczne czynią niemożliwym realizowanie wszystkich tych celów jednocześnie. W rezultacie narasta społeczne poczucie niesprawiedliwości w dystrybuowaniu środków, a doraźne rezultaty po swojej myśli uzyskują grupy pacjentów dotkniętych spektakularnymi schorzeniami, którym udaje się zyskać poparcie mediów oraz opinii publicznej. Prowadzi to do wzajemnego licytowania się dolegliwościami oraz nacechowanej demagogią wymiany argumentów typu: „dlaczego miałyby być finansowane zapłodnienie pozaustrojowe, skoro brakuje funduszy dla nas, niepełnosprawnych?”

System publicznego finansowania świadczeń zdrowotnych w nieunikniony sposób rzutuje na prawa pacjenta, niemniej konstruktywne propozycje w tym względzie musiałyby stanowić przedmiot osobnego opracowania, uwzględniającego nie tylko jakąś przyjętą hierarchię wartości, ale i wymagającego specjalistycznej analizy danych liczbowych. Dopóki nie zostanie stworzony spójny system uwzględniający zarówno (i przede wszystkim) określoną aksjologię, jak ściśle kalkulacje farmakoeconomiczne, nie ma nawet co marzyć o rozładowaniu codziennych konfliktów na tym tle. Dotychczasowe udawanie, iż kryteriów aksjologicznych da się uniknąć przez przysłonięcie ich uwarunkowaniami natury medycznej, stanowi taktykę chowania głowy w piasek, która te konflikty tylko zaognia. „Niemoralne jest tymczasem udawanie, że takiego dylematu [przedłużanie życia, czy podnoszenie jego jakości – M.B.] nie ma lub że rozplynie się, rozwiąże w potoku technicznego dyskursu naukowo-medycznego”⁶⁵².

⁶⁵¹ Zob. J. Hartman: *Wojna lekarzy z pacjentami*, Etyczne aspekty decyzji medycznych, red. J. Hartman i M. Waligóra, Warszawa 2011, s. 23.

⁶⁵² Ibidem.

W praktyce prowadzi to do rywalizacji między pacjentami o dostęp do kosztownych i deficytowych procedur, w której biorą udział również lekarze jako rzecznicy pacjentów znajdujących się pod ich opieką. „System ochrony zdrowia, który stawia lekarzy w dwuznacznej i upokarzającej sytuacji, gdy chcą pomagać w każdy dostępny sposób swoim pacjentom, jest wadliwy i moralnie korumpujący”⁶⁵³. Prowadzi to do konfliktów także i zwłaszcza między pacjentami a lekarzami. W tym miejscu wymieniam je tylko w ślad za Janem Hartmanem, ku przestrodze i w celu wykazania, że same normy prawa medycznego, w szczególności treść *prawa pacjenta do otrzymania świadczenia zdrowotnego*, konfliktów tych nie rozwiążą.

1. Trudne do pogodzenia skupienie w jednym ręku roli lekarza oraz „mikroprzedsiębiorcy”, który ma jednocześnie leczyć i sprzedawać usługi swoje lub swej placówki. Najlepiej pojmowany interes pacjenta może różnić się z interesem placówki lub samego lekarza. Odbija się to na wzajemnym zaufaniu.
2. Selekcjonowanie pacjentów w ramach ustalania kolejności dostępu do deficytowych świadczeń zdrowotnych. Dużą rolę odgrywa tu czynnik ekonomiczny, co jest nie do uniknięcia. Problem jednak w tym, że przy braku rozwiązań na poziomie systemowym decyzja leży w rękach lekarza dyżurującego w izbie przyjęć, który przede wszystkim bierze pod uwagę wycenę świadczeń według kontraktu placówki z NFZ. Racjonalność medyczna i względy etyczne odchodzą na plan dalszy, gdy w szpitalu należy trzymać się przede wszystkim dyscypliny finansowej. W tych okolicznościach pacjent ustawia się na pozycji „przeciwnika w grze” o otrzymanie świadczenia zdrowotnego, w szczególności o przyjęcie do szpitala. Proces nieuniknionej selekcji pacjentów powinien być oddzielony od subiektywnych opinii konkretnych lekarzy „na pierwszej linii frontu”, czyli na dyżurze w izbie przyjęć. W obecnie funkcjonującym modelu (o ile tę przypadkowość w ogóle można nazwać modelem) zbyt dużo dla pacjenta zależy od tego, kto akurat ma dyżur i jaki jest aktualny interes szpitala. W praktyce jest tak, że uczciwość pacjenta i lekarza na ogół stawiają pacjenta w gorszej sytuacji, niż gdy chwycić się sposobów nieuczciwych. Istniejące orzecznictwo w sprawie finansowania tzw. świadczeń ponadlimitowych stanowi rozwiązanie o charakterze tylko doraźnym i nie niweluje samego problemu.

⁶⁵³ j.w. s. 24.

3. Medycyna defensywna. Obawa przed komplikacjami prawnymi oraz przed odpowiedzialnością za prowadzenie tzw. trudnych przypadków prowadzi do zachowań polegających na oportunistycznym uchylaniu się od przyjmowania trudnych przypadków przez nieuzasadnione przekierowywanie pacjentów do innych placówek, a także na zlecaniu zbyt szerokiego zakresu badań dodatkowych celem uchronienia się od zarzutu, że nie uczyniło się wszystkiego, co możliwe dla udzielenia pacjentowi pomocy. Jednocześnie środowisko medyczne wciąż zwiera szyki w obronie przed krytyką z zewnątrz, a krytykę od wewnątrz traktuje jako niedopuszczalne kalanie własnego gniazda. (Przekonują o tym w szczególności liczne zapisy w Kodeksie Etyki Lekarskiej⁶⁵⁴).

Rozwiązania powyższych konfliktów Jan Hartman upatruje w upowszechnieniu także u nas nowoczesnej kultury bioetycznej. Stary etos lekarski i oparta na nim kultura moralna są nie do utrzymania w obecnych warunkach, potrzeba zatem stworzenia nowej etyczności w ochronie zdrowia, dostosowanej tak do aktualnego stanu technologii medycznej, jak do obecnych warunków społecznych, politycznych i prawnych⁶⁵⁵. Obserwacja chaosu oraz przypadkowości w systemie publicznej ochrony zdrowia na przestrzeni ostatnich lat pokazuje, że decydenci ani nie mają spójnej koncepcji, ani nie potrafią stworzyć sprawiedliwego modelu opieki zdrowotnej. „Zasady regulowania dostępu do świadczeń medycznych, do hospitalizacji, do drogich i deficytowych świadczeń i leków powinny być przejrzyste i sprawiedliwe, a osoby odpowiedzialne za podejmowanie decyzji selekcyjnych (triage'u) powinny działać w ramach odrębnych plenipotencji i w warunkach względnej niezależności od personelu leczącego i administracji szpitala. Łączenie przez te same osoby funkcji terapeutycznych, selekcyjnych i administracyjnych prowadzi do konfliktów sumienia, którym bardzo trudno podołać, nie mówiąc już o braku zaufania ze strony pacjentów, którzy gotowi są traktować nieprzejrzysty system jako obszar prywaty i nieformalnych, protekcyjnych stosunków, a nawet korupcji”⁶⁵⁶. Potrzeba fachowych doradców – czyli znanych w cywilizowanym świecie komitetów bioetycznych, ale zatrudnienie ich pociągnęłoby za sobą wiele niewygód. Przede wszystkim wymagałoby stworzenia i konsekwentnego realizowania polityki długofalowej, a nie obliczonej na czas do następnych wyborów. Istnienie takich niezależnych ciał opiniotwórczych uniemożliwiło-

⁶⁵⁴ Zob. J. Hartman: *Uwagi o Kodeksie Etyki Lekarskiej* s. 137 i n.

⁶⁵⁵ J. Hartman: *Wojna lekarzy z pacjentami* s. 28.

⁶⁵⁶ Ibidem, s. 24.

by ręczne sterowanie opieką zdrowotną i majstrowanie w systemie według uznania podyktowanego doraźnymi potrzebami. Odsłonięcie i upublicznienie procedur decyzyjnych spowodowałoby narażenie się na krytykę, którą istniejące rozwiązania ściągają i tak, ale za to pozwalają cichcem robić po swojemu. Zapewnienie sprawiedliwego dostępu do świadczeń medycznych wymaga przede wszystkim wszechstronnego rozpatrywania pojawiających się problemów, a następnie konfrontowania ich z kalkulacją ekonomiczną. Żeby w jednym miejscu dodać, trzeba z innego ująć. W chwili obecnej dostają ci, którzy najgłośniej krzyczą. Doradcze ciała bioetyczne stanowią rozwiązanie sensowne i pożądane z punktu widzenia sprawiedliwości społecznej. Zapewniają tak potrzebną niezależność osądu, z tym, że jest to niezależność potrzebna pacjentom i lekarzom. Natomiast dla tych, którzy chcą odgórnie rządzić innymi i we wszystkim narzucać swe jednostronne stanowisko – stanowiąby sól w oku.

Prawo do dochowania tajemnicy lekarskiej

Obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej należy do podstawowych standardów wykonywania zawodu lekarza, a jednocześnie nadaje pacjentowi prawo do żądania zgodnych z tym zachowań, tzn. do milczenia lekarza na jakikolwiek temat związany z osobą pacjenta, o ile informacja została zdobyta w związku z leczeniem. Ujawnienie faktów objętych tajemnicą zawodową może przybierać postać zwykłej niedyskrecji, ale też mieć na celu manipulację – wywarcie na pacjenta nacisku przez posłużenie się członkami rodziny; może także łączyć się ze złamaniem prawa do intymności lub naruszeniem czci. Dlatego bardziej właściwym wydaje się ujmowanie tajemnicy lekarskiej od strony praw pacjenta. Ponadto ustawa o prawach pacjenta adresuje obowiązek zachowania tajemnicy w sposób rozszerzony: do osób wykonujących zawód medyczny, w tym udzielających świadczeń medycznych (art. 13).

W kontekście poszanowania autonomii dobrem naruszonym przez ujawnienie tajemnicy lekarskiej jest wolność zwierzeń, inaczej mówiąc – swoboda decydowania o ujawnieniu prywatności, zwana również **autonomią informacyjną**. Ochrona autonomii informacyjnej obejmuje przede wszystkim prawo do nieujawniania informacji o sobie (art. 51 ust. 1 Konstytucji RP)⁶⁵⁷. Pacjent sam decyduje, jak każdy człowiek, komu zechce czynić zwierzenia

⁶⁵⁷ M. Safjan: *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, s. 6.

na temat swego zdrowia i innych kwestii życia osobistego, a lekarz nie ma prawa go w tym wyręczać. To uchybienie otwiera jednak dopiero listę możliwych nadużyć. Naruszenie tajemnicy lekarskiej prowadzi przede wszystkim do niedopuszczalnej ingerencji w prywatność. Wyciek tak „wrażliwych” danych może doprowadzić do dyskryminacji danej osoby. Ujawnienie informacji o stanie zdrowia może też powodować u samego zainteresowanego uczucie wstydu, a wstyd, jak zwracał uwagę Zbigniew Szawarski, stanowi symptom naruszenia godności osobistej. Ujawnienie tajemnicy lekarskiej potrafi zatem wyrządzić wiele krzywdy, zwłaszcza gdy zostaje wykorzystane jako środek do osiągnięcia innego celu: wywarcia presji, zdyskredytowania, a nawet zemsty.

Gdy chodzi o zakres obowiązku zachowania tajemnicy, dosłowne ujęcie art. 40 ustawy⁶⁵⁸ pozwala wnioskować, że tajemnicą objęte są nie tylko informacje o charakterze medycznym, lecz każde uzyskane w związku z leczeniem, aż po kolor ścian w mieszkaniu. To samo wynika z art. 13 i 14 upr.⁶⁵⁹: art. 14 stanowi powtórzenie regulacji z art. 40 ustawy. Z jednej strony wydawałoby się to nie do końca celowe, skoro zadania lekarskie polegają przede wszystkim na leczeniu; z drugiej jednak – może to dla lekarzy oznaczać najzwyklejszy zakaz plotkowania o pacjencie z osobami trzecimi, a w każdym razie zakaz plotkowania z podawaniem personaliów. Art. 40 ust. 1 ustawy stanowi, że lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu. Art. 32 K.E.L. dodaje, iż tajemnicą objęte są wiadomości nie tylko o pacjencie, ale również o jego otoczeniu, o ile zostały uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi. Według M. Safjana ochronie prawnej podlega poufny charakter relacji lekarza z pacjentem, nie zaś rodzaj informacji, zatem nieuzasadnione byłoby rozróżnienie na fakty zwykłe oraz poufne, wstydlive ze swej natury. Jedynie fakty i okoliczności powszechnie znane nie są objęte tajemnicą, choćby akurat lekarz powziął o nich wiadomość w związku z wykonywaniem zawodu⁶⁵⁸. Z poglądem tym należy się zgodzić. Skoro ustawa nie rozróżnia, to lekarz ma obowiązek utrzymywania w tajemnicy każdej informacji o pacjencie uzyskanej w związku z czynnościami zawodowymi. Nie jemu oceniać, które spośród nich wydają się „zwykłe” w sensie – nieszkodliwe. Nie ma również znaczenia źródło owych informacji: mogą one pochodzić tak od pacjenta, jak od członków jego rodziny, innych

⁶⁵⁸ M. Safjan: *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego nr 1/1995, s. 15–16.

osób z otoczenia, czy innych lekarzy. Nie ma tylko obowiązku trzymania w tajemnicy czegoś, co i tak jest powszechnie wiadome. Rafał Kubiak wskazuje, że ściśle rozumienie zakresu tajemnicy lekarskiej mogłoby prowadzić do absurdów (jako przykład podaje posiadanie przez pacjentkę kanarka, o czym lekarz dowiedział się podczas wizyty domowej) i w związku z tym proponuje zawężające rozumienie wyrażenia „w związku z wykonywaniem zawodu”⁶⁵⁹. Rozumowanie to da się łatwo podważyć. Przede wszystkim – nie ma żadnych podstaw upoważniających lekarza do wartościującego różnicowania informacji; wiadomość o posiadaniu kanarka wydaje się na pierwsze wejrzenie zupełnie niewinna, ale lekarz nie ma danych, by stwierdzić to z całą pewnością. Ponadto – czym różni się z punktu widzenia obowiązku dochowania tajemnicy nabyte w czasie wizyty domowej następujące informacje: pacjentka hoduje kanarka; spod łóżka wystają męskie skarpetki; na fotelu w salonie leżą brudne majtki (damskie); zlew jest pełen niepozmywanych naczyń; na ścianie wisi oleodruk przedstawiający jelenie na rykowisku; na łóżku w sypialni leży poduszka z wizerunkiem Elvise Presleya w skali 1:1? – Niczym. Należy pogodzić się z myślą, że taki zakres przedmiotowy tajemnicy lekarskiej został ustanowiony być może trochę na zapas, ale *ratio* stanowi niemożność przewidzenia, czy nawet najbardziej niewinna informacja nie zaszkodzi pacjentowi w jakimś szczególnym kontekście, o którym lekarz siłą rzeczy nie może mieć pojęcia. Z tego samego powodu nieprzydatne byłoby zarzucone obecnie w doktrynie kryterium interesu pacjenta. A może pacjentka ukrywa ulubionego kanarka przed byłym kochankiem, który przy rozstaniu odgrażał się, że skręci mu szyję i gotów byłby w tym celu przemocą wtargnąć do mieszkania. Na wszelki wypadek niech zatem lekarz milczy.

Etyka zawodowa nakazuje ponadto utrzymywanie w tajemnicy uzyskanych w ten sposób informacji o otoczeniu pacjenta. Wprawdzie ustawa wyraźnie o tym nie wspomina, jednak pogląd taki jest reprezentowany w doktrynie⁶⁶⁰. W ten sposób norma etyczna zaostřejająca wymagania w stosunku do kanonu ustawowego została inkorporowana do systemu prawa.

Ujawnienie informacji objętych tajemnicą zawodową wystarcza dla przypisania ujawniającemu winy, można tylko dyskutować o jej stopniu; obowią-

⁶⁵⁹ R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 273.

⁶⁶⁰ M. Filar: *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, s. 227; M. Safjan: *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, s. 17–18; B. Kunicka-Michalska: *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 21.

zek milczenia ujęty został na tyle kategorycznie, że ten, kto go łamie, działa z zasady w sposób zawiniony (chyba żeby zostało wykazane, iż informacja została zeń wydobyta wbrew woli). Uchybienie wyraźnie określönemu obowiązkowi co do zachowania milczenia stwarza domniemanie faktyczne winy. Każde odstępstwo od obowiązku milczenia powinno mieć swoje usprawiedliwienie poprzez jeden z ustawowych wyjątków.

Większość sytuacji złamania tajemnicy zawodowej ma charakter medyczny. Rozpocząć należy od oczywistej konstatacji, iż tajemnicą objęty jest już sam fakt korzystania przez pacjenta z pomocy lekarskiej. Istnieją ponadto specjalności, co do których obowiązek utrzymywania tajemnicy ma charakter szczególny: inaczej ocenia się wiadomość, że przysłowiowy Kowalski udał się do internisty, a zupełnie inaczej, że była to konsultacja psychiatryczna lub wenerologiczna. Sama wizyta u lekarza danej specjalności może pacjenta skompromitować w otoczeniu. Tym gorzej, jeżeli zostanie wykorzystana przez inne osoby, na przykład przez pracodawcę.

Autentyczna historia, która miała miejsce niedawno (proces przez sądem pracy już się toczy, a równolegle złożono zawiadomienie o popełnieniu przewinienia zawodowego przez lekarza), została zaaranżowana właśnie przez pracodawcę, ażeby dostarczyć okazji do pozbycia się niewygodnego pracownika. Najpierw miał miejsce intensywny mobbing, w rezultacie którego pracownik zaczął korzystać z pomocy neurologa i otrzymał zwolnienie lekarskie. Wówczas kolega z pracy, działając w zмовie z szefem, zaproponował „załatwienie” wizyty u psychiatry – prywatnie swej ciotki. Wkrótce po owej umówionej konsultacji pracownik otrzymał od pracodawcy zwolnienie dyscyplinarne z podaniem dokładnej daty wizyty psychiatrycznej i przyczyną, jakoby próbował wyłudzić przedłużenie zwolnienia lekarskiego. Prawdopodobnie ciotka wygadała się przed bratankiem ze zwykłej głupoty, zwłaszcza iż ten udawał autentyczną troskę o zdrowie kolegi. Wystarczyło, by potwierdziła, że pacjent przyszedł na wizytę. Reszta stanowiła już konfabulację pracodawcy. To jednak nie usprawiedliwia lekarki. Historia ta pokazuje, że nie bez powodu obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej ukształtowany jest rygorystycznie. Na bratanka – prowokatora i donosiciela – nie ma sankcji. Natomiast lekarz jako depozytariusz tajemnicy zawodowej musi ponieść konsekwencje. Zwłaszcza w psychiatrii głupota jest niewybaczalna, ponieważ może wywołać dużo poważniejsze konsekwencje psychospołeczne niż spowodowane przez lekarzy innych specjalności.

W kontekście tajemnicy zawodowej warto też powrócić do omawianego już orzeczenia Sądu Okręgowego w Bydgoszczy co do oczywiście zbędnej

amputacji piersi⁶⁶¹. Przypomnijmy, że lekarz chirurg, celem zwiększenia na pacjentkę nacisku, aby zgodziła się na operację, wykorzystał jej matkę, której w dodatku naopowiadał kłamstw, jakoby diagnoza była wielce niepomyślna, a życie córki poważnie zagrożone. Była już mowa o tym, że tak członkom rodziny jak innym osobom postronnym lekarz może udzielać o pacjencie informacji tylko za jego zgodą (art. 40 ust. 2 pkt 4 ustawy), przy czym dodatkową gwarancję stanowi obowiązek uprzedniego poinformowania o niekorzystnych dla pacjenta skutkach ujawnienia.

Inny przykład złamania tajemnicy, to małomiasteczkowa ploteczka. Pewien młodzieniec zwracał na siebie powszechną uwagę afiszując się z wianuszkiem dziewcząt, które obwoził po okolicy czerwonym kabrioletem. Wywołało to następujący komentarz pielęgniarki zatrudnionej dawniej w miejscowym szpitalu: „– O, on urodził się z tylko jednym jądrem”. Pielęgniarka najpewniej wiedziała od szpitalnego pediatry, zaś od pielęgniarki – całe miasteczko uzdrowiskowe, wliczając w to przyjezdnych. Notabene ustawa o prawach pacjenta nadaje prawo do tajemnicy, której zachowanie obarcza nie tylko lekarzy, ale i innych członków personelu medycznego.

Szkody oraz krzywdy może wyrządzić zarówno ujawnienie powierzonej w zaufaniu tajemnicy, jak bezpodstawne upieranie się przy jej utrzymaniu. Mimo, że ujęty bardzo szeroko, obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej doznaje szeregu wyjątków. Co do zasady wszelkie osoby trzecie mogą być informowane tylko za zgodą pacjenta, względnie jego przedstawiciela ustawowego. Niemniej wprowadzono też inne odstępstwa, podyktowane przede wszystkim względami na bezpieczeństwo oraz porządek prawny.

Zagrożenie bezpieczeństwa

Zgodnie z punktem 3 ust. 2 art. 40 ustawy, nie ma obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej, gdy jej utrzymanie „może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób”. W doktrynie podnosi się, że niebezpieczeństwo dla samego pacjenta nie może być następstwem choroby, tylko pochodzić z innych źródeł. Jako przykład podawane jest stwierdzenie przez lekarza na ciele pacjenta śladów, które świadczą o maltretowaniu⁶⁶².

⁶⁶¹ Wyrok Sądu Okręgowego Bydgoszczy z 19 lipca 1999 r., I C 1150/98, OSP nr 4/2002 poz. 59 z gl. M. Nesterowicza.

⁶⁶² Szerzej R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 286–288.

Niebezpieczeństwo tego rodzaju dla osób trzecich może polegać przykładowo na ryzyku zarażenia chorobą zakaźną lub zagrożeniu przemocą ze strony pacjenta psychiatrycznego. Jest to rozwiązanie stosowane zarówno na gruncie obecnej, jak dawniej ustawy lekarskiej.

W kontekście chorób zakaźnych na uwagę zasługuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 2002 r.⁶⁶³. Ustawa lekarska powiada, iż w razie wystąpienia jednego z ustawowych wyjątków, w szczególności zagrożenia życia lub zdrowia osób trzecich, obowiązek zachowania tajemnicy zostaje uchylony – Sąd natomiast sformułował ze względu na takie okoliczności **nakaz** informowania. Osią konfliktu, który zaowocował zasądzeniem odszkodowania, było niepoinformowanie przez personel szpitala o wykryciu podczas badań pracowniczych w 1993 r. nosicielstwa wirusa wzv typu B (choroby potocznie zwanej żółtaczką wszczepienną) u pacjenta będącego dla powodów w sprawie odpowiednio mężem i ojcem. W 1994 r. zachorowali na wzv typu B żona i dorosły syn pacjenta, zaś u małoletniej córki wykryto antygenię. Wynik badania został ujawniony w karcie informacyjnej leczenia szpitalnego przez lakoniczne sformułowanie: „Antygen Hbs/H dodatni”. Żona pacjenta była wielokrotnie i wyczerpująco informowana przez szpital o stanie zdrowia męża (który upoważnił ją do odbioru informacji), jednak nie powiedziano jej, iż jest on nosicielem wirusa żółtaczki i nie uprzedzono o wynikających stąd zagrożeniach. Orzekający w sprawie sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu oddalenia powództwa pozwolił sobie na supozycję, iż „**mając na uwadze stan świadomości powodów, nie podjęliby oni wystarczających środków zapobiegających zakażeniu**” (podkr. M.B.). Jest to kolejny przykład na zjawisko, które określiłam wcześniej mianem paternalizmu sądowego w sprawach lekarskich, tym razem wywierającego wpływ na treść orzeczenia. Pozwany szpital tłumaczył się wykrętnie obowiązkiem dochowania tajemnicy lekarskiej, Sąd Apelacyjny wskazał jednak słusznie, iż obowiązek ów nie ma charakteru absolutnego i istnieje wyraźna podstawa do jego uchylenia, która znajdowała zastosowanie w tym przypadku. **Brak obowiązku milczenia nie jest wprawdzie tożsamy z obowiązkiem ujawnienia**, jednakże

⁶⁶³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 9 maja 2002 r., ACa 221/02, Prawo i Medycyna nr 1/2004 (14, vol. 6) z gl. M. Nesterowicza, z tezą: „1. Szpital ma obowiązek szczegółowego powiadomienia pacjenta i członków jego najbliższej rodziny, o konsekwencjach nosicielstwa wirusa choroby zakaźnej stwierdzonej u pacjenta. 2. Zaniedbanie w wypełnieniu obowiązku powiadomienia o chorobie zakaźnej stanowi czyn niedozwolony w rozumieniu art. 415 i 417 k.c. i prowadzi do odpowiedzialności szpitala za powstałą stąd szkodę”.

Sąd uznał, iż „obowiązek takiego powiadomienia ciąży na personelu szpitala niezależnie od tego, czy wynikał on z treści przepisów prawa stanowionego. Jest oczywiste, że do podstawowych obowiązków funkcjonariuszy publicznej (państwowej) służby zdrowia należy podejmowanie wszelkich działań dostępnych w świetle zdobyczy nauki w celu zapobiegania i przeciwdziałania zagrożeniom epidemiologicznym. (...) Nie ulega wątpliwości, że w zakresie tych obowiązków leży szczegółowe powiadomienie o konsekwencjach nosicielstwa wirusa choroby zakaźnej nie tylko pacjenta, ale też tych członków rodziny, którzy w pierwszej kolejności narażeni są na zakażenie z uwagi na codzienną, bezpośrednią styczność z nosicielem. Z opinii powołanego w sprawie biegłego wynika jednoznacznie, że jedną z podstawowych dróg rozprzestrzeniania się wirusa żółtaczki są kontakty małżeńskie (w tym szczególnie seksualne) oraz prowadzenie z nosicielem wspólnego gospodarstwa domowego. [Wystarczy, aby ojciec i syn używali tej samej maszyny do golenia – M.B.] Nakładało to na pracowników służby zdrowia szczególną powinność poinformowania powódki (żony pacjenta) o stwierdzonym u jej męża nosicielstwie oraz wskazania właściwych środków zapobiegawczych, których podjęcie było niezbędne dla uniknięcia zakażenia innych członków rodziny. (...) Nie byłoby wystarczające wydanie pacjentowi karty leczenia z wpisanym wynikiem badań stwierdzających obecność dodatniego antygenu HBS. **Z natury rzeczy nazewnictwo medyczne używane w tego rodzaju dokumentach ma charakter specjalistyczny i hermetyczny. Używane pojęcia, szczególnie przedstawione w formie skrótów lub symboli wymagają zwykle przełożenia na język zrozumiały dla przeciętnego odbiorcy.** [podkr. M.B.] Przy tym, spełnienie obowiązku udzielenia przez personel szpitala odpowiednich informacji i wskazówek musi być odpowiednio udokumentowane. Związane jest to m.in. z tym, że właściwe przepisy nakładają na nosicieli oraz osoby podejrzane o nosicielstwo określone obowiązki (por. np. art. 3 ust. 1 mającej zastosowanie w sprawie ustawy z dnia 13 listopada 1963 r. o zwalczaniu chorób zakaźnych) (...) Prawidłowo zatem przyjął Sąd Okręgowy, że personel Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Szczecinie dopuścił się zaniedbania noszącego znamiona czynu niedozwolonego w rozumieniu przepisów art. 415 i art. 417 § 1 k.c.”.

Sąd sformułował tutaj, biorąc za punkt wyjścia obowiązki wynikające z ówczesnej ustawy o zwalczaniu chorób zakaźnych⁶⁶⁴, zasadę ostrożności

⁶⁶⁴ Obecnie – ustawa z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. Nr 234/2008 ze zm.).

przeciwepidemicznej, polegającą na poinformowaniu, poinstruowaniu oraz udokumentowaniu instrukcji udzielonych członkom najbliższej rodziny zakażonego, a mającą na celu ograniczenie rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej. Mieści się ona w granicach prawa, pozwalającego ujawnić tajemnicę lekarską osobom trzecim narażonym na niebezpieczeństwo zdrowotne, ale przybiera postać obowiązku określonej aktywności. Zostało też zaakcentowane, iż informacja powinna mieć kształt językowy zrozumiały dla odbiorcy nieobeznanego z terminologią medyczną.

„Prima facie stwierdzić można, że normalnym następstwem omówionych wyżej uchybień personelu szpitala było narażenie powodów na codzienny kontakt z nosicielem wirusa żółtaczkowy bez świadomości konieczności podjęcia odpowiednich środków zapobiegających zakażeniu. Konsekwencją tego jest zwykle powstanie szkody w postaci zakażenia się wirusem.

W tej sytuacji na pozwanego, chcącego uwolnić się od odpowiedzialności odszkodowawczej spadał ciężar udowodnienia (art. 6 k.c.), że szkoda jest wynikiem innych czynników lub też, że doszłoby do niej mimo zaniedbań personelu szpitala”.

Sąd odniósł się tutaj do rozumowania sądu pierwszej instancji, wedle którego nie istniały przekonujące dowody na fakt, żeby to ojciec był źródłem zakażenia w rodzinie, a zakażenie pozostałych członków gospodarstwa domowego miało charakter wtórny i było spowodowane zaniechaniami informacyjnymi ze strony personelu szpitala. W orzecznictwie dotyczącym zakażeń wielokrotnie było podkreślane, iż przeprowadzenie dowodu ze stuprocentowym prawdopodobieństwem jest praktycznie niewykonalne, należy więc zadowolić się prawdopodobieństwem dostatecznie wysokim. W tym celu sądy posługują się domniemaniami faktycznymi, w szczególności dowodem *prima facie*. Może to prowadzić do faktycznego przerzucenia ciężaru dowodu przeciwnego na stronę medyczną, wynika jednak nie bezpośrednio z reguły określonej przez art. 6 k.c., lecz z uwarunkowania konkretnymi okolicznościami faktycznymi. Była już mowa o tym, że rozmieszczenie ciężaru dowodu może być podyktowane kontekstem sytuacyjnym, więc zasadę z art. 6 k.c. nie zawsze da się stosować w sposób sztywny.

Zagadnienie zagrożenia przemocą ze strony pacjenta dotkniętego zaburzeniami psychicznymi ilustruje sławna sprawa amerykańska, dotycząca zabójstwa Tatiany Tarasoff, z 1969 r. Sprawca, niejaki Prosentjit Poddar, odbywał konsultacje psychologiczne i psychiatryczne, w trakcie których zwierzył się z zamiaru zabicia wymienionej z imienia dziewczyny. Wynikła kontrowersja między lekarzem Poddara nazwiskiem Moore a szefem oddziału psychia-

trycznego szpitala uniwersyteckiego, w którym dochodząco leczył się Poddar. Moore zawiadomił policję, ale przełożony zabronił mu dalszych interwencji. Tatiana Tarasoff została zamordowana przez Poddara po powrocie z wakacji z Brazylii, dokładnie tak jak zapowiadał Poddar. Oskarżenie wniosli rodzice ofiary przeciwko policji i lekarzom⁶⁶⁵. Większość składu orzekającego przyznała im rację.

„Oskarżeni lekarze nie mogą usprawiedliwiać się w sądzie twierdzeniem, że Tatiana nie była ich pacjentką, więc nie mieli obowiązku jej ostrzegać. Jeśli lekarz lub ktokolwiek inny wierny etosowi lekarskiemu zdaje sobie sprawę, że jego pacjent może być groźny dla otoczenia, automatycznie staje się odpowiedzialny za niego i ma obowiązek zatroszczyć się o tych, którym on zagraża. Lekarz, w zależności od sytuacji, powinien podjąć rozmaite kroki, by wywiązać się z tego obowiązku, np. ostrzec osobę, której grozi niebezpieczeństwo, wyjawić prawdę jej najbliższym, zawiadomić policję czy też zrobić cokolwiek innego, aby nie dopuścić do nieszczęścia [...]. Pewne środki, które lekarz może zastosować w takiej sytuacji, np. ostrzeżenie potencjalnej ofiary, nie stanowią zamachu na wolność pacjenta. Jeśli na jednej szali położymy niewielki uszczerbek, jaki w najgorszym razie poniesie pacjent, oraz niebezpieczeństwo zagrożenia życia jego potencjalnej ofiary, musimy uznać, że brak całkowitej pewności co do tego, jak zachowa się pacjent, nie zwalnia lekarza od obowiązku ostrzeżenia zagrożonego[...]. Uznajemy wagę, jaką społeczeństwo przywiązuje do skutecznego leczenia chorób umysłowych oraz do prawa pacjenta do prywatności[...], a w konsekwencji – do wszystkich środków, które to zapewniają, łącznie z dochowaniem tajemnic wyjawionych przez pacjenta w trakcie leczenia. Przeciwwagą dla tych wartości jest jednak ochrona społeczeństwa przed przemocą.

Wyjawienie tajemnic lekarskich w takiej sytuacji nie może być traktowane jak pogwałcenie etosu lekarskiego. W rozdz. 9 „Zasad etyki medycznej” Amerykańskiego Towarzystwa Lekarskiego, ustanowionych w 1957 r., czytamy: „Lekarz nie może wyjawić informacji powierzonych mu przez pacjenta w czasie leczenia [...], chyba że żąda tego prawo, dobro zagrożonych jednostek lub społeczeństwa”. W konkluzji uważamy, że społeczeństwo powinno stać na straży poszanowania tajemnicy lekarskiej regulującej stosunki między pacjentem a jego psychoterapeutą pod warunkiem, że w sposób widoczny nie

⁶⁶⁵ *Tarasoff v. Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d 425 (1976): 131. Zob. też „California Reporter” 14 (1 lipca 1976). Kazus Tatiany Tarasoff został wykorzystany przez Beauchampa i Childressa w *Zasadach etyki medycznej* (Dodatek, s. 528–531).

zagroza to innym. Przywileje wynikające z zachowania tajemnicy lekarskiej znikają, gdy zagrożone jest publiczne bezpieczeństwo” (opinia większości – sędzia Tobriner).

Jest to sposób rozumowania, któremu daje wyraz także rodzima regulacja. Niemniej w sprawie Tarasoff zarysowała się również opinia przeciwna (sędzia Clark). Jej osią jest przeświadczenie, że nakładanie obowiązku ujawniania informacji o potencjalnym niebezpieczeństwie grożącym ze strony pacjentów osobom trzecim – uniemożliwi leczenie. „Wzgląd na strategię przemawia przeciwko nakładaniu na psychoterapeutów obowiązku ostrzegania potencjalnej ofiary o grożącym jej niebezpieczeństwie. Obowiązek taki nie przyczyniłby do dobra społeczeństwa, a ponadto uniemożliwiłby skuteczne leczenie, naruszył podstawowe prawa pacjenta i zwiększył skalę przemocy. (...) Przyszłość psychiatrii leży w utrzymaniu zaufania pacjentów do lekarzy, a zaufanie to jest możliwe wtedy, gdy pacjenci będą oczekiwać, że psychiatra nie wyjawia ich sekretu. (...) Bez zapewnienia o dyskrecji nikt nie będzie się chciał poddać leczeniu. (...) Zagwarantowanie tajemnicy lekarskiej stanowi niezbędny warunek pełnego ujawnienia faktów w czasie kuracji. (...) [Pacjent] musi być pewny, iż lekarz nie ujawni jego tajemnic. W przeciwnym razie straci zaufanie potrzebne do pomyślnego zakończenia terapii. (...) Obowiązek ostrzegania potencjalnych ofiar przed grożącym im niebezpieczeństwem będzie miał katastrofalne skutki dla praktyki i efektywności leczenia psychiatrycznego. Wielu pacjentów potencjalnie groźnych dla społeczeństwa, ale skłonnych do poddania się leczeniu, nie zechce wtedy szukać porady, a ci, którzy się na to zdecydują, będą ukrywać szczegóły. (...) Przyczyni się do wzrostu w społeczeństwie liczby aktów przemocy, których dokonują umysłowo chorzy i zapoczątkuje proces odbierania podejrzanym praw cywilnych, a zatem pozbawiania wolności pacjentów, którzy na to nie zasługują”⁶⁶⁶.

W ten sposób dobro leczonego pacjenta i wzgląd na powodzenie terapii, jak również ochrona tajemnicy psychiatrycznej na przyszłość zostały postawione ponad bezpieczeństwem osób trzecich i to w sytuacji, gdy wyrządzone przez zaburzonego psychicznie pacjenta zło było aż nazbyt widoczne.

Na gruncie naszego ustawodawstwa tajemnica psychiatryczna została unormowana w sposób szczególny przez ustawę o ochronie zdrowia psychicznego. Jest określona szerzej, niż tajemnica lekarska – zarówno pod względem podmiotowym, jak przedmiotowym. Wiąże każdą osobę wykonującą czynno-

⁶⁶⁶ Wszystkie cytaty z uzasadniania za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 529–531.

ści objęte ustawą psychiatryczną (podczas gdy tajemnica lekarska – wyłącznie lekarza) i obejmuje swym zakresem wszystko, o czym powzięto wiadomość w związku z wykonywaniem tych czynności (zaś tajemnica lekarska – informacje związane z pacjentem, uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu lekarza). Wyjątki pozwalające ujawnić tajemnicę psychiatryczną (art. 50 ust. 2 pkt 1–3 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego) oraz tajemnicę lekarską (art. 40 ust. 2 pkt 1–7 u.zaw.lek.) ujęte są podobnie – jako zamknięty katalog, poprzez wskazanie, dla jakich celów i na rzecz jakiej kategorii podmiotów może nastąpić ujawnienie przy zastrzeżeniu zasady minimalizacji (ujawnienie może nastąpić tylko w niezbędnym zakresie). Wyjątki określone w ustawie o zawodzie lekarza muszą być odczytywane jako wyjątki również od tajemnicy psychiatrycznej, z zastrzeżeniem, że może się na nie powołać wyłącznie lekarz (a nie inna osoba zobowiązana). Zatem lekarz (w tym lekarz psychiatra), który powziął wiadomość o **zagrożeniu na przyszłość** ze strony pacjenta „psychiatrycznego” dla innych osób, ma prawo w takich okolicznościach złamać tajemnicę zawodową przez poinformowanie osoby zagrożonej. Pod rządami obecnej ustawy o zawodzie psychologa..., może to zrobić również psycholog (art. 14 ust 3 pkt 1 – „...w razie **poważnego** zagrożenia zdrowia lub życia klienta **lub innych osób**”). Ustawa nie wyłącza też zeznawania przez lekarza na okoliczność dającego się przewidzieć, przyszłego niebezpieczeństwa ze strony pacjenta (w tym planowanego przestępstwa), jeśli fakt taki byłby prawnie istotny (np. w postępowaniu sądowym kontrolującym legalność przymusowej hospitalizacji w trybie z art. 23 lub 24 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego).

Art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, zwanej potocznie psychiatryczną, przewiduje natomiast **bezwzględny zakaz dowodowy: osoby zobowiązane do zachowania tajemnicy psychiatrycznej nie mogą być przesłuchiwane jako świadkowie co do wypowiedzi osoby, wobec której podjęto czynności wynikające z ustawy, na temat popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary.** Dodatkowa gwarancja, wynikająca z art. 51, ma charakter biurokratyczno-dowodowy: „W dokumentacji dotyczącej badań lub przebiegu leczenia osoby, wobec której podjęto czynności wynikające z niniejszej ustawy, **nie utrwała się oświadczeń obejmujących przyznanie się** do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Zasadę tę stosuje się również do dokumentacji dotyczącej badań przeprowadzonych na żądanie uprawnionego organu”.

Zakaz dowodowy, o którym mowa, dotyczy tajemnicy psychiatrycznej (w tym tajemnicy psychiatrycznej lekarza), nie odnosi się natomiast do nie-

psychiatrycznej tajemnicy lekarskiej. Lekarska ustawa zawodowa nie przewiduje żadnych wyraźnych zakazów dowodowych, odsyłając do przepisów o dowodzie z zeznań świadka w postępowaniu cywilnym, karnym lub administracyjnym (art. 40 ust. 2 pkt. 1 – zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej gdy tak stanowią ustawy). Wobec tego osoba wezwana w charakterze świadka ma obowiązek stawić się i złożyć zeznania (art. 261 § 1 kpc, art. 177 § 1 kpk, art. 83 § 1 kpa), jednak przewidziane są tu ograniczenia. Wynika z tego, że „zwykła” tajemnica lekarska jest w postępowaniu przed władzą publiczną co do zasady respektowana: w postępowaniu karnym lekarz może być przesłuchiwany co do faktów nią objętych tylko wyjątkowo. Może to nastąpić (1) tylko za **postanowieniem sądu**; (2) pod warunkiem, że przesłuchanie lekarza jest **niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości** (co nie jest spełnione, gdy chodzi o okoliczności uboczne, wypadkowe), a okoliczność, co do której lekarz ma zeznawać **nie może być ustalona na podstawie innego dowodu**; (3) sąd jest **związany zasadą minimalizacji** (art. 40 ust. 2 uzawlek.); (4) lekarzowi jako osobie, której postanowienie bezpośrednio dotyczy, służy zażalenie (art. 459 § 1 k.p.k.); (5) podczas przesłuchania lekarza na okoliczność faktów objętych tajemnicą lekarską z dużym prawdopodobieństwem zachodzić może podstawa do wyłączenia jawności rozprawy (art. 360 § 1 pkt. 4 k.p.k.)⁶⁶⁷.

Różnice są jak widać dość przejrzyste, a zakaz dowodowy z ustawy psychiatrycznej – bardzo jednoznaczny. Niemniej zdarzyć się mogą nieporozumienia, o czym świadczy postanowienie Sądu Najwyższego z 2005 r.⁶⁶⁸. Nadgorliwość wykazali psychologowie prowadzący terapię całej rodziny,

⁶⁶⁷ Zob. literatura: J. Brzeziński, M. Toeplitz-Winiewska: *Model zawodowy psychologa klinicznego*, Psychologia kliniczna, red. nauk. H. Sęk, t. I, Warszawa 2005; J. Duda: *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006; A. Huk: *Tajemnica zawodowa lekarza w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006; *Kodeks Etyczno-Zawodowy Psychologa – zasada 21*; M. Stepulak: *Tajemnica zawodowa psychologa*, Lublin 2001; M.Z. Stepulak: *Tajemnica zawodowa w działalności badawczej i praktycznej psychologów*, Etyczne dylematy psychologii, red. nauk. J. Brzeziński i M. Toeplitz-Winiewska, Warszawa 2004.

⁶⁶⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego Izba Karna z dnia 20 kwietnia 2005 r., I KZP 6/05, OSNKW nr 4/2005 poz. 39; Prokuratura i Prawo – wkł. nr 7–8/2005, 17; Wokanda nr 12/2005) z tezą: *Przepis art. 52 ust. 1 ustawy z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego dotyczy każdej osoby, która wykonuje czynności określone w tej ustawie; ustanawia on bezwzględny zakaz dowodowy, będąc przepisem szczególnym w stosunku do unormowania art. 180 k.p.k., a wobec tego takiej osoby nie można przesłuchiwać co do okoliczności przewidzianych w art. 52 ust. 1 nawet jeżeli wyrazi ona gotowość ujawnienia tego rodzaju tajemnicy zawodowej*.

w szczególności dziewczynki, co do której zachodziło podejrzenie molestowania przez ojca. Terapią objęci byli wszyscy członkowie rodziny, w tym również ojciec. Postępowanie przeciwko niemu zostało wcześniej umorzone na etapie dochodzenia – wobec niepopelnienia czynu. Wznowiono je jednak z powołaniem jako podstawy ujawnienia się nowych faktów poprzednio nieznanych. Wspomniani psychologowie donieśli, że w ramach jednego ze spotkań terapeutycznych ojciec przyznał się do molestowania córki – z podaniem szczegółów samego czynu oraz okoliczności jego popełnienia. Autorzy obciążającego doniesienia zostali przesłuchani w charakterze świadków. Innych dowodów przestępstwa nie było, niemniej w pierwszej instancji zapadł wyrok skazujący. Rozpoznający apelację Sąd Okręgowy powziął jednak wątpliwość, czy taki dowód wolno było dopuścić. Sąd Najwyższy przypominał, że absolutnie nie.

Psychiatra, a na podstawie obowiązującej od 2006 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów – również psycholog – mają prawo reagować na dziejące się zło, niemniej **wyłączone jest ich zeznawanie jako świadków w procesie, gdy chodzi o okoliczność przyznania się przez sprawcę**. *Ratio legis* takiego rozwiązania można szukać w samej istocie działań mających na celu ochronę zdrowia psychicznego, ponieważ są one oparte niemal wyłącznie na zbieraniu wywiadu. Uchylenie zakazu dowodowego groziłoby sparaliżowaniem komunikowania z pacjentem i pociągałoby za sobą praktyczne pozbawienie możliwości uzyskania informacji kluczowych z punktu widzenia diagnozy i terapii. Ponadto przyznanie się przed psychiatrą lub psychologiem wcale nie musi oznaczać, że czyn rzeczywiście został popełniony. W tej akurat specjalności na porządku dziennym jest, iż pacjenci z różnych przyczyn opowiadają najdziwniejsze historie, a wśród nich formułują również samooskarżenia na tle urojeń winy – spontanicznie bądź pod wpływem sugestii czy manipulacji. To stanowi, że dowód z zeznań personelu psychiatrycznego na okoliczność opowieści pacjenta nie dość, iż ustawowo niedopuszczalny, to przede wszystkim może mieć walor bardzo niepewny⁶⁶⁹.

Zbliżona argumentacja – co do groźby sparaliżowania leczenia psychiatrycznego – została odrzucona przez sąd amerykański w sprawie Tatiany Tarasoff, jednak w sprawie domniemanego pedofila chodziło nie o przeciwdziałanie zagrożeniu poprzez ostrzeżenie przyszłej ofiary, lecz o wątpliwe dowodowo przyznanie się do czynu jakoby już popełnionego. Wyrządzone-

⁶⁶⁹ Szerzej zob. M. Boratyńska: *Komentarz do postanowienia Sądu Najwyższego Izba Kar na z dnia 20 kwietnia 2005 r., I KZP 6/05, Prawo wobec medycyny i biotechnologii* s. 471–479.

mu złu – o ile rzeczywiście zostało dokonane – nie dałoby się i tak zapobiec, trudno też mówić o zagrożeniu na przyszłość.

Umyślne ujawnienie tajemnicy lekarskiej

Zawinienie umyślne w ujawnieniu tajemnicy lekarskiej, szczególnie dla pacjenta dotkliwe przy świadomości, iż uczynione celowo, należy uznać ze strony lekarza już nie tylko za wysoce naganne, ale wręcz niesmaczne, by nie powiedzieć – odrażające – zwłaszcza gdy przyczynia się do mnożenia taniej sensacji. Jest to jeden z wątków rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy sprawy z 2002 r. (data zdarzenia), w której pacjentka dochodziła zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych i praw pacjentki przez nieskierowanie na genetyczne badania prenatalne (przy podejrzeniu u płodu wady genetycznej znanej jako zespół Turnera)⁶⁷⁰. Pozwany lekarz nie tylko odmówił wystawienia skierowania, ale w ramach, jak należy się domyślać, odwetu na pacjentce, która o swoich perypetiach opowiedziała w wywiadzie dla prasy, udzielił również wywiadu tej samej gazecie. Podał w nim (jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego) informacje o pacjentce uzyskane w związku z jej leczeniem, a dotyczące ciąży, jej przebiegu, ojca dziecka oraz stosunku rodziców do upośledzonej córki. Znalazły się tam m.in. stwierdzenia pozwanego Szczepana B., jakoby pacjentka chciała usunąć ciążę, bo mówiła, iż to nie jej mąż jest ojcem dziecka, a także własne twierdzenia lekarza, jakoby rodzice źle traktowali córkę, byli nieodpowiedzialni, że z powodu ich zaniedbań dziewczynka z dużymi poparzeniami trafiła na pogotowie, oraz że dziecko jest wiązane sznurkiem. Zarzutów tych nie potwierdziła pediatra opiekująca się dzieckiem, która stwierdziła, że jest ono zadbane i ma zapewnioną właściwą opiekę. W związku z ujawnieniem tajemnicy lekarskiej, przeciwko Szczepanowi B. zostało wszczęte postępowanie karne zakończone wyrokiem skazującym. Sąd Najwyższy, uchylając wyrok cywilny także w części dotyczącej zadośćuczynienia za złamanie tajemnicy lekarskiej, wypowiedział pogląd, iż zasądzona przez sąd pierwszej instancji kwota 10 000 zł jest stosunkowo niska, a z uzasadnienia nie wynika, czy i jakie okoliczności zostały wzięte pod uwagę dla jej ustalenia. Zdaniem Sądu Najwyższego „zachowanie Szczepana B. było w tym zakresie szczególnie naganne, gdyż naruszenie tajemnicy lekarskiej dotyczyło spraw małżeńskich i rodzinnych jego wieloletniej pacjentki, któ-

⁶⁷⁰ Wyrok SN z 12 czerwca 2009 r., III CSK 16/08, OSNC nr 3/2009, poz. 48.

ra mu zaufała, oraz jej upośledzonego dziecka, a przekazane dziennikarce informacje oraz oceny były dla pacjentki wyjątkowo niekorzystne i subiektywne”. Moim zdaniem „subiektywne” to mało powiedziane, ponieważ zwłaszcza opowieść o wiązaniu sznurkiem wygląda na po prostu wyssaną z palca. Lekarz najwyraźniej popuścił wodze fantazji i nie tylko wyjawiał tajemnice, ale okrasiał je szkalującymi pacjentkę supozycjami. Powstał trudny do rozdzielenia konglomerat chronionej tajemnicą prawdy oraz fałszu wymyślonego w jednoznacznie wrogim zamiarze. Ten rodzaj umyślności przedstawia się jako szczególnie szkodliwy i stawia pod znakiem zapytania generalną przydatność sprawcy do wykonywanego zawodu.

Pozostałe wyjątki od obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej podyktowane są bądź przepisami szczególnymi (odesłanie z art. 40 ust. 2 pkt 1 – „gdy tak stanowią ustawy”) bądź koniecznością przekazania niezbędnych informacji innym członkom personelu medycznego uczestniczącym w procesie leczenia pacjenta (pkt 6), względnie lekarzowi sądowemu (pkt 5) lub jeszcze żądaniem organów i instytucji uprawnionych na podstawie odrębnych ustaw (pkt 2). W chwili obecnej nie ma ustawowo przewidzianych wyjątków od zachowania tajemnicy uzasadnionych potrzebami typu naukowego. Informacje medyczne użyteczne z tego punktu widzenia mogą być zatem przekazywane bez personaliów oraz z zachowaniem innych warunków zapewniających anonimowość. Należy zgodzić się z R. Kubiakiem, że nie w każdych okolicznościach jest to wykonalne, wobec tego nie ma wówczas innego wyjścia jak uzyskać zgodę pacjenta⁶⁷¹.

Tajemnica lekarska jako zasada, w kontekście autonomii pacjenta przejawia się w przyjęciu domniemania (dopuszczającego jedynie ściśle reglamentowane wyjątki), że pacjent jest osobą skrajnie wstydliwą, nieśmiałą oraz skrytą – do tego stopnia, iż lekarzowi nie wolno zdradzać żadnych dotyczących go faktów poznanych w związku z leczeniem. Rozsądny wyjątek dotyczy tylko tego, co i tak jest już znane (np. wykonywany zawód lub prowadzona działalność artystyczna), aczkolwiek owa znajomość faktu powinna być pojmowana dosłownie – tzn. gdy z kontekstu wynika, że rozmówca lekarza już skądinąd o tym wie.

Ujawnienie tajemnicy lekarskiej w zwykłych okolicznościach świadczy o winie nieumyślnej, zaś dokonanie tego w wywiadzie dla prasy (zwłaszcza

⁶⁷¹ R. Kubiak: *Prawo medyczne* s. 271.

bulwarowej), „wzbogacone” jeszcze o wysrane z palca dyskredytujące pacjenta szczegóły – o zawinieniu umyślnym.

Rzeczywista autonomia pacjenta co do tajemnicy lekarskiej polega natomiast na tym, iż to pacjent wyraźnie wskazuje, komu i jakie informacje lekarz upoważniony jest udostępnić.

Prawo dostępu do dokumentacji medycznej i prawo do ochrony danych w niej zawartych

Autonomia informacyjna pacjenta przejawia się w szczególności w prawie do informacji o stanie zdrowia oraz o udzielonych świadczeniach zdrowotnych, utrwalonych w dokumentacji medycznej, połączonym z prawem ochrony zawartych tam danych. Praktyka wielokrotnie pokazała, że staranne prowadzenie dokumentacji stanowi jeden z najsłabszych punktów opieki medycznej. Podstawową funkcją dokumentacji jest utrwalenie wiadomości o stanie pacjenta dla celów prawidłowej opieki medycznej, w szczególności na użytek różnych lekarzy opiekujących się pacjentem. Wskutek tego przez długi czas powszechne było mniemanie, iż dokumentacja służy wyłącznie lekarzom i ma charakter poufny również w odniesieniu do pacjenta. **Z punktu widzenia pacjenta dokumentacja jest instytucjonalną gwarancją jego praw i interesów w zakresie jakości oraz bezpieczeństwa leczenia**⁶⁷². Obowiązek prowadzenia dokumentacji wynika z lekarskiej ustawy zawodowej (art. 41 ust. 1) oraz z ustawy o prawach pacjenta (art. 24 ust. 1). Na lekarza osobiście nałożony jest obowiązek prowadzenia dokumentacji indywidualnej pacjenta. *Prawo* do dokumentacji gwarantuje obecnie ustawa o prawach pacjenta, która zastąpiła w tym względzie ustawę o zakładach opieki zdrowotnej. Zapewnia ona pacjentowi dostęp do tej części dokumentacji medycznej, która dotyczy jego osobiście w zakresie dotyczącym stanu zdrowia i udzielonych świadczeń. Ustawa o prawach pacjenta nie rozróżnia na rodzaje dokumentacji, w szczególności na wewnętrzną i zewnętrzną, natomiast sformułowanie przepisu przesądza, iż chodzi tylko o dokumentację indywidualną, a nie zbiorczą⁶⁷³. Należy także odróżnić prawo pacjenta do otrzymania dokumentacji zewnętrznej (karty wypisowe ze szpitala, karty in-

⁶⁷² Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak *Prawa pacjenta*, s. 361.

⁶⁷³ Dokumentacja zbiorcza to m.in. księga główna przyjęć i wypisów ze szpitala, księga ruchu chorych oddziału, księga pracowni diagnostycznej, księga sali operacyjnej (bloku operacyjnego). Zob. j.w. s. 365.

formacyjne leczenia ambulatoryjnego, skierowania) oraz prawo wglądu do dokumentacji wewnętrznej. Jedno i drugie jest pochodną prawa pacjenta do informacji, z tym że dokumentacja zewnętrzna służy jednocześnie jako niezbędny sposób komunikowania w sprawach medycznych z innymi ewentualnymi placówkami, do których zgłosi się następnie pacjent. Natomiast prawo wglądu w dokumentację wewnętrzną służy pacjentowi bez podania przyczyn, choćby i ze zwykłej ciekawości. Pacjent zyskał ustawowe prawo, by wiedzieć, co o nim piszą lekarze w dokumentacji. Ustawa reguluje sposób udostępniania informacji oraz koszty w sposób zapobiegający faktycznemu utrudnianiu dostępu: (art. 27, 28 i 29 uprpacj.) technikę wyciągów, odpisów, kopii, w tym kopiowania elektronicznego – za niewielką opłatą uregulowaną jako maksymalna i z obowiązkiem przechowywania dokumentacji co do zasady przez 20 lat⁶⁷⁴. W przepisach nie zostały unormowane wszystkie istotne kwestie związane z dostępem do dokumentacji. Przede wszystkim zasady wydawania oryginałów przewidują taką możliwość tylko w związku z żądaniem *uprawnionych organów* i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, co nie rozwiązuje *expressis verbis* kwestii wyników badań, w szczególności badań obrazowych. Powiedziane jest tylko (art. 29 ust. 1 pkt 2), że zdjęcia rentgenowskie *przechowywane poza dokumentacją* objęte są krótszym okresem obowiązkowego przechowywania (10 lat). Wolno z tego wnosić, iż nie zaliczają się one do dokumentacji medycznej w zakresie sposobu udostępniania określonym ustawą. Należy zatem przyjąć – co od dłuższego czasu stanowiło dobrą praktykę, jednak niestety niejednolitą – iż wyniki wszelkich badań, włączając w to badania obrazowe: rentgenogramy, ultrasonogramy, tomogramy i inne należą się pacjentowi w ramach jego prawa do informacji o stanie zdrowia. Zatem placówka medyczna przechowuje u siebie kopie, a oryginały wydaje na każde żądanie pacjenta. W razie niemożności sporządzenia kopii – oryginał badania obrazowego należy się pacjentowi.

Dostęp do dokumentacji dla osób trzecich został wyraźnie ograniczony tylko do osób, które albo są wobec pacjenta przedstawicielami ustawowymi, albo mają odeń upoważnienie. W braku takiego unormowania nieudostępnianie dokumentacji dałoby się bez trudności uzasadnić tajemnicą lekarską, dla

⁶⁷⁴ Po upływie tego czasu dokumentacja medyczna staje się materiałem archiwalnym w rozumieniu ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (z 14.VII.1983, Dz. U. Nr 97/2006, poz. 673 ze zm.), co ma kapitalne znaczenie ze względu na okres przedawnienia szkód na osobie według kodeksu cywilnego. Uznanie dokumentacji medycznej za materiał archiwalny obowiązuje od 1 stycznia 2012 r.

strony medycznej nie było to najwyraźniej jednak oczywiste, skoro nadchodziły liczne sygnały o wydawania dokumentów „na wiarę” osobom podającym się za krewnych, małżonków lub innych działających z upoważnienia pacjenta.

Dostęp do dokumentacji po śmierci pacjenta jest ograniczony i służy tylko tym osobom, które pacjent upoważnił za życia. Jest to rozwiązanie zbieżne z obowiązkiem dochowania tajemnicy lekarskiej, z którego także nie zwalnia śmierć pacjenta. Spadkobiercom pacjenta dokumentacja jest udostępniana bezpośrednio tylko w zakresie postępowania przed wojewódzką komisją ds. orzekania o zdarzeniach medycznych. W pozostałych sprawach może się to więc odbyć tylko na żądanie sądu jako uprawnionego organu. Katalog tych uprawnionych organów (art. 26 ust. 3) jest dosyć szeroki, aczkolwiek uzasadniony zakresem wykonywanych zadań, głównie publicznych. Zakład ubezpieczeń musi mieć obecnie wyraźną zgodę pacjenta (art. 26 ust. 3 pkt 7)⁶⁷⁵.

W roku 2014 (od 1 sierpnia) wejdzie w życie przepis (art. 24 ust. 1a upr. pacj.), stosownie do którego dokumentację medyczną prowadzić się będzie w postaci elektronicznej. W założeniu ma to zapewne przyspieszyć i uprościć dokumentowanie czynności medycznych oraz zapobiec konfundującym sytuacjom, gdy w postępowaniu przed sądem niektóre fragmenty nie dawały się odczytać. W utrwalonym orzecznictwie sądów lekarskich niestaranne prowadzenie dokumentacji jest traktowane jako osobne przewinienie zawodowe, zaś braki interpretuje się w razie sporu przed sądem powszechnym na korzyść pacjenta. Niemniej uchybienia są wciąż obecne⁶⁷⁶. Obowiązek prowadzenia dokumentacji w postaci elektronicznej z pewnością zwiększy jej czytelność, jednak w celu zapobieżenia wcale nierzadkim fałszerstwom, technika dokumentowania powinna przewidywać zabezpieczenia – np. rejestrować czas każdorazowego wprowadzania zmian oraz poprawek wraz z danymi identyfikującymi wpisującego (np. kodem dostępu). Dotychczas na trop zafałszowania naprowadzały wpisy a to między wierszami, a to niepotrzebnie wydawałoby się ścieśnione, a to sporządzone innym charakterem pisma, a to w niewłaściwej kolejności.

Natomiast system elektroniczny nie stanowi środka zaradczego na niekompletność informacyjną, zbytnią lakoniczność, czy niechlujstwo stylistycz-

⁶⁷⁵ Pod rządem ustawy o zakładach opieki zdrowotnej nie musiał i było to słusznie krytykowane. Zob. D. Safjan: *Prawa pacjenta. Raport o stanie prawnym*; Warszawa 1992 (wyd. Helsińska Fundacja Praw Człowieka), s. 12.

⁶⁷⁶ Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, rozdz. 7.5. „dokumentacja jako dowód” – s. 379–381.

ne i logiczne. Wyraźne uregulowanie dostępu dla pacjenta do dokumentacji wewnętrznej powinno jednak działać dyscyplinująco. Dzięki temu przy każdym wpisie do dokumentacji osoba go dokonująca powinna mieć świadomość, że pacjent następnie to przeczyta, więc lepiej nie dawać mu powodu do wszczynania awantury. Im częściej pacjenci będą korzystać z prawa wglądu w indywidualną dokumentację wewnętrzną, tym większe szanse, iż będzie ona prowadzona w sposób właściwy. To zaś z kolei przekłada się na bezpieczeństwo i jakość ich leczenia.

Prawo do poszanowania godności i intymności

Oba te prawa zostały umieszczone razem w rozdz. 6 ustawy o prawach pacjenta oraz w art. 36 uzawlek., przy czym w ustawie lekarskiej zostało dookreślone, iż chodzi o godność osobistą. Konkretyzacja obowiązków w zakresie poszanowania intymności jest pobieżna, zaś co do godności – powiedziane zostało w ust. 2 art. 20 uprpacj., iż prawo do poszanowania godności obejmuje również prawo do umierania w spokoju i godności. Cytowany już parokrotnie Zbigniew Szawarski stwierdza, iż naruszenie godności (od strony subiektywnej) rozpoznaje się po wystąpieniu uczucia wstydu. Mimo, iż ostre rozróżnienie, czy mamy do czynienia z naruszeniem godności czy intymności ma znaczenie drugorzędne wobec zaliczenia obu tych dóbr do praw pacjenta i jednorodnego potraktowania przez przepisy, warto zaznaczyć, iż mamy tu do czynienia z dwoma rodzajami wstydu. „Zwykły” **wstyd** przejawia się w uczuciu przykrości spowodowanej świadomością niewłaściwego, złego, hańbiącego postępowania, niewłaściwych słów, świadomością własnych lub czyichś braków itp., zwykle połączonym z lękiem przed opinią⁶⁷⁷. Wstyd jest zatem bardziej właściwy naruszeniu intymności polegającym na wydobyciu na jaw, w szczególności na widok publiczny, czegoś, co w zamiarze zawstydzonego powinno pozostać ukryte. W naszym kręgu kulturowym może chodzić o nagość, głośne rozstrząsanie kwestii życia erotycznego lub ujawnianie innych skrywanych szczegółów: konieczność odsłonięcia oszpeceń; pokazania starej, pocerowanej bielizny. Natomiast wobec naruszenia godności bardziej adekwatne jest określenie towarzyszących mu uczuć jako **upokorzenia** oraz urazy. Upokorzenie jest też rodzajem wstydu, ale rozumiane jako czynność polega na poniżeniu, obrazie czyjejś godności, urażeniu dumy, ambicji⁶⁷⁸,

⁶⁷⁷ Na podstawie: *Słownik języka polskiego* red. M. Szymczak, Warszawa 1981, t. III.

⁶⁷⁸ j.w.

w uproszczeniu – na złym, lekceważącym potraktowaniu; na pomiataniu pacjentem jako człowiekiem. Zwłaszcza pacjentki będące w ciąży uskarżają się na traktowanie przedmiotowe, instrumentalne – jako „żywej wylęgarni”, z konsekwencjami w postaci lekceważenia ich osobistych problemów emocjonalnych i zdrowotnych, troski o płód kosztem ich stanu zdrowia, a nawet życia, a także odmowy wykonania badań prenatalnych. Pacjentki ginekologów narzekają z kolei, iż przy okazji korzystania z porad zmuszone są wysłuchiwać morałów typu: „– nie trzeba było się puszczać”⁶⁷⁹; „– w pani wieku obowiązkiem jest rodzić”⁶⁸⁰; „– tak panią Bóg stworzył, żeby pani rodziła w sposób naturalny”⁶⁸¹. W literaturze podaje się, że poszanowanie godności powinno polegać także na obowiązku zachowania przez lekarza neutralności wobec uzyskiwanych od pacjenta informacji, na powstrzymaniu się od komentowania oraz od narzucania własnego światopoglądu⁶⁸². Uważam to za nadmierne uogólnienie. W wymiarze obyczajowym nazywamy tego rodzaju powściągliwość zachowaniem taktownym i delikatnym. Zatem brak taktu i niedelikatność miałyby również stanowić o naruszeniu godności. Nieproszone komentarze ze strony bliźnich zdarzają się na porządku dziennym i nie ma wątpliwości, iż wolno ich sobie nie życzyć. W języku potocznym takie wtrącanie się nazywamy wchodzeniem w cudze życie z butami. Problematyczne jednak, czy stanowi ono o naruszeniu godności. Na pewno jest niedopuszczalną ingerencją w prywatność. Prywatność pacjenta stanowi pojęcie wielowymiarowe i obejmuje zarówno dochowanie tajemnicy lekarskiej, jak ochronę danych osobowych i wreszcie poszanowanie intymności⁶⁸³, aczkolwiek moim zdaniem należy do tego dodać również niewtrącanie się w sprawę życia osobistego. Wkroczenie w sferę tabu, odzierając z intymności, może jednocześnie godzić w godność. Pluralistyczna koncepcja dóbr osobistych implikuje jednak pewną dyscyplinę w definiowaniu i określaniu granic poszczególnych dóbr. W prawie medycznym dodatkowo nałożyło się na nią zróżnicowanie poszczególnych praw pacjenta. Trudno byłoby uznać za wyczerpujące ustawowe określenie ich treści, zwłaszcza że – jak w odniesieniu do godności

⁶⁷⁹ Do pacjentki w niechcianej ciąży.

⁶⁸⁰ Do pacjentki potrzebującej antykoncepcji.

⁶⁸¹ Do pacjentki rozważającej cesarskie cięcie, w pierwszej ciąży, po zabiegu *in vitro* i raczej niemłodej.

⁶⁸² M. Kapko, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, s. 531.

⁶⁸³ J. Bujny: *Prawa pacjenta. Między...*, s. 178.

– użyty został spójnik „także”. Niemniej prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego pacjenta nie odnosi się w swej treści w ogóle do „wtrącania się” w prywatne sprawy. W życiu, by tak rzec, pozamedycznym, działa obyczajowa reguła, iż wścibskim przytrząskuje się nos zamykanymi drzwiami (głównie w przenośni). Trudno wywodzić z tego generalny zakaz komentowania cudzych zachowań, zwłaszcza że istnieje wolność wypowiedzi. Niemniej prawo do prywatności obejmuje z kolei moim zdaniem swobodę niesłuchania tych komentarzy tudzież innych dobrych rad. To przede wszystkim **sposób** komentowania może uwłaczać godności, natomiast samo komentowanie powstrzymuje się niemajątkową ochroną dóbr osobistych na zasadach ogólnych. Tyle tylko, że pacjent znajduje się w stosunku faktycznej zależności od lekarza i przez to ma osłabioną zdolność asertywności, dlatego wymagania stawiane lekarzowi w relacji z pacjentem powinny być wyższe: niech wykazuje więcej taktu i delikatności niż przewiduje przeciętna.

Sama napisałam kiedyś, iż godności pacjenta uchybia odnoszenie się doń szydercze, lekceważące i niegrzeczne. Po namyśle uważam jednak, że należy ten pogląd skorygować pod względem owej niegrzeczności. „Grzeczność” jest bowiem pojęciem zbyt szerokim: obejmuje przede wszystkim codzienną uprzejmość, ale i swoistą potulność, uległość, gotowość posłuszeństwa. Niegrzeczność jest ponadto stopniowalna: w jej zakres wchodzi i opryskliwość, i gburowatość, i grubiaństwo. Brak grzeczności rozumiany jako zwykła nieuprzejmość to jednak za mało, by przypisać naruszenie godności osobistej. Normy obyczajowe są w tym zakresie dosyć liberalne⁶⁸⁴. Uchybienie godności powinno wykazywać cechy pomiatania, poniewierania, lekceważenia, wyszydzania. **Naruszenie godności osobistej wymaga działania z winy umyślnej, podczas gdy do naruszenia intymności wystarczy niedbalstwo.**

Podnosi się również, że godność pacjenta narusza zadawanie nadmiernego i zbędnego bólu przez niestaranne wykonywanie zastrzyku lub zmiany opatrunków, nieudolne bądź nawet brutalne wykonywanie badań i innych zabiegów⁶⁸⁵. Tutaj mamy do czynienia ze ściśle medyczną płaszczyzną relacji, co jak się wydaje, powinno pociągać za sobą zmianę perspektywy. Przede

⁶⁸⁴ Świadczy o tym choćby porównanie codziennych zachowań Polaków z manierami ludzi Dalekiego Wschodu tutaj, na terenie Polski. Dopiero ich niezmałona uprzejmość i wysoka kultura osobista pokazują, ile jest jeszcze na tym polu do zrobienia u nas.

⁶⁸⁵ *Pacjent – pielęgniarka*, red. I. Iżewska, Warszawa 1987, s. 193, za: M. Kapko, *op. cit.* s. 531.

wszystkim takie zachowania stanowią jednocześnie o złamaniu standardu opieki medycznej.

Jedną z dziedzin medycyny szczególnie drażliwą co do obowiązku poszanowania godności i intymności jest wenerologia. Znajdują tutaj zastosowanie również przepisy kolejnych aktów prawnych o zwalczaniu chorób zakaźnych, wprowadzające konieczność powiadomienia pacjenta „seropozytywnego”, by postarał się przekonać swojego partnera, aby ten również zgłosił się do lekarza. Stwierdzenie choroby zakaźnej, w szczególności wenerycznej, u danej osoby, pociąga za sobą potrzebę ustalenia, z kim się kontaktowała i wobec tego kto jeszcze może być zarażony lub narażony na zarażenie. Wobec pacjenta nie służy rzecz jasna środki przymusu celem uzyskania informacji, stosuje się natomiast bardziej lub mniej łagodną perswazję. W sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego z 1976 r.⁶⁸⁶. „perswazje” lekarki doprowadziły piętnastoletnią dziewczynę do samobójstwa. Obowiązkowe badania laboratoryjne, przeprowadzone u uczennicy szkoły handlowej przed podjęciem przez nią praktyki w sklepie spożywczym, wykazały kiłę. Pozytywny wynik dały czterokrotne badania krwi. Uczennica była indagowana przez lekarkę dermatologa o to, z kim uprawiała seks. Pacjentka na to (przypuszczalnie zgodnie z prawdą), że z nikim i nigdy. Wówczas, jak należy się domyślać, lekarka wzmogła nacisk zapytując, „gdzie ma to dziecko”. Ostatecznie okazało się, że wyniki badania były błędne. Niemniej nastolatka popadła w depresję i odebrała sobie życie. Zostawiła list opisujący przyczyny. Lekarka straciła stanowisko kierownika poradni, zawieszono wobec niej na okres dwóch lat tok specjalizacji drugiego stopnia oraz otrzymała karę regulaminową⁶⁸⁷. Rodzice zmarłej wystąpili o odszkodowanie i sprawę wygrali.

W ocenie Sądu Najwyższego „gdy chodzi o osoby małoletnie, powinna być zachowana szczególna ostrożność i delikatność. Budzi istotne zastrzeżenia postępowanie lekarza dermatologa, który komunikuje bezpośrednio osobie małoletniej, której brak doświadczenia, a nie brak wrażliwości i wyobraźni, wyniki badań laboratoryjnych sugerujących chorobę weneryczną”.

W tym miejscu Sąd zwrócił uwagę na odmienną kondycję psychofizyczną pacjenta młodocianego, w szczególności nastolatka, w kontekście sposobu informowania. Można stąd wyprowadzić wniosek, że model pacjenta wrażliwego – z punktu widzenia naruszenia dóbr osobistych oraz praw

⁶⁸⁶ Wyrok SN z 21 czerwca 1976 r., IV CR 193/76, OSPiKA nr 6/1977 poz. 106 z gl. A. Kocha.

⁶⁸⁷ Orzeczone przez Komisję zwołaną przez Wydział Zdrowia Urzędu Miejskiego.

pacjenta – powinien zostać zróżnicowany ze względu na grupy wiekowe „szczególnego ryzyka”.

„Postępowanie lekarza było naganne także w tym zakresie, w którym chodziło o wywieranie różnych nacisków psychologicznych w celu uzyskania informacji o kontaktach, które miały doprowadzić do choroby wenerycznej”.

W pierwszej fazie owej fatalnej historii, na podstawie czterokrotnego pozytywnego wyniku analiz można byłoby uznać, iż lekarka działała w dobrej wierze pytając o personalia domniemanego sprawcy zarażenia. Niemniej późniejsze dopytywanie o losy hipotetycznego dziecka stanowiło ewidentne nadużycie, dokonane moim zdaniem w zamiarze poniżenia nastoletniej pacjentki, ponieważ w tej sprawie nie zachodził bodaj cień podejrzeń. Wygląda (choć nie można mieć pewności), że intencją lekarki było złamanie psychiczne dziewczyny celem wydobycia z niej informacji na temat tożsamości partnera.

Autonomia pacjenta w kontekście godności i intymności przejawia się w zgodzie (lub niezgodzie) na wkroczenie w sferę wstydu.

Ustawy zakreslają ramy, z których skorzystanie lub nie – zależy od pacjenta. Ponieważ przykłady naruszenia godności lub intymności podane są w przepisach raczej ubogo, przeto do pacjenta należy wysiłek skonkretyzowania, na czym w danych okolicznościach polegało naruszenie tych praw.

Jeden czyn stosunkowo często wyczerpuje znamiona zarówno podeptania godności, jak naruszenia intymności, jednak nie zawsze. Jako wyrazisty przykład naruszenia intymności w sposób umyślny, z jednoznaczną moim zdaniem intencją poniżenia pacjentki, niech posłuży następujący przykład. Pacjentka zgłosiła się do szpitala akademii medycznej na zabieg przerwania ciąży. Leżała na sali operacyjnej, od pasa w górę zasłonięta parawanem. Lekarz mający wykonać zabieg zwrócił się do asystujących studentów tymi oto słowami: „– A, to znowu pani C. [tutaj podał pełne nazwisko pacjentki] Poznają po wygryzionej wardze sromowej”⁶⁸⁸. Mamy tutaj do czynienia z ujawnieniem personaliów, gdy właśnie chodzi o ich zatajenie dla ochrony intymności, połączonym z celowym zwróceniem uwagi na charakterystyczną cechę intymnej części ciała sugerującą szczegóły życia erotycznego – i to w zamiarze najprawdopodobniej popisania się przed studentami.

Czyn naruszający intymność zawsze może zostać wtórnie zalegalizowany przez zgodę na ujawnienie, natomiast jednoczesne urażenie i godności, i intymności – nie w każdym przypadku.

⁶⁸⁸ Historia autentyczna ze szpitala na Suwalszczyźnie, opowiedziana podczas pewnego spotkania celem zabawienia towarzystwa.

W odniesieniu do odkrywania intymnych szczegółów powinna działać zasada, że poza wyjątkami podyktowanymi nagłą koniecznością medyczną, każda ingerencja w intymność wymaga zgody pacjenta udzielonej w sposób wyraźny i uprzedni. Taka zgoda funkcjonuje na zasadach podobnych do odsłonięcia tajemnicy lekarskiej: zgadzający się najwyraźniej nie odczuwa wstydu lub opanowuje go w imię innych racji, więc naruszenie intymności za zgodą pacjenta nie będzie bezprawne i tym samym wykluczy zawinienie. Wprawdzie ustawa nie upoważnia do tego wyraźnie, jak w przypadku ujawnienia tajemnicy lekarskiej; niemniej zgoda na wyjawienie sekretu sprawia, iż sekret po prostu przestaje nim być w sferze stosunków objętej zgodą. W płaszczyźnie stylistycznej wyraża się to w formułowaniu nakazu, by godność osobista była **szanowana**, natomiast tajemnica lekarska i intymność – **chronione**. Słownikowe znaczenie słowa „intymność” zawiera w sobie również element tajemnicy: intymne, to między innymi to samo, co poufne, sekretne. Zgoda na naruszenie intymności stanowi wystarczającą przesłankę, by stwierdzić brak bezprawności.

Poszczególne uprawnienia pacjenta w ramach ochrony intymności uregulowane są na zasadzie zgody pacjenta wymaganej przy każdym przekroczeniu ustawowo określonego minimum.

Stosownie do art. 22 ust. 2 uprpacj. przy udzielaniu świadczenia zdrowotnego może być obecny tylko niezbędny personel, a uczestnictwo lub obecność każdej innej osoby wymaga zgody pacjenta. Ograniczenie to nie dotyczy tylko placówek kształcenia medycznego w zakresie niezbędnym dla celów dydaktycznych (art. 36 ust. 4 uzawlek.). Z punktu widzenia praw pacjenta nie jest to rozwiązanie najszcześniejsze, ponieważ nie reguluje kwestii **niezgody** pacjenta na obecność studentów. W doktrynie spotyka się pogląd, iż pacjentowi kliniki uniwersytetu medycznego służy w tej sprawie sprzeciw, a art. 36 ust. 4 uzawlek. należy traktować tylko jako domniemanie⁶⁸⁹. Obecna wersja ustawy lekarskiej odeszła od rozróżnienia na demonstracje o charakterze wyłącznie dydaktyczne, na które wymagana była każdorazowo zgoda pacjenta oraz na czynności o innym charakterze (przez co należy rozumieć dydaktykę przy okazji udzielania świadczenia zdrowotnego), przy których obecność dodatkowych osób przyglądających się nie wymagała takiej zgody. W chwili obecnej nie ma takiego podziału, wobec czego można twierdzić, że pacjenta jednostki prowadzącej kształcenie medyczne wolno nachodzić w dowolnym

⁶⁸⁹ M. Śliwka: *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. M. Nesterowicz, s. 183.

momencie, o ile jest to niezbędne dla celów dydaktycznych. Zatem teoria jest taka, iż na pacjencie można by dokonywać w tym celu najrozmaitszych demonstracji lub wypytywać go o historię choroby celem zebrania wywiadu potrzebnego do zdania przez studenta egzaminu, a jednocześnie nie istnieje ustawowa możliwość zaprotestowania. Koncepcja domniemanej zgody wraz z prawem sprzeciwu rozwiązuje ten kłopot, jednak wyrażnej podstawy na nią nie ma. Sprawy nie załatwia wąska interpretacja pojęcia *zakres niezbędny do celów dydaktycznych*, ponieważ kształcenie medyczne ma swoją specyfikę polegającą na konieczności kontaktu także z żywym pacjentem. Nie wszystko da się przećwiczyć na zwłokach w prosektorium (a już zwłaszcza nie porody), więc obecność studenta prawie zawsze da się wytłumaczyć niezbędnością zdobycia wiedzy praktycznej. Wprawdzie lekarz ma obowiązek zadbać, aby intymność i godność pacjenta były szanowane także przez inny personel medyczny, z tego obowiązku da się jednak moim zdaniem wywieść w interesującym nas zakresie najwyżej obowiązki organizacyjne: żeby odpowiednio poinstruowani praktykanci asystowali przy zabiegu w niewielkich grupach i nie deptali pacjentowi po piętach na każdym kroku. Obecna regulacja brana literalnie nie rozwiązuje zatem w zadowalający sposób problemu braku zgody pacjenta na obecność przy leczeniu studentów nauk medycznych.

Obecność osób bliskich pacjentowi podczas udzielania mu świadczenia jest dopuszczalna na podstawie art. 21 ust. 1 uprpacj., wymaga to jednak zgody i pacjenta, i osoby udzielającej świadczenia zdrowotnego (art. 22 ust. 2 zd. drugie uprpacj.). Pacjent decyduje o tym sam, natomiast odmowa ze strony medycznej może być podyktowana bezpieczeństwem zdrowotnym pacjenta lub zagrożeniem epidemicznym i wymaga odnotowania w dokumentacji. Nieodnotowanie poważnie utrudnia obarczający stronę medyczną dowód, iż odmowa nie miała miejsca bez powodu. Brak uzasadnienia w dokumentacji pozwala z kolei domniemywać faktycznie, że odmowa nie znajdowała przyczyn w okolicznościach konkretnego przypadku. Przepis został ukształtowany tak, by to strona lekarska musiała wytłumaczyć się z odmowy, a nie by pacjent mógł ubiegać się o towarzyszenie mu przez osobę bliską tylko w szczególnych okolicznościach. Z drugiej strony jednak – przepis określa ogólnie jedną z okoliczności odmowy jako „bezpieczeństwo zdrowotne pacjenta” oraz posługuje się pojęciem osoby bliskiej w liczbie pojedynczej. Przeciwnie niż przy informowaniu osoby bliskiej, jestem zdania, iż tutaj należy liczbę pojedynczą brać dosłownie: zbiorowiska rodzinne w przychodniach i szpitalach mogłyby doprowadzić do dezorganizacji opieki medycznej i zaszkodzić również innym pacjentom. Widać to na przykładzie odwiedzin w szpitalach położniczych,

zwłaszcza w okresie świątecznym. Korowody odwiedzających pragną zobaczyć nowego członka rodziny, tłoczą się na salach chorych, zaś wyproszeni gromadzą się na korytarzach tamując przejście. Widziałam jak położna wioząca noworodka musiała manewrować wózkiem niczym na torze przeszkód. Obecność przy pacjencie osób bliskich nie może utrudniać leczenia w placówce. Dlatego przy udzielaniu świadczenia słusznie ograniczono ich obecność do jednej osoby, z możliwością odmowy z góry lub wyproszenia ze względu na zachowanie, grożące bezpieczeństwu zdrowotnemu pacjenta. Wynika stąd, iż pacjent nie może skutecznie nalegać na obecność osoby bliskiej, gdy osoba ta nie staje na wysokości wymagań towarzyszenia przy leczeniu: próbuje ingerować w technikę leczenia, niekonstruktywnie komentuje poczynania lekarzy, urządza awantury, wpada w histerię. Zadaniem osoby bliskiej jest tutaj wspierać lub być – nic ponadto, a także – w żadnym razie nie zakłócać procesu leczenia.

W odniesieniu do pacjenta niesamodzielnego prawnie zgodę na obecność osoby bliskiej wyraża przedstawiciel ustawowy (art. 22 ust. 2 *in fine* upr. pacj.), za zgodą lekarza lub innej osoby z personelu medycznego, udzielającej świadczenia. Wynika stąd, że przedstawiciel ustawowy zgodę wyraża sobie sam, przy aprobachie lekarskiej. Zatem rodzic może być co do zasady obecny przy świadczeniach udzielanych dziecku i wyprosić go wolno tylko z ważnego powodu zdrowotnego lub przy zagrożeniu epidemicznym. Natomiast sprzeciw osoby niesamodzielnej prawnie, w szczególności dziecka, co do obecności rodzica lub innej osoby bliskiej, wymaga moim zdaniem bardzo wnikliwego rozważenia przez personel udzielający świadczenia, czy wobec tego nie zachodzi zagrożenie co do bezpieczeństwa zdrowotnego pacjenta. Bezpieczeństwo to może być rozumiane szeroko – także jako silny dyskomfort psychiczny. Jeżeli osoba bliska stanowi dla niesamodzielnego prawnie pacjenta źródło stresu – powinna poczekać za drzwiami. Dziewczynka może nie życzyć sobie podczas badań ginekologicznych obecności ojca ani nawet matki. Młodzież w wieku co najmniej szesnastu lat decyduje natomiast o leczeniu na zasadach ogólnych równolegle z przedstawicielem ustawowym, więc obecność osoby bliskiej, w szczególności przedstawiciela ustawowego, wymaga także zgody równoległej. W każdym razie dla pozostania na miejscu przez osobę bliską, konieczna jest pozytywna decyzja lekarza lub pielęgniarki, podjęta w imię bezpieczeństwa zdrowotnego pacjenta.

Gdy chodzi o upokorzenie, naruszenia godności – lekarze także z góry i bez napominania powinni powstrzymać się od naruszania godności pacjentów, natomiast problematycznie przedstawia się zgoda pacjenta na naru-

szenie godności. Nie w każdych okolicznościach da się ją uznać za uchylającą bezprawność. Przejawem zgody może być zaniechanie dochodzenia ochrony, jednak nie tutaj leży sedno problemu. Zgodę na naruszenie godności ludzkiej należy uznać za pozbawioną w ogóle skuteczności prawnej. Nie jest do końca jasne, czy prawem pacjenta jest godność osobista, czy również godność ludzka, ponieważ tylko ustawa lekarska posługuje się epitetem „osobista”. Spójna interpretacja przepisów wymagałaby przyjęcia, iż w ustawie o prawach pacjenta chodzi również o godność osobistą. Wyrażając zgodę na naruszenie godności osobistej pacjent godzi się więc na upokorzenie: na przykład rezygnuje ze znieczulenia, ponieważ przewiduje, iż zdoła znieść ból⁶⁹⁰. Poddaje się czynnościom uważanym powszechnie za poniżające: z tego punktu widzenia należałoby bliżej przyjrzeć się psychoterapii, w szczególności leczeniu odwykowemu; na komendę czołga się, pełza, wypina – nawet uprawia seks lub masturbuje się (tego może wymagać porada seksuologiczna). Pozwala na komentowanie swojego prowadzenia się. Dorosły zgadza się na mówienie mu „ty” lub zwracanie się doń w trzeciej osobie (!). Pozwala sobą pomiatać. Niektóre z tych zachowań wzbudzają sprzeciw tak silny, iż *prima facie* skuteczna zgoda na nie wydaje się wykluczona. Bronię jednak poglądu, że o tym decyduje sam pacjent, aczkolwiek przesłankę skutecznego udzielenia zgody powinno stanowić dostateczne rozeznanie w odniesieniu do naruszeń uzasadnionych terapeutycznie. Co do uchybień o podłożu kulturowym lub obyczajowym – godność osobista sprowadza się do wewnętrznego poczucia, które może być zróżnicowane. Jeżeli komuś nie przeszkadza „tykanie” go przez lekarza, to przecież może mu na to pozwolić. Przejście na ty nie musi być wzajemne. Tyle tylko – i to wymaga wyraźnego zaznaczenia – lekarzowi nie przysługuje stosowanie takich praktyk metodą faktów dokonanych. Nieodzwonne jest uprzednie przyzwolenie pacjenta. Wyłącza ono winę w części subiektywnej, ale nie bezprawność, ponieważ poniżanie drugiego człowieka, będące działaniem celowym, zbyt często kłóci się z ogólnoludzkimi pryncypiami, by nawet w oparciu o zgodę bezpośrednio zainteresowanego kwalifikować je jako zgodne z porządkiem prawnym – chyba żeby było uzasadnione jeszcze jakąś społecznie akceptowaną racją (psychoterapia, odwyk). Na gruncie praw

⁶⁹⁰ Wydaje się jednak, że nie z każdego znieczulenia zrezygnować wolno, ponieważ potrzeba może wynikać również z silnych wskazań medycznych – jak przy zabiegach operacyjnych; w każdym razie kwestia nie sprowadza się ani tylko do poszanowania godności, ani tylko do wskazań medycznych. „Nie wolno” oczywiście tylko w takim kontekście, że bez znieczulenia zabieg nie może być wykonany.

pacjenta różnica jest bez znaczenia, natomiast przesłankę niemajątkowej ochrony dobra osobistego stanowi sama bezprawność. Godność osobista jest i dobrem osobistym, i prawem pacjenta (podobnie jak prawie wszystkie inne prawa pacjenta).

Drastycznego przykładu naruszenia godności osobistej oraz intymności pacjentki dostarcza sprawa zakończona wyrokiem Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie z 2011 r. Dzięki przywołanym opiniom biegłych wiadomo przede wszystkim, jakie są granice dozwolonego zachowania ginekologów oraz seksuologów przy badaniu pacjentek. Lekarz ginekolog – położnik został obwiniony o to, że „podczas przyjmowania pacjentki, która jako powód wizyty wskazała trudności z zajściem w ciążę, pogwałcił godność osobistą i intymność pacjentki poprzez zadawanie w wyjątkowo niestosowny i w części nieadekwatny do zakresu dolegliwości sposób, pytań dotyczących intymnej sfery życia seksualnego pacjentki z jej partnerem (...), a nadto poprzez prowadzenie badania ginekologicznego w sposób drastycznie odbiegający od przyjętych standardów, noszącego znamiona karalnej czynności seksualnej (masturbacja, klepanie po pośladkach)”. Przewinienie uznano za dowiedzione ponad wszelką wątpliwość. Obwinionemu została przypisana wina umyślna – co w sprawach lekarskich stanowi rzadkość. Głównymi dowodami w sprawie były: nagranie filmowe oraz wyniki kontroli w gabinecie obwinionego, zarządzanej przez Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej. W sprawie dopuszczono dowód z nagrania filmowego, sporządzonego ukrytą kamerą przez pacjentkę. Była to w rzeczywistości dziennikarka, która podjęła się występować jako pacjentka z typową dla konsultacji ginekologicznych i celowo niewinną dolegliwością: trudnościami w zajściu w ciążę. Przedsięwzięcie zostało zaplanowane przez jedną z redakcji, do której napłynęły relacje pacjentek skarżących się na tego konkretnego lekarza⁶⁹¹. Rzecznik Odpowiedzialności Zawodowej zarządził m.in. kontrolę dokumentacji medycznej w gabinecie obwinionego. Ustalono wówczas, że **w większości kart znajdują się wpisy dotyczące szczegółowego wywiadu w zakresie współżycia płciowego, w tym m.in. przeżywania orgazmu, jak również zapisy badania przedmiotowego sprawdzającego reaktywność pochwy i identyfikującego punkty erogenne. Obwiniony**

⁶⁹¹ Niewykluczone, że był to odzew na opisany w mediach skandal z udziałem znanego poznańskiego seksuologa, który w ramach konsultacji obmacywał pacjentkę. Na temat podziału kompetencji między seksuologiem a psychologiem, zob. R.J. Utnik: *Seksuolog złota rączka*, Polityka nr 15, (2751) z 10 kwietnia 2010 r. s. 20.

utrzymywał, że są to normalne czynności wykonywane w związku z konsultacjami ginekologicznymi. Twierdził też, że rutynowo poleca pacjentkom podczas badania dotykanie lechtaczki, „aby się odprężyły”.

Obwiniony jest lekarzem specjalistą ginekologiem – położnikiem, natomiast nie posiada specjalizacji z seksuologii. Podejmując się udzielania porad z zakresu seksuologii co najmniej wykroczył poza swoje kompetencje formalne. W kluczowych dla sprawy fragmentach nagrania zadawał pacjentce pytania o parafilię („– pani jest w stosunku masochistką, czy sadystką?”), zalecał zmianę partnera życiowego i dodawał, by nie przejmowała się uczuciami, bo kochać można „pieska, kotka”; wymierzał klapsy, namawiał do masturbacji, komentował walory fizyczne i używał wulgaryzmów. Zarejestrowane na filmie **wypowiedzi obwinionego** („pani musi mieć faceta, który ma pani zrobić dziecko”, „pani nie współżyje wtedy, kiedy trzeba”, „pani powinna rodzić, ale panią trzeba uprawiać i wtedy będzie dobrze”) **zostały przez Sąd uznane za rażąco nieobyczajne w formie. Dla oceny przypadku nie było istotne, czy pacjentka zgłosiła anorgazmię, czy kłopoty z zajściem w ciążę; nie było również ważne, czy obwiniony wykonywał czynności specjalisty ginekologa, czy seksuologa. To, co widać na filmie, nie jest prawidłowym postępowaniem lekarskim, niezależnie, czy rozpatrywać je w kategoriach ginekologii, czy seksuologii oraz niezależnie, co działo się wcześniej, podczas zbierania wywiadu. Sąd przyjął opinie dwóch biegłych, uznając je za „kompletne, spójne wewnętrznie, zrozumiałe ujęte, a skądinąd zgodne z wiedzą własną Sądu”.**

Według opinii pierwszego biegłego, ginekologa, wprawdzie specjalista ginekolog – położnik diagnozując przyczyny niepłodności ma prawo pytać pacjentkę o niektóre problemy z zakresu pożycia seksualnego, ale w żadnym wypadku nie jest uzasadnione „używanie wulgaryzmów, udzielanie bezpośredniego instruktażu w zakresie technik współżycia, stosowanie różnych form stymulacji seksualnej, zachęcanie pacjentki do aktywności masturbacyjnej czy doprowadzanie jej do orgazmu”, nawet jeżeli sprawca nazywa to... „terapią manualną w praktyce seksuologicznej”. Biegły w ogóle nie słyszał, żeby ktoś badał w ten sposób, a chodziło mu o pozycję, którą pacjentka miała przyjąć⁶⁹², sugerowanie masturbacji oraz używane przez obwinionego słownictwo.

⁶⁹² Oryginalny zapis wypowiedzi obwinionego: „– ukleknij i wypnij pośladki, tak, jak do pozycji od tyłu. Na łokciach się oprzeć, wypiąć pupkę...”.

Drugi biegły, seksuolog, stwierdził, że badanie reaktywności pochwy i identyfikowanie punktów erogennych w badaniu ginekologicznym stanowi przekroczenie kompetencji zawodowych. Ponieważ obwiniony nie jest seksuologiem, **taki element badania może być dla pacjentek przeżyciem urazowym**. Gdyby hipotetycznie chodziło o lekarza seksuologa, w trakcie pierwszej wizyty należałoby zebrać wywiad, a przebieg badania somatycznego byłby zależny od charakteru zgłaszanych problemów; w wypadku anorgazmii pochwowej obejmowałoby ono zbadanie budowy pochwy i jej wrażliwości czuciowej. **Upřednio pacjentka musiałaby zostać poinformowana o przebiegu badania i zapytana o zgodę**. Badanie somatyczne nie może obejmować żadnych form stymulacji seksualnej, zachęcania do aktywności masturbacyjnej, doprowadzania do orgazmu, klepania po pośladkach. Takie formy „badania seksuologicznego” nie powinny być stosowane w żadnym wypadku, nie powinny być również proponowane. W szczególności nawet gdyby pacjentka zgłosiła lekarzowi problemy z dziedziny życia seksualnego, do prawidłowego wywiadu nie należą komentarze: „– to nie jest facet pani życia” lub że należy „klapa przy tyłku przylać” i „zerznąć”.

Zdaniem obwinionego padł on ofiarą prowokacji. W opinii Sądu pokrzywdzona nie nakłaniała jednak obwinionego ani do popełnienia czynu zabronionego w rozumieniu prawa karnego, ani też do popełnienia przewinienia zawodowego w rozumieniu ustawy o izbach lekarskich. Poszła na wizytę udając przypadkową pacjentkę, a ciąg dalszy nastąpił z własnej inicjatywy obwinionego. **Tłumaczenie, że pokrzywdzona „w każdej chwili mogła przerwać” jego czynności, nie stanowi żadnego usprawiedliwienia**. Istotą sprawy jest, że **obwiniony w ogóle nie miał prawa tych czynności rozpoczynać**.

Sąd rozważył argumentację obwinionego, wedle której jego czynności i wypowiedzi są usprawiedliwione „dostosowaniem do poziomu chorej”. Takiemu tłumaczeniu nie sposób odmówić pewnej logiki, gdyż sposób komunikacji z pacjentem winien być zindywidualizowany. Abstrakcyjnie jest to teza trafna, ale **nie można wnioskować, że gdy pacjentka lekarza ginekologa zachowuje się swobodnie lub wulgarnie, tym samym zezwala lekarzowi na nieobyczajne reakcje lub komentarze**. Cokolwiek więc mówiła obwinionemu i jakiegokolwiek problemy mu zgłosiła, to co mówił on i czynił podczas wizyty wykraczało poza najbardziej liberalnie rozumiane granice dopuszczalności. W szczególności, cokolwiek robi i powie pacjentka, lekarz nigdy nie jest uprawniony do wymierzania jej klapsów w pośladki lub uda, masturbowania jej dla „udowodnienia, że jest zdrowa”, nakłaniania do

zmiany partnera seksualnego, bo dotychczasowy jest „nieumiejętny” itd. „Do tego wszystkiego obwiniony próbował manipulować życiem prywatnym pacjentki, przekonując ją, że żyje z niewłaściwym mężczyzną. (...) Taki lekarz jest niebezpieczny dla własnych pacjentek, gdyż jego postępowanie zagraża im traumą psychiczną. Stopień, w jakim obwiniony odszedł od prawidłowych standardów postępowania lekarskiego, jest wręcz drastyczny, **gdyż ginekologia jest specjalnością, wymagającą szczególnego respektu dla intymności**” [podkr. M.B.].

Orzeczenie zwraca uwagę na zakres dopuszczalnych relacji między lekarzem a pacjentem (pacjentką). Przecina spory co do jakoby prowokującego zachowania pacjentki, które miało stanowić usprawiedliwienie dla poczynań lekarza; odrzuca argumenty, że „przecież pacjentka mogła w każdej chwili przerwać” i przede wszystkim – neguje sposób „badania”. Wszystkie te argumenty mają kluczowe znaczenie nie tylko dla naruszenia godności osobistej i intymności pacjenta, ale także dla kwestii poszanowania jego autonomii w czasie badania lekarskiego: żadne, nawet najbardziej prowokujące i swobodne obejście pacjenta nie pozwala lekarzowi na takie zachowania, jak opisane w uzasadnieniu. Pacjent nie musi żądać zaprzestania: lekarzowi nie wolno w ogóle zacząć. Nawet seksuologowi nie byłoby wolno wkraczać w sferę intymności tak dalece, by samemu stymulować pacjentkę erotycznie. Nawet dorozumiana zgoda pacjenta, udzielona przez przyjęcie żądanej pozycji ciała, nie może stanowić usprawiedliwienia, ponieważ takiej *terapii manualnej w praktyce seksuologicznej* w ogóle nie wolno proponować⁶⁹³.

Powiązania między naruszeniami godności i intymności oraz zróżnicowanie ochrony uwarunkowane statusem cywilnoprawnym naruszającego pokazuje sprawa z 2000 r., zakończona wyrokiem Sądu Apelacyjnego z 2006 r.⁶⁹⁴. Chodziło o poród w samochodzie. Pacjentka, w trzeciej ciąży, zgłosiła się do szpitala nocą, przy regularnych skurczach i trzycentymetrowym rozwarciu. Po zbadaniu jej lekarz, pozwany w sprawie, podjął decyzję o hospitalizacji, na bloku porodowym nie było jednak miejsc. Wobec tego – działając zgodnie z zarządzeniem dyrektora szpitala – skierował pacjentkę do innego szpitala. Upewnił się telefonicznie co do faktu, iż wskazany przezeń drugi szpital dys-

⁶⁹³ Czasy bardzo się zmieniły. Niegdyś taka „terapia manualna” była na porządku dziennym jako leczenie „histerii”, ku zadowoleniu pacjentek i ich mężów, jednak odbywało się to za wyraźną i ochoczą zgodą poddających się leczeniu pań.

⁶⁹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 sierpnia 2006 r., I ACa 310/06, OSA nr 3/2009, Apel. Warszawa 2008/2/3.

ponuje wolnymi miejscami oraz warunkami do odbycia porodu rodzinnego. Uzyskał zgodę pacjentki na przekierowanie i w oparciu o to uzgodnił szczegóły przyjęcia w drugim szpitalu z tamtejszym lekarzem dyżurnym. Nie wezwał natomiast karetki pogotowia (szpital nie miał własnej o tej porze), tylko po dowiedzeniu się, iż mąż pacjentki przywiózł ją samochodem, poinstruował go, jak najszybciej dojechać na miejsce. W ocenie lekarza tak było dużo prędzej, eliminowało bowiem oczekiwanie na karetkę, którego czas, jak wiadomo z doświadczenia, wynosi ok. 20 minut. Pacjentka bardzo się tym zdenerwowała, a jej mąż wszczął trwającą ok. 20 minut awanturę, próbując wymóc pozostanie pacjentki w pozwanym szpitalu. Straszyl zawiadomieniem prasy. W tym czasie pacjentka poczuła się gorzej i jeszcze przed wyjściem ze szpitala wystąpiło u niej krwawienie. W samochodzie od razu zaczęła rodzić. Mąż ruszył z nadmierną prędkością, przez co ściągnął pościg policji. Policjanci zapewnili eskortę do szpitala, ale najpierw musieli zorientować się w sytuacji – więc jak należy się domyślać – zajrzeli do samochodu, by przekonać się naocznie, czy szalony kierowca mówi prawdę. Jazda trwała ok. 5–8 minut. W tym czasie poród osiągnął ostatnią fazę i dziecko (na szczęście bez uszkodzeń) urodziło się na siedzeniu samochodu przed szpitalem, przy asyście lekarza dyżurnego izby przyjęć. Pacjentka również nie doznała szwanku, ale nie ulega wątpliwości, że najadła się strachu i wstydu. Jej mąż urządził telefoniczną awanturę z użyciem obelg lekarzowi, który odmówił przyjęcia jego żony do pozwanego szpitala. Lekarz ten po zakończeniu dyżuru chciał odwiedzić pacjentkę, jednak odwiódł go od tego dyrektor drugiego szpitala ostrzegając, że pod ich bramą czatuje już ekipa TVN. Tego samego dnia mąż pacjentki zawiadomił również redakcje „Super Expressu” i „Życia”, a także prokuraturę, Naczelny Sąd Lekarski i Rzecznika Praw Pacjenta. Wszczęte w rezultacie postępowanie dyscyplinarne zakończyło się wyrokiem orzekającym karę upomnienia. **Przewinienie zawodowe**, opisane w art. 4 i 30 uzawlek⁶⁹⁵, **polegało na odmowie przyjęcia rodzącej do porodu i niezapewnieniu jej fachowej opieki w drodze do innego szpitala oraz na podjęciu decyzji obarczonej wysokim ryzykiem porodu bez fachowej pomocy medycznej. Lekarz nie docenił przy tym prawdopodobieństwa wystąpienia porodu nagłego, który zdaniem Sądu Lekarskiego mógł i powinien był przewidzieć u wieloródki.** Niemniej, biorąc pod uwagę wszystkie inne okoliczności sprawy, stopień zawinienia lekarza uznano za *nikły*.

⁶⁹⁵ Czyli przypadek niecierpiący zwłoki.

Pacjentka domagała się m.in. zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych i praw pacjenta, które ostatecznie zostało zasądzone. W ocenie Sądu Apelacyjnego naruszonymi dobrami były: „prawo do bezpieczeństwa, właściwej opieki medycznej, ochrona zdrowia i intymności, poszanowanie godności – jako osoby ludzkiej i kobiety, która jedno z najbardziej intymnych, a jednocześnie doniosłych zdarzeń w swoim życiu zmuszona była wystawić na widok osób postronnych”. (...) Ów dyskomfort – będący sumą negatywnych przeżyć psychicznych wywołanych bólem, niewygodą, strachem i upokorzeniem – stanowi usprawiedliwioną reakcję powódki na naruszenie jej dóbr prawnie chronionych i jest to reakcja zrozumiała dla każdego. Decyduje to o obiektywnym charakterze naruszenia tych dóbr”. Poród na przednim siedzeniu samochodu, nocą i wczesną jesienią, w obecności osób niebędących personelem medycznym (policjanci), bez zapewnienia podstawowych wymogów sanitarnych ani sprzętu medycznego, został uznany za drastycznie odbiegający od norm medycznych. Do standardu opieki przy porodzie w szpitalu położničym, zwłaszcza w mieście stołecznym, należy asysta lekarza, a przynajmniej położnej, w warunkach odpowiadających zaostrowym wymogom sanitarnym i z zapewnieniem możliwości skorzystania z niezbędnego sprzętu medycznego, jakim dysponuje szpital. „Pozwany lekarz powinien był przede wszystkim dbać o bezpieczeństwo porodu z punktu widzenia wiedzy medycznej. (...) Oczekiwanie na przyjazd karetki było możliwe w Izbie Przyjęć i odbycie w niej porodu nie jest może komfortowe dla pacjentki, jest jednak rozwiązaniem z medycznego punktu widzenia bezpieczniejszym, niż odbycie porodu w samochodzie bez opieki. Nawet urodzenie dziecka w karetce, podczas przejazdu do innego szpitala, wydaje się być bezpieczniejsze z medycznego punktu widzenia, gdyż w karetce jest personel medyczny wykwalifikowany do przyjęcia porodu i zabezpieczenia ewentualnych komplikacji. Zatem zachowanie lekarza polegające na odesłaniu pacjentki własnym transportem do innego szpitala bez pomocy lekarskiej, stanowiło zachowanie sprzeczne z zasadami wiedzy, doświadczenia zawodowego, a także przepisami prawa, w tym powołanego art. 30 ustawy o zawodzie lekarza, było więc bezprawne”.

Wszelako, ze względu na niski stopień winy lekarza, zadośćuczynienie od niego osobiście nie zostało zasądzone. Zapłacił pozwany również szpital – za zawinione naruszenie praw pacjenta przez członka personelu medycznego, zwłaszcza że szpital miał obowiązek organizowania świadczeń zdrowotnych zgodnie z obowiązującymi przepisami. Działanie lekarza nie zostało zatem co do zasady usprawiedliwione trzymaniem się pozaustawowego standardu (szpitalnego zarządzenia wewnętrznego), odbiegającego od przyjętej

normy. Szpital jako jednostka organizacyjna nie dopuścił się jednak, w ocenie Sądu, naruszenia dóbr osobistych (jak pozwany lekarz), a tylko złamanie praw pacjenta. Zgoda pacjentki na przekierowanie do innego szpitala nie była w ogóle brana pod uwagę. Byłaby to zresztą niedostatecznie rozeznana zgoda na odejście od średniego standardu opieki medycznej. Między zachowaniem lekarza a naruszeniem wskazanych dóbr pacjentki został wykazany adekwatny związek przyczynowy: niewłaściwa opieka spowodowała odarcie porodu z intymności i poniżenie pacjentki oraz, według Sądu, sytuację niegodną człowieka i kobiety.

W odniesieniu do naruszenia godności ludzkiej, godności osobistej lub intymności pacjenta potrzebne dla ustalenia odpowiedzialności jest wyraźne rozróżnienie, o które z tych dóbr chodzi w konkretnym przypadku. W razie pogwałcenia **godności ludzkiej** interwencji wymaga sam fakt naruszenia; zgoda zainteresowanego nie ma znaczenia, ponieważ ta godność jest niepozbawialna (ale powinna być pojmowana bardzo wąsko, tylko na poziomie fundamentalnym). Godność ludzka nie jest dobrem osobistym ani prawem pacjenta, tylko wartością chronioną konstytucyjnie. Naruszenie jest bezprawne zawsze, niezależnie od okoliczności. Naruszenie **godności osobistej**, jako dobra osobistego i prawa pacjenta, może dokonać się tylko w sposób umyślny – w uproszczeniu – przez upokorzenie, które ma charakter działania celowego. Zgoda zainteresowanego nie uchyla bezprawności, może natomiast wyłączać winę i co za tym idzie – ochronę majątkową. Gdy zaś chodzi o wkroczenie w sferę **intymności** – prawidłowa zgoda zainteresowanego uchyla bezprawność, ponieważ stanowi zgodę na odsłonięcie sekretów ciała lub psychiki.

Zwalczanie bólu

„Pogląd, że cierpienie przydaje wielkości, to obmierzły fałsz.
Cierpienie zaślepia, ogłusza, łamie i nierzadko – zabija”.

JOSIF BRODSKI⁶⁹⁶

Pozbawienie dostępu do środków przeciwbólowych uchybia godności ludzkiej, pozostawia się bowiem cierpiącego w upodleniu i skazanego na konieczność okazania nieznośnego dlań cierpienia poprzez krzyki, jęki czy miotanie się po

⁶⁹⁶ Josif Brodski: *Less than one: selected essays*, London 1987, s. 153, tłumaczenie obiegowe. W oryginale myśl brzmi następująco: „*It's an abominable fallacy that suffering makes for greater art. Suffering blinds, deafens, ruins and often kills*”.

szpitalnym łóżku. W tym kontekście powiada się o znoszeniu cierpienia „z godnością”: tacy ludzie zyskują podziw i uznanie otoczenia za to, iż potrafią się „opanować”; uważane jest, że wykazują godny aprobaty hart ducha, podczas gdy okazujący cierpienie to mazgaje, „baby”, histerycy. W tych okolicznościach każdy, w szczególności pacjent, odczuwa presję opinii i chciałby stanąć na wysokości społecznych wymagań przez zachowanie niewzruszonego spokoju wobec bólu. Niemożność opanowania, konieczność przyznania się do cierpienia przez krzyk i wicie się wolno zatem odbierać jako upodlenie oraz poniżenie, a odmowę podania środków znieczulających – jako niehumanitarne traktowanie. Mawia się na przykład w tym kontekście, że ból spowodował, iż człowiek był jak zwierzę.

Ustawa o prawach pacjenta przyznaje *expressis verbis* prawo do środków uśmierzania bólu pacjentowi w stanie terminalnym. Jest to wycinek prawa do poszanowania godności: „Prawo do poszanowania godności obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności. Pacjent znajdujący się w stanie terminalnym ma prawo do świadczeń zdrowotnych zapewniających łagodzenie bólu i innych cierpień” (art. 20 ust. 2 uprpacj.). Prawo pacjenta do znieczulenia jako wycinek prawa do poszanowania godności zawiera pkt 10b *Deklaracji Światowego Stowarzyszenia Medycznego*, dotyczącej praw pacjenta, przyjętej przez 34 Światowe Zgromadzenie Medyczne w 1981 r. w Lizbonie (uzupełnionej i poprawionej w 1995 r. na 47 Generalnym Zgromadzeniu w Bali): „Pacjent ma prawo oczekiwać środków przeciwbólowych zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej”. Według preambuły Deklaracja prezentuje **podstawowe** prawa pacjenta. W tekście nie ma rozróżnienia, iżby znieczulenia należały się pacjentom ze względu na ich specyficzny stan. W tym miejscu należy przypomnieć, że nie ma czegoś takiego, jak skala porównawcza dla bólu. Każdy cierpi po swojemu i tylko on sam wie, jak bardzo, a wszelkie próby zobiektywizowania bólu opierają się na okazywanych reakcjach⁶⁹⁷. Wyłącznie jak sądzę w celach należytej komunikacji z pacjentem, praktykowane jest pytanie ze strony lekarza, jak sam pacjent ocenia nasilenie bólu w skali od jednego do dziesięciu. Na podstawie udzielonej odpowiedzi zostaje dobrany rodzaj i dawka analgetyku. Jest to postępowanie prawidłowe tak z przyczyn natury komunikacyjnej, jak i dlatego, że pacjent jest traktowany jako jedyne miarodajne źródło informacji.

Na tym tle powstaje pytanie, dlaczego ustawowe prawo do środków przeciwbólowych ma tylko pacjent umierający i dlaczego pacjent rokujący szanse

⁶⁹⁷ Zob. M. Boratyńska: *Znieczulenie na życzenie pacjenta*, Prawo i Medycyna nr 8/2000.

poprawy miałby być potraktowany gorzej. Na zasadzie zapewnienia równego dostępu do świadczeń ten drugi powinien też mieć prawo. Ból towarzyszący istnieniu nie powinien być traktowany gorzej od bólu przy umieraniu. Godność umierającego powinna być szanowana przez zapewnienie pewnych specjalnych środków, które nie zawsze są równie potrzebne pacjentowi na drodze do wyzdrowienia: umierającemu potrzeba na ogół więcej spokoju, intymności, odosobnienia – ale leki przeciwbólowe potrzebne są każdemu pacjentowi potrzebującemu.

Autonomia pacjenta wyraża się w swobodnym skorzystaniu z nich lub nie. Niezapewnienie znieczuleń, anestezjologa w szpitalu, gdzie ból życia i ból umierania są na porządku dziennym – stanowi o naruszeniu praw pacjenta. Niezatrudnienie anestezjologa może świadczyć o winie organizacyjnej.

Kwestia dostępności owych środków jest natomiast częścią zagadnienia standardu opieki medycznej. Konieczną do przyjęcia prawdą jest, że nie wszystko udaje się dla pacjentów zapewnić, niemniej – w imię poszanowania pryncypiów konstytucyjnych – środki humanitarne, służące zachowaniu godności, powinny być na jednym z pierwszych miejsc, nie zaś na ostatnim.

Godność pacjentów znieдоłężniаtych

Problem wiąże się z poszanowaniem samostanowienia pacjentów w domach opieki i na szpitalnych oddziałach neurologicznych. Beauchamp i Childress powołują przykład „kłopotliwej” pacjentki domu opieki Mansion Manor. Siedemdziesięciosześcioletnia pani Hollinger nie chciała wstawać na śniadanie podawane o godz. 7.30. Nigdy nie lubiła śniadań, po drugim udarze miała kłopoty z poruszaniem się, uważała więc, że przychodzenie na śniadanie przekracza jej możliwości. Pracownicy zakładu skarżyły się, że ciągłe spóźnianie się pacjentki dezorganizuje wydawanie posiłku, przeszkadza innym, a pacjentka za wolno je, więc nie kończy jedzenia. Pacjentka nie cieszyła się zbytnią sympatią personelu, ponieważ posądzala pracowników o „myszkowanie w jej pokoju” i przywłaszczanie sobie jej rzeczy. Pielęgniarka oddziałowa ostrzegła wobec tego panią Hollinger, że jeśli nadal będzie się spóźniać, to umieści ją w osobnym pokoju razem z osobami, które nie mogą jeść samodzielnie. Starsza pani uznała, że względu na sposób powiadomienia, że była to wobec niej groźba. W wyniku stresu pogłębiły się u niej bezsenność i przemęczenie. Dyrektor zakładu tłumaczył, że wczesna pora śniadania wynika z dyrektyw federalnych nakazujących, by przerwa między kolacją a śniada-

niem nie była dłuższa niż czternaście godzin, a kolacja jest podawana o 16.30. Dyrektywa ta jest niezbędna, by chronić pensjonariuszy przed nadużyciami. „Nawet jeżeli zasada szacunku dla autonomii może być słusznie zdominowana przez zasadę nakazującą ochronę innych lub przez nakaz podtrzymywania dyscypliny w instytucji – komentują Beauchamp i Childress – zakład musi wybrać rozwiązanie najmniej restrykcyjne”⁶⁹⁸. Sugerują, aby wspomnianą dyrektywę traktować z punktu widzenia pensjonariuszy jako „prawo alternatywne, a nie obligujące”, dzięki czemu mogliby oni zaleźnie od upodobań korzystać z posiłków lub z nich rezygnować. „W omawianej sytuacji przyjęto dość wąską interpretację prawa obligującego, zakładającą stosowanie przymusu karmienia wobec autonomicznych osób. Tak rozumiane prawo zmienia się w przeciwieństwo autonomii. Z tego właśnie powodu wypada uznać, iż zakład wykazuje złą wolę w sporze z panią Hollinger”⁶⁹⁹. Autorzy oryginalnego opracowania słusznie zatytułowali je „Tyrania regulaminu”⁷⁰⁰. Nie do końca rozumiem, co oznaczała relacja, iż pani Hollinger nie kończy posiłku, bo za wolno je. Sugerowałoby to, że śniadanie zaczynało się i kończyło na komendę, a kto nie zdążył, temu zabierano talerz sprzed nosa. „Niezdyscyplinowanej” pensjonariuszce zagrożono w tych okolicznościach karmieniem „wspomagającym” – nie wiadomo: łyżeczką, czy przez rurkę. Nie trzeba tłumaczyć, do jakiego stopnia uwłacza to godności osobistej osoby własnowolnej i do pewnego stopnia samodzielnej. Groźba miała wyraźny posmak szykany.

Na gruncie polskim problem karmienia pacjentów niedołącznych przybrał natomiast postać przymusu urzędniczo-finansowego. Kontrola NFZ w szpitalu w Wieruszowie dopatrzyła się nadużycia finansowego polegającego na tym, że za karmienie niedołącznych pacjentów łyżeczką szpital pobierał od Funduszu stawkę wyższą – jak za pacjenta, który nie może samodzielnie jeść, gdy tymczasem według urzędników – należała się stawka niższa, jak za pacjentów potrzebujących tylko pomocy przy krojeniu i smarowaniu chleba masłem. Sprawa dotyczyła pacjentów sparaliżowanych, zdolnych jednak do samodzielnego przełykania, którym jedzenie było podawane w postaci zmiksowanej papki. Aby pobierać od NFZ stawkę wyższą – w szpitalu karmienie sparali-

⁶⁹⁸ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 182. Przypadek opisany w *If You Let Them, They'd Stay in Bed All Morning: The Tyranny of Regulation in Nursing Home Life*, R.A. Kane, A.L. Caplan (red.) „Everyday Ethics” Resolving Dilemmas in Nursing Home Life”, New York Springer Publishing Co) 1990, rozdz. 7.

⁶⁹⁹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *ibidem*.

⁷⁰⁰ Zob. adres bibliograficzny w przypisie 681.

żowanych powinno by odbywać się przez włożoną do gardła rurkę i tamtędy pokarm byłby tłoczony strzykawką. Rozporządzenie prezesa NFZ rozróżniało tylko pacjentów niebędących w stanie samodzielnie jeść oraz pacjentów potrzebujących pomocy przy krojeniu i smarowaniu. Prezes szpitala wyjaśniała: „– Dla takich pacjentów to jedna z niewielu dostępnych przyjemności. [...] Ci ludzie byli w takim stanie, że mogliśmy im wepchnąć do gardła rurkę. To nieludzkie. Nie robiliśmy tego ze względów humanitarnych”. Wtórowała jej naczelną pielęgniarka: „– Pan chciałby mieć w gardle plastikową rurę? Choczący traktują to jako najgorszą krzywdę. Potrafią sobie te rurki wyrywać. Po co robić coś takiego, skoro można leczyć po ludzku?”⁷⁰¹ Szpital zapłacił karę oraz musiał zwrócić różnicę wynikłą z pobrania „zawyżonych” stawek. Rzecznik NFZ tłumaczyła mało przekonująco, że Fundusz żąda sond, ponieważ są dla pacjentów bezpieczniejsze. Przy karmieniu łyżeczką pacjent może się zakrztusić, a poza tym nie zawsze uda się podać tyle pożywienia, ile trzeba. Rozporządzenie zostało jednak zmienione i wyższa stawka płacona jest tylko za pacjentów niebędących w stanie przełykać. Przynajmniej pod względem kryteriów ustalenia stawki sytuacja jest zatem klarowna. Istnieje jednak obawa, że w celu podwyższenia stawki pacjenci będą pochopnie kwalifikowani do odżywiania sondą⁷⁰².

Z punktu widzenia poszanowania godności niedołęznego pacjenta to jemu powinien być pozostawiony wybór co do sposobu karmienia. Sprzeciw czy wyrywanie rurki – należy tłumaczyć jako wolę karmienia łyżeczką. O ile jest to wykonalne ze względu na zdolność połykania, pacjent powinien jeść w sposób możliwie zbliżony do tradycyjnego. Gdy zwykłe metody nie zdają egzaminu ze względu na niemożność podania dostatecznych ilości pożywienia, śladowo bodaj kompetentny pacjent powinien podjąć decyzję bądź o zastosowaniu sondy, bądź o kontynuowaniu żywienia z użyciem łyżeczki – świadom konsekwencji w postaci zagłodzenia. Sonda wbrew woli pacjenta to przemoc. Sonda wbrew woli pacjenta mogącego przełykać – to także uchybienie godności.

Godność w stanie wegetatywnym

Naruszenie godności pacjenta w stanie wegetatywnym było podnoszone przez skarżących członków rodziny pacjentów w sprawach o zaniechanie uporczywej terapii.

⁷⁰¹ A. Czerwiński *Rurka w gardle*, Gazeta Wyborcza z 24.III.2010.

⁷⁰² Tamże.

Na stan wegetatywny (dokładnie – przewlekły trwały stan wegetatywny – PVS: *Persistent Vegetative State*) składają się następujące symptomy: 1) obecność odruchów pniowych świadczących o tym, że nie obumarł pień mózgu; 2) kora mózgowa i/lub półkule mózgowe są zniszczone lub ich funkcje uległy zawieszeniu; 3) pacjent oddycha spontanicznie lub przy pomocy respiratora; 4) między pacjentem a otoczeniem nie ma przepływu informacji, za wyjątkiem reakcji pniowych; 5) pacjent wymaga stałej opieki; 6) leży bez ruchu⁷⁰³. W stanie wegetatywnym pień mózgu żyje i działa, natomiast kora mózgowa przestaje wykazywać aktywność i spełniać swoje funkcje. Nie ma możliwości ustalenia, czy owej wegetacji towarzyszy jakakolwiek forma życia psychicznego. Nowoczesne techniki diagnostyczne, jak dynamiczna tomografia komputerowa, pozwalają tylko stwierdzić, czy uległy destrukcji wyższe funkcje mózgu i określić stopień zniszczeń.

W czterech rozważanych sprawach: Karen Ann Quinlan⁷⁰⁴, Anthony'ego Blanda⁷⁰⁵, Terri Schiavo⁷⁰⁶ i Eluany Englaro⁷⁰⁷ – sądy z inicjatywy członków rodziny orzekły legalność przerwania procedur podtrzymujących życie, zre-

⁷⁰³ B. Jennet, F. Plum: *Persistent Vegetative State After Brain Damage. A Syndrome in Search of a Name*, The Lancet, kwiecień 1972, s. 734–737; J. Andres, A. Macheta: *Przetrwali stan wegetatywny – aspekty medyczne, moralne, prawne i ekonomiczne*, Folia Medica Cracoviensia, Polsko-Niemieckie Sympozjum „Etyka w medycynie” Kraków 15–17 października 1998 r. vol. XXXIX nr 3–4/1998.

⁷⁰⁴ Wyrok Sądu Najwyższego Stanu New Jersey z dnia 31 marca 1976 r. (*In re Quinlan*, 70 N.J.10; 355 A.2d 647; w 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R. 3d 205); (pełny tekst oryginalny: http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In_Re_Quinlan.pdf lub <http://www.aspenlawschool.com/books/johnsonkrause/INREQUINLANSupremeCourtofNewJersey.doc>); streszczenie: M. Boratyńska i P. Konieczniak, *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, red. M. Safran., s. 405–413.

⁷⁰⁵ Wyrok Izby Lordów z dnia 4 lutego 1993 r. pełny tekst oryginalny: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/5.html>; streszczenie M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 417–424.

⁷⁰⁶ Zob. m.in. *In the Circuit Court for Pinellas County, Florida Probate Division In re: The Guardianship of Theresa Marie Schiavo*, 8.III.2005, <http://abstractappeal.com/schiavo/trialc-torder030805.pdf>. W sprawie nie został wydany jeden wyrok. Procedury odwoławcze ciągnęły się latami – samych odwołań można doliczyć się kilkunastu. Rurkę nosowo-gardłową to odłączano, to w pośpiechu instalowano na nowo, a pacjentka była parokrotnie przenoszona z hospicjum do szpitala i z powrotem. Końcowe rozstrzygnięcia potwierdziły prawo męża pacjentki, ustanowionego wcześniej kuratorem, do zadecydowania o odłączeniu owej rurki nosowo-gardłowej służącej do sztucznego odżywiania.

⁷⁰⁷ Court of Appeals Milan, Decree 9 July 2002, http://nsulaw.nova.edu/library_tech/library/resources/local/milan/FINAL%20for%20posting%20Milan%20Court%20of%20Appeals%20July%202008%20English.pdf.

dukowane do trwania czysto biologicznego. Wspólną cechą stanu pacjentów była nieodwracalność PVS oraz brak jakichkolwiek szans na powrót funkcji intelektualnych i poznawczych. Po wnikliwym rozpoznaniu wszystkich okoliczności sądy w sumie zgodziły się z poglądem, że kontynuowanie procedur medycznych przy takiej jakości życia nie ma sensu, z tym że w sprawie Eluany Englaro zdecydował jej własny uprzedni pogląd, udowodniony zeznaniami licznych świadków.

Spełnienie wszystkich przesłanek dla popadnięcia w stan wegetatywny nie oznacza, iż odznacza się on jednolitością. Najgorszym spośród omawianych przypadków był Anthony Bland, którego kora mózgowa „zmieniła się w masę wodnistego płynu”⁷⁰⁸. Sprawa o odłączenie wentylacji i sztucznego odżywiania została założona w momencie, gdy stan ten utrzymywał się od trzech i pół roku. Dla utrzymania pacjenta przy życiu stosowano sztuczne karmienie z użyciem zgłębnika nosowo-gardłowego. Wydaliny usuwano metodą lewatywy i cewnikowania. Cewnik od czasu do czasu wywoływał infekcje, stosowano więc antybiotykoterapię. Poza antybiotykami Bland otrzymywał leki zmniejszające wydzielanie śliny i zlewnych potów oraz rozluźniające napięcie mięśniowe. Problemy z układem moczowym sprawiały, że kwalifikował się do interwencji chirurgicznych. Pacjent w tym stanie musi być obserwowany stale, zwłaszcza pod kątem stanów zapalnych, podrażnień i infekcji, ponadto trzeba zmieniać położenie jego ciała w celu uniknięcia odleżyn. Tak więc stopień ingerencji medycznej w jego ciało trzeba uznać za bardzo duży. Karmienie przez rurkę stanowi procedurę wysoce inwazyjną, w dodatku jej stosowanie wymusza potrzebę regularnego stosowania lewatyw, cewnikowania pęcherza i w konsekwencji walkę z zakażeniami dróg moczowych. Również stan Karen Ann Quinlan nie pozostawiał najmniejszych złudzeń co do szans poprawy. I ona wymagała całodobowej intensywnej opieki pielęgniarskiej, stosowanych osłonowo antybiotyków, respiratora, cewnikowania oraz karmienia przez rurkę. Lekarze byli zgodni, że nie istnieje dostępny medycynie sposób na wyleczenie lub choćby poprawę stanu pacjentki. Terri Schiavo z kolei oddychała samodzielnie, ale nie była w stanie przełykać, więc postępowanie toczyło się tylko o odłączenie rurki odżywiającej. Dla porównania – Terri Schiavo sprawiała wrażenie, jakby zdarzały się jej przebłyski świadomości. Jej rodzice – walczący o zablokowanie wnioskowanej przez męża (jako opiekuna) decyzji o zaprzestaniu sztucznego karmienia – filmowali córkę kamerą

⁷⁰⁸ Określenie zaczerpnięte z epikryzy, której fragmenty przytoczono w uzasadnieniu wyroku.

przez wiele godzin, po czym zmontowali z tego kilkuminutowy film, który umieścili w internecie jako dowód, że pacjentka zachowuje śladowy kontakt logiczny. Wreszcie w przypadku Eluany Englaro przedmiotem rozstrzygnięcia także było jedynie sztuczne odżywianie. Nie zachodził rozdzźwięk w rodzinie, a w sprawę bezpośrednio zaangażował się ojciec.

W przypadkach tych była poważnie rozważana godność niewłasnowolnego pacjenta w kontekście takim, że podłączenie do aparatury podtrzymującej życie, przewiercenie dziesiątkami rurek, lewatywa, cewnikowanie i tłoczenie pokarmu przez przewód wciśnięty do gardła *summa summarum* składają się na stan uwłaczający godności pacjenta.

Sąd orzekający w sprawie Blanda nie miał wątpliwości, że w najlepszym interesie pacjenta po ponad trzech latach od urazu nie leżało już utrzymanie opieki i leczenia (choć leżało wcześniej – dopóki nie została postawiona ostateczna diagnoza i jeszcze w jakiś czas później⁷⁰⁹). Czynności te mogłyby dać trwanie czysto biologiczne, ale „nie mogą już służyć owej kombinacji rozmaitych właściwości, które nazywamy osobowością”⁷¹⁰. W ten sposób „**sztuczne podtrzymywanie życia staje się czynnością daremną i bezużyteczną, która służy tylko sama sobie, ale nie osobie pacjenta**”. Daremnność leczenia stanowi argument podstawowy, bo takie leczenie nie może realizować jakiegokolwiek interesu pacjenta. Jest ono ponadto wysoce inwazyjne, „stawia pacjenta w stan poniżenia (indignity) i prowadzi do cierpienia jego rodziny”.

We włoskiej sprawie Eluany Englaro, która popadła w stan wegetatywny po wypadku samochodowym, Sąd wskazał wprost jako chronione dobro godność osobistą i to pojmowaną indywidualistycznie. Ustalił „**nieprzystawalność** stanu [w jakim znalazła się Eluana] oraz zastosowanych środków sztucznego podtrzymywania życia **do jej wcześniejszych zapatrywań na życie, godności osobistej i ogólnie – do jej osobowości**” [podkr. M.B.]⁷¹¹.

W uzasadnieniach orzeczeń padały supozycje, że przytomny i rozsądnie myślący pacjent nie pozwoliłby się tak traktować i wołałby umrzeć; że wielu ludzi nie chciałoby takiej egzystencji jako poniżającej – czyli że ogół społeczeństwa uważa wskazaną sytuację za trud naruszający godność (m.in. przez

⁷⁰⁹ Notowane są przypadki samoistnego wybudzenia ze śpiączki, niemniej wśród lekarzy panuje zgoda, że sprawa staje się beznadziejna, gdy stan wegetatywny utrzymuje się od co najmniej ponad półtora roku.

⁷¹⁰ Cytaty z orzeczenia (w tłumaczeniu własnym) pochodzą z omówienia wyroku w: „*Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzem*” red. nauk. M. Safjan.

⁷¹¹ Court of Appeals Milan, Decree 9 July 2002, – tłum. własne.

to, że daremny). Jeśli taki pogląd w społeczeństwie rzeczywiście da się stwierdzić, to przez powyższą konstatację zrealizowana zostaje obiektywna przesłanka naruszenia godności lub innego dobra osobistego, względnie godności ludzkiej, człowieczej. Niemniej świadome decyzje o zaprzestaniu terapii podejmowane są z punktu widzenia subiektywnego, a ten był niepoznawalny – za wyjątkiem przypadków raczej nielicznych.

W zwykłych okolicznościach drastyczność i inwazyjność zastosowanych środków medycznych równoważone są przez perspektywę poprawy. Gdy tej perspektywy brak – jak w przypadku pacjentów w stanie wegetatywnym – pozostaje sama drastyczność, odczuwana przez pewne osoby z najbliższego otoczenia jako zbędna lub także bolesna dla nich osobiście. Inni – jak rodzice Terri Schiavo – poglądu tego nie podzielają; bądź dlatego, że każde życie jest dla nich „święte”, bądź z powodu niesłabnącej nadziei na znalezienie sposobu skutecznej terapii. Spór toczy się jednak o podtrzymanie życia i sens dalszej egzystencji osoby w PVS, więc to jej dobra prawne są na pierwszym miejscu i członkowie rodziny nie mogą wykorzystywać sytuacji dla ochrony własnych. Nie zmienia to faktu, że pacjentowi w gruncie rzeczy wszystko jedno.

Pacjent w stanie wegetatywnym nigdy nie odczuje już ani przykrości, ani przyjemności z faktu pozostawiania przy życiu, a nawet nie będzie w stanie doświadczyć (nie mówiąc już o konstatacji), że w ogóle żyje. Nie korzysta na tym, że żyje, ponieważ nie wie, że żyje. Nie cierpi, bo nic nie odczuwa. Pacjent nie czuje żadnej różnicy – jak zauważyła Izba Lordów w sprawie Blanda. Pozostawanie w takim stanie nie ma dla pacjenta jakiegokolwiek sensu, bo jemu to na nic. A czy ma sens przerwanie tego stanu? – Wszystko jedno. Powstaje wobec tego pytanie, czy taką sytuację ogół społeczeństwa uznałby za upokarzającą, czy może tylko za zbędną, niepotrzebną, niepotrzebnie męczącą. W tym celu warto, by każdy zadał sobie parę pytań kontrolnych: czy odpowiadałby mu taki tryb życia, jaki przypadł w udziale Karen Ann Quinlan lub czy nie przeszkadzałoby mu wyglądać jak Anthony Bland („Anthony Bland leży w łóżku w Airedale General Hospital, z otwartymi oczami, pustym umysłem, powykrzywianymi i naprężonymi kończynami”⁷¹²). Opis stanu Karen Ann Quinlan nie był może tak plastyczny, sprowadzał się jednak do tego samego. Obraz Terri Schiavo obiegił cały świat: osobliwy grymas, który tylko przy najlepszych chęciach dałoby się porównać do uśmiechu, pusty wzrok, nieskoordynowane ruchy. Te przykłady pokazują, że pacjenci w stanie wege-

⁷¹² Zob. przyp. 8.

tatywnym nie zawsze wyglądają ładnie i schludnie, leżąc w łóżkach w rękami elegancko wyciągniętymi na kołdrze. Karen Ann zdarzało się ponadto wydawać nieartykułowane dźwięki, nie było wszakże wątpliwości, że nie ma to nic wspólnego z kontaktem logicznym – więc tym bardziej musiało wywoływać przynębenie u odwiedzających ją bliskich, którzy w przeciwieństwie do rodziny Terri Schiavo prezentowali zgodne stanowisko w sprawie odłączenia respiratora (ale nie – sztucznego odżywiania⁷¹³). Jednak nie o ich wrażenia chodzi, lecz o ustalenie, czy utrzymywanie człowieka w takim stanie przy braku szans na poprawę nie uwłacza godności, ludzkiej lub osobistej. Dla ochrony dobra osobistego decydujący powinien być test opinii publicznej, pozostaje jednak jeszcze do rozstrzygnięcia, czy z humanitarnego punktu widzenia stan wegetatywny nie jest położeniem poniżającym. *Prima facie* hipotetyczny bilans korzyści i strat pozwala twierdzić, że czy stan wegetatywny, czy inna śpiączka – nie powinno się decydować pochopnie i dopóki istnieją szanse na wybudzenie, warto czekać.

We wrześniu 1992 r., niedługo przed wyrokiem Izby Lordów w sprawie Blanda, Komitet Etyki Medycznej British Medical Association opracował projekt wytycznych w sprawie pacjentów z PVS (*Discussion Paper on Treatment of Patients in Persistent Vegetative State*). Zostały w nim zaproponowane cztery zasady, które powinny być przestrzegane przy podejmowaniu decyzji co do sztucznego podtrzymywania życia u pacjentów z PVS: (1) przez co najmniej sześć miesięcy od urazu należy podejmować wszelkie próby rehabilitacji pacjenta; (2) rozpoznania nieodwracalnego PVS nie można postawić przez co najmniej dwanaście miesięcy od doznania urazu; w konsekwencji żadna decyzja o zaniechaniu podtrzymywania życia nie może być podjęta w tym okresie; (3) diagnoza powinna być – poza lekarzem prowadzącym – postawiona przez dwóch innych, niezależnych lekarzy; (4) ogólnie należy „przywiązywać wielką wagę” do życzeń najbliższej rodziny pacjenta, przez co należy rozumieć poświęcanie uwagi i wsparcie psychiczne; własne poglądy bliskich nie mogą jednak decydować stanowić o leczeniu lub jego wstrzymaniu. Zaprzestanie leczenia podtrzymującego życie przy zachowaniu tych wytycznych uważane jest za **prawidłowe w sensie medycznym**.

⁷¹³ Mimo nabytego w wyniku wcześniejszych prób przekonania, iż odłączenie respiratora spowoduje śmierć, fakt ten nie nastąpił. Przy zachowaniu sztucznego karmienia Karen Ann Quinlan przeżyła w tym stanie jeszcze dziesięć lat. Natomiast w sprawie Blanda rodzice zażądali kroku radykalnego: odłączenia i wentylacji, i odżywiania przez rurki.

Prawo do umierania w spokoju i godności

Na gruncie ustawy o prawach pacjenta prawo do umierania w spokoju i godności stanowi fragment prawa do poszanowania godności (art. 20 ust. 2). Pojęcie godności umierania odwołuje się przede wszystkim do godności człowieka, do umierania w niehumanitarnych warunkach (przysłowiowe już nieomal „na korytarzu i pod śmierdzącą toaletą”). Godność osobista umierającego także może doznawać szwanku, jednak wydaje się, iż na pierwszym miejscu i w centrum uwagi powinna znajdować się dehumanizacja umierania i odarcie go ze stosownej, uwarunkowanej kulturowo, oprawy: pozbawienie okoliczności oraz cech należnych ze względu na doniosłość zdarzenia. To uchybienie może nosić cechy zaniedbania; tak więc godność osobistą depcze się tylko świadomie i celowo, ale godności człowieka da się uwłaczać także przez niedbalstwo. Pociąga to za sobą konsekwencje w postaci odróżnienia w konkretnym przypadku, któremu aspektowi godności zostało uchybione. Może się okazać, że zarówno jednemu, jak drugiemu.

Uporczywa terapia i inne zmuszanie do życia

„dr FRANKENSTEIN: Taaak. To, co pan tam widzi, to są jej nerki. A to oczywiście wątroba. Tam trzustka.

dr LITTLE: Zdumiewające. Doktorze Frankenstein, po obejrzeniu tego wszystkiego zaczynam mieć wątpliwości, czy kiedykolwiek byłem lekarzem, czy w ogóle studiowałem na Akademii Medycznej. (Wskazując) – Czy to jest jej serce?

F: To jest serce firmy Westinghouse. Oni robią wspaniałe serca. Bo na przykład ich nerki są do niczego. (...)

L: Ile przeszła operacji i w ciągu ilu lat?

F: Pierwszą poważną operację zrobiłem jej trzydzieści sześć lat temu. Od tamtej pory przeszła siedemdziesiąt osiem operacji.

L: A ile ona ma lat?

F: Sto.

L: Ależ ta kobieta musi mieć nerwy!

F: Może je pan sobie obejrzyć.

L: Ja... miałem na myśli jej odwagę. Hart ducha. (...)

Czy ona jest... ogólnie rzecz biorąc, wesółą?

F: Jeśli nie jest, to zawsze z naszej winy. Kiedy czuje się nieszczęśliwa, to znaczy, że tu na dole pokpiłszy sprawę i coś nie działa właściwie.

Mniej więcej miesiąc temu była w złym nastroju. Okazało się, że nawałił tranzystor bipolarny w pulpicie sterowniczym”.

K. VONNEGUT JR. „HART DUCHA” – TŁUM. Z. UHRYNOWSKA

Prześmiewca Vonnegut w sobie właściwy lapidarny i przewrotny sposób uchwycił sedno: im większy postęp w medycynie, tym silniejsze zagrożenie dla autonomii pacjenta.

Pacjenta kompetentnego, który pragnie umrzeć, nikt nie ma prawa zmuszać do pozostania przy życiu. Odnosi się to w szczególności do pacjentów w stanie terminalnym. Stanowisko przeciwne właściwe jest etyce katolickiej, forsującej tezę, że żaden człowiek nie może prawomocnie pragnąć własnej śmierci ani też jej wybrać. Etyka ta operuje pojęciem prawa do życia, jednak wbrew literalnemu brzmieniu, pojęcie uprawnienia ma tutaj charakter wtórny wobec pojęcia obowiązku. Prawo do życia stanowi moralną konsekwencję obowiązku życia, ponieważ życie jest dobrem koniecznym do realizowania zadań moralnych polegających na osiągnięciu przez człowieka „dostępnej sobie pełni moralnej doskonałości”⁷¹⁴. Zgodnie z etyką katolicką życie jest darem otrzymanym przez człowieka od bóstwa, a zachowanie go stanowi powinność: wobec Donatora, samego siebie oraz innych osób, których życie jest związane z naszym. Stąd potępienie samobójstwa jako aktu nieposłuszeństwa i sprzeniewierzenia się obowiązkowi⁷¹⁵. Dzięki rozważaniom św. Tomasza z Akwinu utrwalony został pogląd, że życie człowieka pozostaje w pełnej zależności od Bożej decyzji, a próba ingerencji w wyroki Opatrzności jest bluźnierstwem, ponieważ ingerujący uzurpuje sobie władzę przysługującą jedynie Najwyższemu⁷¹⁶.

Niemniej już szesnastowieczni teologowie wypowiedzieli pogląd, że obowiązek utrzymania życia nie wymaga dokonywania rzeczy „moralnie niemożliwych”. Jeżeli więc jego wypełnienie wymagałoby ze strony chorego *nadzwyczajnego* wysiłku – obowiązek ustaje⁷¹⁷. Biorąc to za punkt wyjścia etyka katolicka stworzyła rozróżnienie na „zwyczajne” i „nadzwyczajne” środki terapeutyczne. Opiera się ono na kilku założeniach.

⁷¹⁴ Tadeusz Ślipko, SJ: *Za czy przeciw życiu. Pokłosie dyskusji*, Wydawnictwo Apostolstwa Modlitwy, Kraków – Warszawa 1992, s. 94, za: W. Chańska, *Nieszczęśny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia. w medycynie współczesnej*, Wrocław 2009, s. 112.

⁷¹⁵ Za: W. Chańska, *Nieszczęśny dar życia*, s. 112.

⁷¹⁶ Św. Tomasz z Akwinu: *Suma technologiczna*, II–II, kw. 64, (tłum. F.W. Bednarski), Veritas, Londyn 1970, za: W. Chańska, *Nieszczęśny dar życia*, s.113.

⁷¹⁷ Ibidem, s. 114.

- 1) Życie to dar ofiarowany człowiekowi i obowiązkiem człowieka jest dążenie do jego zachowania.
- 2) Ten obowiązek nie ma charakteru absolutnego, są okoliczności, które z niego zwalniają.
- 3) Nie wszystkie środki służące zachowaniu życia muszą być stosowane: obowiązek obejmuje tylko środki „zwyczajne”, zaś środków „nadzwyczajnych” wolno zaniechać. Kwalifikacja zależy od tego, czy są one „obiektywnie proporcjonalne do przewidywanej poprawy zdrowia”⁷¹⁸.
- 4) Nie istnieje uniwersalna kwalifikacja co do zwyczajności lub nadzwyczajności danego środka. Powinno się to dokonywać zależnie od okoliczności przypadku konkretnego pacjenta: „Właściwa ocena środków może być dokonana wtedy, gdy rodzaj zastosowanej terapii, stopień jej trudności i związanych z nią niebezpieczeństw, konieczne dawki oraz możliwości zastosowania, zestawimy ze spodziewanymi rezultatami, uwzględniając w sposób właściwy stan chorego, jak również jego siły psychofizyczne”⁷¹⁹.
- 5) Niemniej, zdaniem papieża Piusa XII, sztuczne podtrzymywanie życia u chorych w stanie śpiączki i pozbawionych szans na powrót do zdrowia – jest działaniem „nadzwyczajnym”⁷²⁰.
- 6) Pacjentowi nie wolno jest pragnąć śmierci, a rezygnacja z leczenia nie może być podyktowana chęcią skrócenia życia.
- 7) Nie ma rozstrzygającego charakteru indywidualne i subiektywne przekonanie pacjenta; jako oparte na „błędym osądzie sumienia” może zostać skutecznie zakwestionowane.

Rozróżnienie, o którym mowa, nie bierze za swą podstawę klasyfikacji procedur medycznych ani życzeń świadomego pacjenta, względnie uprzednich dyspozycji na wypadek popadnięcia w bezświadomość. Nie ma na celu ustalenia, co leży w interesie pacjenta, lecz stanowi raczej próbę odgadnięcia, jakie są boskie zamysły wobec danej osoby – a to po to, by im się nie przeciwstawiać. Etyka katolicka stawia posłuszeństwo przed autonomią⁷²¹. Według Weroniki Chańskiej, rozważania teologów katolickich podyktowane są chęcią ograniczenia autonomicznego, indywidualnego wyboru dokonywanego przez jednostkę. Chodzi o wykluczenie tych decyzji i działań, które by miały prowadzić do śmierci. Uzasadnienie ma charakter ściśle religijny: jest nim zależ-

⁷¹⁸ Jan Paweł II, *Encyklika Evangelium vitae*, 65.

⁷¹⁹ Kongregacja Nauki Wiary, *Deklaracja o eutanazji (Iura et bona)* 1980.

⁷²⁰ W alocucji do Międzynarodowego Kongresu Anestezjologów, 24 listopada 1957 r.

⁷²¹ Tak W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia* s. 124.

ność ludzkiego życia od ich Boga i w konsekwencji obowiązek podtrzymywania darowanego życia oraz zakaz pragnienia śmierci⁷²². Pacjent, który się tej dominacji poddaje, podejmuje decyzje w oparciu o konkretny światopogląd, do czego ma pełne prawo. Nie wolno jednak narzucać go wszystkim pod szyldem obrony życia aż do *naturalnej* śmierci. Deklaracje w tej sprawie należy od siebie wyraźnie odróżniać ze względu na reprezentowany światopogląd, celem uniknięcia nieporozumień i zapobieżenia nadużyciom polegającym na przypisywaniu sobie reprezentowania opinii publicznej przez tylko pewną grupę osób.

Przeniesienie opisanego rozróżnienia środków na grunt praktyki medycznej pociągnęło za sobą zmianę w rozumieniu pojęć: jako „zwyczajne” definiowano metody standardowe i powszechnie uznane w środowisku lekarskim, podczas gdy „nadzwyczajnymi” nazywano metody eksperymentalne lub nowatorskie. Decydował stopień rozpowszechnienia metody i uznanie dla niej wśród lekarzy; ocena dotyczyła więc tylko sposobu leczenia, bez brania pod uwagę stanu konkretnego pacjenta ani możliwych korzyści oraz skutków ubocznych. Chociaż kryteria te miały charakter obiektywny, jednak ocena zmieniała się w czasie – wraz z postępem nauk medycznych. Widać to na przykładzie amerykańskiej sprawy Quinlan⁷²³, w której medycy zeznawali, iż respirator to urządzenie stosowane rutynowo, natomiast duchowni uważali go za nadzwyczajny środek terapeutyczny, którego użycie nie jest wobec tego obowiązkowe i ojciec pacjentki ma moralne prawo, by zadecydować o odłączeniu. **Tak więc ich sposoby rozumienia tych samych pojęć wyraźnie się różniły.** Sam Sąd również dostrzegł problem i we fragmencie uzasadnienia zwrócił uwagę na „mglistość” rozumienia omawianych pojęć w rozstrzyganej sprawie oraz ich możliwą relatywizację: to samo postępowanie może być uznane za „zwykłe” wobec pacjenta z szansami na wyleczenie [np. respirator dla dzieci przechodzących krytyczną fazę polio], ale „nadzwyczajne” w odniesieniu do wymuszonego podtrzymywania procesów życiowych u pacjenta w stanie terminalnym lub wegetatywnym. **Stawia to pod dużym znakiem zapytania przydatność takiej dystynkcji dla podejmowania decyzji co do kontynuowania procedur podtrzymujących życie.** Sprawa Quinlan i towarzysząca jej dyskusja stały się impulsem dla prac Prezydenckiej Komisji ds. Badania Etycznych Problemów w Medycynie, Biologii

⁷²² Ibidem.

⁷²³ Wyrok Sądu Najwyższego Stanu New Jersey z dnia 31 marca 1976 r. (*In re Quinlan*, 70 NJ.10; 355 A.2d 647; w 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R. 3d 205).

i Naukach Behawioranych, która miała za zadanie wypracować zasady etyczne i oparte na nich wskazówki dotyczące decyzji o zaprzestaniu leczenia ze skutkiem w postaci śmierci pacjenta. Komisja w 1983 r. ogłosiła raport pt. *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment*. **Zostało w nim stwierdzone m.in., iż rozróżnienie na środki terapeutyczne zwyczajne i nadzwyczajne stało się już tak zagniatwane, że dla dobra zaangażowanych w rozstrzyganie trudnych sytuacji osób, należy tych sformułowań unikać.** Pozostaje ono istotne z moralnego punktu widzenia tylko, gdy opiera się na analizie pożytków i obciążeń doznawanych przez pacjenta: środki zwyczajne przynoszą więcej pożytku niż obciążeń, natomiast nadzwyczajne dają znacząco więcej obciążeń niż pożytków⁷²⁴.

W późniejszej doktrynie religijnej pojawiła się poprawka: zamiast rozróżnienia środków zwyczajnych i nadzwyczajnych pojawił się podział na proporcjonalne i nieproporcjonalne:

„Od eutanazji – należy odróżnić decyzję o rezygnacji z tak zwanej uporczywej terapii, to znaczy z pewnych zabiegów medycznych, które przestały być adekwatne do realnej sytuacji chorego, ponieważ nie są już współmierne do rezultatów, jakich można by oczekiwać, lub też są zbyt uciążliwe dla samego chorego i dla jego rodziny. [...] Istnieje oczywiście powinność moralna leczenia się i poddania się leczeniu, ale taką powinność trzeba określać w konkretnych sytuacjach: należy mianowicie ocenić, czy stosowane środki lecznicze są obiektywnie proporcjonalne do przewidywanej poprawy zdrowia. Rezygnacja ze środków nadzwyczajnych i przesadnych nie jest równoznaczna z samobójstwem lub eutanazją, wyraża raczej akceptację ludzkiej kondycji w obliczu śmierci”⁷²⁵.

Na tym tle powstaje jednak pytanie, KTO władny jest sporządzać ów bilans, kwestii nie da się bowiem rozstrzygać w sposób absolutny. Skoro pojęcia pożytku i obciążenia wymagają oceny z punktu widzenia konkretnego pacjenta, to zgodnie z zasadą poszanowania autonomii uwzględnienia wymaga jego osobista hierarchia wartości. Nie ma legitymacji nikt, kto chciałby decydować ponad głową pacjenta. „Kłopot z tym rozróżnieniem polega na tym, że stara się ono uchwycić zbyt wiele naraz. Decyzja o tym, czy dane środki są zwyczajne, wymaga oceny, jaką wartość posiadać będzie ocalone życie, określenia

⁷²⁴ Zob. M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Komentarz do wyroku w sprawie Quinlan*, Prawo wobec medycyny i biotechnologii, s. 413–415.

⁷²⁵ Jan Paweł II, Encyklika *Evangelium vitae*, 65..., za: W. Chańska: *Nieszczęśny dar życia*, s. 118.

skutków ubocznych, jakie dotkną rodzinę oraz oszacowania kosztu wyrażonego w pieniądzu i zainwestowanym wysiłku. (...) Rozstrzygnięcie, że dana procedura jest zwyczajna, wymaga uprzedniej odpowiedzi na wiele złożonych pytań, związanych z ważeniem i hierarchizowaniem dóbr”⁷²⁶.

W ten sposób zarysowuje się jeden z najsilniejszych sporów etycznych naszych czasów: między zwolennikami świętości życia a orędownikami jakości życia. Ujmowanie życia jako świętego ze względu na fakt, iż stanowi ono dar oraz obowiązek, jest zapatrywaniem nacechowanym religijnie i to na gruncie jednego tylko systemu religijnego oraz tylko jednego z wielu jego wyznań. Przy okazji warto jednak zwrócić uwagę, że podejście traktujące życie jako obowiązek wyrasta z tych właśnie tradycji, co najwyżej zobowiązanie wobec bóstwa zostaje zastąpione zobowiązaniem wobec społeczeństwa: jakichś mniej lub bardziej dookreślonych „innych” i zamaskowane przez odwołanie się do zasad współżycia społecznego. Te jednak powinny mieć charakter powszechny: nie będzie się z nimi identyfikować ktoś, kto nie poczuwa się do obowiązku życia i nie traktuje go jako daru o transcendentnej proveniencji. W laickich systemach prawnych życie jest traktowane jako prawo, nie zaś jako obowiązek. Wynika to w szczególności z *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*. Prawo zaś ma to do siebie, że można z niego korzystać lub nie. Sprowadzanie prawa do obowiązku zaprzeczałoby jego istocie. Deklarowanie poszanowania prawa przy rozumieniu go jako obowiązku jest hipokryzją i mydleniem oczu.

Z punktu widzenia tanatologii i prawa do życia, katolickie rozstrzygnięcia dylematów moralnych hołdują dwóm zasadom: zasadzie świętości (lub wartości) życia człowieka niewinnego oraz zasadzie podwójnego skutku. Stosownie do zasady świętości życia:

1. Nie wolno w żadnym wypadku działać ani zaniechać działania z intencją odebrania człowiekowi życia.
2. Śmierć człowieka może stanowić wyłącznie przewidywaną, ale niechcianą (tzn. nieobjętą intencją) konsekwencję czynu dopuszczalnego.
3. Dopuszczalne jest – w ściśle określonych warunkach – wycofanie się z terapii podtrzymującej życie lub/i zaprzestanie stosowania nadzwyczajnych środków leczniczych.
4. Życie człowieka jest równe, nienaruszalne oraz godne podtrzymywania⁷²⁷.

⁷²⁶ J. Glover, *Causing Death and Saving Lives*, Middlesex 1984, s. 196, za: W. Chańska, *op. cit.* s. 123..

⁷²⁷ Na podstawie: M. Wichrowski: *Prawo do życia*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006, s. 9 i tam powołanej literatury.

Wobec tego świadome zmierzanie do śmierci drugiego stanowi czyn moralnie zły i bezwzględnie zakazany. Śmierć drugiego dopuszczalna jest tylko jako przewidywane, ale niechciane następstwo działania – np. terapii medycznej – które samo w sobie jest dobre moralnie. Dzięki temu wolno wycofać się z uporczywej terapii, jeśli nie daje ona nadziei na poprawę, odbywa się przy wykorzystaniu nieproporcjonalnych środków medycznych i wzmaga cierpienia umierającego. Każde życie ludzkie jest godne podtrzymywania. Odchodzenie od rygoryzmu w tej sprawie ujmowane jest metaforycznie jako stopniowe zsuwanie się w dół ku moralnemu barbarzyństwu⁷²⁸.

Zasada podwójnego skutku pozwala natomiast ocenić czyn, który jednocześnie powoduje następstwa i dobre, i złe moralnie. Jest on dopuszczalny tylko wówczas, gdy:

1. Dany czyn nie jest sam w sobie zły. *Cel samego działania musi być dobry.*
2. Jego sprawca nie ma zamiaru (decyzji) wywołania złego skutku, ale przewiduje, że skutek taki nastąpi. *Pożądane przez działającego mogą być tylko skutki dobre.*
3. Zły skutek nie może być środkiem do osiągnięcia skutku dobrego. *Dobry skutek nie może wypływać ze złego.*
4. Dobry skutek przeważa lub równoważy zły. *Musi istnieć odpowiednio dobry powód przyzwolenia na wystąpienie skutku złego.*

Wnioski te sformułowane zostały w oparciu o religijny kodeks norm i na teistycznej podstawie systemu⁷²⁹.

Przeciwieństwem etyki katolickiej, jednej z etyk deontologicznych, jest w tym zakresie etyka konsekwencjalistyczna, uznająca zasadę jakości życia człowieka. Zgodnie z jej założeniami wartość życia stanowi funkcję jego jakości naturalnych. Mają one charakter zmienny, a człowiek dysponuje prostymi metodami doświadczalnymi pozwalającymi ustalić, czy konkretne życie je posiada, czy nie. Listy cech uwzględniają m.in.: długość życia, zdolność odczuwania przyjemności, stopień bólu i cierpienia, świadomość, inteligencję, zdolność komunikacji z otoczeniem. Zgodnie z zasadą jakości życia, życie pozbawione pewnej sumy tych cech staje się bezsensowne i przestaje być godnym przeżycia⁷³⁰. Wobec tego życie ludzkie nie jest równe w sposób bez-

⁷²⁸ M. Wichrowski: *Zasada „równi pochylej” w etyce a etyka medyczna*, Etyka nr 27/1994, s. 119–125 oraz tegoż *Dylemat moralny w bioetyce*, Medicus nr 7/1993, s. 20–21.

⁷²⁹ Na podstawie: M. Wichrowski: *Prawo do życia* s. 10–11.

⁷³⁰ Za: M. Wichrowski: „Prawo do życia” s. 11. oraz na podstawie: J. Boyle: *Toward Understanding the Principle of Double Effect*, Ethics (1980) 90 – za: W. Chańska: *Nieszczęsny..*, s. 240.

względny ani bezwzględnie nienaruszalne i godne podtrzymywania⁷³¹. Decyzja o jego zachowaniu wynika ze swobodnego rachunku użyteczności, a zgoda na rezygnację z życia podyktowana jest współczuciem. Życie człowieka stanowi zatem dobro użyteczne (*bonum utile*). Powyższe konstatacje odwołują się do kontekstu areligijnego, indywidualistycznego oraz antropocentrycznego.

Szczegółowych i znacznie bardziej pogłębionych rozważań wymaga kwestia dopuszczalności eutanazji. W kontekście prawa do umierania w spokoju i godności należy zastanowić się przede wszystkim nad sytuacją, w której w pełni świadomy i kompetentny pacjent w stanie terminalnym postanawia przyspieszyć swoje zejście żądając zaprzestania terapii podtrzymującej życie.

Europejski Trybunał Praw Człowieka rozstrzygnął w 2002 roku sprawę Diane Pretty z Luton⁷³², która w swej skardze podnosiła naruszenie przez Wlk. Brytanię prawa do prywatności, polegające na nierespektowaniu jej przekonań co do godnego końca życia. Jej zdaniem nie należy dyskryminować osób, które same odebrać sobie życia nie mogą. Diane Pretty cierpiała na nieuleczalne zwiotczenie mięśni, skutkujące postępującym paraliżem. W chwili składania skargi była sparaliżowana od karku w dół i odżywiana oraz nawadniana przez zgłębnik gardłowy. Lekarze szacowali przypuszczalny czas pozostałego jej jeszcze życia na kilka tygodni, a najwyżej kilka miesięcy. W tych okolicznościach, będąc w pełni świadomą i zachowującą kontakt z otoczeniem, postanowiła popełnić samobójstwo. Ponieważ sama nie była w stanie go dokonać, na udzielenie pomocy zgodził się mąż. Pani Pretty wystąpiła jednak najpierw do brytyjskiego Dyrektora ds. Oskarżeń Publicznych, aby ten zagwarantował bezkarność męża. Wobec odmowy szukała ochrony przed ETPC, której jednak nie uzyskała. Trybunał stwierdził, że gwarantowane Konwencją prawo do życia nie oznacza tym samym prawa do śmierci. Z kolei prawo do ochrony życia prywatnego nie obejmuje żądania, aby zagwarantować bezkarność osobie, która spowodowała śmierć zainteresowanego na jego własne żądanie. **Dopuszczalne jest natomiast, aby pacjent otrzymał zgodę na przerwanie uporczywej terapii podtrzymującej życie. Takie zaniechanie nie jest równoznaczne z zabójstwem z litości.** Niemniej w istniejącym stanie prawnym pomoc męża stanowi zabójstwo z litości.

⁷³¹ Ibidem.

⁷³² <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>; zob. *Prawo wobec medycyny i biotechnologii* red. M. Safjan s.97–100, zob. też M. Derlatka, *Glosa do wyroku ETPC z 29.IV.2002 r. w sprawie Diane Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga nr 2346/02)*, Kwartalnik Prawa Publicznego nr 2/2002 s. 293 i n.

„65. (...) W sferze medycznej, gdy odmowa zgody na określone leczenie prowadzi nieuchronnie do fatalnego końca, przymus wobec zdrowego umysłowo i dorosłego pacjenta można byłoby uznać za ingerencję w fizyczną integralność osoby w sposób, który powoduje, że wchodzi w grę prawa chronione w art. 8 ust. 1 [Konwencji]. **W świetle orzecznictwa krajowego osoba może żądać śmierci przez odmowę leczenia, które może przedłużyć jej życie** [podkr. M.B.] (...).

65. Istotą konwencji jest poszanowanie dla ludzkiej godności i wolności. Nie negując w żaden sposób zasady świętości życia chronionej przez Konwencję, Trybunał uznaje, że na podstawie art. 8 coraz większego znaczenia nabiera jakość życia. W erze ogromnego postępu w medycynie i wzrostu średniej długości życia dla wielu osób staje się ważne, aby nie zmuszano ich do dożywania podeszłego wieku lub do życia w stanie zaawansowanej niedołążności fizycznej bądź umysłowej, w konflikcie z wyznawanymi przez nich poglądami o własnej osobie i tożsamości (...)

67. Skarżąca nie może, ze względu na obowiązujące prawo, dokonać wyboru w sprawie uniknięcia niegodnego i bolesnego końca życia. Trybunał nie jest gotowy, aby wykluczyć uznanie takiej sytuacji za ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego gwarantowanego przez art. 8 ust. 1 Konwencji. (...)

74. (...) Przede wszystkim do państw należy ocena ryzyka i prawdopodobieństwo nadużyć po złagodzeniu ogólnego zakazu samobójstw z pomocą innej osoby lub dopuszczenia wyjątków od tego zakazu. Poważne ryzyko nadużyć istnieje niezależnie od zabezpieczeń i procedur ochronnych (...)”⁷³³.

Skarżącej zostało odmówione prawo do zakończenia życia z aktywnym uwikłaniem w to osoby trzeciej. Nie odmówiono zaś przy tej okazji (w oparciu o orzecznictwo brytyjskie) – prawa do żądania śmierci przez wstrzymanie leczenia podtrzymującego to życie. Trybunał uchylił się natomiast od odpowiedzi, czy faktyczne zmuszenie pani Pretty do pozostawania w aktualnym stanie, stanowi niedopuszczalną ingerencję w życie prywatne, ale „nie był gotowy, aby to wykluczyć”.

Jak skomentował Marek Wichrowski, Trybunał dokonał w tym wyroku uzgodnienia interpretacji kilku artykułów Konwencji w kontekście eutanatycznym i stwierdził nieistnienie prawa do śmierci. Trybunał nie narzuca ogólnych rozwiązań w odniesieniu do przypadków jawnie dylematycznych i odwołuje się do prawa danego państwa⁷³⁴.

⁷³³ Za: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 99–100.

⁷³⁴ M. Wichrowski: *Prawo do życia* s. 29.

Mimo, iż w pełni świadoma i funkcjonująca z rozeznaniem, Diane Pretty zdana była w całości na lekarzy. Pozostawałoby jej więc tylko zażądać usunięcia rurki służącej odżywianiu. Z punktu widzenia prawa medycznego jest to równoznaczne z cofnięciem zgody na dalsze leczenie, tyle że nie wszyscy uważają sztuczne odżywianie za sposób leczenia⁷³⁵. Rurki nie mógł bezkarnie usunąć mąż, a ponadto samo wyjęcie rurki nie załatwiłoby sprawy po myśli pacjentki, ponieważ skazywałoby ją na śmierć głodową, niewykluczone że w męczarniach.

Sztuczne odżywianie. Problem sztucznego karmienia rozważany był przez brytyjską Izbę Lordów w sprawie Anthony’ego Blanda⁷³⁶. W przeciwieństwie do Diane Pretty, Bland znajdował się w stanie wegetatywnym (zatrutowany przez tłum podczas wypadku na stadionie sportowym), niemniej pewne konkluzje Izby Lordów dadzą się odnieść do pani Pretty. W opinii Sądu **sztuczne karmienie ma charakter leczenia** (*medical treatment*). Nie jest to zwykła czynność „opiekuńcza”, analogiczna z karmieniem niemowlęcia lub osoby bezradnej fizycznie, (co stanowi elementarny obowiązek, istniejący niezależnie od wszelkich kwestii leczenia i którego osoba zobowiązana nigdy nie może zaniechać). Przytłaczająca większość opinii medycznej na świecie, w szczególności jurysdykcje *common law*, których rozwiązania prawne korespondują z brytyjskimi, uznaje, że **leczenie i opieka podtrzymująca życie, w tym zaawansowane techniki sztucznego odżywiania, stanowią część leczenia i nie mogą być od niego oddzielone**. Karmienie osoby w stanie wegetatywnym nie jest odpowiednikiem karmienia niemowlęcia, gdyż taka osoba jest nie tylko niezdolna zdobyć pożywienie; jest niezdolna do połykania, a więc jedzenia i picia w normalnym znaczeniu tych słów. Zdaniem Sądu **zachodzi tu raczej analogia do respiratora, który sztucznie wtłacza powietrze do płuc pacjenta niezdolnego do samodzielnego oddychania, więc i należy stosować te same zasady oceny**⁷³⁷.

Przy tej okazji warto też opowiedzieć losy Karen Ann Quinlan po odłączeniu respiratora. Pacjentka przeżyła jeszcze dziesięć lat, odżywiana z użyciem zgłębnika i szpikowana antybiotykami. Leżała w pozycji płodu, co jednak nie przeciwdziało powstawaniu odleżyn, zdarzały jej się ataki bezdechu.

⁷³⁵ Odbijające się szerokim echem dyskusje na ten temat prowadzone były m.in. wokół włoskiej sprawy Eluany Englaro oraz amerykańskiej, dotyczącej Terri Schiavo.

⁷³⁶ Wyrok Izby Lordów z dnia 4 lutego 1993 r. (*Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 1 All ER 821 HL).

⁷³⁷ *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 423.

„W czasie tych 10 lat – piszą Beauchamp i Childress – uświadomiono sobie nowy problem moralny. Jeśli jest czymś dopuszczalnym odstawienie respiratora, to czy z tych samych powodów jest czymś dopuszczalnym odstawienie zgłębnika do sztucznego odżywiania?”⁷³⁸. W każdym razie rodzice panny Quinlan nie dali się przekonać i kontynuowali odżywianie w przeświadczeniu, że w przeciwieństwie do respiratora – zgłębnik nie naraża ich córki na ból⁷³⁹.

Sąd Najwyższy New Jersey, ten sam, który orzekał w sprawie Quinlan, musiał zmierzyć się w 1983 r. z kwestią sztucznego odżywiania innej pacjentki, Claire Conroy⁷⁴⁰, pensjonariuszki domu opieki. Starsza pani, lat 83, cierpiała za stwardnienie tętnicy sercowej, nadciśnienie, cukrzycę, martwicze wrzody na lewej stopie i gangrenę lewej nogi oraz na organiczne zmiany w mózgu. Była na tyle przytomna, by wodzić wzrokiem za przechodzącymi ludźmi, znajdowała się jednak w stanie ostrego otępienia, leżała na łóżku w pozycji płodu i nie mogła mówić. Nie widać było, aby pacjentka rozumiała czy pragnęła czegokolwiek, ale czasami uśmiechała się, gdy czesano ją lub nacierano jej ciało, wydawała jęki przy przewracaniu na drugi bok, karmieniu i zmianie opatrunków. Ponieważ przełykanie sprawiało jej trudność, nie mogła przyswoić sobie wystarczającej ilości jedzenia i wody. Konieczne stało się podawanie pożywienia i płynów przez sondę. Pacjentka mogła się trochę ruszać, ale nie panowała nad wydalaniem. Siostrzeniec pacjentki – opiekun i jedyny krewny – starał się o zgodę sądu na odstawienie zgłębnika, co spowodowałoby śmierć w ciągu tygodnia na skutek odwodnienia. Claire Conroy umarła podczas procesu apelacyjnego, niemniej w jej sprawie zostały wydane dwa wyroki. Sąd Najwyższy Stanu New Jersey⁷⁴¹ uznał, że wszelkie środki medyczne, łącznie z żywieniem i podawaniem płynów, mogą być w zasadzie wycofane, jeśli pacjent jest niekompetentny i jeśli ponadto spełnione są inne określone warunki. Wyraził przekonanie, że **podawanie pokarmu i płynów przez sondę nosowo-żołądkową jest takim samym środkiem podtrzymującym życie jak respiratory**. Orzekł jednak, że Claire Conroy nie spełniała warunków kwa-

⁷³⁸ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej* s. 215.

⁷³⁹ Na podstawie – j.w.

⁷⁴⁰ *In Re Claire C. Conroy*, 190 N.J. Sup. („New Jersey Superior Court Reports”) t53, 464 A.2d 303 (App. Div. – New York Supreme Court, Appellate Division Reports 1983). Zob. analiza przypadku w: J. Lynn (red.): *By No Extraordinary Means*, s. 227–266, za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 215.

⁷⁴¹ *In Re Claire C. Conroy*, 486 A.2d 1209 (New Jersey Supreme Court 1985), s. 1222–1223, 1236.

lifikujących ją do odłączenia aparatury podtrzymującej życie, gdyby więc żyła nadal, nie wydałby zezwolenia na odłączenie sondy.

Z kolei w sprawie Paula Brophy, strażaka ze stanu Massachusetts, zapadł w 1986 r. wyrok tamtejszego Sądu Najwyższego⁷⁴², zezwalający na odłączenie sondy służącej sztucznemu odżywianiu. Pacjent, lat 49, popadł w stan wegetatywny w rezultacie zakończonej niepowodzeniem operacji naprawienia przerwanej tętnicy mózgowej. Zezwolenia domagała się żona przy jednogłośnym wsparciu całej licznej rodziny i z powołaniem się na uprzednie życzenia męża, wyrażane wielokrotnie i w sposób niebudzący wątpliwości. Zgody odmawiał szpital oraz sąd pierwszej instancji. W sumie ostateczny wyrok zapadł po trzech latach od tragedii. Sąd nie żądał od lekarzy szpitala Sinai, aby postąpili wbrew swym zasadom, zwrócił się tylko o pomoc do innego szpitala i tam po wydaniu wyroku przewieziono pacjenta. Do chwili śmierci podawano mu leki przeciwdrgawkowe i antasydy (leki łagodzące kwasowość w żołądku), aby umierał w spokoju.

Ostatni omawiany przypadek dotyczący sztucznego odżywiania nie był przedmiotem rozstrzygania przez sądy, zasługuje jednak na uwagę ze względu na pewną specyfikę stanu faktycznego. Pacjentka, lat 79, utraciła ogólną orientację oraz większość władz umysłowych w rezultacie zmian organicznych w mózgu spowodowanych atakami niedokrwienia (zatrzymania dopływu krwi do mózgu). Cierpiała też na zakrzepowe zapalenie żył oraz zastoinową niewydolność serca. W tym stanie była odwiedzana w domu opieki przez całą rodzinę, aż pewnego dnia doznała ciężkiego udaru. Wyglądała na otępiałą, nie mówiła, ale reagowała na ból, ale jej zachowanie miało niekiedy charakter celowy: nie pozwalała na przykład podłączyć sobie do nosa sondy służącej sztucznemu odżywianiu. Przy każdej próbie biła rękami na oślep i odpychała zgłębnik. Gdy wreszcie, po użyciu siły, został założony, próbowała go wyrwać. Zastosowano zatem odżywianie dożylnie, ale po kilku dniach zabrakło miejsca na wprowadzenie kroplówki. Po naradzie z pielęgniarkami i członkami rodziny lekarze zdecydowali o zaniechaniu instalowania zgłębnika ani podłączania kolejnych kroplówek w wypreparowane żyły. Pacjentce podawano przez kilka dni minimalne ilości pożywienia zwykłą drogą, aż po tygodniu zmarła spokojną śmiercią⁷⁴³. Niewykluczone, że ktoś tutaj zbytnio się

⁷⁴² *Brophy v. New England Sinai Hospital, Inc.*, 398 Mass. 417, 497 N.E. 2d 626 (1986) – szczegółowy stan faktyczny: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 540–541.

⁷⁴³ Przypadek podany przez lekarza z Charlottenville w USA, za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 215.

pospieszył, skoro karmienie łyżeczką było wykonalne. Ten ostatni przypadek wskazuje, iż stan ogólnego braku kompetencji u pacjenta nie zawsze może przemawiać za podjęciem działań ponad jego głowę. Wydaje się, że pomimo udaru starsza pani wykazywała śladowe kompetencje decyzyjne, zaś z pewnością karmienie przemocą narażało ją na stresy i ból, więc cała szarpanina przysparzała cierpienie. Pytanie jednak, czy okoliczności usprawiliwiały podawanie tylko minimalnych ilości pożywienia. Inaczej, gdy pacjent jest niezdolny do przyswajania wystarczającej ilości pokarmu przy użyciu łyżeczki, a sondę odrzuca, inaczej zaś – gdy decyduje o ograniczeniu pożywienia do minimum podejmuje się tylko na podstawie oporu wobec sondy. Przykład ze szpitala w Wieruszowie przekonuje, że potrzebne jest indywidualne podejście.

Beauchamp i Childress formułują wniosek natury etycznej, że w pewnych sytuacjach wolno jest zaprzestać sztucznego odżywiania, tak samo jak wycofać inne środki podtrzymujące życie. Wychodzą tutaj z następujących założeń:

1. Nie istnieje żadna moralnie istotna różnica między różnymi środkami podtrzymującymi życie.
2. Prawo do odmowy leczenia nie zależy od rodzaju stosowanych środków.
3. Nie ma powodu sądzić, iż dostarczanie pożywienia stanowi zawsze istotną część opieki paliatywnej ani że jest opcją najkorzystniejszą dla pacjenta⁷⁴⁴.

Niemniej przez innych odstawienie sztucznego odżywiania bywa utożsamiane z umyślnym zagłodzeniem. Część oponentów utrzymuje, że o ile wolno zrezygnować wobec pacjenta z pewnych środków medycznych, to nie wolno tak postąpić w sprawie podawania pokarmu i płynów⁷⁴⁵. Argumentacja przeciwników odstawienia sztucznego odżywiania sprowadza się do trzech kwestii:

- sztuczne odżywianie jest warunkiem koniecznym komfortu i godności pacjenta;
- dostarczanie pożywienia i wody wyraża samą istotę opieki medycznej i stanowi dowód współczucia zarówno w kontekstach medycznych, jak pozamedycznych;
- decyzja o wycofaniu sztucznego odżywiania niesie ze sobą zbyt duże ryzyko nadużyć (argument równi pochyłej).

Beauchamp i Childress ripostują, że niezależnie od wyjściowych pryncypiów: przedłużania życia czy komfortu oraz godności umierania – postulat

⁷⁴⁴ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 216.

⁷⁴⁵ Zob. literatura przywołana przez Beauchampa i Childressa, *op. cit.* s. 216.

dostarczania pożywienia i wody za wszelką cenę napotyka dużo trudności. Bywa, że sztuczne odżywianie szkodzi pacjentowi i staje się dlań przekleństwem. Widać to zwłaszcza na przykładzie starszej pani po udarze: podłączenie centralnej kroplówki lub przemoc fizyczna wobec pacjenta wyrwywającego sobie kroplówki lub sondy – sprawiają mu ból. Innym zaś, w stanie wegetatywnym jak Anthony Bland, nie robi to żadnej różnicy ani na plus, ani na minus, ale w najmniejszy sposób nie przybliża do poprawy stanu. Jeszcze inni, jak Eluana Englaro i Paul Brophy, jednoznacznie protestowali zanim dotknęła ich utrata świadomości. Nie wszyscy pacjenci umierający z niedożywienia lub odwodnienia cierpią tak samo jak zdrowi. Towarzyszące temu odczucia dają się różnymi sposobami złagodzić, także farmakologicznie. Zaś ryzyko nadużyć istnieje zawsze, a szczególnie narażeni na nie są pensjonariusze domów stałego pobytu. Nie ma dowodów, że ochrona praw tych pacjentów musi pociągać za sobą obowiązek sztucznego odżywiania w każdych okolicznościach ani że przywiązanie do symboliki sondy żywieniowej stanowi sposób na uniknięcie okropności nadużyć. Z kolei pacjent kompetentny decyduje sam za siebie. Obowiązek sprawowania opieki medycznej musi być realizowany zgodnie z preferencjami i interesami pacjentów, a nie według tego, co dla społeczeństwa symbolizuje sonda żywieniowa. Nawet jeżeli sztuczne odżywianie spełniłoby swą funkcję, tzn. doprowadziłoby poziom płynów i pożywienia do stanu zadowalającego i okazało się dla pacjenta korzystne, wolno od tego odstąpić, jeśli doświadczane przezeń uciążliwości znacznie przewyższyłyby wszystkie korzyści: np. stosowanie przemocy wobec pacjentów z ostrą demencją może stać się przyczyną ich lęków i złego samopoczucia, zwłaszcza gdy podejmują oni wyraźne próby odzyskania swobody⁷⁴⁶.

Sztuczne odżywianie pacjentów niemogących samodzielnie przełykać wymaga inwazyjnych technik medycznych z użyciem specjalistycznej aparatury i spreparowanego pokarmu. Nie może być rozpatrywane w oderwaniu od procedur towarzyszących: również sztucznego odprowadzania produktów przemiany materii przez lewatywę i cewnikowanie przy zachowaniu stałej osłony antybiotykowej celem zapobieżenia zagrażającym infekcjom układu wydalniczego. Wszystko razem składa się na wysokospecjalistyczną procedurę medyczną służącą zachowaniu życia – spełnia zatem polskie kryteria świadczenia zdrowotnego z wszystkimi tego konsekwencjami. W przypadku pacjenta niekompetentnego zgody udziela lub wycofuje ją przedstawiciel

⁷⁴⁶ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 218.

ustawowy zgodnie z dobrem osoby niesamodzielnej prawnie i interesem społecznym oraz pod kontrolą sądu. Pacjentów w pełni własnowolnych nie ogranicza w podejmowaniu decyzji, natomiast kwestie te w odniesieniu do osób niesamodzielnych ostatecznie będzie rozstrzygać sąd, któremu należy życzyć odwagi w formułowaniu wniosków co do bilansu korzyści z uciążliwościami dla konkretnego pacjenta. Nie jest to sprawa możliwa do rozstrzygnięcia na poziomie generalnym, a próby ustawowego doprecyzowania nie zdołają uchwycić wszystkich uwarunkowań zachodzących w konkretnych przypadkach. W sprawie Claire Conroy sąd ostatecznie zgody odmówił, bo i bilans ów wykazywał wartość dodatnią po stronie kontynuacji sztucznego odżywiania: pani Conroy wykazywała drobne, ale wyraźne oznaki, iż cieszy się niektórymi doznaniem. Pacjentka po udarze stawiała zaś opór tak gwałtowny, iż sami lekarze wspólnie z jej krewnymi doszli do wniosku (oby nie błędnego), że kontynuowanie żywienia na takich zasadach nie ma sensu.

Szacunek dla autonomii. Eutanazja

„Życie jest ofertą, którą można również odrzucić”.

JULI ZEH, „CORPUS DELICTI”

Orzekając w sprawie Blanda, Izba Lordów ustosunkowała się również do zasady świętości życia, której nie uznała za zasadę absolutną, skoro dopuszczającą m.in. zabójstwo w obronie koniecznej, a niedopuszczającą przymusowego karmienia więźniów podczas strajku głodowego ani nie zmuszającą do podtrzymywania życia u pacjentów terminalnych. **Przed wszystkim zaś ustępuje ona przed zasadą szacunku dla autonomii; jeśli pacjent dorosły i przy zdrowych zmysłach odmawia poddania się leczeniu, choćby nierozsądnemu i choćby było to leczenie ratujące życie, porządek prawny to akceptuje.** Nie ma więc też absolutnej zasady, że życie pacjenta – niezależnie od okoliczności – musi być przedłużane poprzez leczenie lub opiekę, o ile tylko są one dostępne, i w tym zakresie obowiązek lekarza, by działać w najlepszym interesie pacjentów, ulega stosownemu ograniczeniu⁷⁴⁷.

Sprawa Diane Pretty stanowi pole do rozważań doktrynalnych nad kwestią eutanazji i wspomaganego samobójstwa. Pani Pretty nie mogła własnymi rękami spełnić zamiaru odebrania sobie życia, zwróciła się więc o pomoc do męża. Gdyby to nastąpiło, należałoby zastanowić się nad kwalifikacją prawną czynu

⁷⁴⁷ Ibidem, s. 424.

męża. Wyjaśnienie podstawowych pojęć filozoficznych zaczerpnęłam od Marka Wichrowskiego⁷⁴⁸. Ogólnie eutanazja polega na przyczynieniu się do czyjejś śmierci, gdy jest to motywowane interesem umierającego oraz odczuwanym współczuciem⁷⁴⁹. Sprawca działa intencjonalnie: jego zamiarem bezpośrednim jest pozbawienie życia, ofiara zaś cierpi i jej życie cechuje bardzo niska jakość. Jest to definicja obiektywistyczna, która pozwala na oddzielenie eutanazji właściwej od czynów pokrewnych oraz innych, wyraźnie nieeutanatycznych. Dwie podstawowe formy eutanazji, to eutanazja czynna: bezpośrednie działanie powodujące śmierć oraz bierna: zaniechanie działania w intencji odebrania życia. Świadoma decyzja pacjenta lub jej brak pozwalają odróżnić eutanazję świadomą od nieświadomej – w rezultacie istnieją cztery rodzaje eutanazji właściwej: świadoma czynna, nieświadoma czynna, świadoma bierna i nieświadoma bierna. O eutanazji biernej świadomej mówi się, gdy lekarz na prośbę pacjenta nie wykonuje operacji ratującej życie, zaś o eutanazji biernej nieświadomej – gdy zaniecha operowania noworodka obarczonego nieusuwalną wadą i stanie się to przyczyną śmierci dziecka. Samo nazwanie danego zachowania eutanazją wzbudza od razu rodzaj popłochu moralnego – zwłaszcza w kontekście generalnego potępienia eutanazji przez środowiska katolickie, stosowania tego terminu jako straszaka na oponentów i podejmowanych z tamtej strony prób wprowadzenia konstytucyjnej ochrony życia „aż do *naturalnej* śmierci”. Co do eutanazji czynnej, tak świadomej jak nieświadomej, nie ma większych wątpliwości co do kwalifikacji pojęciowej. Natomiast eutanazji biernej nie powinno się zdaniem Marka Wichrowskiego mylić z zaniechaniem danej procedury medycznej, **ze względu na różnice co do intencji: zaniechaniu terapii nie towarzyszy zamiar odebrania życia**. Zaniechanie leczenia narządowego jest ponadto przedstawiane jako warunek rozpoczęcia opieki paliatywno-hospicyjnej⁷⁵⁰. Kluczowa rola intencji pozwala odróżnić od czterech rodzajów eutanazji – dwa pojęcia pokrewne: samobójstwo z asystą oraz zabójstwo z litości. W praktyce rozróżnienie tych czynów może spotykać się z trudnościami. Zakres analizowanych pojęć jest nieostry: Dostarczenie pacjentowi trucizny może kwalifikować się jako eutanazja czynna, jeżeli na prośbę pacjenta zaaplikuje ją

⁷⁴⁸ M. Wichrowski: *Prawo do życia*, s. 22.

⁷⁴⁹ W. Jacórzynski, M. Wichrowski: *Spór o eutanazję*, Medicus, maj 1992, s. 18–20; J. Rachels, *The End of Life. Euthanasia and Morality*, New York 1986, s. 106–128.

⁷⁵⁰ Zob. C. Saunders: *Chwila prawdy: opieka nad człowiekiem umierającym*, Śmierć i umieranie, red. L. Pearson, Warszawa 1973, s. 46–74; E. Kubler-Ross, *Rozmowy o śmierci i umieraniu*, Warszawa 1979.

druga osoba, lub jako samobójstwo z asystą, gdy pacjent zażyje sam. Ale Diane Pretty chciała zażyć sama, tylko fizycznie nie miała jak. Zabójstwo z litości pozostaje z kolei zabójstwem niezależnie od towarzyszących uczuć. Natomiast jako **czyny nieeutanatyczne** Marek Wichrowski sytuuje: paliatywne wycofanie się z leczenia, którego konsekwencją jest śmierć pacjenta (ponieważ intencją nie jest pozbawienie życia) oraz zabieg sedacji paliatywnej (terminalnej) – który w ogóle nie zmierza do śmierci pacjenta.

Na gruncie polskim karalność eutanazji oraz pomocy w samobójstwie kończą rozważania nad dopuszczalnością czynów eutanatycznych oraz samobójstwa a asystą, zaś wyrok ETPC w sprawie Pretty pozostawia te kwestie prawom wewnętrznym. Trybunał rozpatrywał ustawodawstwo brytyjskie na tle paktów międzynarodowych i nie dopatrywał się sprzeczności. Faktycznie, trudno byłoby wywodzić prawo do śmierci z prawa do życia. Niemniej zakaz eutanazji i wspomaganego samobójstwa godzi w tych pacjentów, którzy nie są w stanie sami sobie zadać śmierci. Diane Pretty nie chciała na nią biernie czekać – wolałaby odejść szybko, a przede wszystkim – w sposób przez siebie wybrany i zaaranżowany. Z jej punktu widzenia nie byłoby różnicy między śmiercią z własnej ręki a śmiercią dzięki pomocnej dłoni bliskiej osoby. Niemniej system prawny nie dozwolił, by inna osoba brała w tym czynny udział. Z punktu widzenia pragnących śmierci pacjentów niedołącznych jest to instytucjonalne pozbawienie wolności wyboru⁷⁵¹. Niezależnie od kierujących prawodawcą pobudek – wolność, prywatność i samostanowienie pacjenta doznają tutaj poważnego ograniczenia. Mamy grupę pacjentów zniedołączniałych, dla których wolny wybór między pozostaniem przy życiu a rezygnacją z niego jest niedostępny. Każda inna osoba może odebrać sobie życie, a oni nie mają jak. Prawda, że psychologicznie łatwiej dać się pozbawić życia niż uczynić to samemu, chroni nas bowiem instynkt samozachowawczy. Wspomagane samobójstwo pozwala obejść tę barierę i przez to niesie obawę przed konsekwencjami decyzji nieprzemyślanych i pochopnych. Skoro jednak da się odróżnić rokujące poprawę lub zachowanie komfortu życia leczenie od niesienia tylko ulgi w umieraniu, to skrócenie owego pełnego cierpienia umierania powinno być akceptowane, o ile świadomy i kompetentny pacjent wyraźnie zażąda. Groźbę ewentualnych nadużyć można by zneutralizować ustawowymi gwarancjami, tak jak w Holandii, dlatego nie jest to argument decydujący. Akcent prawny powinien moim zdaniem zostać przesunięty na zyskanie pew-

⁷⁵¹ Zob. J. Hartman: *Przepraszam umieram*, Gazeta Wyborcza z 7–9.IV.2012 r., s. 26.

ności co do stanowiska pacjenta oraz na gwarancje i zabezpieczenia chroniące dobrowolność decyzji, jak również na wskazanie przesłanek klinicznych. W obliczu nieznosnych cierpień pacjenta tak eutanazja, jak pomoc w samobójstwie powinny zostać na specjalnych warunkach dopuszczone.

Wobec jednak istniejącego zakazu eutanazji i wspomaganego samobójstwa należy skoncentrować się na wyraźnym odróżnieniu wycofania się z leczenia oraz na wytłumaczeniu istoty sedacji paliatywnej.

Sedacja paliatywna (terminalna)

Sedacja paliatywna (terminalna) jest jedną z najczęściej dyskutowanych i wzbudzających największe kontrowersje metodą stosowaną w medycynie paliatywnej. Stosuje się ją wówczas, gdy technicznie niemożliwe okazuje się zwalczanie bólu. Nie we wszystkich przypadkach środki przeciwbólowe skutkują – wystarczy wskazać zapalenie nerwu trójdzielnego. Powszechnie wiadomo też, że silne bóle mogą towarzyszyć chorobom nowotworowym. Sedacja ma spowodować głębokie zaśnięcie pacjenta, aby w tym śnie nie odczuwał bólu. Zabieg definiuje się jako „zastosowanie środków farmakologicznych, które redukują lub całkowicie odcinają świadomość pacjenta; umożliwia to wyeliminowanie cierpienia, którego nie da się uśmierzyć innymi metodami”⁷⁵². W tym celu używane są razem: środki nasenne, uspokajające oraz analgetyki (czyli przeciwbólowe): barbiturany, benzodiazepiny, morfina – w dużych dawkach. Sen na ogół trwa aż do śmierci, jednak śmierci tej nie powodują użyte farmaceutyki. Śmierć pacjenta nie leży w zamiarze stosującego sedację i dawki leków dobierane są tak, ażeby nie zabić. Zejście następuje samoistnie wskutek rozwoju choroby, zaś dzięki sedacji pacjent już nie cierpi. Sedację paliatywną określa się jako leczenie „ostatniego rzutu”, którego celem jest kontrolowane ograniczenie świadomości, proporcjonalne do potrzeby łagodzenia cierpienia, które trudno opanować w inny sposób. Sedacja w opiece paliatywnej stanowi element terapii, a jej celem jest uśmierzanie cierpienia, a nie przyspieszenie śmierci.

Kwestią kontrowersyjną pozostaje zastosowanie sedacji w łagodzeniu uciążliwego cierpienia psychicznego i duchowego⁷⁵³. Jest to jednak tylko

⁷⁵² PG. Fine: *Total sedation: management issues*, National Hospice and Palliative Care Organization, *Total Sedation: Ethical Foundations and Pharmacotherapy Review*, 2001, No 10, za: W. Chańska: *Nieszczęśny...*, s. 235.

⁷⁵³ Na podstawie: A. Stachowiak, E. Mrówczyńska: *Sedacja w opiece paliatywnej – nadzieje i zagrożenia*, *Medycyna Paliatywna* nr 1/2011, s. 1–10, zob. też M. Wichrowski: *Prawo do życia*, s. 24.

streszczenie problemu, który przedstawia się w sposób bardziej złożony. Podkreśla się stanowczo, podobnie jak uczynił to Marek Wichrowski, że sedacja terminalna nie jest równoważna eutanazji, nie jest to jednak pogląd jedyny. Według *Oxford Textbook of Palliative Medicine* „Celem sedacji terminalnej jest niesienie pacjentowi ulgi i uwolnienie go od niepoddających się leczeniu i niezwykle przykrych dolegliwości. Tym samym zaś sedacja terminalna stanowi element dobrej pozytywnej opieki paliatywnej i nie jest tożsama z eutanazją”⁷⁵⁴. Moralna ocena sedacji wymaga udzielenia odpowiedzi na kilka pytań:

1. Czy podawanie bardzo silnych środków przeciwbólowych skraca życie pacjentów?
2. Czy z chwilą wprowadzenia pacjenta w stan śpiączki powinno się przetrwać podawanie pokarmów i płynów?
3. Czy usprawiedliwione jest stosowanie sedacji w przypadku cierpień psychicznych i czy wobec takich przypadków nadal jest ona odmienna od eutanazji⁷⁵⁵?

Jak podaje Weronika Chańska, wśród badaczy nie ma zgody, czy silne środki przeciwbólowe skracają życie. Jedni na podstawie badań empirycznych twierdzą, że sedacja nie wywiera wpływu na czas życia, inni – że sedacja może właśnie w niektórych przypadkach przedłużyć życie przez to, iż przynosi ulgę ciału wyczerpanemu chorobą i cierpieniem. Jeszcze inni utrzymują, że ryzyko przedwczesnej śmierci powstaje z pewnością. Zwraca się uwagę, że spowodowane jest to skutkami ubocznymi podawania dużych dawek środków przeciwbólowych, jak: niewydolność oddechowa, zaburzenia rytmu lub ustanie akcji serca⁷⁵⁶.

Drugim ze wskazanych problemów jest sztuczne odżywianie i nawadnianie. W tej sprawie również nie ma jednolitego stanowiska. W wielu krajach pacjenci w śpiączce spowodowanej sedacją nie są karmieni ani pojeni, ponieważ uważa się, iż zabiegi te nie mogą im już służyć w żaden sposób. Co więcej, sztuczne podawanie płynów uważane jest przez niektórych specjalistów za niewskazane jako powodujące obrzęki⁷⁵⁷. Inni jednak są zdania, że sedacja w połączeniu z niepodawaniem pokarmów niebezpiecznie zbliża się do

⁷⁵⁴ s. 407, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 236.

⁷⁵⁵ Za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 236.

⁷⁵⁶ Zob. W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia...* i literatura powołana na s. 236–237.

⁷⁵⁷ J.E. Ellershaw i in. *Dehydration and the dying patient*, Journal of Pain and Symptom Management nr 10/1995, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 237.

eutanazji⁷⁵⁸. Temu ostatniemu zapatrywaniu przeciwstawia się Europejskie Towarzystwo Opieki Paliatywnej (*European Association of Palliative Care*), przez wykazanie zasadniczej różnicy celów:

„W przypadku sedacji terminalnej intencją jest uśmierzenie nieznośnego cierpienia. Zabieg polega na zastosowaniu leku uspokajającego, dzięki któremu możliwe jest kontrolowanie dolegliwości i którego skutkiem jest wyeliminowanie cierpienia. W przypadku eutanazji celem jest zabicie pacjenta, zabieg polega na podaniu śmiertelnej dawki leku, zaś skutkiem natychmiastowym jest zgon”⁷⁵⁹.

Dla wyraźnego odróżnienia sedacji terminalnej od eutanazji została zaproponowana dyferencjacja na „sedację pacjentów w stanie agonalnym” (*sedation of the imminently dying*) oraz na „sedację do śmierci” (*sedation toward death*). Kluczem do rozróżnienia ma być bliskość momentu śmierci w chwili zastosowania sedacji, jak również rodzaj uśmierzanego cierpienia. „Sedacja do śmierci” miałaby za zadanie złagodzić cierpienia psychiczne, nie zaś ból fizyczny, a intencją byłoby przede wszystkim zakończenie życia, a nie złagodzenie bólu⁷⁶⁰. Podział ten nie jest jednak dychotomiczny, pozostaje bowiem jeszcze sedacja dla uśmierzenia bólu fizycznego lub psychicznego, ale niezmierzająca do uśmiercenia pacjenta, połączona ze sztucznym odżywianiem i nawadnianiem. W sumie sztuczne karmienie może być przecież kontynuowane lub nawet uruchomione na życzenie pacjenta: cierpiący chce zasnąć, by nie cierpieć, ale nie decyduje się na zakończenie życia. Sedacja nie musi ograniczać się do stanów terminalnych, tylko objąć również innych nieznośnie cierpiących.

Niemniej uzasadnienia dla odgraniczenia sedacji terminalnej od eutanazji poszukuje się w zasadzie podwójnego skutku, która na nowo cieszy się zainteresowaniem. Obecna doktryna katolicka uważa złagodzenie bólu za

⁷⁵⁸ G.M. Craig: *On withholding artificial hydration and nutrition from the terminally ill. Has palliative medicine gone too far?*, Journal of Medical Ethics nr 20/1994, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 237.

⁷⁵⁹ L.J. Matersvedt i in.: *Euthanasia and physician-assisted suicide: a view from an EAPC ethics task force*; Palliative Medicine 2003, No 17, s. 99; T.E. Quill, I. Byock: *Responding to intractable terminal suffering: the role of terminal sedation and voluntary refusal of food and fluids*; Annals of Internal Medicine, (2000), Vol. 132, No 5, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 237–238.

⁷⁶⁰ L.A. Jansen, D.P. Sulmasy: *Sedation, alimentation, hydration and equivocation: careful conversation about care at the end of life*, Annals of Internal Medicine (2002), Vol. 136, nr 11, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 238.

dobre i nienastęrczące problemów natury etycznej. Wszelako niepożądane konsekwencje: pozbawienie świadomości lub przyspieszenie śmierci są tym, co sprawia problem. Kongregacja Nauki Wiary uznała w 1975 roku, że środki przeciwbólowe mogą być stosowane, również w odniesieniu do osób, które nie mogą wyrazić życzenia w tej sprawie samodzielnie⁷⁶¹. Czynnikiem decydującym o usprawiedliwieniu podania środka przeciwbólowego jest intencja: zmniejszenie cierpienia i niepokoju pacjenta. Tyle, że silne środki przeciwbólowe niosą ryzyko śmierci pacjenta. Mamy więc tutaj do czynienia z dwoma skutkami: dobrym – uśmierzeniem bólu oraz złym – spowodowaniem śmierci; niemniej celem działania jest uśmierzenie bólu, nie zaś spowodowanie śmierci. Nie da się uśmierzyć bólu w inny sposób. Zgodnie z zasadą podwójnego skutku jest to więc działanie moralnie usprawiedliwione, o ile pacjent ani osoba mu bliska nie pragnie śmierci, tylko pozbyć się bólu⁷⁶². Krytycy tego podejścia podnoszą jednak, że założenie tak jasnego określenia intencji jest błędne. Oprócz złagodzenia bólu pacjent może też pragnąć śmierci. W przypadku sedacji terminalnej, wobec odłączenia sztucznego karmienia, śmierć jest następstwem zawsze, co nie odnosi się do samego podawania silnych środków uśmierzających:

„Mimo iż ogólnym celem zastosowania sedacji terminalnej jest uśmierzenie cierpienia, z którym w żaden sposób nie można sobie poradzić, odłączana jest także aparatura podtrzymująca życie, a intencją jest spowodowanie śmierci”⁷⁶³.

Zdaniem Weroniki Chańskiej „Motywy ludzkich działań są skomplikowane i wielorakie. Rzadko też uświadamiamy sobie je wszystkie. Zasada podwójnego skutku zakłada, że intencje można zawsze jasno określić i dokonać ich oceny. (...) Przewidywanie pewnych następstw wyraźnie różni się od ich pragnienia. Narzuca wizję tego, w jaki sposób działają ludzie. Wizja ta kłóci się z wieloma intuicjami i obserwacjami życia codziennego”⁷⁶⁴.

Według Quilla, Dressera i Brocka, zasada podwójnego skutku nie jest ani koniecznym, ani najlepszym z możliwych sposobów dla usprawiedliwie-

⁷⁶¹ Congregation for Doctrine of the Faith (ed.), *Vatican Council II: More Documents*, Castello – New York 1982, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 239.

⁷⁶² W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 240.

⁷⁶³ T.E. Quill, R. Dresser, D. Brock: *The rule of double effect – a critique of its role in end-of-life decisionmaking*, *The New England Journal of Medicine* 1997, Vol. 337, nr 24, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 241.

⁷⁶⁴ W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 244.

nia uśmierzania bólu u pacjentów w stanie terminalnym. O jej wątpliwej wartości stanowią „absolutne zakazy, nieadekwatny opis lekarskich intencji oraz zupełne pomijanie życzeń pacjenta”. Tymczasem decydować powinny: zasada rozeznanej zgody, stopień cierpienia oraz brak innych sposobów na jego uśmierzenie⁷⁶⁵. Trzeba przecież pamiętać, że dojrzały, świadomy i kompetentny pacjent sam podejmuje decyzje co do zgody na określone świadczenia medyczne: jednych chce, inne zaś odrzuca. Wystarczy poinformować i zapytać. Może on życzyć sobie sedacji, a nie życzyć sztucznego karmienia lub zażyczyć sobie jednego z drugim. Moim zdaniem automatyczne (w sensie współwystępowania) odłączenie sztucznego odżywiania w wypadku sedacji nie jest uprawnione, chyba że objęte rozeznaną zgodą: na wdrożenie sedacji oraz na zaniechanie odżywiania. Wobec tego nie ma też podstaw, by na sedację patrzeć przez pryzmat odłączenia odżywiania. Zasada podwójnego skutku w kontekście sedacji zakłada działanie całkowicie ponad głowę kompetentnego pacjenta, co w stosunkach wewnętrznych między posłusznymi wierze katolikami jest ich sprawą, ale nie rozciąga się na innych. Laicki system prawny wymaga zaś co do zasady rozeznanej zgody pacjenta i tym szanuje jego autonomię.

Innym poważnym zarzutem pod adresem sedacji terminalnej jest zrównanie jej w skutkach z eutanazją przez fakt trwałego pozbawienia świadomości. Z tego powodu bywa nazywana „egzystencjalną eutanazją” – jak to określił Howard Ducharme, który wskazuje, iż pacjent nie doznaje cierpienia, ale dlatego, że nie doznaje nic ani też nie jest nawet świadom istnienia swojego i innych. Świadome życie człowieka w stanie sedacji terminalnej ulega nieodwracalnemu zdeintegrowaniu przy zachowaniu tylko biologicznych impulsów⁷⁶⁶. Powtórzmy jednak: o poddaniu się sedacji pacjent decyduje w sposób autonomiczny. Jeżeli wybiera trwający aż do śmierci letarg – jest to jego osobisty wybór. Zrównanie śpiączki ze śmiercią może być dokonane jedynie na poziomie egzystencjalnym. Pod względem biologicznym są to stany na tyle różne, iż aplikującemu sedację lekarzowi nie dałoby się przypisać zamiaru pozbawienia życia. Temu zaś pacjentowi, który postanowił do śmierci spać,

⁷⁶⁵ T.E. Quill, R. Dresser, D. Brock: *The rule of double effect...*, s. 1771, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 244.

⁷⁶⁶ R.J. Kinsbury, H.M. Ducharme: *The Debate Over Total/Terminal/Palliative Sedation* – dyskusja na stronie internetowej The Center for Bioethics and Human Dignity (http://www.cbhd.org/resources/endoflife/kingsbury-ducharme_2002-01-24.htm), za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 245.

nie ma podstaw, by tego zabronić. Zwłaszcza gdy potrzebuje stanu śpiączki dla uwolnienia się od cierpień. Tragizm tej sytuacji – zdaniem Weroniki Chańskiej – polega tylko na tym, że uśmierzenie cierpienia wiąże się nierozdzielnie z zaprzestaniem istnienia psychicznego. Jedno nie może istnieć bez drugiego; zatem chcąc usunąć jeden element usuwa się i drugi⁷⁶⁷.

Wobec tego sedacja byłaby użyteczna w przypadku Diane Pretty, gdyby pacjentka zażądała zaprzestania leczenia, tj. wyjęcia rurki służącej do sztucznego odżywiania oraz nawadniania i zdecydowała się na śmierć z głodu. Należy uznać, że uprawniałby do tego jej stan terminalny i cierpienie towarzyszące zagłodzeniu. (Niemniej istnieją sposoby na złagodzenie cierpienia głodu przez podawanie środków zmniejszających kwasowość w przewodzie pokarmowym.) Natomiast pacjent dotknięty zapaleniem nerwu trójdzielnego (zapewniającego czucie na twarzy), które nie prowadzi do śmierci, mógłby mieć z uzyskaniem takiego świadczenia trudności. Pacjent w stanie terminalnym ma w ramach prawa do godnego umierania prawo korzystania ze świadczeń zdrowotnych zapewniających łagodzenie bólu i innych cierpień. Sedacja idzie dalej, ponieważ wprowadza w sen tak głęboki i długotrwały, by spowodował płynne przejście w sen wieczny, gdy nadejdzie czas wyznaczony przez rozwój choroby. Jeżeli wobec takiego pacjenta zawiodą same środki przeciwbólowe, sedacja zastępuje je na drodze ku godnej śmierci – czyli bez miotania się w ciepieniach. Jednakże chorobom nowotworowym nie zawsze towarzyszą bóle. Pacjenta może nie boleć, ale w końcowej fazie już nie je, nie pije, nie odczuwa łaknienia, nie śpi i jest pobudzony. W ostatniej fazie raka jelita grubego pacjent wymiotuje kałem. Sedacja złagodzi tutaj cierpienia psychiczne. Z kolei zapalenie nerwu trójdzielnego zmienia resztę życia w piekło bólu, którego nie uśmierzą żadne zwykłe środki, ale życiu pacjenta nic nie zagraża i może tak męczyć się latami. Pomóc w samobójstwie nie wolno, dokonać eutanazji też nie. Dopuszczalność sedacji stanowi dylemat, ponieważ trzeba by ją stosować do końca życia pacjenta, a śpiącego w tym czasie sztucznie odżywiać i nawadniać lub też nie karmić (aczkolwiek w tym drugim przypadku potrzebna jest moim zdaniem jego wyraźna wola). Na tym tle rysuje się różnica w stosunku do pacjenta w stanie terminalnym: specjalne traktowanie umierającego pozwala również wprowadzić go w sen – ale czy można i trzeba zrobić to dla pacjenta, którego życie się **nie** kończy? Uważam, że należy na to pytanie udzielić odpowiedzi twierdzącej, ponieważ w bólu wszyscy pacjenci powinni być równi pod względem medycznym. Naczelnym celem sedacji jest uśmierzenie

⁷⁶⁷ W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 246.

bólu; prawda, że przy użyciu środków radykalnych, ale proporcjonalnych do potrzeby. Sen stanowi czynnik tylko wspomagający analgetyki, więc odmowa sedacji byłaby odmową uśmierzania nieznośnego bólu. Gdy zaś bólu nie ma, ale umieraniu towarzyszą objawy „niegodne” człowieczeństwa – do których moim zdaniem zalicza się wymiotowanie kałem, albowiem człowiek odczuwa naturalne, silne obrzydzenie do odchodów, zwłaszcza w ustach – również sedacja powinna przysługiwać jako środek łagodzący cierpienie. To samo dotyczy doprowadzającej do szaleństwa bezsenności w stanie terminalnym. Jeżeli nieznośnego cierpienia na tle chorobowym, somatycznym, nie da się złagodzić inaczej – sedacja powinna być dopuszczalna ze względu na sam ten fakt, natomiast pacjenci w stanie terminalnym mają wyraźnie przyznane *prawo do świadczeń łagodzących ból i cierpienie*. Sedacja spełnia te kryteria. Prawdziwa kontrowersja moralna ma miejsce wówczas, gdy postępujące u pacjenta uodpornienie na środki przeciwbólowe sprawia, że dawka skuteczna musiałaby być jednocześnie śmiertelną. Bez niej pacjent będzie wił się z bólu, ale po jej podaniu – umrze zaraz. Lekarz nie może nie znać tych realiów, więc jego działanie nie będzie bezwiedne. Trudno je jednak nazwać intencjonalnym: dokumentowanie wcześniejszej terapii zaświadczy, że słabsze środki już nie skutkują. Z punktu widzenia prawa karnego liczy się to jednak jako zamiar ewentualny, chyba żeby uznać stan wyższej konieczności i kolizję dóbr.

Tak jak możliwa jest zgoda zastępcza na świadczenie zdrowotne dla pacjenta niekompetentnego, tak kompetentny pacjent niedołączny powinien mieć możliwość efektywnej i humanitarnej rezygnacji z życia. Prosty sposób jest przestać jeść, ale wówczas umieranie trwa i boli. Lepsza byłaby sedacja terminalna z żądaniem nieodżywiania.

Hospicjum

Opieka paliatywna jako jedna ze specjalizacji medycznych, definiowana jest jako „badanie i opieka nad pacjentami, cierpiącymi na postępującą i bardzo zaawansowaną chorobę, dla których prognozy są niepomyślne, zaś celem opieki jest wyłącznie poprawa jakości życia”⁷⁶⁸. W odniesieniu do pacjenta (bo zgodnie z definicją WHO opieką objęci mają być również członkowie rodziny) wymienia się następujące jej cechy:

⁷⁶⁸ D. Doyle, G.W.F. Hanks, N. MacDonald: *Introduction*, Doyle, G.W.F. Hanks, N. MacDonald (ed.): *Oxford Textbook of Palliative Medicine...* s. 1, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 234.

- niesienie ulgi w bólu i łagodzenie innych przykrych dolegliwości;
- oferowanie systemu pomocy pozwalającego pacjentom aktywnie żyć aż do śmierci;
- wpływanie na poprawę jakości życia, co przypuszczalnie ma pozytywny wpływ na przebieg choroby;
- afirmację życia i postrzeganie umierania jako naturalnego procesu;
- psychologiczną i duchową opiekę nad pacjentem jako integralną część opieki;

Ponadto zwraca się uwagę, że opieka paliatywna nie ma na celu ani przyspieszenia, ani oddalenia momentu śmierci, a powinna być zastosowana już we wczesnym etapie choroby, równolegle z innymi rodzajami leczenia – i obejmować badania, które mają na celu lepsze zrozumienie i ustalenie najlepszych metod radzenia sobie z przykrymi klinicznymi powikłaniami⁷⁶⁹.

Opiekę paliatywną realizuje się między innymi w hospicjach, przy czym możliwy jest tryb stacjonarny lub hospicjum domowe. Przy zastosowaniu tego drugiego wariantu pacjent przebywa stale w domu, a lekarz i personel pomocniczy odwiedzają go w ciągu dnia celem zapewnienia świadczeń medycznych oraz pielęgnacyjnych: podania kroplówek, zmian opatrunków, mycia, przewijania i innych.

W ramach opieki hospicyjnej główny nacisk położony jest na zwalczanie bólu, jednak w praktyce najczęstszym powodem kierowania do hospicjum są trudne do opanowania „inne przykre dolegliwości” oraz „przykre kliniczne powikłania”. W tej liczbie można wymienić: nietrzymanie moczu i kału, wymioty (w tym również wymioty kałem, względnie treścią jelitową na wcześniejszym etapie przemiany materii), grzybiejące guzy (czyli gnijące części nowotworu wydostające się na powierzchnię skóry), sączącą się limfę. Wskutek rozległych obrzęków rąk i nóg napięta skóra pęka i limfa stale sączy się na zewnątrz⁷⁷⁰. W rezultacie pacjent, by tak rzec, „wsiąka w łóżko”. Towarzyszy temu rzecz jasna stosowna gama zapachowa; mawia się w tym kontekście, iż pacjent rozkłada się za życia. Trzeba sporo samozaparcia dla osoby postronnej, by wytrzymać przy nim przez dłuższy czas. W takich sytuacjach „godne umieranie” wydaje się co najmniej problematyczne, zaś jego faktyczny ciężar spoczywa głównie na barkach sprzątaczek i salowych, przy określonych obowiązkach organiza-

⁷⁶⁹ Wyjątki z definicji Światowej Organizacji Zdrowia (<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>); za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 228.

⁷⁷⁰ J. Lawton: *The Dying Process: Patients' Experiences of Palliative Care*, Routledge, London–New York 2000, za: W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 247

cyjnych kierownictwa. Gdy pacjent doznaje owych „przykrych dolegliwości” w sposób świadomy, śmierć może być przezeń słusznie odbierana jako wybawienie od udręk skrupowania, upokorzenia i obrzydzenia do samego siebie.

Specyfika hospicjum stacjonarnego wymaga głębszego zastanowienia ze względu na poszanowanie praw pacjenta. Beauchamp i Childress podnosili już wątpliwości w odniesieniu do zakładów opiekuńczo-leczniczych i można domniemywać, że te same problemy, ale i wiele innych, pojawiają się w kontekście opieki hospicyjnej.

Prawo stanowi, że kompetentny pacjent sam podejmuje wszystkie decyzje w sprawie opieki medycznej: wyraża zgodę na hospitalizację, udziela rozeznanej zgody na kolejne świadczenia, w tym zabiegi lecznicze i pielęgnacyjne, podanie leków – również przeciwbólowych i uspokajających – oraz w każdej chwili może zgodę wycofać, odmówić przyjmowania jedzenia lub opuścić placówkę. Tymczasem do hospicjum pacjenta się „oddaje” i „nie zabiera”. Sama zaś opieka nad umierającymi ma swoje ograniczenia, a nie wszystkie głoszone cele są możliwe do realizacji w praktyce⁷⁷¹. W sferze deklaracji opieka hospicyjna ma za zadanie zapewnić pacjentowi godne umieranie. Jednak hospicjum stacjonarne nigdy nie rozwiąże wszystkich problemów umierających pacjentów, ponieważ oferuje kompleksowy model opieki, który po pierwsze: nie każdemu będzie odpowiadać⁷⁷², po drugie zaś: nastawiony jest na masowość i siłą rzeczy na ujednolicenie, generalne wyrównanie. Wolno przypuścić, że nie każda dyrekcja zgodzi się na picie przez pensjonariuszy alkoholu, choćby był to najszlachetniejszy trunek podawany w niewielkich ilościach⁷⁷³. Hospicjum, podobnie jak dom stałej opieki, ma swój regulamin porządkowy, do którego pacjent, ze względu na pozostałych pensjonariuszy, powinien się dostosować. Wyrażając zgodę na pobyt, winien zadeklarować przestrzeganie zasad, które zostaną podane mu uprzednio do wiadomości. Jednak regulaminów, jeśli w nieunikniony sposób narusza autonomię, powinien to czynić w zakresie minimalnym, uzasadnionym tylko ochroną innych.

⁷⁷¹ W. Chańska: *Nieszczęsny...*, s. 246.

⁷⁷² Ibidem, s. 250.

⁷⁷³ Weronika Chańska podaje, że takie hospicja istnieją, jednak trzeba przyznać, że w warunkach polskiej kultury picia wiązałyby się to ze sporym ryzykiem powszechnego rozprężenia i głośnych libacji z udziałem odwiedzających – chyba że regulamin byłby w tej sprawie niezwykle drobiazgowy. Dla porównania: w domach opieki spożycie alkoholu nie może być ograniczane, panuje więc istny terror pijaków, co uprzykrza życie pozostałym pensjonariuszom i odciąga personel od właściwych czynności opiekuńczych.

„Hospicjum oferuje swym pacjentom określony rodzaj śmierci – bez bólu, pod opieką innych ludzi. Nie ma w nim jednak miejsca dla ludzi, którzy nie chcą podporządkować się wizji „dobrego umierania” propagowanej przez hospicjum. Nie ma miejsca dla odmawiających środków uśmierzających ból, chcących przyjąć na siebie cierpienie i wśród mąk krzykiem poświadczając swą „wiarę”. Nie ma miejsca dla złorzeczących otoczeniu i demonstrujących swój sprzeciw wobec śmierci. Nie ma miejsca dla „sprawiających kłopot” dziwnymi i irracjonalnymi pragnieniami”⁷⁷⁴.

Hospicja, nawet jeżeli niepubliczne, niektóre wykonują świadczenia za-kontraktowane z NFZ. Wówczas zwrot „nie ma miejsca” nie może być rozumiany dosłownie. Nie stanowi tajemnicy, w jaki sposób pacjenta przywołuje się do porządku.

„Bywa, że w imię troski o dobro pacjenta, jego wola jest łamana lub – co znacznie częstsze – ignorowana. Dziwne, nietypowe życzenia traktowane są zazwyczaj jako przejaw zaburzeń neurologicznych i są „leczone” za pomocą silnych środków uspokajających (w hospicjum, w którym pracowałam, takim „cudownym” lekiem był haloperidol). Czasem zdarza się, że pacjent chce, aby rodzina zabrała go do domu, ta zaś odmawia. W sytuacjach, gdy rodzina twardo pozostaje na swoim stanowisku, stres pacjenta łagodzony jest przez potężne dawki środków uspokajających, które przez wiele godzin utrzymują go w stanie obniżonej przytomności”⁷⁷⁵.

Weronika Chańska przywołuje bolesne wspomnienie siedemdziesięciodwuletniego pacjenta hospicjum imieniem Władysław. Rodzina okłamała go, że „został oddany” do nowoczesnego ośrodka leczenia bólu. Po kilku dniach euforii doznał nagłego załamania nastroju. Nocne pielęgniarki odnotowały, że stał się niespokojny i wrogo nastawiony do personelu. „Standardowo” otrzymał więc haloperidol. Przyczyną zmiany nastroju okazały się niespełnione oczekiwania: najprawdopodobniej pod wpływem kłamstw rodziny chory sądził, że po kilku dniach stanie na nogi i wróci do domu. Bliscy nie powiedzieli mu, że znajduje się w stanie terminalnym, a tylko że jest leczony prywatnie i za pieniądze. Pacjent oczekiwał więc opłaconego cudu. Po kilku następnych dniach zażądał wypisania do domu, przy czym sprawiał wrażenie człowieka trzeźwo myślącego, który chce umrzeć wśród bliskich. Personel wezwał jego syna, aby przynajmniej szczerze z nim porozmawiał. Pod naciskiem pacjenta syn złożył na piśmie obietnicę, że zabierze go do domu. Nie dotrzymał jej

⁷⁷⁴ Ibidem, s 251.

⁷⁷⁵ j.w.

jednak, ponieważ nie wyraziła zgody reszta rodziny. Syn powołał się na rozmowę z księdzem swej parafii, który upewnił go o słuszności *oddania* ojca do hospicjum. Wreszcie oświadczył rozmówczyni, iż podjął już decyzję i podpisał „u pani ordynator” zgodę na podanie ojcu silnych leków psychotropowych. Tak też się stało i po kilku dniach starszy pan umarł we śnie.

Nie można na tej podstawie potępiać rodziny za to tylko, że nie zgodziła się na przyjęcie umierającego z powrotem do domu. Opieka nad niedołącznym pacjentem cierpiącym bóle wymaga przede wszystkim poświęcenia czasu, a ponadto krzepy fizycznej i hartu ducha – nie wszyscy zatem mogą sobie na nią pozwolić i nie wszyscy podołają. Część problemów rozwiązuje instytucja hospicjum domowego, ale na zajmowanie się umierającym w domu nie zawsze pozwalają warunki mieszkaniowe, sanitarne, nawet rodzinne – na przykład obecność dzieci, którym rodzice chcieliby oszczędzić drastycznych doświadczeń – i nie chodzi o samo zjawisko śmierci, tylko o okoliczności towarzyszące umieraniu na raka.

Niemniej należy zwrócić uwagę na szereg uchybień, poczynając od kłamstwa w punkcie wyjścia, ażeby spowodować wyrażenie przez pacjenta zgody (z tego powodu wadliwej) na pobyt w hospicjum. Pacjent nie znał również prawdy na temat swego stanu; bliscy być może nie potrafiliby tego wykrztusić, ale lekarz powinien: starszy pan gdzieś przecież był wcześniej leczony i postawiono mu diagnozę. Do hospicjum został przyjęty też ze względu na określony stan – tymczasem nikt z personelu nie zająknął się nawet na ten temat. Wszyscy – rodzina i lekarze – podtrzymywali kłamstwo. „Kłopoty” sprawiane przez pana Władysława były rozwiązywane podawanymi bez zgody pacjenta środkami uspokajającymi. Ostateczną decyzję podjął za jego plecami syn, personel wykonał, a pacjent został w ten sposób bezpodstawnie potraktowany jako niepoczytalny. Tyle na temat godnej śmierci.

Poszanowanie godności pacjenta umierającego wymaga, jeśli to możliwe, szanowania jego życzeń co do sposobu spędzenia reszty życia i co do odejścia. Nie zawsze jak widać jest to wykonalne. Szczególnie i prawdziwie kłopotliwe ze względu na spokój innych pacjentów w obrębie wspólnej sali, oddziału czy piętra jest **odmawianie** przyjmowania środków przeciwbólowych. Wówczas nie wolno ich podać, chyba żeby reakcje na ból potraktować jako stan niekompetencji, ale to interpretacja zbyt daleko idąca, a usprawiedliwienie nie wystarczy na długo. Zaaplikowanie analgetyków wbrew woli świadomego pacjenta, nawet z powołaniem się na spokój innych umierających, którzy chcieliby spać w nocy, póki jeszcze mogą, jest prawnie niedopuszczalne. Zwłaszcza dylemat, jak postąpić w szpitalu, domu opieki czy hospicjum z pacjentem

chcącym umrzeć w domu, gdy nie chce tego rodzina, należy jak sądzę do najboleśniejszych. Oszukiwanie nic nie da, bo kłamstwo ma tutaj krótkie nogi. Z kolei prawda zaboli. Strona medyczna uczestniczy w oszustwie na własną moralną odpowiedzialność, choć zapewnia sobie w ten sposób spokój ze strony bliskich pacjenta, jeśli działa zgodnie z ich życzeniami. Pacjent zaś jest bezbronny, ponieważ wkrótce umrze i żadnego procesu nie wytoczy; może tylko w bezsilności „odgrywać się” na personelu. A wtedy „na kłopoty – haloperidol”.

Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w szczególności do kontaktów ze światem zewnętrznym. Prawo do dodatkowej opieki ze strony osób bliskich

Na treść prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w rozumieniu ustawy o prawach pacjenta składają się prawo do kontaktów z innymi osobami oraz prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej. Jest to prawo, które można określić krótko mianem szpitalnego, ponieważ realizuje się w przypadkach przebywania na terenie placówek świadczących opiekę zdrowotną stacjonarnie i całodobowo (art. 33 uprpacj.). Sposób kontaktowania się ze światem zewnętrznym został określony tylko ogólnie jako osobisty, telefoniczny lub korespondencyjny. Szczegóły precyzują stosowne regulaminy, z ustawy wynika tylko, że pacjenta nie wolno odciąć od kontaktu, natomiast konkretne sposoby zapewnienia tego kontaktu nie stanowią materii ustawowej. Również odmowa zapewnienia kontaktu nie została unormowana, z czego należy wnosić, iż wszelkie ograniczenia w tym zakresie mogą mieć za podstawę jedynie wyjątkowe, szczególne okoliczności – jak na przykład zagrożenie epidemiczne. Niewymienienie ich w ustawie nie stanowi przeszkody dla wprowadzenia ograniczeń, jednak powołać się na nie szpital może tylko w ściśle uzasadnionych przypadkach. Może tutaj chodzić m.in.:

- o poszanowanie intymności innych pacjentów: wyłączenie odwiedzin w czasie wydawania posiłków, w czasie obchodu lekarskiego, w godzinach przeznaczonych na czynności pielęgnacyjne, rehabilitacyjne lub lecznicze u pacjenta leżącego; ograniczenie liczby osób odwiedzających jednocześnie jednego pacjenta;
- o przeciwdziałanie chorobom zakaźnym i zakażeniom; dotyczy to nie tylko oddziałów chorób zakaźnych, ale też na przykład położniczych – skoro na salach razem z matkami znajdują się noworodki; uzasadnione potrzeby medyczne pozwalają w jednych miejscach na ograniczenia typu

stałego (zakaz odwiedzin), a w innych na zarządzenia doraźne (zakaz odwiedzin w okresie zagrożenia).

Realizacja prawa do kontaktów zewnętrznych przez placówkę medyczną typu szpitalnego odbywa się siłą rzeczy w sposób, który nie zakłóca jej prawidłowego funkcjonowania i w tym zakresie reglamentacja jest w pełni uprawniona. Wszyscy przywykli już do określonego przedziału czasowego na przyjmowanie odwiedzin czy do aparatów telefonicznych na oddziale, z których telefony mogą być tylko odbierane. Na pierwszy rzut oka zbędnym doprecyzowaniem wydaje się stwierdzenie, iż pacjentowi służy prawo także do odmowy kontaktów ze światem zewnętrznym (art. 33 ust. 2), ponieważ z każdego prawa można korzystać lub nie. Zaakcentowanie prawa do odmowy kontaktów musiało być jednak działaniem celowym. Da się je moim zdaniem wyjaśnić przez dychotomię na prawa do oczekiwania i prawa do żądania. Prawo do zachowania kontaktów stanowi prawo do oczekiwania: szpital lub inne placówka ma obowiązek je zapewnić w stopniu proporcjonalnym do charakteru sprawowanej opieki, możliwości finansowych oraz okoliczności zewnętrznych. Placówka podejmuje w tym celu działania organizacyjne mające na celu zapewnienie tych kontaktów wszystkim pacjentom na zasadzie równości. Temu służą godziny odwiedzin, które również pacjentom nie odwiedzanym sygnalizują, że trzeba się albo nieco ogarnąć, albo zasłonić parawanem. Prawo do odmowy kontaktów jest natomiast indywidualnym prawem do żądania, wobec czego powinno być przez pacjenta zgłoszone i wówczas do obowiązków szpitala należy nikogo do pacjenta nie dopuszczać.

Prawo do utrzymywania kontaktów obejmuje *inne osoby* bez rozróżnienia i na tym tle powstaje bardzo praktyczne pytanie, czy na poziomie ogólnym zawiera jakieś ograniczenia. Inaczej mówiąc – czy pacjent może podnosić wobec szpitala słuszne pretensje, że na salę chorych dostała się osoba niepowołana. Z jednej strony – trudno, by każdy odwiedzający był sprawdzany przez portiera czy ochroniarzy z telefonicznym upewnianiem się przez interkom, czy tego kogoś pacjent zechce przyjąć. Na obecnym etapie organizacyjnym stacjonarnej publicznej opieki zdrowotnej jest to niewykonalne, także z przyczyn finansowych. Należy zatem odwołać się do powszechnych reguł obyczajowych: w godzinach odwiedzin dostęp do pacjentów zapewniony w stopniu przeciętnym, odpowiadającym naszej obyczajowości. Może się zdarzyć, że obcy odwiedzający pomylił drzwi sali, odwiedzać mogą też osoby niekoniecznie bliskie i nie tylko członkowie rodziny. Portierzy, ochrona plus ewentualnie pielęgniarka dyżurująca powinni natomiast czuwać nad zatrzymaniem osób „podejrzanych”: z mikrofonem w ręku, z kamerą na ramieniu, handlarzy objuczonych towarami,

akwizytorów, grup zorganizowanego nacisku na pacjenta, bojówkarzy, trójkę eucharystycznych, misjonarzy i innych. Pacjent nie ma obowiązku wyczerpująco deklarować, że takich osób nie chce widzieć. Prawo do kontaktów zewnętrznych zwyczajowo rozciąga się na osoby bliskie lub zaprzyjaźnione, które wprawdzie nie mają tego wypisanego na czole, jednak w oparciu o to kryterium da się (z pewnym marginesem błędu) wychwycić osobników wyglądających nietypowo. Ochrona praw pacjenta jest ukształtowana na zasadzie winy, którą należy wykazać. Ofiarami sprytnych złodziejek (kobieta wzbudza mniej podejrzeń) pada również personel medyczny – jednak nie może być tak, by po szpitalu defilowały ekipy ze sprzętem do nagrywania lub jednostki z obnośnymi kramikami i naprzykrzały się pacjentom bez jakichkolwiek konsekwencji. Dotyczy to w równym stopniu pacjentów separarek jak sal wieloosobowych. Tak więc placówka ma moim zdaniem wobec pacjentów ogólnooorganizacyjny obowiązek zapewnienia kontaktów ze światem zewnętrznym przez dopuszczenie w godzinach odwiedzin osób niewzbudzających uzasadnionego podejrzenia, iż są wobec pacjenta obce. Natomiast wyraźna odmowa pacjenta, dokonana z wyprzedzeniem, wiąże w sposób bezwzględny.

Prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej

Krąg osób zaangażowanych w dodatkową opiekę nie został w żaden sposób określony, tak więc mogą to być zarówno osoby bliskie, jak wykwalifikowany personel z zewnątrz. Opieka pielęgnacyjna nie może polegać na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Zatem pod tym szyldem nie może odbywać się opieka lekarska świadczona przez lekarza z zewnątrz. Szpital nie może odmówić dopuszczenia do pacjenta pielęgniarzki (z tym, że pielęgniarzka „zewnętrzna” nie może wykonać zastrzyku ani innego zabiegu), natomiast „dogłądanie” pacjenta przez lekarza spoza placówki może odbywać się tylko przy zgodzie ze strony placówki i nie jest objęte prawem pacjenta. Takie odwiedzanie pacjenta w celach medycznych przez obcego lekarza bywa tolerowane, jak również bywają honorowane jego opinie, jednak odbywa się to wyłącznie pomiędzy lekarzami na zasadzie dżentelmeńskich porozumień i wzajemnego szacunku, zaś pacjent może o to tylko poprosić w sposób dla szpitala niewiążący.

Gdy chodzi pielęgniarzki lub położne spoza placówki, to nie należy się oszukiwać: są one solą w oku dla miejscowego personelu, chyba że wykonują prace, których nikt inny by się nie podjął z braku czasu lub zaplecza. W tym kontekście padło kiedyś pytanie, czy od pielęgniarek z zewnątrz wolno wymagać zachowania takich samych warunków sanitarno-epidemiologicznych jak

od własnego personelu, w szczególności aktualnych badań bakteriologicznych, i tylko od ich spełnienia uzależniać wstęp na teren placówki. Z jednej strony – pielęgniarka czy położna z zewnątrz jest takim samym fachowcem jak personel na miejscu i powinna by spełniać te same kryteria. Z drugiej – ma opiekować się wyłącznie jednym pacjentem, który tak zdecydował. Czynności mają charakter tylko pielęgnacyjny i równie dobrze mogłyby być wykonywane przez osobę bliską. Ograniczenia typu sanitarno-epidemiologicznego mogą być zatem nakładane na osoby z zewnątrz tylko w uzasadnionej trosce o innych pacjentów, inaczej stanowią taktykę faktycznie utrudniającą pacjentowi korzystanie z prawa. W zwykłych okolicznościach pielęgniarka opiekująca się tylko wybranym pacjentem nie stanowi zagrożenia dla pozostałych. Pacjent korzystający z dodatkowej pielęgnacji bierze w ten sposób na siebie ryzyko zakażenia od osoby z zewnątrz i w razie sporu obarczenie odpowiedzialnością szpitala napotka poważną przeszkodę dowodową.

Liczba osób świadczących opiekę nie została ograniczona, ze względu jednak na spokój i intymność należne innym chorym zarządzenia wewnętrzne mogą ją ograniczać – na przykład w ten sposób, że z dzieckiem może całodobowo przebywać tylko jedna osoba. Niedopuszczalne natomiast byłoby ograniczanie obecności tylko do określonego pokrewieństwa. Do pielęgnowania nie trzeba być osobą bliską ani wykwalifikowaną. Pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy sam decyduje, kto będzie pacjenta nosił do toalety⁷⁷⁶.

Kwestia prawa do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej wydaje się szczególnie istotna w odniesieniu do dzieci poniżej lat szesnastu. Autonomia dzieci w prawie medycznym jest szanowana w zakresie ograniczonym przepisami o *wysłuchaniu* tylko ich zdania (w sprawie rozeznanej zgody, której udziela przedstawiciel ustawowy) i o zakresie informacji należnej małoletniemu. W sprawach pacjentów w wieku poniżej lat szesnastu decyduje zastępczo przedstawiciel ustawowy, zatem ograniczenia opieki na poziomie regulaminów wewnętrznych ograniczają przede wszystkim autonomię przedstawicieli ustawowych, pośrednio jednak mogą godzić w prawa małych pacjentów. Gdy chodzi o dodatkową opiekę nad nimi w szpitalu, sprawowaną z reguły przez osoby bliskie, głównie rodziców, sformułowania regulaminów mogą tej opieki *de facto* pozbawiać.

⁷⁷⁶ Niektóre operacje okulistyczne u dzieci – na przykład operacja zaćmy metodą z zastosowaniem szwów – wymagają leżenia przez tydzień, a w każdym razie ograniczenia poruszania się do minimum. Dorosły dopilnuje sam siebie bez większego problemu, ale dziecku trudno wytrzymać. Dlatego właśnie na przykład do łazienki dzieci są przez rodziców noszone. Udźwignięcie pięcioletka nie jest trudne, ale z dziesięcioletkiem już nie tak łatwo.

Dziecko chce i potrzebuje, prawo mu daje, ale regulamin odbiera. Ponadto w kontekście autonomii warto zwrócić uwagę, iż decyzje przedstawicieli ustawowych o podjęciu dodatkowej opieki nie znajdują się w kolizji ani z dobrem, ani z interesem małoletniego pacjenta. Naruszanie tego prawa w regulaminach wewnętrznych odbywa się głównie przez wyraźne ograniczanie obecności przy pacjencie. Natomiast organizacja placówki może do tej opieki faktycznie zniechęcać, zakazując na przykład wnoszenia własnych leżanek bądź materaców i oddając do dyspozycji opiekuna tylko twarde krzesło lub przysłowiowy „kawałek podłogi”. Taktiką zaporową bywało również pobieranie stosunkowo wysokich opłat za nocleg bądź uniemożliwianie korzystania z łazienki celem umycia się. Ustawa o prawach pacjenta uporządkowała kwestie finansowe w ten sposób, że wprowadziła koszty dodatkowej opieki ponosi pacjent, ale tylko o ile realizacja prawa powoduje koszty po stronie placówki⁷⁷⁷. Od pacjenta należy się zatem *opłata rekompensująca*, odzwierciedlająca jedynie koszty rzeczywiste. Informacja o wysokości opłaty oraz o sposobie jej obliczenia ma być jawna i dostępna w lokalu placówki (art. 35 ust. 1, 2 i 3 uprpacj.). Wydaje się jednak, że ustawodawca o czymś zapomniał. Uchylona ustawa o zakładach opieki zdrowotnej przewidywała przez pewien czas równoległe z ustawą o prawach pacjenta prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej, zawierała jednak rozsądne ograniczenie z art. 19 ust. 5.: nadawała kierownikowi placówki prawo wprowadzenia ograniczeń „w przypadku zagrożenia epidemicznego lub ze względu na warunki przebywania innych osób chorych w szpitalu”. Ustawa o prawach pacjenta nic takiego nie przewiduje, wprowadzenie ograniczeń należałoby zatem konkretnie uzasadnić w oparciu o ustawę o zapobieganiu lub zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁷⁷⁸ lub precyzyjnie wytłumaczyć prawami innych chorych. Powszechnie zrozumiałym może być np. ograniczenie liczby opiekujących się osób do jednej na raz. Jest też oczywiste, że na czas wykonywania badań lub zabiegów przy łóżku chorego osoby postronne muszą opuścić salę chorych.

Wszystkie sprzeczne z ustawą organizacyjne oraz regulaminowe utrudnienia wolno jest skarżyć w trybie ochrony zbiorowych praw pacjentów. Dopóki nie

⁷⁷⁷ Prawdę mówiąc powoduje je zawsze: chociażby zwiększone zużycie wody lub prądu.

⁷⁷⁸ Art. 14 ust. 1 pkt 3) ustawy nakłada na kierowników szpitali obowiązek zorganizowania udzielania świadczeń zdrowotnych w sposób zapewniający a) zapobieganie zakażeniom szpitalnym i szerzeniu się czynników alarmowych, b) warunki izolacji pacjentów z zakażeniem lub chorobą zakaźną oraz pacjentów szczególnie podatnych na zakażenia szpitalne. Literalnie rzecz biorąc nie ma tu mowy o zagrożeniu z zewnątrz.

pojawiła się szczególna regulacja z art. 59–67 uprpacj., możliwe było skarżenie za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Z tamtego okresu datuje się wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 19 kwietnia 2006 r., który zachowuje aktualność również pod rządem obecnych przepisów (z poprawką na właściwość rzeczową)⁷⁷⁹. Sąd rozpoznawał odwołanie szpitala od decyzji Prezesa UOKiK nakazującej zmianę w regulaminie szpitalnym, którego zapisy Prezes UOKiK uznał za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (pacjentów). Sąd podtrzymał tę decyzję.

Kwestionowane punkty regulaminu jednej z klinik pediatrycznych Szpitala brzmiały: „1. Dziecko w klinice ma prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej sprawowanej przez rodzica lub opiekuna w godzinach od 8.00 do 22.00. 2. Możliwe jest, aby dziecku przez całą dobę towarzyszyła matka”.

Uzasadnienie sprowadzało się do konstatacji, iż przepis art. 19 ust. 3 pkt 1 ustawy o ZOZ [obecnie art. 34 ust. 1 uprpacj. – M.B.] „nie zawiera jakichkolwiek zapisów uzasadniających wprowadzenie ograniczeń praw podmiotowych pacjentów i ich opiekunów w zakresie czasowym lub lokalowym. Mimo to w stosowanym przez powoda regulaminie Kliniki znajdowały się uregulowania ograniczające w sposób czasowy możliwość sprawowania opieki nad hospitalizowanym dzieckiem przez wszystkie uprawnione osoby przez całą dobę, dając tę możliwość jedynie matce dziecka. Zapis taki należy ocenić jako wyraźne ograniczenie prawa podmiotowego pacjentów i pozostałych osób uprawnionych do sprawowania opieki. Jednocześnie pozwany trafnie wskazał, że przyjęte w regulaminie sformułowanie całkowicie pomija sytuacje, w których matka z różnych przyczyn nie może lub nie chce tej opieki sprawować. Taka sytuacja uderza bezpośrednio w dziecko pozbawiając je całkowicie opieki w nocy. [...] Szpital informując pacjentów i ich rodziców lub opiekunów przybywających do Kliniki... o przysługujących im uprawnieniach za pośrednictwem regulaminu Kliniki dezinformuje te osoby o ich prawach. Sytuacji nie zmienia fakt, że jednocześnie ww. osoby otrzymują inne informacje o swoich prawach zawarte w Europejskiej Karcie Dziecka w Szpitalu i ulotce „Twoje dziecko w szpitalu”. [...] Takie działanie powoda należy ocenić jako naruszenie obowiązku udzielania konsumentom (tu: pacjentom i ich opiekunom) rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji o przysługujących im uprawnieniach ustawowych. Na ocenę działania powoda nie ma również wpływu fakt, iż zgodnie z art. 19 ust. 5

⁷⁷⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 19 kwietnia 2006 r., sygn. XVII Ama 126/04, Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Nr 3/2006.

ustawy o ZOZ Szpital w określonych okolicznościach może ograniczyć uprawnienia pacjentów i ich opiekunów. [...] Dla zapewnienia konsumentom rzeczywiście rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji na temat przysługujących im w Szpitalu uprawnień konieczne jest uzupełnienie [...] ogłoszenia o informacje dotyczące okoliczności, w których uprawnienia te mogą zostać ograniczone”.

Szpital bronił się argumentem, iż w jego ocenie dobro innych pacjentów: prawo do poszanowania godności i zachowania intymności powinno przeważać nad prawem rodziców i opiekunów do dodatkowej opieki nad dzieckiem – pacjentem. Tutaj Szpital wyraźnie się zagalopował, ponieważ dodatkowa opieka nad dzieckiem w szpitalu jest prawem dziecka, a nie rodzica. Prezes UOKiK podniósł jednak przede wszystkim, iż Szpital nie wyjaśnił, dlaczego w godzinach 8.00–22.00 takiej kolizji z dobrami innych dzieci nie widzi, a dostrzega je w porze nocnej⁷⁸⁰. W tle pojawił się także inny argument Szpitala: że przedmiotem konkursu organizowanego przez NFZ w 2002 r. na kontraktowanie świadczeń był określony produkt: „pobyt matki towarzyszącej hospitalizowanemu dziecku w przypadku konieczności karmienia piersią noworodka, niemowlęcia, zaistnienia wskazań medycznych do opieki nad chorym dzieckiem; stwierdzenie powyższego faktu należy do kompetencji ordynatora oddziału”. Sąd wskazał zaś, że prawo do dodatkowej opieki może być ograniczone, ale trzeba podać w regulaminie konkretne przyczyny mające należyte oparcie w ustawie.

Wyrok jest niewątpliwie trafny i w żadnym razie nie pozbawia kierownictwa szpitali stosowania regulaminowych ograniczeń w sprawowaniu dodatkowej opieki nad pacjentem – o ile są one uzasadnione przewidzianymi przez prawo szczególnymi okolicznościami, podanymi do wiadomości z góry. **Szpitalowi dostało się za arbitralność w formułowaniu zakazów i za wykroczenie poza rzeczywistą ich potrzebę.** Nie ma powodu, dla którego ojciec czy babcia nie naruszałiby praw innych dzieci w dzień, a mieliby naruszać nocą. Zasady finansowania świadczeń przez NFZ także nie mają

⁷⁸⁰ Prezes UOKiK zwrócił uwagę, że możliwe jest przecież zorganizowanie dyskretnego miejsca do karmienia piersią [chociaż uczucie skrępowania i zawstydzenia dotyczy raczej samą karmiącą, bo inne osoby mogą po prostu nie patrzeć]. Z kolei jeśli chodzi o nocne zabiegi przy łóżku chorego, to większe prawdopodobieństwo ich wykonania ma miejsce w dzień niż w noc, kiedy planowych zabiegów przecież się nie wykonuje. Ponadto do tego służą gabiety zabiegowe, gdzie można przewieźć chorego razem z łóżkiem. Wygląda więc na to, że kwestionowane zapisy regulaminu zostały stworzone dla wygody personelu, a nie ze względu na dobro pacjentów. Biorąc pod uwagę fakt, że w chwili obecnej prawie każde dziecko przebywa w szpitalu razem z opiekującym się nim bliskim, takie ograniczenie potencjalnie godzi w dobro wszystkich dzieci na oddziale. Matka nie zawsze da radę być przy dziecku co noc.

tutaj nic do rzeczy, zwłaszcza iż sam Szpital powoływał się na fakt, że oferuje matkom nocleg odpłatnie. „Produkt” kontraktowany przez NFZ nie stanowił w żadnym razie standardu postępowania, a dla Szpitala stał się tylko wątpliwym źródłem inspiracji.

Prawo do informacji i rozeznanej zgody. Reasumcja

Prawo do informacji oraz prawo do udzielenia zgody na świadczenie medyczne wykazują szereg współzależności, które powinno uwzględnić niniejsze podsumowanie.

Wiele unormowań zawartych w ustawie lekarskiej jako obowiązki, zostało zduplikowanych w ustawie o prawach pacjenta jako uprawnienia. Dotyczy to w szczególności prawa do informacji, niemniej w ujęciu ustawy o prawach pacjenta na prawo pacjenta składa się więcej uprawnień niż skorelowanych z nimi obowiązków według ustawy lekarskiej. Podstawową funkcją prawa do informacji jest umożliwienie podjęcia autonomicznej decyzji w sprawie rozeznanej zgody na świadczenie medyczne. Prawo do informacji w ujęciu ustawy o prawach pacjenta ma dwa aspekty: formalny i materialny. Aspekt formalny przejawia się ze strony medycznej w obowiązku informowania pacjenta o jego prawach oraz o ich ograniczeniach – w formie pisemnej i przez umieszczenie w ogólnodostępnym miejscu w lokalu placówki, np. w izbie przyjęć (art. 11 uprpacj.). W formalnym aspekcie prawa do informacji przejawia się instytucjonalna ochrona pacjenta jako strony słabszej obrotu prawnego (podobnie jak wobec konsumentów). Podanie do widocznej wiadomości obowiązujących przepisów prawa nie wywiera wpływu na autonomię. Istotne znaczenie mają natomiast dopuszczalne ustawowo ograniczenia praw pacjenta, które ulegają sprecyzowaniu na poziomie regulaminów wewnętrznych i mogą rzutować na decyzje w sprawie poddania się leczeniu w danej placówce. Zarządzenia wewnętrzne wymagają też odpowiedniej publikacji. Przy założeniu, że pacjent ma rzeczywisty wybór pomiędzy równorzędnymi placówkami, powinien wiedzieć o ograniczeniach zawczasu i w oparciu o uzyskane dane wybrać placówkę mu odpowiadającą, zaś innej starannie unikać. Dobrze ilustruje to przykład ograniczeń w prawie dzieci do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej na terenie szpitali pediatrycznych.

Aspekt materialny obejmuje dwie kategorie informacji: rodzajową oraz indywidualną. Informacja rodzajowa (art. 12 uprpacj.) dotyczy rodzaju oraz zakresu świadczeń udzielanych przez placówkę. Jest ona kluczowa zwłaszcza dla wyboru szpitala położniczego. W ten sposób upowszechnia się wiadomości o porodach rodzinnych, porodach w wodzie czy o dostępności innych świad-

czeń istotnych z punktu widzenia pacjentek oraz ich partnerów. Obowiązek informowania pacjentów jako zbiorowości, realizowany w sposób analogiczny do informacji o prawach pacjenta i ich regulaminowych ograniczeniach, rozciąga się również na profilaktyczne programy zdrowotne finansowane ze środków publicznych, w których dana placówka bierze udział. Rozwinięcie to nie było z punktu widzenia techniki legislacyjnej konieczne; wolno przypuszczać, iż zostało wprowadzone ze względu na dochodzące ze strony pacjentów sygnały o powszechnych zaniechaniach w tej sprawie. W szczególności pacjentki uskarżały się na brak informacji o programach profilaktycznych dla kobiet w ciąży. Również ten rodzaj informacji wpływa na decyzje co do wyboru placówki.

Na prawo do informacji indywidualnej, skierowanej tylko do konkretnego pacjenta, składają się dane o stanie zdrowia, proponowanych metodach leczniczych etc., omówione już w kontekście obowiązku informacyjnego warunkującego prawidłową zgodę na leczenie. Ponadto art. 10 uprpacj. nadaje prawo do *dostatecznie wczesnej* informacji o zamiarze odstąpienia lekarza od leczenia oraz do dostatecznie wczesnego wskazania możliwości leczenia gdzie indziej.

Rozeznana zgoda na udzielenie świadczeń zdrowotnych, ujęta jako prawo pacjenta, nie różni się od uregulowania w ustawie lekarskiej. Do istoty rozeznanej zgody należy odpowiednia informacja: akt przyzwolenia kwituje jednocześnie dokonanie czynności informacyjnych. Nie trzeba tłumaczyć, że w zakres prawa do wyrażenia zgody wchodzi także prawo do odmowy zgody (przybierającej również postać aktywnego sprzeciwu); niemniej w ustawie o prawach pacjenta zostało to wyraźnie zaznaczone (art. 16 uprpacj.)

Prawo do informacji, mimo iż rzutuje na prawidłowość zgody na leczenie, jest samodzielnym prawem pacjenta: jego zawinione naruszenie prowadzić będzie do obowiązku zadośćuczynienia krzywdzie niepoinformowania. Dowodzenie winy ma z przyczyn faktycznych charakter uproszczony.

„Obowiązek udzielania informacji powinien być realizowany w taki sposób, by dostarczyć pacjentowi dostatecznych i zrozumiałych informacji, koniecznych do podjęcia przez niego decyzji o dalszym postępowaniu. Pacjent ma bowiem prawo do samodzielnego decydowania w sprawach osobistych o najistotniejszym znaczeniu, zaś obowiązkiem lekarza jest dostarczenie mu rzetelnych, obiektywnych i zrozumiałych informacji pozwalających na podjęcie takiej decyzji. **Dezinformacja, informacja nierzetelna, jak również brak informacji stanowią o winie lekarza**” [podkr. M.B.]⁷⁸¹.

⁷⁸¹ Wyrok SN z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP nr 6/2006 poz. 71.

Prawa do otrzymania informacji można się zrzec, natomiast prawa do udzielenia zgody – nie. Niemniej w razie zrzeczenia się prawa do informacji zgoda na zabieg ma charakter blankietowy. Prawo do informacji jest więc prawem, którym pacjent może swobodnie rozporządzać, za wyjątkiem części nazwanej przez mnie informacją wzajemną, przewidzianej w ustawie transplantacyjnej. Poza tym jednym przypadkiem pacjent nie ma obowiązku odbioru informacji.

Instytucja rozeznanej zgody, ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku informacyjnego, stanowi gwarancję dla autonomii pacjenta. Warunkiem koniecznym skutecznej zgody jest otrzymanie odpowiedniej informacji, chyba że pacjent wyraźnie się jej zrzeknie. Informacja należy się zarówno gdy pacjent zgody udziela, jak gdy jej odmawia – zresztą uprzedniość obowiązku informacyjnego abstrahuje od tego, jaka decyzja w sprawie leczenia ostatecznie zapadnie. Pacjent może też jednak wyraźnie sprzeciwić się leczeniu i sprzeciw ten nie musi być ani umotywowany, ani uzależniony od odpowiedniego poinformowania. Jakiegokolwiek wymagania dodatkowe stawiane wobec sprzeciwu byłyby faktycznym i prawnym zamachem na autonomię: adresat sprzeciwu zyskiwałby w ten sposób instrument podważania sprzeciwu i podstawę do jego ignorowania. Pacjent nie musi uzasadniać odmowy i nie jest to kryterium wiarygodności sprzeciwu.

Uzależnienie skuteczności sprzeciwu od dostatecznego poinformowania nakładałoby w ten sposób obowiązek odbioru informacji. Informacja jest prawem, a nie obowiązkiem. Na sprzeciw w warunkach niedostatecznego poinformowania pacjent może się powołać, o ile nie zrezygnował z informacji: „Pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu informacji...” (art. 16 upr. pacj.). Jest to jednak naruszenie prawa pacjenta pozostające bez związku ze skutecznością prawną sprzeciwu jako braku zgody. Uznanie za bezskuteczną odmowy zgody z powodu niedoinformowania pozbawione byłoby sensu logicznego, a już na pewno bezskuteczność odmowy nie mogłaby być traktowana jako (zignorowane) przyzwolenie.

Zgoda musi zostać pozytywnie udzielona. Skuteczność zgody zależy od wieku, natomiast nie zależy od faktycznego rozeznania pacjentów formalnie w tej sprawie ograniczonych. Wiek pacjenta rzutuje także na zakres należnej mu informacji.

Postępowanie przymusowe w medycynie

Wprowadzenie. Pojęcie przymusu w medycynie

Należy odróżnić przypadki właściwego przymusu w medycynie, w tym leczenia przymusowego – od innych przypadków, w których leczenie jest prowadzone przy nieistniejącej lub nieznannej woli pacjenta. Niekiedy terminu „przymus leczenia” używa się niepoprawnie. Na przykład nie należy nazywać przymusem leczenia – przypadków leczenia na podstawie sądowej zgody zastępczej albo przypadków „przymusu leczenia w celu zmniejszenia szkody”. W tym drugim przypadku – ściśle biorąc – nie chodzi ani o przymus, ani o obowiązek leczenia, a o kwestię przyczynienia się poszkodowanego do zwiększenia rozmiaru szkody. Poszkodowanemu wolno się przyczynić – to jego sprawa; musi się tylko wtedy liczyć z miarkowaniem odszkodowania. Przymus oznacza przełamanie odmiennej woli przymuszanego. Przez postępowanie przymusowe rozumie się leczenie lub postępowanie innego rodzaju (także hospitalizację, kwarantannę lub inne formy faktycznego pozbawienia wolności), które może być legalnie podjęte nawet mimo sprzeciwu pacjenta.

Lista przypadków postępowania przymusowego, katalogi przesłanek ustawowych, które muszą być spełnione dla zastosowania przymusu, formy przymusu (zwłaszcza czy wolno przymuszać bezpośrednio), procedury kontroli stosowania przymusu – mogą się zmieniać. Do niedawna ustawa o powszechnym obowiązku obrony przewidywała obowiązek stawiennictwa poborowych przed komisją lekarską i poddania się tam badaniu – wraz z możliwością przymusowego doprowadzenia w razie niestawiennictwa. Obecnie ta postać postępowania przymusowego znikła z systemu prawnego.

Utylitarystyczne podejście do autonomii pacjenta pociąga za sobą uznanie przymusu leczenia tylko w celu ochrony dóbr prawnych innych osób.

Każdy przypadek przymusu w medycynie stanowi wyłom od zasady poszanowania autonomii, w związku z czym musi być interpretowany ściśle, bez możliwości wykładni rozszerzającej czy analogii. Poszczególne przypadki postępowania przymusowego, jako wykluczające autonomię pacjenta, muszą przede wszystkim znajdować dokładne i wyczerpujące uzasadnienie w przepisach prawa, a ich wprowadzenie powinno zostać uzasadnione szczególnymi okolicznościami, jak: priorytet innego dobra prawnego nad autonomią, kolizja z dobrami innych osób, możliwie wąsko ujmowane dobro wymiaru sprawiedliwości, interes publiczny, stan powszechnego zagrożenia. Ze względu na zasadnicze odejście w przypadkach przymusu od normy, którą stanowi autonomia pacjenta, szczególnej uwagi i drobiazgowego przestrzegania wymagają przepisy gwarantujące bezpieczeństwo prawne pacjenta przymuszanego.

Psychiatria

Zasady

Psychiatria jest tą gałęzią medycyny, w której da się stwierdzić najwięcej przypadków stosowania przymusu, dlatego dobra prawne pacjentów psychiatrycznych są najbardziej zagrożone: zwłaszcza ich autonomia oraz godność. Stąd wynika potrzeba szczególnych gwarancji dla poszanowania praw pacjenta, w istocie stale podporządkowanemu systemowi medycznemu⁷⁸². Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego składa się w przeważającej części z przepisów o charakterze gwarancyjnym.

Ustawowe gwarancje autonomii pacjenta w psychiatrii można pogrupować w następujące zasady.

1. **Zasada zgody pacjenta na leczenie psychiatryczne. Dobrowolność poddania się leczeniu i hospitalizacji.** Mimo, że ustawa psychiatryczna przewiduje tryby przymusowej hospitalizacji i przymusowego badania niektórych kategorii pacjentów, w przepisie o badaniu znajduje się zapis, że takie postępowanie może być prowadzone *również bez zgody* (art. 21 ust. 1). Wynika stąd, że przed przystąpieniem do stosowania przymusu należy zawsze podjąć, o ile to możliwe, próbę wyjednania zgody pacjenta. Zgodnie z art. 26 ust. 1 sąd umarza postępowanie w sprawie zatwierdzenia przymusowej hospitalizacji, jeżeli pacjent wyraził **następco** zgodę na pobyt i zgodę tę sąd uznał za udzieloną prawidłowo.

⁷⁸² Tak M. Balicki: *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 57–58.

Hospitalizacja psychiatryczna co do zasady wymaga zgody pacjenta i to w formie pisemnej. Pacjent hospitalizowany przymusowo, którego lekarz „zwolnił” z pobytu przymusowego – może zgłosić wolę pozostania (art. 35 ust. 2). Wynika stąd, że niezależnie od zastosowanego trybu przymusowego pacjent w każdej chwili może udzielić zgody na dalsze postępowanie i wówczas zgoda zastępuje kontrolę sądu.

Różnica polega na tym, że pacjent przyjęty przymusowo nie może swobodnie opuścić szpitala. Może wystąpić z wnioskiem o *nakazanie* wypisania ze szpitala, co do czego istnieje obowiązek odnotowania w dokumentacji. Jest to raczej wątpla gwarancja dla wnioskującego pacjenta. Silniejszą jest dość szeroka legitymacja do złożenia wniosku, która służy przedstawicielowi ustawowemu, małżonkowi, rodzeństwu, krewnym w linii prostej lub osobie sprawującej faktyczną opiekę. W tej liczbie może znaleźć się również stały partner, bez względu na płeć, ale tylko o ile faktycznie opiekuje się pacjentem. Na odmowę wypisania pacjenta służy odwołanie do sądu.

2. **Odrębna regulacja rozeznanej zgody z zaakcentowaniem kompetencji faktycznej.** Jest to zgoda szczególnego rodzaju ze względu na fakt, że zostaje udzielona przez osobę dotkniętą zaburzeniami psychicznymi, a więc co do której z definicji zachodzi podejrzenie o stan niedostatecznej kompetencji i być może również formalnie ubezwłasnowolnioną, całkowicie lub częściowo. Mimo to wystarczająca dla legalizacji świadczeń psychiatrycznych jest jej zgoda udzielona samodzielnie. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 3 pkt 4 (a żadna inna ustawa medyczna nie zawiera definicji legalnej zgody pacjenta) jest to „**swobodnie wyrażona zgoda osoby z zaburzeniami psychicznymi, która – niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania**”.

Definicja ta wyraźnie abstrahuje od diagnozy klinicznej i jednoznacznie wskazuje, że chodzi o osobę z zaburzeniami psychicznymi, a mimo tych okoliczności przewiduje, że zgoda jest niewadliwa, o ile udzielona dobrowolnie, ze zrozumieniem i po odpowiednim poinformowaniu. Odrywa się zatem od kwestii kompetencji formalnej i jako decydujące ustanawia kompetencje faktyczne, te same, które zostały sformułowane w kanonie

uniwersalnym Beauchampa i Childressa. Obowiązek informacyjny został przy tym w stosunku do reguł ogólnych rozszerzony o cel przyjęcia do szpitala.

Zgoda zastępcza kuratora możliwa jest tylko na podstawie wyraźnego postanowienia sądu (art. 20), tak więc umocowaniem do udzielania zgody zastępczej na leczenie psychiatryczne jest osobne upoważnienie sądu. W przeciwnym razie o zgodę zastępczą należy zwracać się każdorazowo do sądu.

Czynności podwyższonego ryzyka wobec pacjenta hospitalizowanego przymusowo wymagają zgody (samodzielnej lub zastępczej) udzielonej osobno (33 ust. 3). Wobec osoby hospitalizowanej bez zgody wolno stosować (również bez zgody) *tylko niezbędne czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn leczenia bez zgody* (art. 33 ust. 1).

3. **Zasada pełnego informowania niezależnie od uwarunkowań faktycznych i prawnego uznania niesamodzielności.** Podobnie jak omówiona wyżej zasada rozeznanej zgody, zasada informowania nie doznaje ograniczeń ze względu na stan psychiczny pacjenta. Wręcz przeciwnie: lekarz obowiązany jest nie tylko wyjaśnić pacjentowi przymusowo hospitalizowanemu również przyczyny przyjęcia do szpitala bez zgody, ale i formalnie poinformować o jego prawach (art. 23 ust. 3). Następnie zaś ma też obowiązek zapoznania pacjenta z planowanym postępowaniem leczniczym (art. 33 ust. 2). Uzyskanie przez pacjenta wyczerpującej informacji o swym stanie zdrowia psychicznego, w szczególności wyjaśnienia choremu przyczyny przyjęcia do szpitala bez zgody, ma na celu również w miarę możliwości wyjednanie zgody na hospitalizację⁷⁸³.
4. **Wzmóżona ochrona pacjenta psychiatrycznego jako strony słabszej.** Przede wszystkim ustanowiona została kontrola sądowa nad legalnością przyjęcia i przebywania w szpitalu psychiatrycznym. Zawiadomienia sądu wymaga każdy przypadek przymusowej hospitalizacji chorego, przymusowego przyjęcia na obserwację pacjenta z zaburzeniami oraz zatrzymania w szpitalu chorego przyjętego w trybie przymusowym, który później wyraził zgodę, a następnie ją cofnął. Sędziemu wizytującemu zagwarantowany jest wstęp na teren placówki o każdej porze (art. 43 ust. 1). Ma on obowiązek wysłuchania pacjenta nie później niż w termi-

⁷⁸³ J. Duda: *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, s. 116

nie 48 godzin od otrzymania zawiadomienia (45 ust. 2). W sprawach, w których sąd orzeka po przeprowadzeniu rozprawy, może on ustanowić adwokata z urzędu nawet bez wniosku zainteresowanego pacjenta, na podstawie własnego przekonania (art. 48).

Pacjenci psychiatryczni mają własnego Rzecznika Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego, który wśród ustawowych gwarancji efektywnego wykonywania obowiązków został wyposażony w prawo osobistych spotkań z pacjentem na osobności w pomieszczeniu szpitala.

Formalny obowiązek informowania o prawach pacjenta (10a) został rozszerzony o informacje na temat zakresu działania i sposobu skontaktowania się pacjentów z ich Rzecznikiem. Stanowi on wycinek odrębnego **prawa pacjenta do pomocy w ochronie swych praw** (art. 10a pkt 1). Oprócz pacjenta, rozciąga się ono odpowiednio na jego przedstawiciela ustawowego, *opiekuna prawnego* oraz opiekuna faktycznego. Na jego treść składają się uprawnienia do wnoszenia skarg na naruszenie praw pacjenta, spotkania z Rzecznikiem w warunkach zapewniających swobodę wypowiedzi oraz do informacji o rozstrzygnięciu sprawy.

Działania przedstawicieli ustawowych pacjentów podlegają natomiast kontroli ze strony kierownictwa placówki, polegającej na obowiązku zawiadomienia sądu o nienależytym wykonywaniu przez nich obowiązków wobec pacjenta (art. 17).

5. **Bezwzględny obowiązek osobistego zbadania przed wystawieniem skierowania lub zaświadczenia o stanie zdrowia.** Przewidziany w art. 42 uzawlek. obowiązek osobistego zbadania pacjenta nałożony został dla celów orzekania o stanie zdrowia i dopuszcza ustawowe wyjątki, sprowadzające się do możliwości wydania takiej opinii tylko na podstawie dokumentacji medycznej⁷⁸⁴. Przepisy nie precyzują, w jakich okolicznościach wolno skorzystać z dorobku telemedycyny, ale i nie zakazują takich działań⁷⁸⁵. Art. 11 ust. 1 ustawy psychiatrycznej stanowi w tym zakresie *lex specialis*: „orzeczenie o stanie zdrowia osoby z zaburzeniami psychicznymi, opinię lub skierowanie do innego lekarza lub psychologa albo podmiotu leczniczego lekarz może wydać **wyłącznie** na podstawie uprzedniego osobistego zbadania tej osoby. Skierowanie do szpitala psychiatrycznego wydawane jest w dniu badania, a jego ważność

⁷⁸⁴ Zob. M. Kapko: *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, s. 608.

⁷⁸⁵ Ibidem, s. 607.

wygasa po upływie 14 dni”. Tak więc wystawienie przez psychiatrę dokumentu w sprawie zdrowia psychicznego pacjenta nie może odbyć się inaczej niż po osobistym zbadaniu. Wynika to nie tylko z psychiatrycznej zasady ostrożności: niepolegania na opinii innych osób ani na zgromadzonej dokumentacji, skoro podstawą zdobycia wiedzy o pacjencie z zaburzeniami psychicznymi jest zebranie wywiadu od niego samego. Jest to przede wszystkim unormowanie skierowane przeciwko matactwom osób trzecich i próbom manipulowania lekarzem na szkodę osoby, której to dotyczy. Notowane były przypadki zaocznego wystawiania zaświadczeń i skierowań na prośbę członków rodziny pacjenta. Szczególną pomysłowość wykazują w tym względzie skłócenia małżonkowie⁷⁸⁶. Nie trzeba tłumaczyć szkodliwości takich działań dla autonomii osoby, która poważnie okazuje się zupełnie zdrowa. Współmałżonek zyskuje w ten sposób przeciwko drugiemu broń w procesie rozwodowym lub o wykonywanie władzy rodzicielskiej, tamten musi długo się tłumaczyć, „że nie jest wielbłądem” i jeszcze znosić kompromitację, a czasem też obserwację w szpitalu. Natomiast dla lekarza, który dał się wciągnąć w tego rodzaju rozgrywki, sprawa kończy się wyrokiem dyscyplinarnym w sprawie o naruszenie tajemnicy zawodowej lub o poświadczenie nieprawdy.

6. **Obowiązek uprzedzenia pacjenta, że rozmowa z nim jest częścią badania.** Jest to przepis skierowany przeciwko wyłudzeniu informacji pod pozorem niezobowiązującej rozmowy. Zbieranie wywiadu lekarskiego niepsychiatrycznego łatwo rozpoznać po sformułowaniach („– Dzień dobry, co panu dolega?”). Natomiast wywiad psychiatryczny odnosi się do przeżyć, wrażeń, odczuć pacjenta i może zostać mylnie odebrany jako zwykła rozmowa. Przy wywiadzie psychiatrycznym zgoda pacjenta może być dorozumiana, niemniej **propozycja badania musi zostać uprzednio wyrażona w sposób wyraźny i jednoznaczny.** Badanie pacjenta wymaga co do zasady jego zgody, więc siłą rzeczy musi on wcześniej wiedzieć, że będzie badany. Informacje wyłudzone bez wcześniejszego uprzedzenia o badaniu świadczą o przeprowadzeniu go bez rozeznanej zgody pacjenta z wszystkimi tego konsekwencjami. Nawet w razie badania przymusowego istnieje **obowiązek uprzedzenia osoby badanej przed przystąpieniem do badania o przyczynach przeprowadzenia badania bez jej zgody** (art. 21 ust. 2 zd. drugie).

⁷⁸⁶ Zob. opisy przypadków: M. Boratyńska i P. Konieczniak *Prawa pacjenta*, s. 396–400.

7. **Zasada minimalizacji przymusu i uciążliwości leczenia.** Jej wyrazem jest generalna wytyczna zawarta w art. 12, że „przy wyborze rodzaju i metod postępowania leczniczego bierze się pod uwagę nie tylko cele zdrowotne, ale także interesy oraz inne dobra osobiste osoby z zaburzeniami psychicznymi i dąży do osiągnięcia poprawy stanu zdrowia w sposób najmniej dla niej uciążliwy”. W ten sposób ustawa psychiatryczna nakazuje w każdym przypadku ważyć tak zdrowotne, jak na równi z nimi pozazdrowotne dobra oraz interesy pacjenta. Jedną z konsekwencji takiego podejścia jest minimalizacja środków przymusu bezpośredniego: należy wybierać środek możliwie najmniej dla pacjenta uciążliwy, a **przy stosowaniu przymusu zachować szczególną ostrożność i dbałość o dobro tej osoby** (art. 18 ust. 8). Niemniej przyjętego bez zgody wolno zatrzymać siłą. Wobec osoby przyjętej do szpitala bez zgody wolno zastosować tylko niezbędne czynności lecznicze; niezbędność jest wyznaczana przez cel usunięcia przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody (art. 33 ust. 1). Na Ministra Zdrowia nałożony został przy układaniu wykazu świadczeń o podwyższonym ryzyku obowiązek poszanowania godności i praw pacjenta (art. 33 ust. 3). Kontakt pacjenta ze światem zewnętrznym zapewniony jest przez swobodę porozumiewania się, przy wyraźnym zakazie kontroli korespondencji (art. 13). Przyjęty do szpitala może korzystać z przepustek, o ile nie zagraża to jego życiu lub życiu i zdrowiu innych osób (art. 14). Podczas pobytu w szpitalu psychiatrycznym lub w domu pomocy społecznej, na wniosek pacjenta lub z urzędu możliwe jest ustanowienie kurateli do pomocy w prowadzeniu spraw (44 ust. 1 i 2). Rozprawa może odbyć się na terenie szpitala.

Najważniejszą częścią ustawy psychiatrycznej są jednak kategorycznie i precyzyjnie uregulowane przesłanki zastosowania trybów przymusowych. Na przymusowy pobyt w szpitalu psychiatrycznym należy patrzeć jak na pozbawienie wolności: zgodne z prawem tylko przy zachowaniu ustawowych warunków. Nie trzeba tłumaczyć, jak łatwo tutaj o nadużycia, wysiłek ustawodawcy poszedł więc w kierunku gwarancji mających na celu zapobieżenie nieuzasadnionemu przetrzymywaniu pacjenta.

Postępowanie przymusowe wobec osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi obejmuje przymusowe badanie psychiatryczne, przymusową hospitalizację psychiatryczną i przymusowe leczenie psychiatryczne. Okoliczności uzasadniające podjęcie postępowania przymusowego wymagają dokładnego odnotowania w dokumentacji.

Przymusowe badanie psychiatryczne

Przymusowe badanie psychiatryczne, wraz z możliwością zastosowania przymusu bezpośredniego, może być wykonane jedynie u osoby, której zachowanie wskazuje na **zaburzenia psychiczne** (*niekoniecznie musi chodzić o objawy psychotyczne*). Jednocześnie zachowanie to musi wskazywać, że z powodu zaburzeń **może** ona zagrażać bezpośrednio własnemu życiu lub życiu bądź zdrowiu innych lub nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych. To ostatnie oznacza, że osoba, o którą chodzi, w obecnym stanie jest całkowicie bezradna życiowo, niezdolna do samodzielnej egzystencji i to z powodu tych zaburzeń właśnie (np. silnej depresji), a nie z powodu choroby somatycznej (art. 21 ust. 1). Spełnienie tych kryteriów ma co do zasady stwierdzić lekarz psychiatra (a inny lekarz – jedynie w razie niemożności uzyskania pomocy lekarza psychiatry). Przymusowe badanie uzasadnia tylko bezpośredniość zagrożenia dla życia samego delikwenta, więc np. niewystarczające będzie samookaleczenie, chyba że jego rodzaj zagraża życiu – jak u tych pacjentów dotkniętych *BIID*, którzy próbują po amatorsku amputować sobie nogi. Zagrożenie dla innych obejmuje również zdrowie: w ten sposób bezpieczeństwo osób trzecich, pojmowane szerzej niż bezpieczeństwo pacjenta, stanowi jeden z czynników decydujących o skierowaniu na przymusowe badanie. W stosunku do własnej osoby delikwent musiałby natomiast bezpośrednio zagrażać życiu lub, co w konsekwencji wychodzi na to samo tylko nie bezpośrednio – przejawiać zupełną bezradność życiową. Kryterium tego nie spełnia występowanie okresowych utrat pamięci i władz umysłowych, jak w przywoływanym już przykładzie pacjentki, która została wbrew woli umieszczona w szpitalu, mimo że przez większość czasu przejawiała kompetencję w wypełnianiu zwykłych zadań⁷⁸⁷. Wykazywała ona jedynie zaburzenia przejściowe, niezagrożające jej życiu, więc na gruncie polskiego prawa mogłaby skutecznie protestować przeciwko przymusowi psychiatrycznemu. W innym przykładzie z obszaru amerykańskiego pacjent, na co dzień zachowujący się normalnie, został przymusowo hospitalizowany psychiatrycznie, ponieważ odciął sobie rękę i wydłubał oko. Okazał się fanatykiem religijnym, a samookaleczenie deklarował jako logiczną konsekwencję swych przekonań⁷⁸⁸. Fanatyzm religijny sam w sobie nie świadczy o niekompetencji, natomiast rodzaj zadanych sobie obrażeń może na gruncie polskim przemawiać za przymusowym zbadaniem, połączonym w razie potrzeby

⁷⁸⁷ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, s. 146.

⁷⁸⁸ Ibidem, s. 149

z przewiezieniem do szpitala (art. 21 ust. 3). Badanie ma na celu ustalenie: czy badany rzeczywiście przejawia zaburzenia psychiczne, czy zagraża owym szczególnie cennym dobrom oraz czy wymaga pomocy medycznej, w szczególności hospitalizacji, a jeśli się na nią nie zgadza, to czy jest niezbędna hospitalizacja przymusowa⁷⁸⁹.

Przymusowa hospitalizacja psychiatryczna, przy zasadzie pisemnej zgody pacjenta i o ile lekarz wyznaczony do tej czynności, po osobistym zbadaniu pacjenta, stwierdzi wskazania do przyjęcia (art. 22 ust. 1) – stanowi wyjątek, dopuszczalny przy spełnieniu określonych warunków ujętych wysoce restryktywnie. Ustawa przewiduje obecnie trzy procedury przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej: dwa tryby nagłe, wprost na podstawie decyzji lekarza, ale z następczą kontrolą wewnętrzną zwierzchnika (ordynatora lub lekarza kierującego oddziałem) oraz kontrolą sądową. Tryb trzeci to tryb sądowy, więc z istoty nie ma charakteru nagłego.

Przymusowe przyjęcie do szpitala osoby chorej psychicznie

Pierwszy tryb nagły dotyczy osoby chorej psychicznie, której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu tej choroby **zagraża** bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób (art. 23 ust. 1). W trybie tym może być przyjęta **jedynie osoba chora psychicznie** – czyli ze zdiagnozowaną chorobą psychiczną. Istotne jest jako punkt wyjścia, by diagnoza choroby psychicznej została postawiona i to uprzednio wobec przymusowej hospitalizacji, o której mowa. W trybie tym można więc przymusowo hospitalizować tylko osobę chorą psychicznie, a nie każdą osobę dotkniętą zaburzeniami psychicznymi. W praktyce oznacza to, że tryb ten stosuje się tylko wobec osób, u których choroba psychiczna została wcześniej rozpoznana. Nie jest chorobą psychiczną samo zachowanie gwałtowne lub zagrażające⁷⁹⁰. Zanim hospitalizuje się w tym trybie osobę, która dajmy na to zachowuje się jak szaleniec – należy sprawdzić, czy istnieją dowody na diagnozę choroby psychicznej. Zagrożenie musi być nie tylko bezpośrednie, ale również realne („zagraża”) – w odróżnieniu od przesłanek przymusowego badania, gdzie wystarczy zagrożenie potencjalne („może zagrażać”). Za tak zawężonym ujęciem przesłanek przymusowego przyjęcia do szpitala przemawia nie tylko za-

⁷⁸⁹ S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd ważniejszych zagadnień*, Warszawa IPiN 1994., s. 32.

⁷⁹⁰ T.M. Brown, A.I.F. Scott, I.M. Pollen: *Stany nagłe w psychiatrii*, Warszawa 1994, s. 51.

sada poszanowania autonomii jednostki wynikająca z jej prawa do wolności i nietykalności cielesnej, ale w równej mierze względy terapeutyczne. Rola przymusu powinna być ograniczona do tych przypadków, gdy autonomia jednostki musi być podporządkowana dobrom wyższego rzędu⁷⁹¹. We współczesnej psychiatrii przeważa zapatrywanie, że jednym z warunków skuteczności postępowania terapeutycznego jest dobrowolność, a więc zgoda na hospitalizację i na leczenie⁷⁹². Przymus powinien więc być stosowany wyjątkowo i przy wąskim rozumieniu ustawowych przesłanek. W szczególności – orzecł ETPC z 24 października 1979 r. w sprawie *Winterwerp v. Holandii* – nie wolno pozbawiać człowieka wolności tylko dlatego, że jego zachowanie odbiega od norm uznanych społecznie. Państwo musi stosować obiektywne standardy dla uznania kogoś za psychicznie chorego, a warunkiem zatrzymania psychicznie chorego jest charakter choroby lub jej ekstremalne nasilenie⁷⁹³. Jednocześnie wniosek o istniejącym zagrożeniu ma wynikać „z zachowania tej osoby”. Wobec tego nie można zdecydować o przymusowej hospitalizacji na podstawie ogólnej wiedzy o naturze chorób psychicznych ani tym bardziej na podstawie popularnych domniemań⁷⁹⁴. Nie ma zatem czegoś takiego, jak przymusowa prewencyjna hospitalizacja osób z określoną diagnozą.

Przymusowa obserwacja w szpitalu psychiatrycznym

Drugi tryb nagły hospitalizacji odnosi się do osoby z zaburzeniami psychicznymi, której dotychczasowe zachowanie wskazuje, że z tego powodu zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest ona chora psychicznie. Może ona być przyjęta do szpitala bez zgody w celu wyjaśnienia tych wątpliwości i na okres nie dłuższy niż 10 dni (art. 24). Gdy wątpliwości nie potwierdzą się – pacjenta należy bezwzględnie zwolnić.

Ze względu na fakt, iż o przymusowym przyjęciu do szpitala na wniosek orzeka sąd, prawdziwe ryzyko nadużyć zachodzi właśnie tutaj: przy pozasądowych trybach nagłych, a zwłaszcza gdy przesłankę hospitalizacji stanowią zaburzenia psychiczne – ponieważ przy przesłance choroby psychicznej wy-

⁷⁹¹ S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Przymusowe badanie i leczenie psychiatryczne według projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, *Przegląd Lekarski* nr 12/1980, s. 774.

⁷⁹² M. Balicki: *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, *Prawo i Medycyna* nr 1/1991, s. 47.

⁷⁹³ Za: M. Balicki, *Przymus w psychiatrii...*, s. 43

⁷⁹⁴ M. Boratyńska i P. Konieczniak, *Prawa pacjenta* s. 403–404.

magane jest siłą rzeczy wcześniejsze zdiagnozowanie. Dlatego to ten drugi tryb hospitalizacji, w praktyce najbardziej doraźny, jest też najbardziej niebezpieczny dla autonomii. Zaburzeń psychicznych może doznać każdy. Dziwaczne zachowanie jeszcze o tym nie świadczy, ale może zostać mylnie lub celowo tendencyjnie odczytane. Przymus hospitalizacji wymaga wprowadzić ustalenia, że ze strony delikwenta istnieje realne zagrożenie, ale i tutaj odpowiednio ubarwiona relacja może takie wrażenie stworzyć. W psychiatrii łatwo o pomyłkę brzemienneą w skutki, tym większej ostrożności wolno więc wymagać od psychiatrii.

W sprawie rozstrzygniętej skazaniem obojga obwinionych psychiatrów Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie wypowiedział następujący pogląd: „Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego nie bez powodu przewiduje tak rozbudowane przesłanki i skomplikowane procedury orzekania hospitalizacji przymusowej. Umieszczenie człowieka w szpitalu psychiatrycznym bez jego zgody jest swoistą odmianą pozbawienia wolności i wobec tego musi być stosowane z najwyższą rozwagą. Bezzasadne umieszczenie w szpitalu może być nie tylko wynikiem złego oszacowania sytuacji przez samego lekarza. Jest, niestety, prawdopodobne i zdarza się w praktyce, że lekarz podejmujący taką decyzję zostaje zmanipulowany przez osoby trzecie, którym z jakichś powodów zależy na zamknięciu pacjenta w szpitalu psychiatrycznym. W konfliktach rodzinnych zdarza się, że jedna osoba próbuje z drugiej „zrobić wariata”, wyolbrzymiając lub wręcz zmyślając występujące u niej zaburzenia psychiczne, żeby jej zaszkodzić w opinii otoczenia, uczynić z siebie ofiarę prześladowań chorego psychicznie, doprowadzić do ubezwłasnowolnienia, podważyć ważność czynności prawnej lub wiarygodność zeznań składanych przed sądem. Lekarz uprawniony do podejmowania decyzji o przymusowej hospitalizacji musi powyższe fakty mieć stale na uwadze i musi podejmować przynajmniej próby zweryfikowania tego, czego o pacjencie dowiaduje się od osób trzecich”⁷⁹⁵.

W tle stanu faktycznego znajdował się konflikt rodzinny. Skłócony z dorosłym synem ojciec, pokrzywdzony w sprawie, odmówił mu pożyczki 3000 zł. Pokłócili się przez telefon, ze strony starszego pana padły tzw. mocne słowa, niewykluczone że pogrożki. Syn poprosił o pomoc znajomego psychiatrę. Psychiatra, pierwszy obwiniony w sprawie, udał się do mieszkania pokrzywdzonego w nocy, około godziny trzeciej. Dla pokrzywdzonego był osobą zupełnie

⁷⁹⁵ Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Z orzecznictwa Okręgowego Sądu Lekarskiego. Psychiatra uczestniczy w porwaniu pacjenta*, Puls nr nr 6 z 2004 r.

obcą. Rozmawiali przez uchylone drzwi zabezpieczone łańcuchem. Przybysz oświadczył, że jest lekarzem, który zajmuje się synem pokrzywdzonego oraz że syn ów znalazł się w kłopotach. Pokrzywdzony wiedział, że jego syn ma za sobą próby samobójcze i leczył się psychiatrycznie. Uznał więc to wyjaśnienie za wiarygodne, zdjął łańcuch i otworzył drzwi. Wówczas do mieszkania wszedł obwiniony w towarzystwie syna pokrzywdzonego. Po wejściu do mieszkania obwiniony rozpoczął rozmowę, nie uprzedzając, aby miała ona charakter badania psychiatrycznego. Zapytał między innymi, czy starszy pan ma w domu siekiere i otrzymał odpowiedź, że siekiery nie, tylko tasak kuchenny. Niemniej w skierowaniu do szpitala obwiniony wpisał, że pacjent przechowywał przy drzwiach mieszkania siekiere dla obrony przed synem. Po trwającej około pół godziny rozmowie obwiniony oznajmił gospodarzowi, że jest on człowiekiem niebezpiecznym dla otoczenia i że musi zostać hospitalizowany, a przewiezienie do szpitala w razie potrzeby nastąpi z użyciem przymusu. Pokrzywdzony odmówił. Wówczas obwiniony zatelefonował po karetkę i po chwili w mieszkaniu pojawili się sanitariusze. Nastąpiło to tak szybko, że według pokrzywdzonego karetka musiała już czekać. W obliczu sanitariuszy starszy pan nie stawiał oporu i poszedł do karetki. W Izbie Przyjęć szpitala psychiatrycznego pacjenta zbadała psychiatra, druga obwiniona w sprawie. Stwierdziła pewne zaburzenia, przypuszczalnie słusznie, ponieważ poszkodowany nie był zdrowy psychicznie. W oparciu o nie podjęła decyzję o przymusowej hospitalizacji. Po pięciu dniach sąd orzekł, że **nie** zachodziły przewidziane w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego podstawy do przyjęcia go do szpitala psychiatrycznego bez zgody. Mimo to pacjent dobrowolnie pozostał w szpitalu jeszcze przez pewien czas. Po powrocie do domu stwierdził, że z mieszkania zginęły różne cenne przedmioty, a z książeczek oszczędnościowych syn pobrał kilkanaście tysięcy złotych, posługując się wcześniej wystawionym pełnomocnictwem, którego pokrzywdzony pechowo nie zdążył odwołać.

Sąd uznał za dowiedzione, że pierwszy obwiniony, działając prawdopodobnie na prośbę swojego znajomego będącego synem pokrzywdzonego, przybył do mieszkania pokrzywdzonego w z góry powziętym zamiarze, aby skierować go na przymusową hospitalizację psychiatryczną, wiedząc, że w rzeczywistości nie ma po temu powodów. Z okoliczności wynika, że obwiniony współdziałał z synem pokrzywdzonego świadomie i w złej wierze. Pokrzywdzony nie uczynił niczego takiego, co pozwoliłoby wnioskować, iż z powodu zaburzeń psychicznych zagraża życiu i zdrowiu innych osób. Jak Sąd zauważył, pokrzywdzonego i jego syna podczas rozmowy na temat pożyczki „dzieliła przestrzeń i kabel telefoniczny”. Nie mieszkali razem, a po-

krzywdzony to człowiek stary, schorowany i niedołężny. Jego agresja miała charakter wyłącznie werbalny. Aby wejść do jego mieszkania, obwiniony użył podstępów, a następnie zebrał wywiad, w toku którego dowiedział się, iż: gospodarz przechowuje w domu tasak, pali dużo papierosów, pije sporo alkoholu i z powodu zaostrego konfliktu z synem zażywa Nervosol w dużych dawkach. Na tej podstawie wystawił skierowanie do szpitala psychiatrycznego w trybie przymusowym. Powołany w sprawie biegły psychiatra skomentował ten sposób postępowania jako „przypominający metody policyjne, a nie psychiatryczne”. Nie sposób uwierzyć, aby obwiniony działał w dobrej wierze i krytycznej nocy był tylko niczego nierozumiejącym narzędziem w cudzych rękach. Zdaniem Sądu obwiniony „nie jest naiwnym dzieckiem, lecz profesjonalistą, dysponującym pewnym doświadczeniem zawodowym i życiowym”. Przez cały czas zachowywał się tak, jakby dążył tylko do znalezienia pretekstu dla umieszczenia pokrzywdzonego w szpitalu. **Wobec tego drastycznie nadużył zawodu lekarza dla uwięzienia pokrzywdzonego w szpitalu psychiatrycznym:** „wiedząc o braku jakichkolwiek wskazań faktycznych do takiego postępowania doprowadził do bezpodstawnej przymusowej hospitalizacji pacjenta”. Sąd orzekł karę zawieszenia prawa wykonywania zawodu na okres lat trzech. Jest to kara bardzo surowa.

Co do drugiej obwinionej, Sąd uznał, że popełniła ona swoisty błąd diagnostyczny, wynikił jednak z niedołożenia należytej staranności: nie wykazała dostatecznej staranności i rozwagi przy ustalaniu faktów. Brała za dobrą monetę, cokolwiek mówili jej towarzyszący pacjentowi syn oraz drugi psychiatra. Jednocześnie wszystkie znane sobie fakty interpretowała na niekorzyść pacjenta. Nie zdziwiło jej ani trochę, że psychiatra w środku nocy postanowił zbadać starego, mieszkającego samotnie człowieka, który w owym czasie spał w najlepszym. Później na rozprawie oświadczyła tylko, że w praktyce psychiatrycznej takie przypadki zdarzają się... [!!!] Uzyskała informacje, które były niespójne, ale nie próbowała tego wyjaśniać, wierząc wyłącznie osobom towarzyszącym pacjentowi. Wiedziała, że pacjent nie dopuścił się żadnych aktów agresji, a tylko wypowiadał pogrożki pod adresem syna oraz że posiada tasak. Wiedziała, że skonfliktowane osoby nie mieszkają razem i widują się rzadko. Pacjent utrzymywał, że nie wpuszcza syna do domu. Syn zaś mówił, że opiekuje się ojcem i jest stale narażony na atak z jego strony. Nie wzięła pod rozwagę, że w wyniku tego konfliktu pacjent może mieć racjonalne powody, by bać się syna i że zdradzane stany lękowe wcale nie muszą być urojzeniami. Pomięła też, że może być celowo wprowadzana w błąd przez kolegę po fachu. Wyjaśniała, że wypowiedzi pokrzywdzonego niosły ze sobą „duży

i niekontrolowany” ładunek emocji. Jednak, jak zauważył Sąd, „wypada sobie w tym miejscu zadać na wpół retoryczne pytanie: a co mówilby w takiej sytuacji i jak zachowywałby się zdrowy psychicznie człowiek w podeszłym wieku, który został w istocie porwany z własnego domu? Nie można się oprzeć uwadze, że – sądząc z tego, co przydarzyło się nocą i w następnych dniach – także jego wcześniejsze obawy przed synem nie były irracjonalne ani nieadekwatne do sytuacji”. Wyjaśnienia obwinionej „sprawiały [...] wrażenie, jakby wszelkie fakty, które ustaliła w czasie badania, interpretowała ona w takim duchu, aby potwierdziły potrzebę przymusowego pozostawienia pacjenta w szpitalu, natomiast ignorowała wszelkie fakty, które mogłyby tę potrzebę podać w wątpliwość”. Wygląda, że po prostu zanadto zawierzyła innemu lekarzowi. Ostatecznie została uznana winną, że „pełniąc dyżur w Izbie Przyjęć Szpitala przypisała pokrzywdzonemu nie sprawdzone i nie udokumentowane objawy psychotyczne oraz stan zagrożenia stwarzany przezeń dla życia i zdrowia osób trzecich i w efekcie podjęła bezzasadną decyzję o przyjęciu wyżej wymienionego do szpitala”. Sąd orzekł karę upomnienia, biorąc pod uwagę brak złego zamiaru oraz umyślne wprowadzenie w błąd przez inne osoby.

Pierwszy obwiniony został zatem skazany za umyślność, natomiast obwiniona druga – za bezmyślność.

Sądowy tryb hospitalizacji przymusowej

Jest to tryb zarezerwowany dla osób ze zdiagnozowaną chorobą psychiczną, w którym realizuje się opiekuńcza funkcja państwa oraz paternalizm medyczny połączony z sądowym. Jest to tryb wnioskowy. Legitymacja do złożenia wniosku jest dość szeroka i obejmuje również opiekunów faktycznych⁷⁹⁶. Niekoniecznie musi to być osoba wspólnie zamieszkująca i łącząca na utrzymanie, można opiekować się faktycznie sąsiadką. Ważne jest, że sprawujący opiekę faktyczną dzięki jej sprawowaniu zna podopiecznego i jego sprawy, więc sensowne jest, by mógł złożyć w sądzie wniosek o hospitalizację. Ostateczną decyzję i tak podejmie sąd, więc nie ma potrzeby nazbyt rygorystycznie pojmować opieki faktycznej. Czasem potencjalny pacjent nie ma nikogo bliskiego lub ci bliscy rozjechali się po świecie. Przesłankami zastosowania trybu

⁷⁹⁶ Legitymowanymi do złożenia wniosku w przedmiocie przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego są: krewni w linii prostej, małżonek, rodzeństwo, przedstawiciel ustawowy osoby chorej psychicznie, osoby sprawujące nad osobą chorą psychicznie faktyczną opiekę, organ spraw pomocy społecznej, jeżeli osoba chora psychicznie objęta jest oparciem społecznym.

sądowego są (oprócz choroby psychicznej) groźba **znacznego pogorszenia** stanu zdrowia psychicznego w razie nieprzyjęcia do szpitala, ustalona na podstawie dotychczasowego zachowania lub całkowita bezradność życiowa przy **rokowaniu poprawy** dzięki przyjęciu do szpitala (art. 29). *A contrario* z groźbą znacznego pogorszenia nie może być zrównywane rokowanie nawet znacznego **polepszenia** stanu psychicznego: paternalizm sądowy ma tutaj granicę. Pacjent psychiatryczny chroniony jest przed autodestrukcją przez zaniechanie, nie wolno natomiast przymusowo poprawiać mu stanu zdrowia psychicznego tylko dlatego, że jest to choroba psychiczna, a nie somatyczna. Zdaniem Sądu Najwyższego (rozstrzygnięcie z 1996 r.): „To ostatnie ustalenie nie byłoby bowiem równoznaczne z treścią przesłanki ustawowej określonej w art. 29 ust. 1 pkt 1, a sama aprobata działań, mających niewątpliwie na względzie ochronę osoby chorej psychicznie i jej dobro, nie może być usprawiedliwieniem prób posłużenia się wykładnią rozszerzającą, która w konsekwencji prowadziłaby jednak do ograniczenia wolności i nietykalności osobistej uczestnika postępowania poza zakres przewidziany w tej ustawie”⁷⁹⁷. Nic dodać, nic ująć. Można tylko dodatkowo wyjaśnić, że sprawa dotyczyła niewątpliwie chorej psychicznie pacjentki, co do której mąż wnioskował o poddanie przymusowemu leczeniu. Osoba ta była uciążliwa i wrogo nastawiona do otoczenia, zarówno członków rodziny jak sąsiadów. Jednocześnie nie chciała się leczyć, zaprzestała przyjmowania leków. Odmowa poddania się leczeniu trwała od roku i pociągnęła za sobą wyraźne pogorszenie stanu zdrowia, a w następstwie porzucenie pracy, konflikty ze środowiskiem i zachowania nieadekwatne do sytuacji. Jak ustalił biegły, przyczyną pogorszenia się stanu zdrowia pacjentki była śmierć matki, aktualnie (tj. w chwili rozpoznawania sprawy) stan zdrowia chorej uległ poprawie, a leczenie szpitalne przyniosłoby dalszą poprawę. Sąd Najwyższy uchylił postanowienie o poddaniu przymusowej hospitalizacji i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, ponieważ stwierdził sprzeczność ustaleń sądów niższej instancji z treścią opinii biegłego. „Nie kwestionując bowiem choroby psychicznej uczestniczki postępowania i jej bezkrytycznego stosunku do stanu swego zdrowia, stwierdzić jednak należy, że powyższe okoliczności, choć z pewnością mogą uzasadnić potrzebę jej leczenia szpitalnego, to nie stanowią jeszcze wystarczającej podstawy do ustalenia, że wystąpiły wszystkie przesłanki określone w art. 29 ust. 1 ustawy, a niezbędne przecież do uwzględnienia wniosku. [...] Samo

⁷⁹⁷ Postanowienie SN z 12 lipca 1996 r., II CRN 81/96, OSNC nr 12/1996, poz. 164.

bowiem występowanie uciążliwych, a nawet wręcz męczących dla otoczenia, zachowań uczestniczki postępowania, a przejawiających się nieufnością, podejrzliwością, wrogiem nastawieniem do męża i sąsiadów, porzuceniem pracy, czy wręcz nieadekwatnymi do sytuacji zachowaniami, choć świadczą o jej chorobie psychicznej, to jednak nie są jeszcze wystarczającą podstawą do zastosowania art. 29 ust. 1 cyt. ustawy”. Swoją rolę Sąd słusznie widział jako strażnika czuwającego nad ścisłym przestrzeganiem ustawowych przesłanek przymusowego umieszczenia w szpitalu celem uchronienia pacjenta przed pokrzywdzeniem. „Uwzględnienie wniosku o przyjęcie do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 29 ust. 1 cyt. ustawy jest niewątpliwie przypadkiem ingerencji w sferę wolności i nietykalności osobistej człowieka. Z tego więc względu kontrola sądu w przedmiocie wystąpienia w stanie faktycznym sprawy przesłanek ustawowych, uzasadniających uwzględnienie wniosku, powinna być zawsze szczególnie wnikliwa, a już zwłaszcza wówczas, gdy osoba dotknięta tą ingerencją odczuwa pokrzywdzenie i żąda wyjaśnienia, czy jej zachowanie uzasadnia przymusową hospitalizację w świetle obowiązującego prawa”. Jednocześnie nie wolno tracić z oczu ryzyka nadużyć. Można domniemywać, że Sąd pogroził tutaj palcem wnioskodawcy, czyli mężowi pacjentki. „Zadaniem Sądu jest więc czuwanie nad tym, aby korzystanie z ustawowego uprawnienia przez osoby wymienione w art. 29 ust. 2 cyt. ustawy następowało wyłącznie w tych wypadkach, w których spełnione zostały wszystkie określone ustawą przesłanki przymusowej hospitalizacji. Tymczasem relatywnie wąskie zakreszenie w omawianej ustawie przyczyn uzasadniających przymusową hospitalizację może niekiedy skłaniać osoby, uprawnione do występowania ze stosownym wnioskiem, do podejmowania prób nadużywania tego uproszczonego trybu we wszystkich przypadkach odmowy poddania się dobrowolnemu leczeniu przez osobę chorą psychicznie. Aby tym niebezpiecznym tendencjom skutecznie zapobiec, Sąd powinien przy orzekaniu ściśle kierować się sformułowanymi w ustawie przesłankami uzasadniającymi uwzględnienie wniosku i nie może stosować do nich ani wykładni rozszerzającej, ani analogii, gdyż konsekwencją orzeczenia uwzględniającego wniosek jest ingerencja w sferę praw i wolności obywatelskich człowieka”. Wreszcie Sąd zwrócił uwagę na specyfikę ustaleń faktycznych, wymaganych przez powołany przepis ustawy psychiatrycznej. Przejawia się ona w „elementie przewidywania, który zakłada wręcz hipotetyczność oceny Sądu w przedmiocie tego, co dopiero może w przyszłości nastąpić („...nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie...”). Jednakże nawet ten element przewidywania, wymagający oczywiście [...] uprzedniego skorzystania przez Sąd ze specjalistycznej wie-

dzy medycznej biegłego, został przez ustawodawcę przedmiotowo ograniczony [...], przyjęcie do szpitala psychiatrycznego osoby chorej psychicznie bez jej zgody uzasadnia tylko takie jej dotychczasowe zachowanie, które wskazuje zarazem na to, iż nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu zdrowia psychicznego”.

Są takie orzeczenia sądów, które składają się prawie wyłącznie ze złotych myśli.

Inną próbę nadużycia trybu przymusowego z art. 29 udaremnił Sąd Najwyższy rozstrzygnięciem z 1997 r. uchylającym postanowienie niższych instancji z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania⁷⁹⁸. Stan faktyczny nie został w uzasadnieniu podany, wiadomo tylko że wnioskodawca i uczestniczka byli członkami rodziny, noszącymi prawdopodobnie to samo nazwisko. Według tezy postanowienia „Orzeczenie o potrzebie przyjęcia chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 29 ustawy [...] o ochronie zdrowia psychicznego sąd opiekuńczy może wydać wyłącznie wówczas, gdy dołączona do wniosku opinia, o jakiej mowa w art. 30 ustawy, nie zostanie podważona w toku postępowania. Przesłanką wydania takiego orzeczenia nie może więc być jedynie wyjaśnienie wątpliwości, czy osoba, wobec której toczy się postępowanie, jest w ogóle chora psychicznie i zachodzą dalsze przesłanki z art. 29 ust. 1 ustawy”. Sąd pierwszej instancji skierował uczestniczkę na przymusową hospitalizację w trybie art. 29 ustawy psychiatrycznej „celem przeprowadzenia obserwacji i badań”, tak więc nie było nawet wiadome, czy jest ona rzeczywiście chora psychicznie (!!!). Rażące naruszenie prawa było zatem ewidentne. Na wstępie Sąd Najwyższy zauważył, iż „kierunek wykładni przepisów powołanej ustawy musi uwzględniać samą jej nazwę oraz – co należy dodać – cel wynikający z zamieszczonej na jej wstępie preambuły. Jeżeli więc celem tym jest ochrona praw, to przesłanki pozwalające także sądom na wkraczanie w sferę fundamentalnego dobra osobistego człowieka, jakim jest jego zdrowie, w tym i zdrowie psychiczne, muszą być oceniane w sposób ścisły”. Powołany jako podstawa rozstrzygnięcia art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy „zamieszczony jest w rozdziale, w którym zostało unormowane postępowanie lecznicze. Wstępne przepisy tam zawarte poświęcone są m.in. możliwości poddania konkretnie określonej osoby badaniu psychiatrycznemu, również bez jej zgody, dla ustalenia

⁷⁹⁸ Postanowienie SN z 12 lutego 1997 r., II CKU 72/96, OSNC nr 6–7/1997 poz. 84, OSP nr 9/1997 poz. 169, Prokuratura i Prawo – dodatek, nr 7–8/1997 poz. 35, LexPolonica nr 320459.

potrzeby skierowania i przyjęcia jej do szpitala psychiatrycznego. [...] Bez takiej zgody może być przyjęta osoba chora psychicznie w szczególnej sytuacji i w szczególnym trybie przewidzianym w art. 23 ustawy [tzn. groźna dla siebie lub otoczenia – M.B.]. Odpowiednio – również unormowanie zawarte w art. 29 i 30 ustawy odnosi się **wyłącznie do osób chorych psychicznie** [M.B.] i służyć ma ochronie ich stanu zdrowia przed nieuświadomianym pogorszeniem lub zapewnieniu opieki i leczenia dla poprawy stanu zdrowia. [...] Wyłącznie wówczas, gdyby w toku postępowania wszczętego w tych celach okazało się, że osoba nim objęta wskutek choroby psychicznej zagraża i to bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, możliwe jest zastosowanie art. 23 (art. 31 ustawy). [...] Przesłanką wydania takiego orzeczenia nie może więc być wyjaśnienie wątpliwości, czy osoba, wobec której toczy się postępowanie, jest w ogóle chora psychicznie i zachodzą dalsze przesłanki z art. 29 ust. 1 ustawy. Przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego w celach diagnostycznych bez zgody [...] może mieć miejsce nie na podstawie uprzedniego orzeczenia sądu opiekuńczego, lecz na podstawie art. 24 ustawy, a więc przy zastosowaniu do takiego przyjęcia zasad i trybu postępowania określonego w art. 23 (art. 24 ust. 3). Może się to stać – nie jak przyjęły sądy w tej sprawie, na potrzeby obserwacji, a nawet dla ochrony przed zaawansowaniem rzekomej choroby, grożącym znacznym pogorszeniem stanu zdrowia osoby chorej psychicznie [...] – jedynie w nader kwalifikowanej sytuacji, a mianowicie tylko wówczas, gdy dotychczasowe zachowanie osoby wskazuje, że z powodu zaburzeń psychicznych zagraża ona bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest ona chora psychicznie”.

Zdaniem Sądu Najwyższego, sąd I instancji „sam rażąco naruszył przepis art. 29 ustawy, dodając, iż dostateczną przesłanką jego zastosowania jest „uzasadnione podejrzenie, że w grę wchodzi schorzenie psychiczne”. Postanowienie dowodowe co do opinii biegłego powinno wskazywać konkretne okoliczności faktyczne podlegające stwierdzeniu. Dotychczasowe naruszenie tego obowiązku i pominięcie nałożenia na biegłego obowiązków co do przedmiotu i szczególności opinii doprowadziło do „dowolnego powołania się, jako na uzasadnienie konieczności obserwacji w zakładzie leczniczym, gdzie po przeprowadzeniu badań dodatkowych będzie można ustalić ostateczne rozpoznanie i przeprowadzić ewentualne leczenie, na istnienie długotrwałego konfliktu rodzinnego oraz wzajemnego oskarżania się o agresję”.

Sąd Najwyższy musiał zatem wskazać na niedopuszczalność kontaminowania przepisów ustawy psychiatrycznej dla wnioskowego trybu przymuso-

wej hospitalizacji. Z orzeczenia wynika, że skonfliktowanemu z uczestniczką wnioskodawcy udało się tym razem zmylić już nie psychiatrę w izbie przyjęć, lecz niezawisły sąd, który jednak najwyraźniej nie do końca rozróżniał ustawowe przesłanki hospitalizacji przymusowej i potraktował art. 29 ustawy psychiatrycznej jako niedookreślony tryb uznaniowy.

Przymusowe leczenie chorób somatycznych ogranicza się tylko do niektórych zakaźnych, przymus psychiatryczny zaś uwarunkowany jest nasileniem istniejącego już stanu chorobowego. Rozpoznając sprawę takiej hospitalizacji, sąd powinien kierować się omówioną na początku niniejszego podrozdziału dyrektywą z art. 12 ustawy: aby przy orzekaniu hospitalizacji przymusowej, oprócz celów zdrowotnych, brać pod uwagę interesy i inne dobra osobiste pacjenta. Nie da się ukryć, że zamknięcie w szpitalu jest najbardziej dla pacjenta uciążliwym środkiem leczenia, więc należy je traktować jako ostateczność. Z tego powodu powinno się unikać hospitalizacji pacjenta stanowczo protestującego. Zakres orzeczeń pozytywnych powinien dotyczyć raczej zespołów otępiennych lub urojeniowych. Z jednej strony należy szanować autonomię i nie przymuszać chorego, skoro nie jest niebezpieczny. Z drugiej jednak – poważne dolegliwości psychiczne wyniszczają pacjenta znacznie silniej od somatycznych, ponieważ dezintegrują osobowość. Chodzi tutaj o halucynacje, urojenia lub ciężkie zaburzenia świadomości. Tym należy tłumaczyć sens wprowadzenia przymusu hospitalizacji psychiatrycznej i to tylko, powtórzmy, gdy pozostawiony samemu sobie pacjent doznałby znacznego pogorszenia lub gdy przyjęcie do szpitala rokuje poprawę u całkowicie bezradnego życiowo. Jest to metoda ratowania pacjenta przed nim samym, która jednak w tych przypadkach wydaje się uzasadniona. Ważne jest jednak, aby sądy trzymały się ściśle podstaw prawnych i nie próbowały ich kontaminować dla dobra pacjenta.

Przymusowe leczenie psychiatryczne

Przyjęcie pacjenta do szpitala psychiatrycznego w trybie przymusowym nie oznacza automatycznie, że wolno go również przymusowo leczyć. Środki lecznicze stosowane wobec pacjenta hospitalizowanego przymusowo podzielone są na trzy kategorie (art. 33):

- niezbędne czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody – tylko te nie wymagają zgody pacjenta; tylko na te rozciąga się przymus. Niezbędne – to nie znaczy ani wskazane, ani celowe. Zakres owej niezbędności wyznacza ponadto usunięcie przyczyn, które posłużyły jako podstawa do zastosowania przy-

musu. Jeżeli była to np. agresja – wolno wykonywać tylko leczenie niezbędne dla obniżenia poziomu agresji;

- leczenie nastawione na dalej idące efekty terapeutyczne – może być prowadzone tylko na zasadach ogólnych, wymaga więc ze strony pacjenta dobrowolności, czyli rozeznanej zgody rozumianej w sposób szczególnie na użytek psychiatrii, względnie zgody zastępczej;
- metody leczenia o podwyższonym ryzyku (elektrowstrząsy, punkcja podpotyliczna lub lędźwiowa przeprowadzana w celu pobrania płynu mózgowo-rdzeniowego lub podania leków, leczenie metodami śpiączkowymi – śpiączki atropinowe, śpiączki insulinowe) wymagają osobnej zgody, własnej lub substytucyjnej, w kwalifikowanej formie – pisemnej i z dołączeniem do dokumentacji.

Dodatkowa komplikacja w sprawie prawidłowości zgody dotyczy pacjentów dotkniętych apatią (np. w głębokiej depresji), którzy wyrażają zgodę w sposób nazwany w literaturze „automatycznym”. Przywracanie autonomii jest tutaj z góry skazane na niepowodzenie, należy więc wówczas zwrócić się o zgodę zastępczą⁷⁹⁹.

Nie jest natomiast dopuszczalne prowadzenie jakiejkolwiek terapii przymusowej wobec pacjentów umieszczonych w szpitalu w trybie doraźnym z art. 24 ustawy – czyli w celu wyjaśnienia wątpliwości, czy są one psychicznie chore. Do czasu rozstrzygnięcia dozwolona jest jedynie diagnostyka nieinwazyjna.

Umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym jako środek zabezpieczający w postępowaniu karnym

Pod względem faktycznym jest to jeszcze jedna odmiana przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej. Podstawową przesłanką jest popełnienie w stanie niepoczytalności czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości, przy poważnym prawdopodobieństwie ponownego popełnienia. Orzeczenie takiego środka musi być niezbędne dla zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego związanego z patologicznym stanem umysłowym. Stosowanie izolacyjnych środków zabezpieczających ma być zatem subsydiarne: tzn. sądowi wolno jest orzec taki środek wyłącznie wtedy, gdy inne środki nie są wystarczające (art. 93 k.k.). Kodeks karny wykonawczy

⁷⁹⁹ C. Salman: *ETC and ethical psychiatry*, Am. J. Psychiatry 1977, nr 9, s. 1006, za: J. Duda: *Komentarz do ustawy oo chronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006, s. 137.

pozwała, by osoba umieszczona w zakładzie psychiatrycznym tytułem środka zabezpieczającego mogła być tam poddawana leczeniu przymusowemu.

Wykładnia językowa nie daje odpowiedzi na pytanie, czy przymusowo stosować można wobec takiego pacjenta także metody leczenia o podwyższonym ryzyku. Osoba umieszczona w szpitalu psychiatrycznym na podstawie art. 23 ustawy psychiatrycznej i osoba umieszczona tam na podstawie art. 94 k.k. nie powinny być jednak moim zdaniem traktowane odmiennie pod względem poszanowania autonomii. Według Art. 202 k.k.w.: „Sprawcę, wobec którego zastosowano środek zabezpieczający (...) poddaje się właściwemu leczeniu lub terapii”. Przepis mówi zatem, że pacjent ma być obowiązkowo poddawany „właściwemu leczeniu lub terapii”, co pozwala na leczenie przymusowe w zakresie niewątpliwie szerszym, niż „**niezbędne** czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody”. Z drugiej strony, pacjent umieszczony w szpitalu tytułem środka zabezpieczającego pozostaje jednak „osobą przyjętą do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody” w rozumieniu art. 33 ust. 1 i 3 ustawy psychiatrycznej. W stosunku do sprawcy, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający o charakterze leczniczym, nie jest więc możliwe stosowanie w drodze przymusu świadczeń zdrowotnych o podwyższonym ryzyku. Niemniej ani Kodeks karny wykonawczy, ani ustawa o ochronie zdrowia psychicznego nie przewidują żadnych relacji pomiędzy wykonywaniem środków zabezpieczających określonych w Kodeksie karnym wykonawczym a zasadami postępowania z pacjentami szpitali psychiatrycznych, które przewiduje ustawa o ochronie zdrowia psychicznego.

Przymus bezpośredni w psychiatrii

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego uznaje stosowanie przymusu bezpośredniego w pewnych sytuacjach za niezbędne, ale z poddaniem ścisłemu reżimowi. Reglamentacja dotyczy: kręgu osób, zakresu czynności oraz możliwych środków. Przymus bezpośredni wolno stosować tylko wobec osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi i przy wykonywaniu czynności przewidzianych w ustawie. Lista sytuacji jest zamknięta. Poza sytuacjami przewidzianymi w poszczególnych przepisach⁸⁰⁰ zostały wymienione osobno: zamach na życie lub zdrowie własne bądź innej osoby, zamach na bezpieczeństwo powszechne, (niszczenie lub uszkodzanie w sposób gwałtowny znajdujących się wokół

⁸⁰⁰ Tj. w sytuacjach określonych w art. 21, 23, 24, 28, 30, 32, 34, 40 i 46.

przedmiotów)⁸⁰¹ oraz poważne zakłócanie lub uniemożliwianie funkcjonowania zakładu. Cztery pierwsze sytuacje są łatwo uchwytnie i przez to jednoznaczne, natomiast Helsińska Fundacja Praw Człowieka zwróciła uwagę na duże pole do nadużyć dla personelu medycznego wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, które „poważnie zakłócają”. Zwrot ten może być różnie rozumiany, a *tyrania regulaminu* – prowadzić do nadużywania przymusu bezpośredniego wobec pacjentów uciążliwych, niesubordynowanych czy nawet tylko marudnych⁸⁰².

Lista dopuszczalnych środków przymusu obejmuje w sposób wyczerpujący: przytrzymywanie, przymusowe zastosowanie leków, unieruchomienie (pasy, uchwyty, prześcieradła, kaftan bezpieczeństwa) oraz izolację (art. 18 ust. 6). Wobec pacjentów „poważnie zakłócających” wolno zastosować przytrzymanie lub przymusowe podanie leku. Wobec pozostałych – czyli demolujących bądź groźnych dla siebie lub innych – wolno stosować każdy ze środków. Przymusowe badanie psychiatryczne odbywa się z użyciem przytrzymania lub unieruchomienia (art. 18 ust. 7). Jeżeli osobie z zaburzeniami, niebezpiecznej w rozumieniu ustawy dla siebie lub innych, pomocy udzielają ratownicy medyczni, a przytrzymanie lub unieruchomienie wolno i stosować nie dłużej niż przez czas niezbędny do uzyskania pomocy lekarskiej, względnie przez czas niezbędny do przewiezienia pacjenta do szpitala psychiatrycznego (art. 18 ust. 5). To samo dotyczy osoby przymusowo skierowanej do domu pomocy społecznej (art. 18 ust. 5). Art. 46a przewiduje, iż „przewidziane w innych przepisach środki przymusu bezpośredniego mogą być stosowane jedynie po uprzednim bezskutecznym zastosowaniu przymusu bezpośredniego przewidzianego w niniejszej ustawie lub gdy jego zastosowanie byłoby niecelowe”. Poszczególne środki przymusu definiuje rozporządzenie wykonawcze⁸⁰³ i ustanawia szczegółowe reguły ich stosowania.

⁸⁰¹ Co prawda pacjent jako właściciel ma prawo zrobić ze swoimi rzeczami co mu się żywnie podoba niezależnie od tego, czy jest zdrowy psychicznie, czy nie i z punktu widzenia prawa rzeczowego nikomu nie wolno w to ingerować, jednakże w sytuacji uzasadniającej zastosowanie przymusu wobec pacjenta zaburzonego psychicznie decydujące znaczenie ma nie to, CO on niszczy, lecz W JAKI SPOSÓB – tzn. GWAŁTOWNIE. Dlatego bez znaczenia jest czy swoje, czy cudze – ważne, że sam pacjent lub osoby trzecie mogą ucierpieć od np. odłamków talerzy, którymi ciska o ścianę.

⁸⁰² Helsińska Fundacja Praw Człowieka: *Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*. Warszawa 2005, s. 2, za: J. Duda: *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, s. 83–84.

⁸⁰³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie sposobu stosowania przymusu bezpośredniego z 23 sierpnia 1995 r. (Dz.U. 103 z 1995 r. poz. 514).

Zastosowanie przymusu bezpośredniego w jakichkolwiek celach innych, niż wymienione jest bezprawne i z reguły stanowi przestępstwo z art. 189 §1 lub §2 k.k. Szczegółowa regulacja nie dopuszcza wykładni rozszerzającej, a możliwość stosowania analogii jest z tego samego powodu wykluczona. Przymus bezpośredni może być stosowany tylko w wypadkach wskazanych w ustawie i na zasadach określonych tam lub w rozporządzeniu wykonawczym.

W praktyce zdarza się, że personel czyni tak dla własnej wygody lub w ramach „sankcji” na pacjenta uciążliwego. Niestety, w zakładach zamkniętych takie nadużycia są trudne do udowodnienia. Wprawdzie o zastosowaniu przymusu bezpośredniego decyduje co do zasady lekarz i jednocześnie określa środek przymusu, po czym osobiście nadzoruje jego wykonywanie, jednak w sytuacji, gdy uzyskanie natychmiastowej decyzji lekarza nie jest możliwe – decyduje pielęgniarka, obowiązana zawiadomić lekarza niezwłocznie. Gwarancją biurokratyczną jest obowiązek odnotowania w dokumentacji i wypełnienia specjalnych formularzy. Jednak mamy do czynienia z zakładem zamkniętym i zaufanym personelem (w sensie wzajemnego zaufania między lekarzami a pielęgniarkami).

Przed zastosowaniem przymusu bezpośredniego istnieje obowiązek uprzedzenia osoby, wobec której środek ma być podjęty. Marek Balicki tłumaczy, że wyjaśnienie pacjentowi powodu i celu zastosowania przymusu może ułatwić mu wyrażenie zgody na proponowane postępowanie bez użycia przymusu lub złagodzić jego opór⁸⁰⁴.

Stosownie do zasady minimalizacji zakresu stosowania przymusu, zgodnie z art. 18 ust. 4, przy wyborze środka przymusu należy wybierać środek możliwie dla tej osoby najmniej uciążliwy, a przy stosowaniu przymusu zachować szczególną ostrożność i dbałość o dobro tej osoby. Użycie formuły, „szczególna ostrożność” wskazuje na to, że przymus bezpośredni musi być stosowany z wyjątkowo starannie wyważonym dawkowaniem przemocy.

Inne przypadki przymusu bezpośredniego. Próby analogii

Już same procedury *stricte* psychiatryczne niosą ze sobą ryzyko nadużyć, tymczasem pojawiają się w nauce propozycje stosowania analogii.

Spotyka się pogląd, że przymus bezpośredni może być stosowany w ramach stanu wyższej konieczności również wobec pacjenta innego szpitala

⁸⁰⁴ M. Balicki: *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, s. 54–55.

(niż wymienione w art. 3 ust. 2. tzn. szpital psychiatryczny, oddział psychiatryczny szpitala ogólnego, klinika psychiatryczna, sanatorium dla osób z zaburzeniami psychiatrycznego, inny zakład opieki zdrowotnej świadczący całodobowo opiekę psychiatryczną lub odwykową)⁸⁰⁵. Jest to zapatrywanie wysoce dyskusyjne z powodu swej generalizacji. O ile sytuacja jest w miarę jednoznaczna w odniesieniu do pacjenta własnej placówki, o tyle obecność „cudzego” pacjenta zmienia moim zdaniem postać rzeczy. Przede wszystkim możliwe są różne sytuacje:

- A. Gdy z jednego zakładu psychiatrycznego do drugiego przybył pacjent, którego formalnie jeszcze nie hospitalizowano w tym drugim zakładzie – wolno jest zastosować przymus na takich samych zasadach jak w pierwszej placówce.
- B. Pacjent danego zakładu psychiatrycznego, solidnie zdiagnozowany i którego stan jest dobrze znany lekarzom, doznał wypadku i trafił np. do szpitala chirurgicznego. Wówczas, w drodze rozsądnej, ale ostrożnej m.zd. analogii, wolno będzie stosować wobec niego na chirurgii przymus bezpośredni na takich samych zasadach jak w szpitalu psychiatrycznym, z którego przybył, jako źródło informacji wykorzystując dostarczoną stamtąd dokumentację medyczną i opinię tamtejszych lekarzy. Niemniej gdy pacjent, zdiagnozowany jako chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, dotknięty jest schorzeniem somatycznym, decyzje o zastosowaniu przymusu psychiatrycznego podejmuje tylko lekarz psychiatra lub wyjątkowo pielęgniarka psychiatryczna i tylko w sprawach dotyczących choroby psychicznej. Rozeznana zgoda na leczenie somatyczne musi zostać udzielona na zasadach ogólnych. Należy w miarę możliwości dążyć do potraktowania pacjenta jako kompetentnego. Przy stwierdzonym stanie niekompetencji wymagana jest zgoda zastępcza. Zwykły przymus fizyczny może być użyty tylko w obronie koniecznej. Zgoda zastępcza nie usprawiedliwia przymusu w celu wykonania leczenia.
- C. Natomiast jeżeli przykładowo na tzw. urazówkę trafił pacjent z wypadku, który zachowuje się w uproszczeniu „jak wariat”, to w ogóle nie wolno go potraktować takimi samymi środkami przymusu, co pacjenta już przyjętego do placówki typu psychiatrycznego, nawet jeżeli szczęśliwym zrzędzeniem losu na miejscu znajdzie się jakiś przypadkowy psychiatra – przypadkowy w tym sensie, że posiadający kwalifikacje, ale

⁸⁰⁵ J. Duda: *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, s. 87.

nieznający pacjenta. Co prawda stan wyższej konieczności wydaje się możliwy do zastosowania, ale tylko dlatego, że w tego typu sprawach daje się m.zd. stwierdzić luka w prawie. W szczególności wątpliwa wydaje się dopuszczalność przymusowego podawania środków farmakologicznych. Według ustawy psychiatrycznej podanie leku uważane jest za środek o mniejszej dolegliwości niż unieruchomienie, jednak sprawa co do zasady dotyczy pacjenta „miejscowego”. Natomiast podanie „na powstrzymanie” pacjentowi „kłopotliwemu” wiąże się z ryzykiem przeciwwskazań i skutków ubocznych – ze względu na w gruncie rzeczy niewiadomy stan psychiczny. Owszem, praktyka jest inna: szalejącemu pacjentowi aplikuje się środek uspokajający, czasem od razu w karetce, jest to jednak interwencja medyczna, która co do zasady wymaga zgody pacjenta, a bez zgody może być dokonywana tylko w wypadkach wyraźnie określonych w ustawie. Psychiatryczne środki przymusu, w tym również unieruchomienie za pomocą specjalnych akcesoriów, zarezerwowane są dla sytuacji psychiatrycznych; nie można ich automatycznie przenosić na stany pobudzenia psychoruchowego czy pijackiego amoku. Dużo mniej ryzykowne zdrowotnie jest pacjenta przytrzymać, czy nawet spętać prześcieradłem a potem wypuścić – co mieści się w granicach dopuszczalności przez obronę konieczną, niż bez zgody wstrzyknąć specyfik, na który pacjent nie wiadomo jak zareaguje. Wreszcie najważniejsze: **czemu** ma służyć ów przymus bezpośredni w zwykłej placówce medycznej. Na pewno nie temu, by pacjenta przymusowo leczyć. Jeśli chodzi o powstrzymanie przed agresją wobec osób trzecich – usprawiedliwieniem jest instytucja obrony koniecznej. Gdy chodzi o autoagresję – uzasadnione podejrzenie zaburzeń psychicznych pozwala wezwać psychiatrę i karetkę z odpowiednim wyposażeniem, o ile pacjent zagraża swemu życiu – np. w delirium próbuje podciąć sobie żyły. Niemniej farmakologia psychiatryczna powinna być z tego względu ograniczona tylko do placówek psychiatrycznych oraz do pacjentów tych placówek przebywających „na wychodźstwie” w innym szpitalu.

Omówione przepisy o przymusie bezpośrednim mogą być, powtórzmy, stosowane jedynie w psychiatrii. Potrzeby zastosowania przymusu fizycznego pojawiają się natomiast także w innych sytuacjach medycznych, z udziałem pacjentów zaburzonych bądź psychicznie, bądź somatycznie. Stany pourazowych zaburzeń świadomości, odurzenia anestetykami lub głębokiego upojenia alkoholowego stwarzają nierzadko potrzebę unieruchomienia pacjenta, aby miotając się bezładnie nie zrobił krzywdy sobie ani innym.

Nie ma jednak podstawy prawnej do stosowania przez analogię ustawy psychiatrycznej ani do posłużenia się instytucją stanu wyższej konieczności z art. 26 kodeksu karnego. Ustawa psychiatryczna znajduje zastosowanie tylko w przypadkach w niej określonych, a ze względu na gwarancyjny charakter uregulowań wykładnia rozszerzająca ani co gorsza analogia są z zasady niedopuszczalne. Z kolei stan wyższej konieczności ujęty jest zbyt ogólnikowo, przy jednoczesnym braku zabezpieczeń przed nadużyciami. Nie jest wcale oczywiste, że wolność jako dobro poświęcone przedstawia wartość niższą niż zdrowie jako dobro ratowane. Takie rozumowanie da się moim zdaniem zaakceptować co najwyżej w przypadkach uprzedniej prawidłowej zgody na leczenie, ponieważ wówczas unieruchomienie stanowi środek służący osiągnięciu znanego i zaakceptowanego celu leczniczego. Jednakże rozwiązaniem znacznie bardziej przejrzystym byłoby powiadomienie pacjenta przed zabiegiem również o ryzyku niekontrolowanych poruszeń i zawczasu odebranie od niego zgody także na niezbędne unieruchomienie. Pozostaje jednak jeszcze problem pacjentów przyjętych w stanie upojenia lub zaburzeń pourazowych. Moim zdaniem zgoda na unieruchomienie powinna być łączona ze zgodą na czynność leczniczą, udzielaną samodzielnie, równolegle lub zastępczo, niemniej jako wyraźnie wyeksplikowany jej składnik, którego nie ma podstaw domniemywać.

Osobny problem stanowi przymus bezpośredni przy ratowaniu niedoświadczonych samobójców. W celu usprawiedliwienia praktyk polegających na przetrzymywaniu w zamknięciu *przez jakiś niezbędny czas* osób dotkniętych głęboką depresją, aby udaremnić im próbę samobójstwa, powołuje się stan wyższej konieczności z art. 26 kodeksu karnego. Tak samo tłumaczy się obywatelstwo osoby dotkniętej zaburzeniami psychicznymi, która zagraża sobie samej lub otoczeniu⁸⁰⁶. Są to wprawdzie przesłanki przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej, jednak taki przymus wymaga decyzji lekarza. Tylko krótkotrwałe powstrzymanie do czasu przybycia karetki może być moim zdaniem usprawiedliwione. W przypadku zagrożenia dla otoczenia wolno też w ten sposób zastosować obronę konieczną.

Wśród lekarzy spotyka się pogląd, że każdy samobójca jest z zasady zaburzony psychicznie i dlatego nie należy go słuchać, tylko ratować, unieruchamiać, krępować, słowem – robić wszystko, by ratować mu życie lub nie dopuścić do ponownego samobójstwa. Jest to jednak generalizowanie bez oparcia

⁸⁰⁶ por. J. Wojciechowska, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Wąsek, t. 1, Warszawa 2004, s. 681), za: J. Duda: *Komentarz...*, s. 86..

w faktach. Pacjent mógł targnąć się na swoje życie w stanie braku rozeznania lub wręcz przeciwnie – z pełną świadomością. Lekarz ratujący nie dysponuje po temu żadnymi danymi. Z nieprzytomnym wolno mu postępować na zasadzie fikcji zgody, jednak pacjent świadomie protestujący nie może być do niczego przymuszany, w szczególności bezpośrednio. Przymus bezpośredni zarezerwowany jest dla sytuacji „psychiatrycznych” według ustawy. Każde inne zastosowanie wymagałoby osobnego ustawowego upoważnienia. Jedyne istniejące, to przymus na terenie izby wytrzeźwień.

Jeszcze większe komplikacje powstają, gdy samobójca, w danym momencie bez kontaktu logicznego, pozostawił wcześniejszą dyspozycję nieratowania go. W doktrynie reprezentowany jest pogląd, że taka dyspozycja, jeżeli złożona w stanie ciężkiej depresji lub rozstroju nerwowego jest nieważna i lekarzowi wolno przejść nad nią do porządku⁸⁰⁷. W świetle przywoływanego już kilkakrotnie postanowienia Sądu Najwyższego, oświadczenie pacjenta wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny – wiążące⁸⁰⁸. Przypomnijmy, że chodziło o pacjentkę będącą świadkiem Jehowy i odmowę zgody na przetoczenie krwi, jednak orzeczenie ma charakter precedensowy w sprawach zwanych *living will* i można się spodziewać następnych; czy to w odniesieniu do uporczywej terapii, czy do określonych środków terapeutycznych, czy z gatunku „nie ratować samobójcy”. Podzielający pogląd Sądu Najwyższego komentator ustawy psychiatrycznej Juliusz Duda zauważa, że zaniechanie ratowania życia nieprzytomnemu pacjentowi przez lekarza mogłoby mieć miejsce, gdyby ten dysponował wystarczającą wiedzą kliniczną o nieprzytomnym, tj. posiadał informacje, które pozwoliłyby mu w sposób jednoznaczny określić stan psychiczny pacjenta w chwili sporządzania oświadczenia i definitywnie wykluczyć wystąpienie u pacjenta wady oświadczenia woli (z art. 82 k.c.) w momencie sporządzania tegoż oświadczenia⁸⁰⁹. Jest to podejście asekuracyjne (dla lekarza), które praktycznie wyłącza autonomię pacjenta w tym względzie. Na ogół nie ma do-

⁸⁰⁷ M. Nesterowicz: *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, s. 64; J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielenie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, s. 92; B. Świątek, *Inne oblicze medycyny, IURE ET FACTO. Księga jubileuszowa ofiarowana Doktorowi Józefowi Gurgulowi*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków 2006, s. 250.

⁸⁰⁸ Postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05.

⁸⁰⁹ J. Duda: *Komentarz do ustawy oo chronię zdrowia psychicznego*, s. 86.

wodów, w jakim stanie psychicznym był wcześniej pacjent, którego po próbie samobójczej przywieziono do szpitala. Chyba, że jest to tzw. stały klient bądź pensjonariusz zakładu psychiatrycznego, o którego da się szczegółowo wypytać lekarzy z tamtej placówki. Tak więc moim zdaniem należy przyjąć zasadę przeciwną: pacjent, o którym nic nie wiadomo, powinien być traktowany jako kompetentny i podważanie jego kompetencji tylko dlatego, że powążył się targnąć na własne cenne życie, nie ma żadnego uzasadnienia. W obrocie prawnym dorosłych i sprawnych umysłowo ludzi traktuje się na pierwsze wejście jako samodzielnych prawnie. Podejście, według którego czyny takie jak próba samobójcza, miałyby z zasady świadczyć o niekompetencji, to także rodzaj paternalizmu. Zagrożenie dla autonomii jest tu widoczne jak na dłoni: wystarczy z pacjenta „zrobić wariata” i korzystając z trybu naglącego (art. 33 uzawlek.) ratować wbrew woli.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego ma w przeważającej części charakter gwarancyjny dla pacjenta stojącego przed perspektywą pozbawienia wolności w psychiatrycznym zakładzie zamkniętym. Zasadniczą jej funkcję należy upatrywać w nadaniu owej swoistej represji cywilizowanych ram i w objęciu pacjenta przymusowo hospitalizowanego wzmożoną ochroną. Dlatego te specyficzne, bardzo szczególne zasady, nie mogą być automatycznie przenoszone na sytuacje spoza psychiatrii, w szczególności na somatyczne leczenie pacjentów dotkniętych zaburzeniami psychicznymi. Dla celów leczenia schorzeń o podłożu somatycznym znajdują zastosowanie jedynie zasady ogólne, zaś najsilniejsze ograniczenie autonomii, jakim jest przymus bezpośredni, wolno zastosować jedynie w obronie. Będzie to wówczas przymus w znaczeniu potocznie używanym, bez żadnego prawnego związku ze środkami oraz zasadami stosowania przymusu w psychiatrii, rozumiany jako fizyczne powstrzymanie oszalałego napastnika. Takie powstrzymanie nie może jednak w żadnym razie przybierać formy aplikowania środków farmakologicznych. Pacjentów z silnymi zaburzeniami świadomości na tle doznanego urazu należy traktować jako niekompetentnych i zwracać się o zgodę zastępczą lub korzystać z ustawowych możliwości dla trybu naglącego. To samo dotyczy niedoszłych samobójców. Jeżeli jednak ci ostatni oprzytomnieli na tyle, by wyrazić sprzeciw lub innym zachowaniem dać do zrozumienia swój brak zgody, należy zostawić ich w spokoju, chyba że istnieją konkretne dowody na brak kompetencji. Natomiast zastosowanie „przymusu pozabiegowego” w celu ustrzeżenia pacjenta jeszcze półprzytomnego przed zrobieniem sobie krzywdy, jest dopuszczalne za uprzednią rozebraną zgodą, udzieloną wraz ze zgodą na samo świadczenie lecznicze.

Największym zagrożeniem dla autonomii pacjenta wynikającym z ustawy psychiatrycznej jest nadawanie kontekstu psychiatrycznego leczeniu somatycznemu i posługiwanie się nieuprawnioną analogią w odniesieniu do osób pochoinnie, powierzchownie lub nawet celowo traktowanych jako zaburzone psychicznie i przez to niekompetentne.

Przymusowe leczenie odwykowe

Medycyna nie zna skutecznych procedur leczenia odwykowego poza psychoterapią⁸¹⁰, której z natury rzeczy nie da się stosować przymusowo. Przymusowe leczenie odwykowe nie może zatem być rozumiane dosłownie. W gruncie rzeczy „przymusowe leczenie odwykowe” polega jedynie na umieszczeniu osoby w odpowiednim zakładzie opieki zdrowotnej. To, czy da się wobec niego sensownie wdrożyć leczenie, zależy w gruncie rzeczy od postawy samego pacjenta.

Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii⁸¹¹ przewiduje w art. 25 odwyk przede wszystkim na zasadzie dobrowolności. („Podjęcie leczenia, rehabilitacji lub reintegracji osób uzależnionych jest dobrowolne, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej”). Wyjątek stanowi art. 30, wedle którego na wniosek przedstawiciela ustawowego, krewnych w linii prostej, rodzeństwa lub faktycznego opiekuna albo z urzędu, **sąd rodzinny** może skierować **małoletnią osobę uzależnioną** na **przymusowe leczenie i rehabilitację**. Definicja „osoby uzależnionej” (art. 4 pkt. 15) niczego nie wnosi, skonstruowana jest bowiem *idem per idem*: ma to być osoba, która w wyniku nadużywania środków odurzających, substancji psychotropowych lub środków zastępczych albo używania ich w celach medycznych, znajduje się w stanie uzależnienia od tych środków lub substancji.

Czas takiego postępowania nie może przekroczyć dwóch lat (ustawowa granica maksymalna), ale w praktyce zależy od wyników leczenia, więc nie określa się go z góry. Jeśli w tym czasie delikwent ukończy 18 lat, o ewentualnym przedłużeniu orzeka sąd, przy zachowaniu granicy dwóch lat łącznie. Ustawa nie podaje szczegółowych kryteriów skierowania na takie leczenie,

⁸¹⁰ Stosowanie tzw. „terapii awersyjnej” poprzez stosowanie Disulfiramu (Anticol, Antabus, Esperal) zasługuje raczej na miano tresury, a nie leczenia. Równie dobrze można by nazywać leczeniem systematyczne bicie pacjenta za to, że pił alkohol.

⁸¹¹ Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z 29 lipca 2005 r. (Dz.U. nr 179 z 2005 r. poz. 1485 ze zm.). Poprzednio obowiązująca ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii z 1997 r. (Dz.U. nr 75 z 1997 r. poz. 468 ze zm.) zawierała identyczne rozwiązania.

należy zatem uznać, że sąd może je orzec zawsze, gdy jest to celowe. Postępowanie w sprawach tego rodzaju toczy się według przepisów o postępowaniu w sprawach nieletnich. Ta ustawa nie przewiduje możliwości przymusowego leczenia odwykowego dorosłych narkomanów.

Możliwość przymusowego leczenia odwykowego przewiduje także **Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi**⁸¹², wychodząc jednak jak zwykle od reguły dobrowolnego poddania się leczeniu (art. 21 ust. 2). Szerzej niż w odniesieniu do narkomanii ujęta jest lista wyjątków, w których można orzec skierowanie na leczenie przymusowe. Obok rozkładu życia rodzinnego i demoralizacji małoletnich jest tam również systematyczne zakłócanie spokoju i porządku publicznego oraz uchylanie się od pracy. Ostatnia przesłanka ma charakter niewątpliwie reliktowy; ustawa pochodzi z okresu stanu wojennego i operuje ówczesnymi realiami. Takie ujęcie wskazuje na cel ochrony osób trzecich, jak również interes społeczny („Narodu” – jak wynika z preambuły) a nie ratowania samego alkoholika przed demonem nałogu.

Kierowanie na leczenie odwykowe przymusowe osób nadużywających alkoholu wymaga zachowania trybu sądowego. Zainteresowany powinien uczestniczyć w rozprawie, co stanowi dlań pewne zabezpieczenie przeciwko ewentualnym nadużyciom⁸¹³.

Osobę, wobec której prawomocnie orzeczono obowiązek poddania się leczeniu odwykowemu, sąd wzywa do dobrowolnego stawienia się w oznaczonym dniu we wskazanym zakładzie leczenia odwykowego ostrzegając o możliwości zastosowania przymusu. Jeżeli orzeczono obowiązek poddania się leczeniu w zakładzie stacjonarnym, pacjentowi nie wolno opuszczać terenu zakładu bez zezwolenia kierownika. W razie niestawiennictwa (ewentualnie samowolnego opuszczenia terenu zakładu) sąd zarządza przymusowe doprowadzenie przez policję (art. 32). Policja może przeprowadzić zatrzymanie, jeśli jest to niezbędne i jedynie na czas konieczny dla wykonania zarządzenia o doprowadzeniu do zakładu leczniczego (art. 33).

Przymus stosowany jest zatem zawsze subsydiarnie i nie rozciąga się na czynności lecznicze. Odwyk pacjenta niewyrażającego zgody na leczenie sprowadza się do pozbawienia wolności i odizolowania od trunku celem przywrócenia na łono społeczeństwa. Ustawa o przeciwdzia-

⁸¹² Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z 26 października 1982 r. (tekst jednolity: Dz.U. nr 70 z 2007 r. poz. 473, ze zm.).

⁸¹³ R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 398.

łaniu narkomanii, znacznie późniejsza, nie przewiduje w ogóle przymusowego odwyku dorosłych, o ile nie popełnili przestępstwa w związku z nałogiem. Bez kwestionowania faktu, że każde z tych uzależnień jest groźne dla zainteresowanego i potencjalnie szkodliwe dla otoczenia, warto na tę niekonsekwencję zwrócić uwagę. W tym kontekście ustawa, zwana potocznie antyalkoholową, ma charakter bardziej represyjny niż ochronny, skoro narkomanom „wolno” zatruwać się bez względu na skutki, a alkoholicy mogą wyładować docelowo na przymusowym odwyku lub doraźnie w izbie wytrzeźwień. Z drugiej strony – dokuczliwość dla otoczenia ze strony narkomanów wydaje się mniejsza niż „występy” alkoholików, tym bardziej jednak wyraźny jest ustawowy cel zapewnienia bezpieczeństwa innym, w szczególności rodzinie nałogowca, jak również narażonym na demoralizację małoletnim (niekoniecznie spokrewnionym).

Obowiązek alkoholika co do poddania się leczeniu może trwać tak długo, jak tego wymaga cel leczenia, z maksymalną granicą dwóch lat od uprawnoczenia się postanowienia (art. 34). W tym czasie sąd może zmieniać postanowienia co do rodzaju zakładu leczenia odwykowego (stacjonarny, popularnie mówiąc „zamknięty” czy niestacjonarny tj. ambulatoryjny). O ustaniu obowiązku przed upływem terminu orzeka sąd na wniosek osoby zobowiązanej, zakładu leczącego, kuratora, prokuratora lub z urzędu, po zasięgnięciu opinii zakładu, w którym osoba leczona przebywa. Niemniej wydanie przez sąd postanowienia o przymusowym odwyku nie oznacza, że na tej tylko podstawie pacjenta wolno przetrzymywać przymusowo przez dwa lata. Sąd Najwyższy uchwalił bowiem zasadę prawną, według której „Orzeczenie sądu nakładające na osobę uzależnioną od alkoholu obowiązek poddania się leczeniu w stacjonarnym zakładzie lecznictwa odwykowego [...] pociąga za sobą obowiązek pozostawiania tej osoby w takim zakładzie przez okres nie dłuższy niż trzy miesiące”⁸¹⁴. Zdaniem Sądu, wykładnia przepisu art. 34 ust. 1 ustawy antyalkoholowej nie może nastąpić bez uwzględnienia rozporządzenia wykonawczego⁸¹⁵. Stosownie do wydanego na jego podstawie regulaminu stacjonarnego zakładu lecznictwa odwykowego, okres pobytu na oddziale

⁸¹⁴ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna i Administracyjna z 22 czerwca 1984 r., III CZP 17/84, OSNCP nr 12/1984 poz. 208, OSNPG nr 2/1985 s. 23.

⁸¹⁵ Rozp. Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 6 maja 1983 r., w sprawie regulaminów stacjonarnych zakładów lecznictwa odwykowego oraz domów pomocy społecznej dla osób uzależnionych od alkoholu.

odwykowym nie powinien przekraczać trzech miesięcy. Sąd przyjął tę górną granicę czasową jako podyktowaną doświadczeniem lekarskim i uznał, że jeżeli w tym czasie cel leczenia nie został osiągnięty i zachodzą podstawy do kontynuowania obowiązku poddania się leczeniu, to sąd „dokonuje zmiany swego postanowienia co do rodzaju zakładu leczenia odwykowego”. Zgodnie z ustawą antyalkoholową wnioskować o zmianę zakładu może tylko ustanowiony dla leczonego przymusowo kurator lub kierownik zakładu leczniczego. Wobec tego w świetle tej zasady prawnej – jeżeli żadna z uprawnionych osób nie wystąpi do sądu ze stosownym wnioskiem – pacjenta należy wypuścić po trzech miesiącach niezależnie od efektów leczenia. Natomiast w razie wpłynięcia wniosku – sąd przedłuża przymusowe leczenie, ale musi zmienić rodzaj zakładu leczniczego.

Do właściwości sądu słusznie należy orzekanie o ustaniu obowiązku leczenia przed terminem, jak również o zmianie rodzaju zakładu leczniczego. Tu jednak pojawia się problem właściwej legitymacji: o skrócenie terminu może wnioskować również pacjent, podczas gdy o zmianę rodzaju zakładu – nie może ani pacjent, ani nawet sąd z urzędu.

Problem legitymacji w sprawie zmiany ośrodka leczniczego rozstrzygnął Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 2001 r.⁸¹⁶ Wstępnie wykluczył wykładnię *a maiori ad minus*, zgodnie z którą skoro pacjentowi wolno wnioskować o skrócenie leczenia, to tym bardziej powinno być wolno wnosić o zmianę rodzaju zakładu. Według Trybunału sformułowanie art. 34 ust. 2 ustawy antyalkoholowej jest na tyle jednoznaczne, że takiej interpretacji nie dopuszcza. Ostatecznie uznał kwestionowany przepis za niekonstytucyjny jako tamujący prawo obywatela do drogi sądowej: „pozbawienie zobowiązanego do leczenia legitymacji do złożenia wniosku w sprawie wszczęcia postępowania o zmianę rodzaju zakładu lecznictwa odwykowego narusza prawo do sądu w jednym z istotnych elementów treści tego prawa, a mianowicie prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia procedury przed sądem – organem o określonej charakterystyce (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym). Co prawda przepis ten nie pozbawia bezpośrednio zainteresowanego pozostałych elementów konstytucyjnego prawa do sądu, takich jak prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności oraz prawa do wyroku sądowego, tj. prawa do uzyskania rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd. Obowiązujące przepisy

⁸¹⁶ Wyrok TK z 8 listopada 2001, P. 6/01, OTK nr 8/2001 poz. 248.

ustawy gwarantują przecież zainteresowanemu możliwość obrony swych racji w postępowaniu przed sądem [...], a także zapewniają osobie zobowiązanej do leczenia prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia jego sprawy przez sąd. Z gwarancji tych zainteresowany może jednak skorzystać dopiero po wszczęciu postępowania przez podmiot posiadający odpowiednią legitymację. Jeżeli tym podmiotem nie jest on sam, to **wskazane wyżej prawa okazują się iluzoryczne, ponieważ skorzystanie z nich zależy wyłącznie od aktywności podmiotów innych [...]. Osoba zobowiązana do poddania się leczeniu odwykowemu zostaje pozbawiona prawa do zainicjowania postępowania przed sądem. Dotyczy to postępowania, w którym sąd upoważniony jest do wydania wiążącego postanowienia skutkującego rozszerzeniem lub zawężeniem sfery wolności osoby poddanej leczeniu.** [podkr. M.B.] Ustawa wprowadza bowiem istotne ograniczenie praw i wolności jednostki, przewidując obowiązek poddania się leczeniu w zakładzie lecznictwa odwykowego. Ograniczenie to idzie dalej w przypadku leczenia w zakładzie stacjonarnym, jako że obejmuje nie tylko obowiązek poddania się stosowanym przez zakład procedurom leczniczym, ale także zakaz opuszczania terenu zakładu bez zezwolenia kierownika tej placówki. [...]

W tym stanie rzeczy przepis art. 34 ust. 2 ustawy narusza, w sposób oczywisty, konstytucyjne prawo do sądu osoby zobowiązanej [...] w zakresie, w jakim zamyka drogę sądową dochodzenia jej naruszonych wolności lub prawa przez to, iż wyłącza uprawnienia tej osoby do złożenia wniosku o zmianę przez sąd postanowienia w przedmiocie rodzaju zakładu leczenia odwykowego, a więc jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji”.

Przy tej okazji Trybunał wytknął ustawodawcy, już poza zakresem pytania prawnego, „brak odpowiedniej regulacji prawnomaterialnych przesłanek przymusowego leczenia odwykowego osób uzależnionych od alkoholu oraz regulacji w zakresie stosowania poszczególnych form przymusowego leczenia odwykowego.[...] Nałożenie obowiązku leczenia odwykowego na osobę spełniającą przesłanki ustawowe pozostawione zostało uznaniu sądu. Ustawa nie określa również zasady wyboru zakładu lecznictwa odwykowego. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie są ogólne zasady konstytucyjne, a w szczególności zasada proporcjonalności wyznaczająca granicę ingerencji w prawa jednostki w sytuacjach, w których obowiązujące prawo pozostawia organowi władzy publicznej tzw. luz decyzyjny. [...] W aktualnym stanie prawnym, przepisy ustawy nie dają podtsawy do występowania przez zainteresowaną osobę z wnioskiem o zmianę rodzaju zakładu leczniczego, jeżeli zmiana oko-

liczności spowodowała, że cel leczenia może zostać osiągnięty w sposób mniej uciążliwy dla jednostki”.

Rozpatrywanie naruszeń Konstytucji Trybunał zakończył akcentem, iż kwestionowany art. 34 ust. 2 ustawy antyalkoholowej „prowadzi do zależności osoby zobowiązanej do leczenia odwykowego od osób trzecich, wyłączając nawet możliwość działania samego sądu z urzędu. Pozostawienie w trakcie leczenia odwykowego decyzji w zakresie ograniczenia wolności osoby poddanej takiemu leczeniu innym podmiotom sprowadza osobę leczoną [...] do przedmiotu a nie podmiotu leczenia. Narusza więc godność tej osoby chronioną przez art. 30 Konstytucji”.

Wyrok Trybunału stanowi rozstrzygnięcie o charakterze zakresowym. Niezgoda z Konstytucją dotyczy tylko zbyt wąsko określonej legitymacji w sprawie wniesienia wniosku. Wobec tego przepis art. 34 ust. 2 ustawy antyalkoholowej powinien być odczytywany przez pryzmat wyroku w sposób rozszerzony, jako dopuszczający legitymację czynną po stronie osoby poddawanej leczeniu. *De lege ferenda* powinien być moim zdaniem zmieniony również w części pozwalającej na rozpoznanie sprawy z urzędu – tak samo jak to ma miejsce w odniesieniu do skrócenia okresu leczenia.

Nie ma nic niezwykłego w fakcie, że wnioskodawcami w sprawie orzeczenia o przymusowym odwyku mogą być osoby trzecie, skoro na zainteresowanego nie można liczyć. Niemniej twór pod nazwą „komisja rozwiązywania problemów alkoholowych” jako wnioskodawca w sprawie, zatraća minioną epoką. Z drugiej strony – nie od dziś wiadomo, że członkowie rodziny maltretowani przez alkoholika nierzadko boją się głębiej odetchnąć, a co dopiero wystąpić do sądu. Dlatego niezależny organ, który przyjmie zgłoszenie i sam nada bieg sprawie, może okazać się przydatny. Zgłoszenie może przecież pochodzić także od sąsiadów, a komisja i tak nie ma prawa na nim poprzestać, tylko zweryfikować je poprzez skierowanie delikwenta na odpowiednie badanie. Wątpliwe wydaje się tylko poddanie osobistego problemu zdrowotnego, jakim od strony pacjenta jest alkoholizm, roztrząsaniu bez zgody zainteresowanego. W chwili obecnej komisję powołuje jednak zarząd gminy spośród osób posiadających odpowiednie przeszkolenie. Alkoholizm jednostki wywołuje reperkusje społeczne i jest problemem także społecznym, więc wstępne rozpoznanie problemu przez organ fachowy funkcjonujący na szczeblu gminnym można ostatecznie uznać za akceptowalne.

Obowiązek poddania się zarządzonemu leczeniu obejmuje także osoby uzależnione od alkoholu, umieszczone w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich. (art. 37) Leczenie odwykowe zarządza wówczas admi-

nistracja zakładu lub schroniska w stosunku do małoletniego za zgodą przedstawiciela ustawowego, a w razie jej braku, jak również w stosunku do osoby pełnoletniej – za zezwoleniem sądu wykonującego orzeczenie, wydanym po zasięgnięciu opinii biegłego.

Brak w ustawie właściwego określenia, jak rozumieć uzależnienie, nie wydaje się błędem, ponieważ kwestie natury medycznej nie nadają się do definiowania przez prawo. Już raczej razi nieporadna definicja osoby uzależnionej. Niemniej stan uzależnienia wymaga zdiagnozowania. W żadnym razie nie można polegać na samej tylko propozycji ze strony placówki typu zakład poprawczy, jeżeli nie jest poparta wiarygodną opinią lekarską. W przeciwnym razie przedstawiciel ustawowy nie dysponuje danymi wystarczającymi do podjęcia tak poważnej decyzji jak zgoda na przymusowe leczenie odwykowe podopiecznego.

Leczenie odwykowe może odbywać się także w zakładach karnych. Przepis art. 117 kodeksu karnego wykonawczego z 1997 r. przewiduje, że skazani, u których stwierdzono uzależnienie od alkoholu albo środków odurzających lub psychotropowych, mogą być objęci „odpowiednim leczeniem i rehabilitacją” – co do zasady dobrowolnie. W razie braku zgody skazanego o stosowaniu tych środków orzeka sąd penitencjarny. Należy odnotować z aprobatą, że nie jest to kwestia pozostawiona do decyzji administracji więziennej.

Przymusowe leczenie odwykowe może być stosowane tytułem **środka zabezpieczającego** (art. 96 k.k.). Główną przesłanką jego zastosowania jest popełnienie przez sprawcę przestępstwa w związku z uzależnieniem od alkoholu lub innego środka odurzającego, przy wysokim prawdopodobieństwie ponownego popełnienia przestępstwa związanego z tym uzależnieniem. Jednocześnie orzeczenie tego środka jest niezbędne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przestępstwa⁸¹⁷, a skazanie nastąpiło na karę pozbawienia wolności w wymiarze nie wyższym, niż 2 lata, ale bez warunkowego zawieszenia. Czasu pobytu zakładzie odwykowym nie określa się z góry, a o zwolnieniu sąd decyduje na podstawie wyników leczenia; w każdym razie czas ten nie może być krótszy niż 3 miesiące ani dłuższy niż 2 lata. Ustawodawca najwyraźniej zakładał, że leczenie odwykowe krótsze niż trzy miesiące jest pozbawione perspektyw skuteczności, a jeśli przez dwa lata nie przyniosło efektu, to też nie warto go kontynuować). Niezależnie od wyników leczenia, czas spędzony

⁸¹⁷ Art. 93 k.k. – jest to reguła dotycząca wszystkich izolacyjnych środków zabezpieczających.

na leczeniu odwykowym zalicza się w tym przypadku na poczet kary pozbawienia wolności.

Przymusowe leczenie odwykowe jako środek zabezpieczający dotyczy również narkomanów (art. 71 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii) w oparciu o przesłankę skazania na pozbawienie wolności za przestępstwo pozostające w związku z używaniem środka odurzającego lub substancji psychotropowej, bez względu na orzeczony wymiar kary i również w zawieszeniu⁸¹⁸.

Przymusowe leczenie odwykowe jako środek zabezpieczający ma za swój główny cel zapobieżenie ponownemu popełnieniu czynu zabronionego. Przymus leczenia jest więc wprowadzony bardziej ze względu na dobro osób trzecich, niż samego pacjenta. Przepis art. 96 k.k. stosuje się tylko subsydiarnie względem ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (art. 58 u. o p.n.).

Postępowanie przymusowe na terenie izby wytrzeźwień

Instytucja izby wytrzeźwień funkcjonuje na podstawie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i zapobieganiu alkoholizmowi. „Serwis podstawowy” tam dostępny obejmuje faktyczne uwięzienie człowieka aż do jego wytrzeźwienia i rzecz jasna nie ma nic wspólnego ze świadczeniami zdrowotnymi. Świadczenia medyczne udzielane są tylko tym pensjonariuszom, którzy potrzebują pomocy lekarskiej.

Izba wytrzeźwień jest zatem w gruncie rzeczy narzędziem represji: upojonego alkoholem pacjenta zatrzymuje się przymusowo, przewozi na miejsce, przetrzymuje, poddaje dość brutalnym interwencjom mającym przyspieszyć trzeźwienie, wytrzeźwiałego wypuszcza się i następnie wystawia mu rachunek. Dla porównania: przymusowa hospitalizacja, badanie, leczenie psychiatryczne oraz przymusowy odwyk – mają charakter bezpłatny. Izba wytrzeźwień stanowi ewenement na skalę międzynarodową. Spotyka się wśród lekarzy zapatrywanie, że pacjent zamiast do izby wytrzeźwień powinien – zależnie od stanu zdrowia – zostać odesłany do domu (względnie noclegowni) lub do szpitala. Dyskusja odżywa każdorazowo przy okazji bardziej spektakularnych wypadków śmiertelnych. Jednym z ostatnich było śmiertelne poparzenie pacjentki, która unieruchomiona pasami próbowała palić przemyczonego papierosa. Oznacza to mówiąc bez ogródek, że po skrzepowaniu pasami pozostawiono ją samą sobie na czas znacznie dłuższy niż dopuszczalny.

⁸¹⁸ R. Kubiak: *Prawo medyczne* s. 400.

Zasady kierowania do izby są dość lakoniczne, ale zwłaszcza pierwsza może być rozumiana niebezpiecznie szeroko. Kwalifikują się tam mianowicie osoby w stanie nietrzeźwym⁸¹⁹, które jednocześnie:

- dają swoim zachowaniem powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy,
- znajdują się w okolicznościach zagrażających ich życiu lub zdrowiu,
- zagrażają życiu lub zdrowiu innych osób.

Pobyt trwa „aż do wytrzeźwienia, a nie dłużej niż 24 godziny” (art. 40 ust. 1 i 3). Pozostałe reguły przyjmowania, przetrzymywania i zwalniania osób z izby wytrzeźwień wynikają z rozporządzenia wykonawczego.

Gwarancję bezpieczeństwa zdrowotnego osób w izbie wytrzeźwień ma stanowić istnienie w niej ambulatorium zaopatrzonego w leki i sprzęt niezbędny do udzielania pierwszej pomocy oraz obecność w każdej zmianie personelu lekarza lub felczera.

Każdą osobę doprowadzoną do izby poddaje się niezwłocznie badaniom lekarskim w celu ustalenia dwóch kwestii:

- czy w istocie znajduje się ona w stanie nietrzeźwości⁸²⁰ oraz
- czy nie istnieją medyczne przeciwwskazania do pozostawienia w izbie.

Odmawia się przyjęcia, jeśli osoba nie jest nietrzeźwa, względnie jeśli przy występującej nietrzeźwości „stan jej zdrowia według opinii lekarza (felczera) wymaga zastosowania środków, którymi izba nie dysponuje lub które powinny być zastosowane w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej przez lekarza specjalistę”. Wprawdzie z formalnego punktu widzenia decyzję podejmuje dyrektor izby (względnie osoba przezeń upoważniona), ze względu na charakter kryteriów decydujące znaczenie ma opinia pracownika medycznego.

Przyjęcie do izby wytrzeźwień wbrew opinii lekarskiej o nieistnieniu stanu nietrzeźwości skutkowałoby odpowiedzialnością dyrektora za bezprawne pozbawienie wolności, podobnie jak świadome wystawienie przez lekarza izby niezgodnej z faktami opinii w tej sprawie skutkowałoby odpowiedzialnością lekarza. Przegapienie bądź zignorowanie potrzeby hospitalizacji może z kolei

⁸¹⁹ Tzn. gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do stężenia we krwi powyżej 0,5‰ albo obecności w wydychanym powietrzu powyżej 0,25 mg alkoholu w 1dm³ (art. 46 ust. 3 ustawy antyalkoholowej)..

⁸²⁰ Badania stężenia alkoholu w organizmie dokonuje się tylko za zgodą osoby doprowadzonej do izby (§5 ust. 3), aczkolwiek obciąża się ją kosztami badania, jeśli potwierdzi ono stan nietrzeźwości (ust. 4).

prowadzić do odpowiedzialności za jakieś przestępstwo skutkowe, gdyby przyjęty zmarł lub doznał uszczerbku na zdrowiu.

Pomieszczenia, w których przebywają osoby nietrzeźwe, mają podlegać **stałej kontroli** przez uprawnionych pracowników izby. Ci powinni informować niezwłocznie lekarza (felczera) o ewentualnych objawach wskazujących na pogarszanie się stanu zdrowia osoby przebywającej w izbie. Jak się wydaje, przepis ustanawia tu zasadę ostrożności wzmożonej.

Wobec osoby przyjętej do izby może być stosowany **przymus bezpośredni**, jeżeli wykazuje ona zakłócenia czynności psychicznych, stwarzające zagrożenie dla życia lub zdrowia własnego lub innej osoby lub demoluje wnętrze (tzn. w sposób gwałtowny niszczy lub uszkadza przedmioty znajdujące się w otoczeniu).

Co do listy środków przymusu i zasad ich stosowania, rozporządzenie odsyła do przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, co oznacza że pijak sięgający zgorszenie traktowany jest na równi z chorym psychicznie lub wykazującym takie zaburzenia.

Przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych w izbie muszą być na zasadach ogólnych przestrzegane reguły postępowania z pacjentem. W szczególności świadczenie może być udzielone tylko na podstawie zgody nietrzeźwego (rozeznanej na tyle, na ile zdoła on zrozumieć informacje). Tylko, gdy stan upojenia jest tak głęboki, że pacjent „nie może wyrazić zgody”, możliwe jest udzielenie mu bez zgody pomocy lekarskiej w zakresie, w jakim jest ona potrzebna „niezwłocznie” (art. 33 uzawlek.).

Przymusowe leczenie osoby osadzonej w zakładzie karnym

Osadzeni, odbywający karę pozbawienia wolności, mają nałożony przez kodeks karny wykonawczy, ogólny obowiązek „przestrzegania przepisów określających zasady i tryb wykonywania kary, ustalonego w zakładzie karnym porządku oraz wykonywania poleceń przełożonych i innych osób uprawnionych”. W tym zakresie mieszczą się rozmaite obowiązki szczegółowe: np. poprawne zachowanie się, przestrzeganie czystości pomieszczeń, wykonywanie pracy w tym prac porządkowych w zakładzie karnym, poddawanie się kontroli osobistej, a także – „poddawanie się – niezależnie od obowiązków określonych w przepisach o zwalczaniu chorób zakaźnych, wenerycznych i gruźlicy, alkoholizmu i narkomanii – przewidzianym przepisami badaniom, leczeniu, zabiegom lekarskim, sanitarnym oraz rehabilitacji” (art. 116 pkt. 3 k.k.w.). Ze względu na katalog obowiązków oraz sposób ich wprowadzenia należy jed-

nak uznać, iż jest to przepis o charakterze porządkowym, zatem odmowa czy zaniechanie ze strony osadzonego powinny być traktowane jako uchybienia porządkowi w zakładzie karnym. W żadnym razie przepis ten nie pozwala na leczenie osadzonego z użyciem przymusu fizycznego, wbrew sprzeciwowi.

Podobnie należy interpretować art. 116a pkt 5 k.k.w., zgodnie z którym skazanemu nie wolno odmawiać przyjmowania posiłków dostarczanych przez administrację zakładu karnego, w celu wymuszenia określonej decyzji lub postępowania, a także powodować u siebie uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia – pod sankcją dyscyplinarną (art. 142 k.k.w.). Niedopuszczalne byłoby zatem przymusowe karmienie skazanego, w szczególności przez sondę.

Jedyny przypadek leczenia mimo sprzeciwu dopuszcza art. 118 §2 k.k.w.: „W wypadku gdy życiu skazanego grozi poważne niebezpieczeństwo, stwierdzone co najmniej przez dwóch lekarzy, można dokonać koniecznego zabiegu lekarskiego, nie wyłączając chirurgicznego, nawet mimo sprzeciwu skazanego”. Mamy tu do czynienia z wyjątkiem, który nie pozwala na wykładnię rozszerzającą. Leczenie mimo sprzeciwu usprawiedliwia tylko poważne zagrożenie życia, a nie rozstrój zdrowia, pogorszenie czy nawet kalectwo. Spektakularne przykłady autoagresji, w szczególności samookaleczeń powoływane w literaturze⁸²¹ również wymagają podzielenia według kryterium poważnego zagrożenia życia, podobnie głodówki⁸²². O wykonaniu zabiegu przymusowego orzeka co do zasady sąd penitencjarny. Tylko w wypadkach nagłych, gdy życiu skazanego grozi niebezpieczeństwo bezpośrednie, zamiast sądu może samodzielnie zadecydować lekarz. Wówczas nie jest potrzebne ani stwierdzenie konieczności zabiegu przez dwóch lekarzy, ani orzeczenie sądu penitencjarnego. Niemniej nadużycie tego uprawnienia przez lekarza więziennego pociągnie za sobą odpowiedzialnością karną z art. 192 §1 k.k. (przestępstwo leczenia bez zgody) oraz odpowiedzialnością cywilną za szkodę.

Rozporządzenie wykonawcze w sprawie szczegółowych zasad, zakresu i trybu udzielania świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności⁸²³ przewiduje, iż osobę pozbawioną wolności *poddaje się* badaniom wstępnym, okresowym i kontrolnym. Według Jędrzeja Bujnego „ultymatywny charakter zwrotu „poddaje się” uprawnia do konstatacji, iż wspomniane badania są obo-

⁸²¹ Zob. R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 433.

⁸²² Za R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 437.

⁸²³ Rozp. Ministra Sprawiedliwości z 13 października 2003 r., Dz.U. nr 204, poz. 1985.

wiązkowe”⁸²⁴. Słusznie, aczkolwiek adresatem tego obowiązku może być tylko lekarz więzienny, a nie osadzony. Rozporządzenie może precyzować obowiązki strony medycznej w zakresie świadczeń zdrowotnych należnych z ustawy pacjentowi w zakładzie karnym, natomiast bez względu na kategoryczność sformułowań jest oczywiste, że akt rangi podustawowej nie rodzi po stronie pacjenta obowiązku znoszenia badania.

W doktrynie zaznacza się skłonność do usprawiedliwiania przymusu fizycznego (bezpośredniego) jako dopuszczalnego tam, gdzie istnieje obowiązek poddania się leczeniu lub gdy interwencja medyczna nie wymaga zgody pacjenta. Zastosowanie przymusu miałyby służyć skutecznemu wyegzekwowaniu przyjęcia świadczenia zdrowotnego przez pacjenta, tutaj osadzonego, który się temu wzbrania. Jak pisze Rafał Kubiak, „autorzy generalnie zgadzają się, iż jego zastosowanie jest dopuszczalne, mimo że rozwiązanie takie nie zostało wyartykułowane w przepisie”⁸²⁵. Oznaczałoby to, iż przy poważnym zagrożeniu życia osadzonego, orzeczenie sądu penitencjarnego zezwalające na zabieg wbrew woli mogłoby być wyegzekwowane przez lekarzy drogą fizycznego przymusu na pacjencie. Uzasadnieniu takiego rozumowania ma służyć argument, że skoro ustawodawca pozwala na wykonanie zabiegów, nawet chirurgicznych, wbrew woli delikwenta, to musi istnieć rozwiązanie umożliwiające praktyczną wykonalność takiej czynności. Bez możliwości fizycznego przymuszenia czynność byłaby niewykonalna⁸²⁶. Małgorzata Świdarska poszła nawet dalej, dostrzegając potrzebę „oceny procesu wolicjonalnego pacjenta (a w szczególności tego czy sprzeciw skazanego jest „świadomy” i „swobodny”) także wówczas, gdy brak jest bezpośredniego zagrożenia życia, a zatem nie ma podstaw do stosowania przymusu bezpośredniego”. Tłumaczy to swoistością sytuacji więziennej, tzn. dużą siłą oddziaływania na członków grupy zamkniętego środowiska stosującego własne, odmienne niż powszechnie przyjęte, reguły postępowania⁸²⁷. Ten sam argument można by jednak teoretycznie odnieść także do świadków Jehowy: zamkniętego środowiska o dużej sile oddziaływania etc.; i przecież próbuje się to robić, wbrew precedensowemu orzeczeniu Sądu Najwyższego z 2005 r. „Poszanowanie autonomii woli skazanego dokonującego aktu samookaleczenia i odmawiającego pomocy

⁸²⁴ J. Bujny: *Prawa pacjenta*, s. 315–316.

⁸²⁵ R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 434–435. Zob. też M. Świdarska: *Zoda pacjenta...*, s. 271–272.

⁸²⁶ R. Kubiak, *op. cit.* s. 435.

⁸²⁷ M. Świdarska, *op. cit.* s. 272.

mogłoby prowadzić – pisze M. Świdarska – do nieprzewidywalnej eskalacji takich zachowań wśród współskazanych. Byłoby to sprzeczne z celami nałożonej na nich kary”⁸²⁸.

Uporządkowanie tych impresji wymaga podkreślenia po raz kolejny, że sprzeciw pacjenta równoznaczny jest z brakiem zgody na leczenie, więc ocena procesu wolicjonalnego wniosłaby raczej niewiele, chyba żeby po stronie osadzonego stwierdzić całkowity brak kompetencji. Wykazanie, iż sprzeciw jest „bezskuteczny” nie prowadzi w konsekwencji do uznania, iż w takim razie należy pacjenta traktować jako udzielającego zgodę. Orzeczenie sądu, w tym przypadku penitencjarnego, ma charakter przełamujący brak zgody pacjenta i przez to działanie lekarza staje się wtórnie legalne. Nie znaczy to jednak moim zdaniem, że lekarzowi wolno używać przemocy. M. Świdarska chciałaby podzielić pacjentów na takich, których autonomię należy szanować oraz na takich, którzy na owe poszanowanie nie zasługują ze względu na specyfikę okoliczności: odbywanie kary, której cel powinien być zachowany kosztem autonomii w niektórych sprawach zdrowotnych. Na koniec wreszcie – przymus fizyczny wolno Jej zdaniem stosować, mimo iż ustawa tego nie przewiduje, w sytuacji poważnego zagrożenia życia skazanego.

Ustawa psychiatryczna drobiazgowo reguluje przesłanki legalności oraz sytuacje faktyczne z udziałem chorych (lub zaburzonych) psychicznie, w których zastosowanie przymusu bezpośredniego, przybierające konkretne i dokładnie określone formy, jest dozwolone. Ustawa antyalkoholowa reguluje tę kwestię w stosunku do leczenia uzależnionych lub doraźnego wytrzeźwiania. Kodeks karny wykonawczy w art. 204a odsyła do ustawy psychiatrycznej w sprawie przymusu bezpośredniego na pacjentach skazanych umieszczonych w psychiatrycznym zakładzie zamkniętym lub zakładzie leczenia odwykowego. Artykuł 19 ust. 2 ustawy o służbie więziennej (do której odsyła w tej sprawie art. 256 k.k.w⁸²⁹) szczegółowo wymienia narzędzia przymusu bezpośredniego (m.in. kaftan bezpieczeństwa, kajdanki, petardy, armatki wodne) i reguluje przypadki ich stosowania **wyłącznie**. Spraw zdrowotnych dotyczy tylko jeden rodzaj okoliczności: „przeciwdziałanie usiłowaniu zamachu na życie lub zdrowie własne lub innej osoby”. Odmowa poddania się leczeniu nie stanowi zamachu na zdrowie ani życie; w polszczyźnie „zamach” nie odnosi się do zaniechania.

⁸²⁸ Ibidem.

⁸²⁹ Art. 256 k.k.w.: „Środki przymusu bezpośredniego reguluje odrębna ustawa”.

Wyjątkowy charakter przepisów o dopuszczalności przymusu bezpośredniego oznacza, że poza sytuacjami w nich przewidzianymi fizyczne przełamywanie oporu przed leczeniem jest absolutnie niedopuszczalne. To jest przecież pozbawienie wolności z naruszeniem nietykalności cielesnej. Co więcej: na gruncie ustawy psychiatrycznej przymus może obejmować tylko: doprowadzenie, zbadanie, hospitalizację, zatrzymanie przy próbie samowolnego oddalenia oraz powstrzymanie od pewnych zachowań. „Niezbędne czynności lecznicze” nie wymagają zgody pacjenta, ale to wcale nie znaczy, że mogą być wykonane przymusowo. W każdym razie nie po to ustawodawca zadawał sobie tyle trudu w szczegółowym określaniu przesłanek legalności fizycznego przymusu na osobie, żeby wolno było stosować go na gruncie innych przepisów bez wyraźnego upoważnienia ustawowego. A skazanemu należy się poszanowanie autonomii w sprawach zdrowotnych, podobnie jak każdemu innemu pacjentowi. Jedyny wyjątek stanowi art. 118 k.k.w., przewidujący co do zasady zezwolenie przełamujące sądu penitencjarnego. Mimo to ustawodawca nie zdecydował się postawić kropki nad „i” i dopuścić w tym przypadku leczenie z użyciem przymusu fizycznego. Nie każde leczenie przymusowe jest wymuszalne fizycznie: tylko takie, gdzie ten przymus jest wyraźnie przewidziany. Niemniej leczenie bez zgody pacjenta w okolicznościach określonych przez art. 118 k.k.w. liczy się za legalne. Wobec tego wolno na nie nalegać, naprzykrzać się, perswadować, przekonywać do zaprzestania oporu, jak również bez czekania na odwołanie sprzeciwu działać, gdy pacjent wykazuje bierność.

Przymusowe badanie oskarżonego w postępowaniu karnym

Oskarżony w postępowaniu karnym „nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść” (art. 74 §1 k.p.k.). Wyjątek od tej zasady przewiduje art. 74 §2 k.p.k., stosownie do którego oskarżony **jest obowiązany poddać się** badaniom psychologicznym i psychiatrycznym oraz badaniom połączonym z dokonaniem zabiegów na jego ciele, z wyjątkiem chirurgicznych, pod warunkiem że dokonywane są przez uprawnionego do tego pracownika służby zdrowia przy zachowaniu wskazań wiedzy lekarskiej i o ile nie zagrażają zdrowiu oskarżonego – **jeżeli przeprowadzenie tych badań jest nieodzowne**; w szczególności oskarżony jest obowiązany przy zachowaniu tych warunków poddać się pobraniu krwi, włosów, wymazów ze śluzówki policzków lub innych wydzielin organizmu. Oprócz oskarżonego obowiązek ów rozciąga się także na osobę po-

dejrzaną, czyli taką, wobec której istnieje przypuszczenie, że popełniła czyn zabroniony, ale zgromadzony materiał dowodowy nie daje jeszcze podstaw do „uzasadnionego podejrzenia”, iż jest sprawcą (osobę podejrzaną różni o formalnie podejrzanego fakt przedstawienia temu ostatniemu zarzutów)⁸³⁰. Ustawa przewiduje poważne, choć ogólne, ograniczenie dla badania przymusowego oskarżonego: wolno je wykonać gdy jest *nieodzowne*, czyli bezwzględnie konieczne dla osiągnięcia celów postępowania karnego. Bez niego więc w danym procesie obejść się nie można. Nie wystarczy, by było tylko procesowo przydatne. Jeżeli wobec oskarżonego ma być zarządzane skierowanie na badanie grupowe krwi, to tylko wtedy, gdy jego grupa krwi stanowi w postępowaniu rzecz dowodowo istotną – w przeciwnym razie czynność miałaby charakter oczywistej szyki. Jeżeli ustalenie tego jest możliwe za pomocą jakichkolwiek innych wiarygodnych dowodów, organ procesowy powinien wstrzymać się od zarządzania badania lekarskiego.

Szczegółowe warunki takich badań określone zostały w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanego⁸³¹. Badania przeprowadza się na pisemne polecenie organu prowadzącego postępowanie karne. Wyjątkowo, w przypadku niecierpiącym zwłoki, wolno je przeprowadzić na polecenie ustne funkcjonariusza organu prowadzącego postępowanie karne, który obowiązany jest okazać legitymację służbową. Polecenie ustne musi zostać następnie potwierdzone na piśmie (§2). Organ prowadzący postępowanie karne ma obowiązek powiadomić badanego o celu i zakresie badania lub rodzaju czynności oraz pouczyć o obowiązku poddania się zarządzeniom umożliwiającym jego przeprowadzenie (§4). Przepisy dopuszczają zastosowanie wobec badanego **przymusu bezpośredniego**, z obowiązkiem odnotowania tego faktu w dokumentacji sporządzanej w toku czynności. Przymusu nie wykonuje personel medyczny – w takiej sytuacji, a także w innych wypadkach gdy jest to niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia badania – organ, który polecił przeprowadzenie badania, ma zapewnić lekarzowi asystę (§5). W praktyce oznacza to, że asysta trzyma, a lekarz bada. Badanie ma przeprowadzać lekarz specjalista w dziedzinie medycyny właściwej ze względu na zakres badania (§7). Metody badania określa zakład

⁸³⁰ Zob. R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 428 i tam powołana literatura.

⁸³¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanego z 23 lutego 2005 r. (Dz.U. nr 33 z 2005 r. poz. 299).

opieki zdrowotnej, na terenie którego wykonywane jest badanie, albo lekarz, który je przeprowadza (§8 ust. 1).

Mamy zatem do czynienia z kompletną regulacją przymusowych badań, obwarowaną sankcją przymusu bezpośredniego. Silne ograniczenie autonomii pacjenta podyktowane jest dobrem wymiaru sprawiedliwości w sensie pozyskania dowodów niezbędnych do ustalenia prawdy materialnej. **Obowiązek poddania się badaniom** został na oskarżonych i inne osoby nałożony w sposób wyraźny przez przepis ustawy, jednak przymus bezpośredni wprowadziło tylko rozporządzenie. Dlatego podnosi się, że regulacja ta jest niezgodna z Konstytucją, której art. 31 ust. 3 głosi, iż ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, w szczególności co do samostanowienia, mogą być nakładane tylko przez ustawę. Wobec tego Minister Sprawiedliwości wykroczył poza zakres upoważnienia ustawowego, skoro miał rozporządzeniem tylko określić szczegółowe warunki i sposób poddawania oskarżonego i innych czynnościom, o które chodzi⁸³². Wprawdzie rozporządzenie samo nie ogranicza samostanowienia, a tylko określa egzekwowanie ograniczeń wprowadzonych przez kodeks postępowania karnego, niemniej rozwiązanie jest, delikatnie mówiąc, mało eleganckie legislacyjnie. Doprowadziło to nawet w doktrynie do konkluzji, że w chwili obecnej **brak** jest podstawy do przymusowego egzekwowania obowiązku poddania się tym zabiegom⁸³³. Niezależnie od tych wątpliwości, z formalnego punktu widzenia istnieje spójna i jednoznaczna regulacja, co stanowi jeszcze jeden argument na korzyść twierdzenia, że leczenie lub badania przymusowe mogą być wymuszane fizycznie tylko w wypadkach wyraźnie określonych przez przepisy. Lepiej tylko, żeby to wszystko były ustawy.

Badanie na obecność alkoholu we krwi, moczu i w wydychanym powietrzu

Badanie powietrza wydychanego przez daną osobę, krwi oraz moczu może być objęte przymusem w sytuacji podejrzenia o popełnienie przestępstwa lub wykroczenia w stanie po spożyciu alkoholu. Dokonuje się to na żądanie organu właściwego do prowadzenia śledztwa, dochodzenia lub postępowania

⁸³² R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 430.

⁸³³ J. Biederman: *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2000 r., IV KKN 269/99*, Państwo i Prawo nr 11/2000, s. 114, za: R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 430..

w sprawach o wykroczenia, sądu – na podstawie rozporządzenia wykonawczego do ustawy antyalkoholowej, w sprawie warunków i sposobu dokonywania badań na zawartość alkoholu w organizmie, z 6 maja 1983⁸³⁴.

Z §5 ust. 3 rozporządzenia wynika, że lekarz (względnie inny pracownik medyczny, któremu lekarz czynność tę zlecił) jest prawnie zobowiązany do pobrania krwi, czemu może odmówić tylko wówczas, gdy pobranie krwi spowodowałoby zagrożenie życia lub zdrowia badanego (§5 ust. 5: „W razie powzięcia uzasadnionego podejrzenia, że pobranie krwi spowoduje zagrożenie życia lub zdrowia, decyzję o dokonaniu zabiegu podejmuje lekarz”).

Możliwość zastosowania przymusu zdaje się wynikać pośrednio z §5 ust. 6 („W razie odmowy osoby (...) poddania się zabiegowi pobrania krwi **na-leży przystąpić do pobrania krwi mimo braku zgody** tej osoby, o czym należy ją uprzedzić”). Niemniej jest to podstawa zbyt wątpliwa, ponieważ obowiązek poddania się badaniu nie przewiduje w sposób wyraźny ustawa, czyli art. 47 ustawy antyalkoholowej, a i rozporządzenie nie stanowi *expressis verbis* o przymusie bezpośrednim, tylko o obowiązku przystąpienia do pobrania po stronie medycznej – co nie jest równoznaczne. Te same zasady stosują się do pobierania moczu (§6 ust. 2).

W doktrynie były prowadzone poszukiwania na tę okoliczność sankcji przymusu bezpośredniego w innych ustawach, jak ustawa o Policji, czy ustawa Prawo o ruchu drogowym. Rozwiązania tam przyjęte zostały ostatecznie uznane za nieadekwatne⁸³⁵. Jeżeli w tego rodzaju sprawach ma być stosowany przymus bezpośredni, a z aksjologicznego punktu widzenia moim zdaniem powinien, to trzeba by go wprowadzić w sposób wyraźny, jak w innych ustawach. Wywodzenie prawa jego stosowania z samych przepisów wykonawczych jest nieuprawnione, zaś analogie ustawowe są zbyt odległe. Obowiązek poddania się czynnościom medycznym powinien być pod względem stylistycznym sformułowany tak, by jako adresata wskazywał pacjenta, a nie osoby trzecie. Przymus bezpośredni wymaga zdecydowanych regulacji *expressis verbis* w ustawie szczególnej regulującej daną materię. Obecna regulacja to półśrodek pilnie wymagający poprawki. Osobiście wątpię, by stylistyczne im-

⁸³⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie warunków i sposobu dokonywania badań na zawartość alkoholu w organizmie z 6 maja 1983 r. (Dz.U. nr 25 z 1983 r. poz. 117). Jest to akt wykonawczy do ustawy o wychowaniu w trzeźwości i zapobieganiu alkoholizmowi.

⁸³⁵ R. Kubiak: *Prawo medyczne*, s. 430–432, T. Dukiet-Nagórska: *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008. s. 132–133.

peratywy wystarczyły dla utemperowania krnąbrnych, zaś interpretowanie ich w kierunku prawa do stosowania przymusu stanowi nadużycie.

Przymusowe leczenie chorób zakaźnych

Zasady ogólne

Aksjologicznym uzasadnieniem dla wprowadzenia przymusu przeciwepidemicznego jest zagrożenie *zdrowia publicznego*. Jest dostatecznie mocne i przemawiające do wyobraźni, żeby co do zasady nie podlegało dyskusji. Niemniej zdarza się ze strony obywateli kontestowanie poszczególnych rozwiązań prawnych, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania. Osoby poddające się leczeniu działają nie tylko w interesie własnym, lecz również w interesie społecznym: żeby nie zarażać innych. Jest to chyba jedyna sfera leczenia, w której dobro ogółu jest tak wyraźnie uchwytnie i niewątpliwe, stąd rygorystyczne regulacje mające za zadanie je chronić. Tutaj nie ma miejsca na indywidualizm i dezynwolturę, ponieważ odbywałoby się to bezpośrednim kosztem innych. Leczenie przymusowe z użyciem przymusu bezpośredniego ogranicza się jednak tylko do najgroźniejszych jednostek chorobowych.

Możliwość postępowania przymusowego w celu przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się chorób zakaźnych wynika obecnie z przepisów ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁸³⁶.

Przez choroby zakaźną ustawa rozumie choroby, które „zostały wywołane przez biologiczne czynniki chorobotwórcze, które ze względu na charakter i sposób szerzenia się stanowią zagrożenie dla zdrowia publicznego” (art. 2 pkt. 3). Nadto definiuje pojęcie węższe: choroby „**szczególnie niebezpieczne i wysoce zakaźne**” jako „choroby zakaźne łatwo rozprzestrzeniające się, o wysokiej śmiertelności, powodujące szczególne zagrożenie dla zdrowia publicznego i wymagające specjalnych metod zwalczania, w tym cholera, dżuma, ospa prawdziwa, wirusowe gorączki krwotoczne” (art. 2 pkt. 4).

Przepisy ustawy stosuje się jednak nie do wszystkich chorób zakaźnych, spełniających definicję ogólną, a tylko do objętych wykazem, stanowiącym załącznik do ustawy (art. 3 ust. 1)⁸³⁷.

⁸³⁶ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, (Dz.U. nr 234 z 2008 r., poz. 1570, ze zm.).

⁸³⁷ Załącznik obejmuje 59 jednostek chorobowych poczynając od bakteryjnego zapalenia opon mózgowo-rdzeniowych po zimnicę.

Ponadto art. 3 ust. 2 i 3 powróciły do rozwiązania z peerelowskiej ustawy o zwalczaniu chorób zakaźnych, wprowadzając możliwość rozciągnięcia rozporządzeniem Ministra właściwego do spraw zdrowia przepisów ustawy na **innego rodzaju** (niewymienione w załączniku) „zakażenie lub chorobę zakaźną oraz, o ile jest znany, wywołujący je biologiczny czynnik chorobotwórczy, a jeżeli to konieczne, szczególny sposób postępowania świadczeniodawców i osób narażonych na zakażenie lub zachorowanie przez czas określony w rozporządzeniu”.

Ogólnie rzecz biorąc ustawa nakłada na wszystkie osoby przebywające na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej następujące obowiązki⁸³⁸:

- 1) poddawania się badaniom sanitarno-epidemiologicznym, w tym również postępowaniu mającemu na celu pobranie lub dostarczenie materiału do nich,
- 2) poddawania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym w ramach Narodowego Programu Szczepień Ochronnych⁸³⁹,
- 3) poddawania się leczeniu, hospitalizacji, izolacji, kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu,
- 4) stosowania się do nakazów i zakazów organów administracji publicznej służących zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych,
- 5) poddawania się zabiegom sanitarnym,
- 6) zaniechania wykonywania prac, przy wykonywaniu których istnieje możliwość przeniesienia zakażenia lub choroby zakaźnej na inne osoby – jeżeli są osobami zakażonymi, chorymi na chorobę zakaźną lub nosicielami,

⁸³⁸ Obowiązki te spoczywają na wszystkich niezależnie od zdolności do czynności prawnych, aczkolwiek w przypadku osoby nieposiadającej pełnej zdolności do czynności prawnych „odpowiedzialność za wypełnienie obowiązków, o których mowa w ust. 1, ponosi osoba, która sprawuje prawną pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną, albo opiekun faktyczny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy (...) o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Tego typu rozwiązanie bywa odczytywane w literaturze w ten sposób, że przerzuca odpowiedzialność karną lub za wykroczenie na przedstawiciela ustawowego w rozumieniu cywilistycznym albo na „opiekuna faktycznego” w sensie uzawlek.

⁸³⁹ Art. 5 ust. 3 ogranicza ten obowiązek w ten sposób, że osoby przebywające na terytorium RP przez czas krótszy od trzech miesięcy są zwolnione z obowiązku poddawania się szczepieniom ochronnym, **z wyjątkiem** szczepień przeciw wściekliznie i przeciw tężcowi u „osób ze styczności”. Pojęcie osoby ze styczności nie jest w ustawie zdefiniowane, prawdopodobnie chodzi o osobę podejrzewaną o zakażenie w rozumieniu art. 2 pkt. 21 (osoba, u której nie występują objawy zakażenia ani choroby zakaźnej, która miała styczność ze źródłem zakażenia, a charakter czynnika zakaźnego i okoliczności styczności uzasadniają podejrzenie).

- 7) udzielania informacji oraz niezbędnych danych podmiotom sprawującym nadzór epidemiologiczny.

Badania sanitarno-epidemiologiczne

Art. 6 (pkt. 1–5) ustawy określa listę osób podlegających **obowiązkowym** badaniom sanitarno-epidemiologicznym. Są to:

- 1) podejrzani o zakażenie lub chorobę zakaźną;
[kieruje właściwy dla miejsca pobytu powiatowy inspektor sanitarny];
- 2) noworodki, niemowlęta i kobiety w ciąży, podejrzane o zakażenie lub chorobę zakaźną mogącą się szerzyć z matki na płód lub dziecko;
[kieruje właściwy dla miejsca pobytu powiatowy inspektor sanitarny];
- 3) nosiciele, ozdrowieńcy oraz osoby, które były narażone na zakażenie przez styczność z osobami zakażonymi, chorymi lub materiałem zakaźnym;
[kieruje właściwy dla miejsca pobytu powiatowy inspektor sanitarny];
- 4) uczniowie, studenci i doktoranci kształcący się do wykonywania prac, przy wykonywaniu których istnieje możliwość przeniesienia zakażenia lub choroby zakaźnej na inne osoby;
[kieruje kierujący szkołą, rektor uczelni lub osoba przez nich upoważniona];
- 5) osoby podejmujące lub wykonujące prace, przy wykonywaniu których istnieje możliwość przeniesienia zakażenia lub choroby zakaźnej na inne osoby;
[kieruje pracodawca albo zlecający wykonanie prac].

Szczegółową listę chorób zakaźnych, przy których tryb badań obowiązkowych ma być stosowany, jak również szczegółowe zasady, określa rozporządzeniem minister właściwy do spraw zdrowia (art. 10 ust. 2).

Obowiązkowa hospitalizacja i kwarantanna

Obowiązkowej **hospitalizacji** podlegają (art. 34 ust. 1):

- 1) osoby chore na gruźlicę w okresie prątkowania oraz osoby z uzasadnionym podejrzeniem o prątkowanie;
- 2) osoby chore i podejrzane o zachorowanie na: (a) błonicę, (b) cholere, (c) dur brzuszny, (d) dury rzekome A, B, C, (e) dur wysypkowy (w tym chorobę Brill-Zinssera), (f) dżumę, (g) grypę H7 i H5, (h) nagminne porażenie dziecięce oraz inne ostre porażenia wiotkie, w tym zespół Guillaina-Barrégo, (i) ospę prawdziwą, (j) zespół ostrej niewydolności oddechowej (SARS), (k) tularamię, (l) wąglik, (m) wściekliznę, (n) zapalenie opon mózgowo-rdzeniowych i mózgu, (o) wirusowe gorączki krwotoczne, w tym żółtą gorączkę.

Obowiązkowej **kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu** podlegają (art. 34 ust. 2) osoby zdrowe, które pozostawały w styczności z chorymi na cholere, dżumę płucną, ospę prawdziwą, wirusowe gorączki krwotoczne oraz zespół ostrej niewydolności oddechowej (SARS)⁸⁴⁰. Przez styczność rozumie się bezpośredni lub pośredni kontakt osoby ze źródłem zakażenia, jeżeli charakter tego kontaktu zagrażał lub zagraża przeniesieniem na tę osobę biologicznych czynników chorobotwórczych (art. 2 pkt. 25). Obowiązkowe hospitalizacja, kwarantanna ani nadzór epidemiologiczny nie rozciągają się na obowiązek leczenia w wypadku zachorowania.

Postępowanie przymusowe „doraźne”

W przypadku **podejrzenia lub rozpoznania zachorowania na chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną** (art. 35 ust. 1) lekarz przyjmujący do szpitala, miejsca izolacji lub odbywania kwarantanny, kierując się własną oceną stopnia zagrożenia dla zdrowia publicznego, **poddaje** osobę podejrzaną o zachorowanie, chorą na chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną lub osobę narażoną na zakażenie **hospitalizacji, izolacji lub kwarantannie oraz badaniom, również** w przypadku gdy brak jest decyzji powiatowego inspektora sanitarnego, a osoba podejrzana o zachorowanie, chora lub narażona na zakażenie **nie wyraża zgody** na hospitalizację, izolację, kwarantannę lub wykonanie badania. O przyjęciu do szpitala w takim trybie lekarz przyjmujący do szpitala, miejsca izolacji lub odbywania kwarantanny, jest obowiązany niezwłocznie właściwego miejscowo inspektora (art. 35 ust. 2). Osobę taką oraz jej osoby najbliższe⁸⁴¹ należy poinformować o przesłankach uzasadniających podjęte działania oraz dokonać odpowiedniego wpisu w dokumentacji medycznej (art. 35 ust. 4).

Obowiązkowe leczenie i nadzór epidemiologiczny

Obowiązkowemu **leczeniu** podlegają tylko osoby chore na gruźlicę płuc, kiłę lub rzeżączkę oraz osoby, które miały styczność z chorymi (art. 40 ust. 1).

Nadzorowi epidemiologicznemu (a nadto: badaniu klinicznemu, badaniom diagnostycznym, w razie potrzeby także profilaktycznemu stosowaniu

⁸⁴⁰ ...z tym, że przez okres nie dłuższy niż (1) 5 dni – w przypadku cholery, (2) 6 dni – w przypadku dżumy płucnej, (3) 21 dni – w przypadku ospy prawdziwej, (4) 21 dni – w przypadku wirusowych gorączek krwotocznych, (5) 10 dni – w przypadku zespołu ostrej niewydolności oddechowej (SARS), – licząc od ostatniego dnia styczności.

⁸⁴¹ Pojęcie niezdefiniowane w tej ustawie.

leków) podlegają osoby, które miały styczność z chorymi na gruźlicę płuc w okresie prątkowania, chorymi na kiłę, rzeżączkę, dur brzuszny, chorymi na inwazyjne zakażenia *Neisseria meningitidis* lub *Haemophilus influenzae* typ b (art. 40 ust. 2).

Powyższe świadczenia są realizowane na koszt NFZ wobec ubezpieczonych, a na koszt budżetu wobec nieubezpieczonych.

Stan zagrożenia epidemicznego / stan epidemii

Wojewoda (gdy chodzi o obszar więcej niż jednego województwa – minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw administracji publicznej) może ogłosić (na wniosek odpowiednio wojewódzkiego lub Głównego inspektora sanitarnego) stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii (art. 46 ust. 1–2).

Stan zagrożenia epidemicznego lub epidemii jest pojęciem formalnym – w braku ogłoszenia nie obowiązuje. **Ogłaszając taki stan można nałożyć obowiązek szczepień ochronnych na inne osoby niż określone w rozporządzeniu lub co do innych zakażeń i chorób zakaźnych**, niż wymienione w załączniku do ustawy (art. 46 ust. 3, ust. 4 pkt. 7).

Pozostałe obowiązki, związane z ogłoszeniem, nie odnoszą się do praw pacjenta.

Inne ograniczenia praw pacjenta (m.in. w zakresie tajemnicy lekarskiej i innych tajemnic zawodowych)

Lekarz lub felczer (w przypadku pacjenta hospitalizowanego – kierownik szpitala), który podejrzewa lub rozpoznaje zakażenie, chorobę zakaźną (objętą wykazem z załącznika) lub zgon z powodu zakażenia lub choroby zakaźnej, określonej na podstawie art. 27 ust. 9 pkt 1 ma obowiązek, w ciągu 24 godzin od momentu rozpoznania lub powzięcia podejrzenia zakażenia, choroby zakaźnej lub zgonu z powodu zakażenia lub choroby zakaźnej, zgłoszenia tego faktu powiatowemu lub wojewódzkiemu inspektorowi sanitarnemu, lub „innym podmiotom właściwym ze względu na rodzaj choroby zakaźnej, zakażenia lub zgonu z powodu choroby zakaźnej” (art. 27 ust. 1–2).

Lekarz lub felczer, który podejrzewa lub rozpoznaje chorobę „szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną”, stanowiącą zagrożenie dla zdrowia publicznego, lub stwierdza zgon w wyniku takiej choroby, ma obligatoryjnie podjąć działania zapobiegające szerzeniu się zachorowań, w tym (1) skierować osobę chorą na chorobę zakaźną (zakażoną) podejrzaną o zakażenie (zachorowanie) do szpitala specjalistycznego zapewniającego izolację i leczenie tej

osoby oraz niezwłocznie informując tenże szpital; (2) zorganizować transport uniemożliwiający przeniesienie zakażenia na inne osoby; (3) pouczyć tę osobę (w przypadku niemającego pełnej zdolności do czynności prawnych – przedstawiciela ustawowego; nadto „opiekuna faktycznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta jeśli owa osoba takiego ma, (4) niezwłocznie powiadomić właściwego miejscowo (ze względu na miejsce postawienia rozpoznania /powzięcia podejrzenia) powiatowego inspektora sanitarnego (art. 28).

Kierownik laboratorium wykonującego badania w kierunku biologicznych czynników chorobotwórczych ma obowiązek (1) w razie uzyskania wyniku dodatniego – zgłoszenia w ciągu 24 godzin od jego uzyskania powiatowemu inspektorowi sanitarnemu właściwemu miejscowo ze względu na siedzibę laboratorium, (2) o ile rozpoznanie ma podlegać weryfikacji – przekazać badany materiał lub wyizolowany czynnik chorobotwórczy podmiotom określonym w art. 9 ust. 2 w celu weryfikacji wyników (art. 29).

Lekarz, felczer, pielęgniarka lub położna, którzy podejrzewają lub rozpoznają zakażenie lub chorobę zakaźną, są obowiązani pouczyć zakażonego lub chorego na chorobę zakaźną (odpowiednio przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego), o środkach służących zapobieganiu przeniesienia zakażenia na inne osoby oraz o ewentualnym obowiązku badania sanitarno-epidemiologicznego (art. 26 ust. 1).

W przypadku rozpoznania zakażenia mogącego się przenosić drogą kontaktów płciowych, lekarz lub felczer ma obowiązek poinformować zakażonego o konieczności zgłoszenia się do lekarza partnera względnie partnerów seksualnych zakażonego (art. 26 ust. 2). Z ustawy wprawdzie nie wynika, by konstytuowało to ciążący na pacjencie obowiązek zawiadomienia partnera bądź partnerów o sytuacji, jednak zaniechanie takiego zawiadomienia może skutkować jego odpowiedzialnością karną np. za narażenie życia lub zdrowia na niebezpieczeństwo (art. 160 § 1 k.k.) gdy chodzi o osoby, z którymi współżył poprzednio, albo za narażenie na zarażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.), względnie „chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu” (art. 161 § 2 k.k.), gdy chodzi o ewentualnych partnerów przyszłych.

W zakresie objętym art. 26 pacjent nie może się uchylić od przyjęcia informacji na zasadzie art. 31 ust. 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Jest to drugi wyjątek od prawa do zrzeczenia się korzystania z informacji, podobnie jak informacja wzajemna z ustawy transplantacyjnej, podyktowany dobrem osób trzecich.

Szczepienia ochronne

Ze względu na szybko zmieniający się stan wiedzy medycznej materia szczepień ochronnych nie nadaje się do objęcia w całości przepisami rangi ustawowej. Jak słusznie wytknęła ustawie w poprzedniej wersji Teresa Dukiet-Nagórska „zamieszczenie w samej ustawie wykazu chorób zakaźnych i zakażeń, obowiązkowych badań, jak również obowiązkowych szczepień może spowodować rychłą konieczność zmiany ustawy, wykazy te bowiem mogą się zdezaktualizować w związku z postępowaniem medycyny z jednej, a jej niepowodzeniami z drugiej strony. Bardziej funkcjonalnym rozwiązaniem byłoby chyba umieszczenie normy o charakterze blankietowym i jej uzupełnienie w drodze rozporządzenia”⁸⁴². Wyjątkowo zatem zgadzam się, że rozporządzenie jest wystarczającym umocowaniem dla obowiązku szczepienia pewnych grup osób przeciwko określonym chorobom. *Ratio legis* takiego ujęcia wyjaśnia sformułowanie ust. 10 art. 17 ustawy: minister właściwy do spraw zdrowia określa wymienione tam kwestie – „uwzględniając dane epidemiologiczne dotyczące zachorowań, aktualną wiedzę medyczną oraz zalecenia Światowej Organizacji Zdrowia”. Dynamika tych zmian wymagałaby każdorazowo nowelizacji w ustawie. Kalendarz szczepień ochronnych zmienia się przeciętnie co dwa lata. Ogłaszany jest przez Głównego Inspektora Sanitarnego w formie komunikatu jako Program Szczepień Ochronnych na dany rok (art. 17 ust. 11). Zdarza się, że postęp wiedzy wskazuje na konieczność przyjęcia dodatkowych dawek szczepionki, która jeszcze pięć lat wcześniej deklarowana była jako monowalentna⁸⁴³.

Niektóre preparaty bywają bardzo kosztowne, co rodzi pokusę uniknięcia wydatków. Nasze nastawione indywidualistycznie społeczeństwo nie jest jeszcze gotowe na szczepienie się dla dobra innych, niemniej warto poddać pod rozważenie przyszłość, że każde zaszczepienie się zwiększa pulę wspólnego dobra. Z drugiej strony – nigdy nie ma stuprocentowej gwarancji uodpornienia, a nieznaczny odsetek szczepionych wręcz zapada po szczepieniu na daną chorobę. Szkody doznane w wyniku powikłań po szczepieniach obowiązkowych podlegały niegdyś naprawieniu na zasadzie słuszności przez Skarb Państwa (uchylony art. 419 k.c.). Dorosły i samodzielny prawnie pacjent decyduje sam za siebie, ale opiekun osoby zależnej obowiązany jest działać w imię jej dobra.

⁸⁴² T. Dukiet-Nagórska: *Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach*, s. 25–26.

⁸⁴³ Np. varilrix przeciwko ospie wietrznej.

Przedmiot rozporządzenia (z wyraźnego upoważnienia ustawowego) stanowią następujące kwestie:

1. Wykaz chorób zakaźnych objętych obowiązkiem szczepień ochronnych.
2. Osoby lub grupy osób obowiązane do poddawania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym przeciw chorobom zakaźnym, wiek i inne okoliczności stanowiące przesłankę do nałożenia obowiązku szczepień ochronnych na te osoby.
3. Kwalifikacje osób przeprowadzających szczepienia ochronne.
4. Sposób przeprowadzania szczepień ochronnych.
5. Tryb przeprowadzania konsultacji specjalistycznej w kwestii długotrwałego odroczenia szczepienia.
6. Sposób prowadzenia dokumentacji i sprawozdań.

Osoby wymienione w rozporządzeniu **mają obowiązek poddawania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym** (art. 17 ust. 1).

Wykonanie szczepienia musi być poprzedzone lekarskim badaniem kwalifikacyjnym dla wykluczenia przeciwwskazań (art. 17 ust. 2). Badanie zachowuje aktualność przez 24 godziny (art. 17 ust. 3). W razie stwierdzenia przeciwwskazania szczepienie obowiązkowe ulega odroczeniu. Odroczenie może mieć również charakter długotrwały i wtedy lekarz stwierdzający podstawę do długotrwałego odroczenia kieruje pacjenta na konsultację specjalistyczną (art. 17 ust. 5). Odroczenia krótkotrwałe następują najczęściej z powodu przebiegów z podwyższoną temperaturą. Teoretycznie i praktycznie może to odbywać się w nieskończoność. Można spotkać ludzi, którzy z zasady nie chcą się szczepić, niemniej w odniesieniu do szczepień obowiązkowych ich niechęć nie ma znaczenia prawnego. Uniknąć szczepienia da się tylko w razie istnienia przeciwwskazań zdrowotnych.

Koszty przeprowadzenia obowiązkowych szczepień ochronnych, lekarskich badań kwalifikacyjnych do szczepień oraz konsultacji specjalistycznych w sprawie długoterminowego odroczenia są finansowane na zasadach określonych w przepisach o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, a co do osób niemających uprawnień – z budżetu państwa z części, której dysponentem jest Minister Zdrowia (art. 18 ust. 2–3). Świadczeń tych udzielają świadczeniodawcy, z którymi NFZ zawarł umowy o udzielanie takich świadczeń (art. 18 ust. 1) z tym, że jeśli osoba podda się lekarskiemu badaniu kwalifikacyjnemu, obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu lub konsultacji specjalistycznej u innego świadczeniodawcy – sama ponosi ich koszt.

Lekarz sprawujący profilaktyczną opiekę zdrowotną ma obowiązek powiadomienia osoby obowiązanej do poddania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym lub osoby sprawującej prawną pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną albo opiekuna faktycznego, o obowiązku poddania się tym szczepieniom, a także poinformowanie o szczepieniach zalecanych (art. 17 ust. 9).

Obok szczepień obowiązkowych ustawa przewiduje bowiem instytucję szczepień **zalecanych**, którym poddanie się jest dobrowolne (art. 19), a zasady ich finansowania reguluje także ustawa o świadczeniach finansowanych... Warto przypomnieć że listy oraz kalendarze szczepień, tak obowiązkowych jak zalecanych, często się zmieniają, a ponadto są zróżnicowane ze względu na wiek i płeć. Dotyczy to zwłaszcza dzieci. Dodatkową komplikację informacyjną stanowi fakt, iż dostępne są preparaty skoniugowane, zawierające nawet sześć różnych szczepionek, z których jedne mieszczą się w kanonie obowiązkowym, inne zaś – tylko w zalecanych. Szczepionki skoniugowane są zazwyczaj pełnopłatne. Dlatego jest takie ważne, aby informacja o kalendarzach szczepień rozróżniała wyraźnie, które szczepienia nie mają charakteru obowiązkowego. Lekarze natomiast nie mają prawa nalegać, aby pacjent został poddany szczepieniu preferowanym preparatem, aczkolwiek należy się szczegółowa informacja na temat wad i zalet konkretnych specyfików. W przypadku szczepionek skoniugowanych „jedno klucie” nie stanowi przewagi samej w sobie: bilans może być wieloczynnikowy. Obowiązkowy charakter szczepienia nie uchyla obowiązku informacyjnego o skutkach zdrowotnych poddania się mu lub nie. W praktyce jednak nikt ze strony medycznej nie przejmuje się tym tak, jak powinien. Pacjent, który sam nie przestrzega kalendarza szczepień, otrzymuje telefoniczne ponaglenie z przychodni, przychodzi na wizytę kwalifikacyjną i jest szczepiony. Tymczasem w odniesieniu do szczepień, tak obowiązkowych jak zalecanych, obowiązek informacyjny powinien być realizowany PRZED, nie zaś PO – tak jak to ma miejsce obecnie – gdy po zabiegu pacjentowi wręcza się tylko ulotkę lekową.

Postępowanie przymusowe na podstawie decyzji inspektora sanitarnego

W przypadku podejrzenia zakażenia, zachorowania lub rozpoznania zakażenia bądź zachorowania na chorobę zakaźną, powiatowy inspektor sanitarny może, w drodze decyzji pod rygorem natychmiastowej wykonalności, (art. 33 ust. 1–3), nakazać osobie podejrzaną lub osobie, u której rozpozna-

no zakażenie lub zachorowanie – poddanie się obowiązkom wynikającym z art. 5 ust. 1⁸⁴⁴.

Przymus bezpośredni przeciwepidemiczny

Wobec osoby, która nie poddaje się obowiązkowi szczepienia, badaniom sanitarno-epidemiologicznym, zabiegom sanitarnym, kwarantannie lub izolacji, a u której podejrzewa się lub rozpoznano chorobę „**szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną, stanowiącą bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia innych osób**” (art. 36 ust. 1), może być zastosowany środek przymusu bezpośredniego polegający na przytrzymywaniu, unieruchomieniu lub przymusowym podaniu leków⁸⁴⁵. Z ustawy nie wynika *expressis verbis*, o jakiego rodzaju leki chodzi, ale praktycznie może chodzić tylko o sedację (ze względu na cele wymienione powyżej, tzn. wyłącznie dla spacyfikowania osoby, „która się nie poddaje”). **Leczenie przymusowe samej choroby zakaźnej jest ujęte odrębnie.** O zastosowaniu bądź zaprzestaniu stosowania przymusu bezpośredniego decyduje lekarz lub felczer udzielający pomocy takiej osobie, a zastosowanie przymusu obligatoryjnie odnotowuje się w dokumentacji medycznej (art. 36 ust. 2). Lekarz lub felczer może zwrócić się do Policji, Straży Granicznej lub Żandarmerii Wojskowej o pomoc w zastosowaniu środka przymusu bezpośredniego. Funkcjonariusze lub żołnierze są obowiązani udzielić pomocy pod warunkiem, że zostaną wyposażeni w środki chroniące przed chorobami zakaźnymi (art. 36 ust. 3). Delikwenta należy uprzedzić o zamiarze zastosowania przymusu, środek przymusu wybrać możliwie najmniej uciążliwy, a przy

⁸⁴⁴ Tytułem przypomnienia: poddawanie się badaniom sanitarno-epidemiologicznym, włącznie z pobraniem lub dostarczeniem materiału do badań / poddanie się obowiązkowym szczepieniom ochronnym w ramach Narodowego Programu Szczepień Ochronnych / poddawanie się leczeniu, hospitalizacji, izolacji, kwarantannie lub nadzorowi epidemiologicznemu / stosowanie się do nakazów i zakazów organów administracji publicznej służących zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych / poddawanie się zabiegom sanitarnym / zaniechanie wykonywania prac, przy wykonywaniu których istnieje możliwość przeniesienia zakażenia lub choroby zakaźnej na inne osoby / udzielanie informacji podmiotom sprawującym nadzór epidemiologiczny).

⁸⁴⁵ Przez przytrzymywanie rozumie się doraźne, krótkotrwałe unieruchomienie osoby z użyciem siły fizycznej; unieruchomienie -> dłużej trwające obezwładnienie, z użyciem pasów, uchwytów, prześcieradeł lub kaftana bezpieczeństwa; przymusowe podanie leku -> doraźne lub przewidziane w planie postępowania leczniczego wprowadzeniem leków do organizmu osoby bez zgody – art. 36 ust. 6–8.

jego stosowaniu zachować szczególną ostrożność i dbałość o dobro tej osoby (art. 36 ust. 4). Unieruchomienie nie może być stosowane dłużej niż 4 godziny, z możliwością przedłużenia na następne okresy sześciogodzinne, przy czym nie dłużej niż 24 godziny łącznie (art. 36 ust. 5).

Osoby podejrzane o zachorowanie lub chore na chorobę zakaźną są przyjmowane do szpitala zapewniającego skuteczną izolację (art. 37 ust. 1), na podstawie skierowania lekarskiego albo bez skierowania w przypadku zagrożenia zdrowia lub życia chorego (dobrowolnie – ust. 2 pkt. 1); ze wskazań epidemiologicznych w trybie przymusowym, o którym mowa w art. 33 ust. 1 (na podstawie decyzji inspektora sanitarnego) lub w przypadkach wymienionych w art. 35 ust. 1 (bez decyzji inspektora, przy „chorobie szczególnie niebezpiecznej i wysoce zakaźnej”).

Jeśli wydano decyzję inspektora sanitarnego, a lekarz stwierdza brak wskazań zdrowotnych i epidemiologicznych do hospitalizacji przymusowej, wnioskuję do właściwego miejscowo inspektora sanitarnego o uchylenie decyzji nakładającej obowiązek hospitalizacji (art. 37 ust. 3). Sam lekarz zatem nie może zwolnić.

Osobę, którą hospitalizowano, izolowano lub poddano kwarantannie na podstawie decyzji inspektora sanitarnego, należy poinformować o przyczynach zastosowania środka. W razie niewyrażenia zgody na hospitalizację, izolację lub kwarantannę – kierownik zakładu opieki zdrowotnej ma obowiązek powiadomienia jej o przysługujących środkach odwoławczych, a także powiadomienia rodziny lub osoby wskazanej przez tę osobę o sytuacji (art. 39 ust. 2–3).

Obecna ustawa (w przeciwieństwie do ustawy z 2001 r.) nie przewiduje sądowej kontroli legalności pozbawienia wolności przy stosowaniu przymusowej hospitalizacji i kwarantanny⁸⁴⁶. Nie jest zatem jasne, jaki przysługuje tryb odwoławczy. Administracyjny charakter ustawy przemawia raczej za również administracyjną drogą odwoławczą. Z kolei charakter naruszonego dobra i ryzyko związanych z tym nadużyć wymagałyby moim zdaniem kontroli sądu powszechnego, podobnie jak w poprzednim stanie prawnym i jak na gruncie ustawy psychiatrycznej. Skoro jednak tryb sądowy nie został przewidziany, a prawo do sądu należy się z Konstytucji – pozostaje tymczasem droga administracyjna, póki ustawa nie zostanie w tej części skutecznie zaskarżona. Podzielam w tym miejscu w pełni zaniepokojenie Rafała Kubiaka

⁸⁴⁶ Zob. historię legislacji w tej sprawie: R. Kubiak *Prawo medyczne*, s. 425.

brakiem wyraźnej regulacji chroniącej prawa zainteresowanych. W dodatku jeżeli dana procedura **nie** wymaga decyzji inspektora sanitarnego – nie ma też procedury kontrolnej⁸⁴⁷.

Ustawa „zakaźna” przewiduje stosowanie środków przymusowych tylko w ograniczonym zakresie, i – jak się zdaje – nie daje możliwości przymuszenia do poddania się szczepieniom ochronnym innym, niż przypadki wymienione w art. 36 ust. 1 (gdy chodzi o osobę, która „nie poddaje się obowiązkowi szczepienia, badaniom sanitarno-epidemiologicznym, zabiegom sanitarnym, kwarantannie lub izolacji, a u której podejrzewa się lub rozpoznano chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną, stanowiącą bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia innych osób”).

Jest wątpliwe, czy takie przymuszanie do innych szczepień obowiązkowych dałoby się zrealizować na podstawie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 116 pkt. 1 i 5 – grzywna w celu przymuszenia oraz przymus bezpośredni)⁸⁴⁸, ponieważ omawiana ustawa stanowi *lex specialis* i wyposażona jest we własne środki przymusu. Przede wszystkim jednak ustawa nie przewiduje w sprawie poddania się obowiązkowym szczepieniom wydawania przez inspektora sanitarnego decyzji administracyjnych. Dlatego w razie niewywiązywania się z obowiązku szczepienia nie może być stosowany przymus bezpośredni na podstawie ustawy zwanej egzekucyjną ani grzywna lub nagana z art. 115 kodeksu wykroczeń⁸⁴⁹. Jediną podstawą odpowiedzialności pozostaje art. 35 k.w., ponieważ wśród wymienionych tam obowiązków jest również obowiązek poddawania się szczepieniom. Art. 35 k.w. stosuje się jednak tylko do sprawców, którzy ukończyli 17 lat

⁸⁴⁷ R. Kubiak, *ibidem*.

⁸⁴⁸ Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji z 17 czerwca 1966 r. (tekst jednolity – Dz.U. nr 36 z 1991 r. poz. 161 z późn. zm.). Grzywnę w celu przymuszenia nakłada się, „gdy egzekucja dotyczy spełnienia przez zobowiązanego obowiązku znoszenia lub zaniechania albo obowiązku wykonania czynności, a w szczególności czynności, której z powodu jej charakteru nie może spełnić inna osoba za zobowiązanego” (art. 119 §1). Przymus bezpośredni „polega na doprowadzeniu do wykonania obowiązku podlegającego egzekucji drogą zagrożenia zastosowania lub drogą zastosowania bezpośrednio skutecznych środków, nie wyłączając siły fizycznej, w celu usunięcia oporu zobowiązanego i oporu innych osób, które stoją na przeszkodzie wykonania obowiązku”, a stosuje się go m.in. „w przypadkach, gdy ze względu na charakter obowiązku stosowanie innych środków egzekucyjnych nie jest możliwe” (art. 148).

⁸⁴⁹ J. Bujny: *Prawa pacjenta* s. 280–281, a także spostrzeżenia aktualne pod rządem nowej ustawy – T. Dukiet-Nagórska: *Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach*, Prawo i Medycyna nr 11 (vol. 4) 2002, s. 29–30.

i w sprawach dotyczących ich osobiście. Tymczasem znacznie większe znaczenie ma szczepienie dzieci, ponieważ przytłaczająca większość szczepień obowiązkowych powinna być wykonana we wczesnym dzieciństwie. Odpowiedzialność za zaniechanie tego obowiązku spada na przedstawicieli ustawowych, tyle że art. 35 k.w. nie daje po temu podstawy⁸⁵⁰, w przeciwieństwie do art. 115 §2 k.w., który jednak, jak zostało już powiedziane, nie znajduje zastosowania tam, gdzie obowiązek nie zostaje stwierdzony decyzją administracyjną⁸⁵¹. W rezultacie należy z żalem, ale zgodzić się z Teresą Dukiet-Nagórką, iż „obowiązkowość szczepień jest niemal zupełnie deklaratoryjna, a to przeczy samej obowiązkowości”⁸⁵².

Zjawisko świadomego i celowego uchylania się od obowiązku szczepienia dzieci stanowi fakt społeczny. W sprawie rozstrzygniętej przez Naczelny Sąd Administracyjny w 2011 r.⁸⁵³ Powiatowy Inspektor Sanitarny wydał decyzję nakazującą rodzicom małoletniej natychmiastowe stawienie się z dzieckiem w punkcie szczepień celem wykonania szczepienia obowiązkowego. Decyzję poprzedziła korespondencja z rodzicami, w której konsekwentnie odmawiali. Następnie równie konsekwentnie odwoływali się, aż sprawa trafiła do NSA. Skarżyli kolejne decyzje na wszystkich możliwych frontach, powołując się m.in. na łamanie praw pacjenta, ustawy o chorobach zakaźnych oraz Konstytucję, co dobitnie świadczy o ich uporze i determinacji. NSA uznał kasację za uzasadnioną, ponieważ „powołana ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi nakładając obowiązek z mocy prawa nie wprowadza w tym zakresie podstaw do wydawania przez Państwową Inspekcję Sanitarną decyzji administracyjnej”. Tak więc w zakresie szczepień obowiązkowych cała ustawa na nic, ponieważ nie daje możliwości wyegzekwowania obowiązku.

⁸⁵⁰ T. Dukiet-Nagórska: *Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych...*, s. 30.

⁸⁵¹ Art. 115 kodeksu wykroczeń:

§ 1. *Kto pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej nie poddaje się obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu (...) podlega karze grzywny do 1500 zł albo karze nagany.*

§ 2. *Tej samej karze podlega, kto sprawując pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną pomimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej nie poddaje jej obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu.*

⁸⁵² T. Dukiet-Nagórska: *Uwagi...*, s. 30

⁸⁵³ Wyrok NSA w Warszawie z 6 kwietnia 2001 r., II OSK 32/11, LEX nr 852219, Dz.U. Nr 234/2008 poz.1570.

Aspóeczne postawy uchylania się od szczepieñ grożą epidemiami, których ofiarami padną, oprócz mędrkujących na ryzyko własne i swych podopiecznych – osoby niemogące się zaszczepić z powodu silnych przeciwwskazañ zdrowotnych: niedaleko szukając – pacjenci po przeszczepach lub inne osoby z pierwotnymi bądź nabytymi niedoborami odporności. Zagrozenie dotyczy przede wszystkim dzieci. Szczepienia jako takie sà realizowane ze względu zarówno na dobro osoby szczepionej, jak osób trzecich. Co do osób trzecich – chodzi o zjawisko „**herd immunity**” (dosł. „odporność stadna”, zwykle nazywana „populacyjną”, „grupową”, „zbiorową”, „zbiorowiskową”, „gromadną” itp.). Powyżej pewnego odsetka osobników odpornych w populacji, zmiennego dla różnych gatunków i dla różnych jednostek chorobowych – **czynnik zakaźny nie ma jak się szerzyć**, a epidemia wygasa w zarodku. Dlatego pilnie moim zdaniem potrzebne jest precyzyjne uregulowanie stosowania przymusu bezpośredniego w celu egzekwowania poddawania się szczepieniom obowiązkowym. Ponieważ jednak szczepienie w niewielkim stopniu, ale naraża zdrowie szczepiącego się – warto byłoby powrócić do rekompensowania na zasadzie słuszości szkód oraz krzywd doznanych w wyniku powikłañ po szczepieniu obowiązkowym.

Przymusowe leczenie w stanie klęski żywiołowej

Przymusowe leczenie w stanie klęski żywiołowej (ustawa o stanie klęski żywiołowej, Dz.U. nr 62 z 2002 r., poz. 558).

Stan klęski żywiołowej może być wprowadzony „dla zapobieżenia skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej oraz w celu ich usunięcia” (art. 2), na obszarze, na którym wystąpiła klęska lub gdzie wystąpiły lub mogą wystąpić jej skutki (art. 4 ust. 1), na czas oznaczony, niezbędny dla zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia, nie dłuższy niż 30 dni (art. 4 ust. 2) w drodze rozporządzenia Rady Ministrów. A więc (tak, jak przy stanie epidemii) jest to pojęcie sformalizowane: własne jeśli nie ma ogłoszenia stanu klęski żywiołowej – nie ma *de iure* stanu klęski żywiołowej nawet, jeśli *de facto* ziemia dygocze, pioruny biją, wybuchają wulkany, elektrownie jądrowe i rafinerie, a wirusy szaleją.

Definicja. Przez klęskę żywiołową rozumie się „**katastrofę naturalną lub awarię techniczną, których skutki zagrażają życiu lub zdrowiu dużej liczby osób, mieniu w wielkich rozmiarach albo środowisku na znacznych obszarach, a pomoc i ochrona mogą być skutecz-**

nie podjęte tylko przy zastosowaniu nadzwyczajnych środków, we współdziałaniu różnych organów i instytucji oraz specjalistycznych służb i formacji działających pod jednolitym kierownictwem” (art. 3 ust. 1 pkt. 1).

Przez **katastrofę naturalną** rozumie się „zdarzenie związane z działaniem sił natury, w szczególności wyładowania atmosferyczne, wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, długotrwałe występowanie ekstremalnych temperatur, osuwiska ziemi, pożary, susze, powodzie, zjawiska lodowe na rzekach i morzu oraz jeziorach i zbiornikach wodnych, masowe występowanie szkodników, chorób roślin lub zwierząt **albo chorób zakaźnych ludzi** albo też działanie innego żywiołu” (art. 3 ust. 1 pkt. 2).

Przez awarię techniczną rozumie się „gwałtowne, nieprzewidziane uszkodzenie lub zniszczenie obiektu budowlanego, urządzenia technicznego lub systemu urządzeń technicznych powodujące przerwę w ich używaniu lub utratę ich właściwości” (art. 3 ust. 1 pkt. 3).

Ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela w stanie klęski żywiołowej stosuje się do osób fizycznych zamieszkałych lub czasowo przebywających na obszarze, na którym został wprowadzony stan klęski żywiołowej (art. 20). Mogą one polegać m.in. (art. 21) na:

- obowiązku poddania się badaniom lekarskim, leczeniu, szczepieniom ochronnym oraz stosowaniu innych środków profilaktycznych i zabiegów, niezbędnych do zwalczania chorób zakaźnych oraz skutków skażeń chemicznych i promieniotwórczych,
- obowiązku poddania się kwarantannie.

Jedną z postaci katastrofy naturalnej w rozumieniu art. 3 jest „masowe występowanie (...) chorób zakaźnych ludzi”. Ograniczenia z art. 21 ust. 1 punktu 5 i 6 mogą być stosowane również jeśli coś innego stanowiło pierwotną podstawę wprowadzenia stanu klęski żywiołowej (np. wszystko zaczęło się od trzęsienia ziemi, a wtórnie wystąpiło zagrożenie epidemiologiczne).

Ustawa o s.k.ż. stanowi moim zdaniem podstawę do ograniczania praw pacjenta samoistną i niezależną od ustawy „zakaźnej”, a to dlatego, że taka jest litera ustawy o s.k.ż. – nie ma tu zastrzeżenia „na zasadach określonych w odrębnych przepisach”.

Niezbędne ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela, o których mowa w art. 21 i art. 22, w granicach dopuszczonych w rozporządzeniu Rady Ministrów o wprowadzeniu stanu klęski żywiołowej, **wprowadza organ kie-**

rujący działaniami prowadzonymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia (art. 23)⁸⁵⁴:

Rozporządzenia i zarządzenia podlegają ogłoszeniu przez rozplakatowanie obwieszczeń w miejscach publicznych lub w inny sposób miejscowo przyjęty, a także przez ogłoszenie w lokalnej prasie. Decyzje zapadają na zasadach k.p.a., ale: (1) podlegają one natychmiastowemu wykonaniu z chwilą doręczenia lub ogłoszenia, (2) mogą być w nagłych wypadkach wydawane ustnie, a następnie niezwłocznie potwierdzane na piśmie.

Osoby, które w czasie stanu klęski żywiołowej wbrew obowiązкови określone w art. 21 ust. 1 pkt 5 i 6 nie poddają się badaniom lekarskim, leczeniu, szczepieniom ochronnym oraz stosowaniu innych środków profilaktycznych i zabiegów niezbędnych do zwalczania chorób zakaźnych oraz skutków skażeń chemicznych i promieniotwórczych, a także nie poddają się obowiązкови kwarantanny – podlegają karze aresztu albo grzywny. Rozpoznawanie spraw następuje w trybie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia w postępowaniu przyspieszonym (art. 27).

Niezależnie od tego może być stosowany przymus bezpośredni na zasadach ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, o ile obowiązek został stwierdzony decyzją administracyjną.

Zakończenie

Przymus w medycynie stosowany jest w sytuacjach wyjątkowych, omówionych w tym rozdziale. Uzasadnienie dla jego stosowania wynika przede wszystkim z potrzeby ochrony osób trzecich, aczkolwiek w odniesieniu do szczepień przeciwko chorobom zakaźnym jako dobro chronione zostało wskazane *zdrowie publiczne* w sensie odporności populacyjnej, której zachowanie przynosi korzyść wszystkim, zarówno szczepionym, jak niechętnym szczepieniom oraz niemogącym się szczepić.

⁸⁵⁴ W zależności od tego, kto kieruje działaniami prowadzonymi w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięcia – jeżeli stan klęski żywiołowej wprowadzono na obszarze gminy, wójt / burmistrz / prezydent miasta – jeżeli na obszarze więcej niż jednej gminy wchodzącej w skład powiatu, starosta – jeżeli na obszarze więcej niż jednego powiatu wchodzącego w skład województwa, wojewoda – jeżeli na obszarze więcej niż jednego województwa – minister spraw wewnętrznych lub inny m-r do zakresu działania którego należy zapobieganie skutkom danej klęski żywiołowej lub ich usuwanie; w razie sporu kompetencyjnego minister wyznaczony przez Prezesa Rady Ministrów.

Postępowanie przymusowe w sprawach medycznych bywa zabezpieczone sankcjami administracyjnymi oraz przymusem bezpośrednim. Samo stwierdzenie ustawowego obowiązku poddania się określonym świadczeniom zdrowotnym nie wystarcza do zastosowania sankcji, o ile nie zostały one wyraźnie przewidziane. Modelowe rozwiązanie postępowania przymusowego powinno przewidywać ustawowy obowiązek obwarowany również przewidzianą w ustawie konkretną sankcją lub sankcjami. Takie regulacje nie są jednak wprowadzane konsekwentnie. Zaznaczają się luki i nieścisłości, które raz pozabawiają pacjenta stosownego trybu odwoławczego, drugi raz zaś – statuują obowiązki kategoryczne, lecz nieegzekwowalne.

Należy z całą mocą podkreślić, że przymus fizyczny, bezpośredni, może być stosowany jedynie przy wyraźnej podstawie prawnej; nie można go ani domniemywać, ani usprawiedliwiać analogią.

Prawnomedyczne dylematy i wyzwania

Transgresja płci. Transseksualizm

„Obserwując wielkość wewnętrznego rozdarcia transseksualisty, nienawiść do swojego ciała oraz jej pustoszące działanie, powinniśmy dostrzegać cały tragizm tego zjawiska, stanowiącego największy dramat ludzkiej psychiki”.

K. IMIELIŃSKI, S. DULKO: „PRZEKLEŃSTWO ANDROGYNE.
TRANSEKSSUALIZM: MITY I RZECZYWISTOŚĆ”

Jedną z podstawowych cech osobniczych jednostki ludzkiej jest płeć, która z punktu widzenia praw stanu cywilnego musi zostać określona w chwili urodzenia na jeden z dwóch tylko sposobów.

„Rozstrzygnięcie nasuwających się wątpliwości wymaga przede wszystkim wyjaśnienia, kiedy można mówić – w wypadkach wątpliwych – bądź o płci męskiej, bądź żeńskiej. Trudności wynikają stąd, że w wypadkach takich różnorodne cechy płci nie są jednoznaczne, a granica między dwoma płciami jest niejasna. W takim wypadku występuje tzw. obojnactwo, które jednak nie może być ujawnione w akcie urodzenia, gdyż prawo uznaje tylko dwie płci: męską i żeńską. W takiej sytuacji należy przeto za podstawę ustalenia płci człowieka wziąć wszystkie jej cechy, tak zewnętrzne, jak i wewnętrzne, nie wyłączając świadomości zainteresowanego osobnika. Z konieczności trzeba mu przypisać taką płeć, jakiej cechy są przeważające”⁸⁵⁵.

⁸⁵⁵ Fragment uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77, OSP nr 10/1983 poz. 217, z gl. M. Sośniaka oraz K. Imielińskiego z S. Dulko.

Z medycznego punktu widzenia nie jest to jednak takie proste. Funkcjonująca w naszym prawie dwudzielność płci wymaga odpowiedniej kwalifikacji już w chwili narodzin. Dokonuje tego lekarz neonatolog, kierując się wyłącznie kryterium obecności penisa⁸⁵⁶, choćby nawet rozwiniętego szczątkowo. Nie ma w tym nic dziwnego, ponieważ w zasadzie brak jest możliwości uzyskania więcej danych w odniesieniu do noworodka, chyba że matka dostarczy wcześniej wynik genetycznego badania prenatalnego. Nie jest to jednak praktykowane, a same badania wykonuje się u nas stosunkowo rzadko⁸⁵⁷. „Taka pobieżna klasyfikacja, przeprowadzona tylko na podstawie drugorzędnych cech płciowych nie zawsze jest jednak trafną przepowiednią”⁸⁵⁸.

W przypadku **transseksualizmu** pozory mylą całkowicie. Niemniej z medycznego punktu widzenia kondycja transseksualisty wymaga korekt zarówno urzędowych, jak medycznych, przy czym jak się okazuje, jedno i drugie są jednakowo ważne.

Transseksualizm zalicza się do zaburzeń identyfikacji płciowej. Przez pewien czas figurował w klasyfikacji WHO jako jednostka chorobowa, obecnie należy tam do kategorii zaburzeń⁸⁵⁹. Tak czy inaczej ponad wszelką wątpliwość nie jest to stan fizjologiczny. Patologie mogą być jednak najrozmaitsze i wymagać różnych sposobów leczenia, o ile w ogóle okażą się uleczalne.

Wokół transseksualizmu narosło wiele nieporozumień, wynikłych jak się wydaje z niedostatków wiedzy, dlatego warto na początek przedstawić najważniejsze konkluzje natury medycznej. W tym celu skorzystałam z popularyzatorskiej pracy cenionych seksuologów: Kazimierza Imielińskiego i Stanisława Dulko – pod znamienym tytułem „Przekleństwo Androgyne”⁸⁶⁰. Zagadnienie transseksualizmu doczekało się więcej opracowań z zakresu tak medy-

⁸⁵⁶ K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, PWN 1988 s. 15.

⁸⁵⁷ Genetyczne badanie prenatalne służy co prawda wykryciu ewentualnych wad genetycznych u płodu, jednak na życzenie matki jest przy tej okazji ustalana płeć genetyczna i do wyniku badania zostaje włączona informacja o kariotypie płodu: XX lub XY.

⁸⁵⁸ s. 15.

⁸⁵⁹ Zob. E. Holewińska-Łapińska: *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, Studia i analizy Sądu Najwyższego t. IV, Warszawa 2010, s.16, przyp. nr 13.

⁸⁶⁰ K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, PWN 1988.

cyny, jak prawa⁸⁶¹. W tych ostatnich jako kwestia kluczowa rozważany jest leczniczy charakter czynności korygujących płeć w zgodzie z odczuciami, zaś na drugim planie – wpływ zmiany na dobra prawne osób trzecich. Przy tej ilości istniejących prac niech wolno mi będzie założyć upowszechnienie wiedzy o transseksualizmie w podstawowym zakresie bez potrzeby przytaczania owych informacji po raz kolejny. „Przekleństwo Androgyne” zasługuje jednak moim zdaniem na szczególną uwagę ze względu na głęboko humanistyczne nacechowanie oraz na zaakcentowanie odczuć i reakcji pacjentów dotkniętych tą przypadłością. Tutaj zostaną streszczone przede wszystkim odczucia. Według Autorów „zagadnienie transseksualizmu ogniskuje wszelkie uprzedzenia i przesady dotyczące seksualności człowieka w ogóle”⁸⁶².

Dla typowego transseksualizmu charakterystyczny jest następujący zespół cech:

- datujące się od urodzenia pragnienie przynależności do płci odmiennej pod względem cech anatomicznych,
- manifestacja rysów osobowości charakterystycznych dla płci odmiennej niż wyznaczona przez cechy cielesne,
- zachowania płciowe przeciwstawne do posiadanych cech płciowych,
- używanie odzieży płci odmiennej,
- pragnienie pozbycia się posiadanych narządów płciowych,

⁸⁶¹ Zob. K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar: *Transpozycje płci*, Kraków 2001; K. Imieliński, S. Dulko: *Transseksualizm a rodzina. Analiza 200 przypadków*, Prawo a medycyna u progu XXI wieku – materiały sympozjum, red. M. Filar, Toruń 18–19 maja 1987 r.; Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000; M. Filar: *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, Państwo i Prawo nr 7/1989; tegoż: *Transseksualizm jako problem prawny*, Przegląd Sądowy nr 1/1996; P. Daniluk: *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, Prawo i Medycyna nr 1/2007; tegoż: *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci u transseksualistów*, Państwo i Prawo nr 5/2007 i tam powołana literatura; M. Fajkowska-Stanik: *Transseksualizm i rodzina. Przekaz pokoleniowy wzorów relacyjnych w rodzinach transseksualnych kobiet*, Warszawa 2001; C. Gromadzki: *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, Przegląd Sądowy nr 10/1997 i tam powołana literatura; J. Kruk-Jeronin, T. Pajszczyk-Kieszkiewicz, A. Zieliński, C. Peszyński-Drews, J. Goldstein: *Moralne i prawne problemy chirurgicznego leczenia chorych z transseksualizmem typu kobieta-mężczyzna*, Prawo a medycyna u progu XXI wieku red. M. Filar, M. Adamczyk: *Zmiana płci w świetle aktualnego stanu prawnego*, Przegląd Sądowy nr 11–12/2006, K. Osajda: *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, Przegląd Sądowy nr 5/2004, J. Warylewski: *O duszy uwięzionej w obcym ciele. Dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, Gazeta Sądowa nr 73–74/2000.

⁸⁶² s. 10.

- heteroseksualny charakter popędu płciowego (ukierunkowanego pod względem budowy ciała homoseksualnie),
- brak pozytywnych doznań płynących z genitaliów,
- nie mające charakteru omamowego przekonanie, iż jest się osobą płci odmienniej⁸⁶³.

Transseksualizm bywa zestawiany z transwestytyzmem, homoseksualizmem i biseksualizmem. Swego czasu zdarzały się przypadki pomylenia transseksualizmu z transwestytyzmem⁸⁶⁴. Różnica pomiędzy transseksualizmem a wymienionymi odmiennościami seksualnymi polega przede wszystkim na tym, że te ostatnie stanowią odstępstwa od **roli** płciowej (lub wężej – seksualnej), podczas gdy zespół transseksualizmu to odstępstwo od typowej **identyfikacji** płciowej⁸⁶⁵. Nikt oprócz transseksualistów nie kwestionuje swojej przynależności do danej płci. Transseksualizm przekracza granicę płci biologicznej przez identyfikację z płcią odmienną. Z tego punktu widzenia płeć transseksualisty jest określona błędnie.

Stosunek transseksualisty do własnego ciała można odlegle porównać z *BIID*: dezaprobatą odnosi się do tych cech, które wskazują na płeć odmienną niż odczuwana; u kobiet trans: piersi i brak zarostu na twarzy, zaś u mężczyzn trans: penis i jądra, a brak pochwy i piersi. Te „mankamenty” traktowane są jako wady, które należy ukryć. Przeszkadzają przede wszystkim w prowadzeniu życia erotycznego. Sama zaś świadomość ich posiadania powoduje ogromne cierpienie psychiczne⁸⁶⁶, ponieważ jest to wrażenie, iż własne ciało znajduje się w posiadaniu kogoś innego; transseksualista czuje się *rozdzielony*, nie zgadza się sam ze sobą⁸⁶⁷. „Transseksualista nienawidzi swoich narządów płciowych, czuje do nich wstręt i odrazę oraz dąży do ich usunięcia dlatego, że uważa siebie za osobę płci odmienną i ofiarę „błędu natury”⁸⁶⁸. U transseksualnych mężczyzn zdarzają się (wg stanu na rok 1988 nieliczne) przypadki samokastracji – obcięć zewnętrznych narządów płciowych – przy użyciu szczyrorka lub brzytwy⁸⁶⁹.

⁸⁶³ K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne*, s. 164.

⁸⁶⁴ Zob. orzeczenie S. Woj. dla m.st. Warszawy z 24.IX.1964, II CR 515/64, Państwo i Prawo nr 10/ 1965 s. 600 z gl. J. Litwina oraz uchwała SN z 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77, OSP nr 10/1983 poz. 217, z gl. M. Sośniaka oraz K. Imielińskiego z S. Dulko.

⁸⁶⁵ K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne*, s. 74.

⁸⁶⁶ Ibidem, s. 150.

⁸⁶⁷ s. 122.

⁸⁶⁸ s. 161.

⁸⁶⁹ s. 179.

Istota zaburzenia dotyczy identyfikacji płciowej oraz – pośrednio – roli płciowej. Problemy seksualne stanowią zjawisko wtórne i schodzą na plan dalszy; na pierwszym planie znajduje się dążenie do dostosowania budowy cielesnej do płci odczuwanej oraz do zyskania społecznej akceptacji jako osoba tej właśnie płci⁸⁷⁰.

Transseksualiści są heteroseksualni: własną płęć biologiczną uważają za odmienną i wobec tego pociąg odczuwany do osób tej samej płci tylko pod względem budowy ciała uważają za jak najbardziej heteroseksualny⁸⁷¹. Transseksualne kobiety podkreślają swoją męskość wybierając partnerki heteroseksualne. Gdy okaże się, że doszło do nieporozumienia, ponieważ partnerka okazała się lesbijką, transseksualistka kończy znajomość przede wszystkim obawiając się, że sama zostanie uznana za lesbijkę⁸⁷² – a przecież jako psychiczny mężczyzna pragnie kobiet o orientacji hetero. Gdy zaś chodzi o mężczyzn, to mężczyzna homoseksualny prowadzi normalne życie erotyczne i czerpie przyjemność z atrybutów męskości, wobec czego przede wszystkim obawia się kastracji. Natomiast transseksualny mężczyzna czując się kobietą nienawidzi swych męskich narządów płciowych i jak najszybciej chce się ich pozbyć⁸⁷³. Transseksualny mężczyzna w sposób bardziej jawny od transseksualnej kobiety demonstruje wewnętrzny przymus zmiany płci⁸⁷⁴.

Została także zidentyfikowana trzecia grupa transseksualistów, prezentująca styl życia i gamę zachowań charakterystycznych dla obu płci. Ci pacjenci deklarują elastyczność co do repertuaru zachowań płciowych: dobrze się czują w obu rolach⁸⁷⁵. Dla nich efektywna pomoc lekarska będzie znacznie bardziej skomplikowana (o ile w ogóle jest to możliwe – ponieważ praktycznie należałoby ich jak się wydaje wyposażyć w atrybuty obu płci: są to osoby prawdziwie androgyniczne), a urzędowa zmiana płci nie załatwia sprawy. Pragnieniem tych osób jest funkcjonować raz jako kobieta, a raz jako mężczyzna i na tę okoliczność najlepiej mieć dwa dowody osobiste. Z punktu widzenia obowiązującego prawa jest to pragnienie nierealne, chyba żeby dokonać radykalnej zmiany polegającej na wprowadzeniu trzeciej płci, dajmy na to „Z”

⁸⁷⁰ s. 121.

⁸⁷¹ s. 119.

⁸⁷² s. 161.

⁸⁷³ s. 162.

⁸⁷⁴ s. 153.

⁸⁷⁵ s. 152.

(„z” – jak „zmienny”), a osoby takie przybierałyby personalia celowo niewskazujące na płeć żeńską ani męską⁸⁷⁶.

Cytowani Autorzy odnotowali w swych badaniach, że żadna inna grupa społeczna nie ma tak wysokiego jak transseksualiści wskaźnika samobójstw; z ich obserwacji wynika, że wynosi on od 70 do 90%, a powołują się także na źródła amerykańskie podające wskaźnik ni mniej ni więcej tylko 100%⁸⁷⁷; przy tym zdecydowana większość pacjentów nie ma w chwili próby samobójczej partnera erotycznego⁸⁷⁸. Zamachy samobójcze są spowodowane tym, że transseksualiści nie mogą znaleźć dla siebie środowiska, w którym mogliby istnieć. Postrzeganie siebie w repertuarze zachowań płci odmiennej „burzy istniejące normy i potęguje uczucie izolacji, bezradności, beznadziejności, nicości i niespełnionej egzystencji. Drugą możliwością jest wieczność – próba samounicestwienia”⁸⁷⁹. Wydaje się, iż od roku 1988 w naszym społeczeństwie niewiele się pod tym względem zmieniło, o czym świadczą rozmaite doniesienia prasowe. W tzw. potocznej świadomości transseksualista to to samo co transwestyta lub homoseksualista. Kobieta w spodniach jeszcze jakoś wtopi się w tło, ale już mężczyzna, niekoniecznie w sukience, ale zachowujący się po kobiecemu – narażony jest na niewybredne zaczepki, a także na czynną napaść w ramach propagowanego ostatnio przez kręgi tzw. zdrowej polskiej młodzieży „zakazu pedałowania”. Szerszego zrozumienia mogą już spodziewać się hermafrodyty, ale i tak każdy „odmieniec” naraża się na ostracyzm anonimowego stada. Większą tolerancję zdobywają tylko ci, którym uda się zaistnieć publicznie. Jednak zwykłym ludziom wiatr w oczy: statystyka pokazuje, że na ogół pozostają bez pracy, a rodzina często się od nich odwraca⁸⁸⁰.

Powyższe konstatacje mają na celu przekonać, że pacjenci dotknięci zespołem transseksualizmu wymagają pomocy medycznej, ponieważ aktualny stan rozdarcia między ciałem a psychiką przysparza im nieznośnych cierpień i popycha do samobójstw.

⁸⁷⁶ Z nazwiskiem byłoby stosunkowo prosto, natomiast imion trzeba by szukać w językach obcych: np. Andrea, Asa, Neko (*jap.* kot), Eli, Sasza. Osoby zmiennoseksualne używają takich niezdefiniowanych płciowo pseudonimów w kontaktach towarzyskich.

⁸⁷⁷ K. Imieliński, S. Dulko: *op. cit.* s. 177.

⁸⁷⁸ s. 179.

⁸⁷⁹ s. 178.

⁸⁸⁰ Badanie aktowe spraw z lat 1991–2008 przeprowadzone przez E. Holewińską-Łapińską wykazało, że wsparcia emocjonalnego ze strony przynajmniej jednego z rodziców pacjenci doświadczyli w 119 przypadkach na 244 badane (E. Holewińska-Łapińska: *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*).

Autorzy opracowania uważają sądową zmianę płci oraz operacyjne zabiegi upodabniające płeć genitalną do odczuwanej za wskazane u transseksualistów, jak również *w pewnych szczególnych przypadkach homoseksualizmu i transwestytyzmu*⁸⁸¹. Niewskazane są one natomiast dla *psychotyków, neurotyków, socjopatów oraz psychopatów o objawach zaburzenia zbliżonych do objawów transseksualizmu*⁸⁸². Podają, że część lekarzy postuluje **urzędową zmianę płci bez przeprowadzenia zabiegów operacyjnych i uważają to za pewną formę terapii o istotnym znaczeniu** [!]⁸⁸³. Jako dowód przywołują własne badania około pięćdziesięciu osób po sądowej zmianie płci, z którymi zdołali się skontaktować. Nie spotkali się z ani jednym przypadkiem, w którym delikwent przejawiałby wątpliwość co do słuszności obranej drogi. Wszyscy ankietowani wręcz nie umieli sobie wyobrazić egzystencji innej niż obecna i *ex post* zastanawiali się, jak mogli tak długo wytrzymać w poprzedniej kondycji. Jednocześnie zostało ustalone, że tylko trzydzieści pięć spośród nich poddało się korekcie chirurgicznej⁸⁸⁴.

Na podstawie piśmiennictwa oraz własnego badania akt sądowych i badań katamnetycznych⁸⁸⁵ Autorzy sformułowali następujące korzyści wpływające dla transseksualnego pacjenta z sądowej zmiany płci:

- 1) złagodzenie konfliktów interpsychicznych i interpersonalnych;
- 2) odwrócenie uwagi od natrętnego zainteresowania problemem własnej płci i skierowanie aktywności psychicznej na *społecznie użyteczną działalność zawodową*;
- 3) stworzenie dla lekarzy podstaw prawnych do podjęcia leczenia chirurgicznego lub zachowawczego, w celu częściowej chociażby korekty cech anatomicznych i czynnościowych, zgodnej z identyfikacją psychoseksualną pacjenta⁸⁸⁶.

Zabiegi korygujące zostały przez Autorów **zakwalifikowane jako leczenie objawowe, które zmierza jedynie do upodobnienia do płci odmiennej**⁸⁸⁷. **Terapia hormonalna i zabiegi chirurgiczne nie**

⁸⁸¹ s. 232.

⁸⁸² j.w.

⁸⁸³ s. 233.

⁸⁸⁴ s. 240–241.

⁸⁸⁵ Tzn. dotyczących historii choroby od chwili zapadnięcia oraz badania skuteczności terapii przy uwzględnieniu dalszych losów pacjenta.

⁸⁸⁶ s. 246.

⁸⁸⁷ s. 266.

prowadzą do wyleczenia, lecz stanowią formę rehabilitacji leczniczej⁸⁸⁸. Żadne inne metody lecznicze: ani psychiatryczna, ani neurochirurgiczna, ani psychoendokrynologiczna – nie są skuteczne, a ponadto te formy leczenia są jednoznacznie i zdecydowanie odrzucane przez pacjentów. Przy uwzględnieniu zatem dwóch czynników: 1) skuteczności oraz 2) rozeznanej zgody pacjenta pozostają więc tylko hormony i chirurgia⁸⁸⁹.

W konkluzji Autorzy wyrażają opinię, iż **sądowa zmiana płci przez uzgodnienie z płcią odczuwaną, jako wywołująca także pozytywny efekt terapeutyczny, powinna być dokonywana**, ponieważ umożliwia pacjentom pełnienie właściwych ról społecznych i przywraca sens ich życiu⁸⁹⁰.

Z prawnego punktu widzenia płeć zalicza się do praw stanu cywilnego, natomiast za dobro osobiste uważana jest bądź płeć, bądź poczucie przynależności do danej płci. Jednostka ma zatem godny ochrony interes w tym, aby jej urzędowo stwierdzona płeć odpowiadała rzeczywistości.

Sąd Najwyższy wyraził podobne zapatrywanie już wiele lat temu, bo w roku 1978: „Prawo polskie zmiany płci istotnie nie normuje, ale z jego przepisów, a ściślej z przepisów prawa o aktach stanu cywilnego wynika, że akty te powinny stwierdzać stan zgodny z prawdą. Już przeto z tej zasady można wnioskować, że dostosowanie zapisu o płci, zawartego w akcie urodzenia, do stanu rzeczywistego, jest dopuszczalne. Taki pogląd wynika też z szeroko pojętej ochrony dóbr osobistych człowieka. **Każda bowiem jednostka powinna mieć możliwość występowania w społeczeństwie z takimi cechami osobistymi, jakie rzeczywiście posiada** [podkr. M.B.]. Sprzeczne byłoby z tą zasadą zmuszanie człowieka do występowania w życiu jako mężczyzna, jeżeli właściwości jego organizmu wskazują, że jest on kobietą (lub odwrotnie)”⁸⁹¹.

Badania nad sytuacją prawną transseksualistów przeprowadziła Elżbieta Holewińska-Łapińska⁸⁹². Analizie zostały poddane akta 245 spraw w sądach okręgowych z lat 1991–2008, przy czym raz zdarzyło się, że sąd dwukrotnie orzekł o zmianie płci tej samej osoby. W 243 przypadkach zapadło orzeczenie zgodne z żądaniem pozwu. Zatem polska judykatura co do zasady nie widzi

⁸⁸⁸ s. 257.

⁸⁸⁹ j.w.

⁸⁹⁰ s. 246.

⁸⁹¹ . Uchwała SN z 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77, OSP nr 10/1983 poz. 217.

⁸⁹² E. Holewińska-Łapińska: *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*.

przeszkód w urzędowym stwierdzaniu przynależności do płci odmiennej celem dokonania odpowiedniej adnotacji w akcie urodzenia. Według Raportu Holewińskiej-Łapińskiej 220 spośród tych osób nie zawarło w ogóle małżeństwa, 10 było po rozwodzie, natomiast co do pozostałych brak jest danych w aktach sprawy. Na temat 215 osób wiadomo, że nie miały dzieci. Zostało jednak wskazane, że sądy nie weryfikowały informacji pochodzących od zainteresowanego. Ta statystyka potwierdza spostrzeżenia Imielińskiego i Dulko, iż transseksualiści nie odnajdują się w rzeczywistości społecznej. Analiza orzecznictwa pokazuje, że kluczowe decyzje zapadają na poziomie sądów okręgowych i odbywa się to po myśli zainteresowanych, tak więc z punktu widzenia autonomii pacjenta i terapeutycznego efektu urzędowego rozstrzygnięcia, sytuacja przedstawia się pozytywnie. Sąd Najwyższy natomiast koncentruje się na zagadnieniach proceduralnych⁸⁹³. Po początkowej akceptacji trybu nieprocesowego zwyciężyło zapatrywanie, iż ustalenia płci powinno się dochodzić w procesie, z udziałem rodziców jako pozwanych i ostatecznie przez naniesienie wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia. Nie jest to koncepcja najszcześliwsza dla stron, ponieważ wprowadza niepotrzebny antagonizm, a prowadzenie procesu jest żmudne i może okazać się długotrwałe, zwłaszcza gdy krewni stawiają opór i domagają się oddalenia powództwa. Interes prawny rodziców w zablokowaniu rozstrzygnięcia, że ich dziecko jest innej płci niż pierwotnie sądzono, wydaje się co najmniej wątpliwy, nie powinni więc oni być stroną w procesie. W doktrynie postulowano, aby jako stronę pozwaną wskazywać Skarb Państwa, to jednak nie przekonało Sądu. W gruncie rzeczy i tak źle, i tak niedobrze. W takich sprawach po prostu nie powinno być pozwanych, a procedurę należy uprościć. To jednak wymagałoby zmian w prawie, o które od prawie pięćdziesięciu lat dopominają się tak prawnicy jak lekarze, jednakże na próżno. Horror próżni legislacyjnej utrzymuje się i nie zanosi się na zmianę.

Mimo w sumie taktownego i liberalnego podejścia do problemu transseksualizmu w polskim orzecznictwie, zarysowują się komplikacje co do następujących kwestii:

1. Dowody na przynależność do płci odmiennej.

Według Raportu Holewińskiej-Łapińskiej obecnie minimalnymi wymaganiami dla rozstrzygnięcia zgodnie z żądaniem pozwu są następujące

⁸⁹³ Zob. orzeczenia S.Woj. z 24.IX.1964 r., II Cr 515/64, (Państwo i Prawo nr 10/1965), SN z 25.II.1978 r. III CZP 100/77, (OSP nr 10/1983 poz. 217), zasada prawna SN z 22.VI.1989 r., III CZP 37/89 (OSP nr 2/1991 poz. 35), SN z 22.III.1991 r., III CRN 28/9, (Przegląd Sądowy nr 5–6/1991 s. 118: SN z 22 września 1995 r., III CZP 118/95 (OSP nr 4/1996 poz. 78).

ustalenia faktyczne: rozpoznanie transseksualizmu oparte na ocenach medycznych uwzględniających dotychczasowy dorobek w tej materii; wykazanie, iż zainteresowany realizuje funkcję społeczną zgodną z płcią odczuwaną oraz rozpoczęty proces upodobnienia do wybranej płci⁸⁹⁴.

Stosownie do uchwały Sądu Najwyższego z 1978 r.⁸⁹⁵. „W wypadku wyjątkowym sąd może sprostować akt urodzenia przez zmianę oznaczenia płci także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny”. Pytanie prawne zostało zadane w odniesieniu do osoby o budowie ciała *interseksualnej* i świadomości płci żeńskiej, jednak z kontekstu uzasadnienia wynika, że chodziło raczej nie o hermafrodytę, lecz o transseksualistę (nazwanego błędnie transwestytą) w trakcie kuracji. Stan faktyczny nie jest znany, nie wiadomo zatem, czy to pytanie sformułowane zostało niezręcznie, czy odpowiedź rozminęła się z pytaniem. Nie podzielam poglądu autora pierwszej glosy, Mieczysława Sośniaka, że uchwała jest nietrafna. Dostrzegam raczej pomieszanie pojęć i trudność w ustaleniu, jakich właściwie przypadków klinicznych sprawa dotyczy. Autorzy drugiej glosy – Imieliński i Dulko – komentują ją w kontekście transseksualizmu. Bez znajomości stanu faktycznego trudno jednak cokolwiek przesądzić. W każdym razie Sąd zajął stanowisko ostrożne, wymagając przewagi dowodowej na korzyść płci wnioskowanej.

Praktyka medyczna przedstawia się tak, że po zdiagnozowaniu transseksualizmu pacjentowi udaje się na ogół uzyskać terapię hormonalną oraz skłonić chirurga do korekty piersi (odpowiednio mastektomia lub implanty). Brak urzędowego stwierdzenia zmiany płci stanowi jednak przeszkodę w chirurgicznej korekcie genitaliów, ponieważ pociąga ona za sobą konieczność usunięcia organów rozrodczych, a zatem pozbawienie zdolności reprodukcyjnej. Lekarze obawiają się oskarżenia o ciężkie uszkodzenie ciała i jako podstawy legalności dla swych działań chcą wyroków sądowych. Z kolei Sąd żąda dowodów przeważających na korzyść płci wnioskowanej. Jeżeli pacjent wystąpi o urzędową zmianę płci wyłącznie na podstawie diagnozy, przed poddaniem się jakiegokolwiek interwencji medycznej, ryzykuje oddalenie powództwa z braku dostatecznych dowodów. W lepszej sytuacji znajdzie się ten, kto ma za

⁸⁹⁴ E. Holewińska-Łapińska: *Sądowa zmiana płci...*, s. 59.

⁸⁹⁵ Uchwała SN z 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77, OSP nr 10/1983 poz. 217.

sobą przynajmniej pierwszy etap terapii. Dosłowne rozumienie uchwały Sądu Najwyższego z 1978 r. zmusza więc pacjenta do wcześniejszego poddania się przynajmniej niektórym zabiegom. Prawda, że sam pacjent na ogół też ich pragnie, wiadomo jednak, iż pragnienie to jest silniejsze i dalej posunięte u mężczyzn niż u kobiet. Powstaje zatem pytanie, jak daleko idąca interwencja medyczna miałaby uzasadniać urzędową zmianę płci i czy takie wymuszenie mieści się w granicach praworządności, skoro na zabieg wymagana jest co do zasady rozeznana, a więc w szczególności całkowicie **dobrowolna** zgoda pacjenta. Zwłaszcza, że w uzasadnieniu tej samej uchwały pada argument, iż „zmuszenie takiego osobnika do poważnego zabiegu operacyjnego tylko w tym celu, aby mu umożliwić dostosowanie stanu prawnego do nowopowstałego stanu rzeczywistego, nie byłoby uzasadnione. Jest to kwestia tak ściśle osobista, że o dokonaniu zabiegu, o którym mowa, powinien decydować sam zainteresowany”.

Ze względu na poszanowanie autonomii nie należy moim zdaniem wymagać, aby pacjent przed założeniem sprawy w sądzie podejmował jakąkolwiek terapię. Lekarze wystarczająco dowiedli, iż trafna diagnoza transseksualizmu przeważa na korzyść płci odczuwanej, a dalsze badania wykazały, że zmiana urzędowa daje pozytywny efekt terapeutyczny. Reszta powinna już zależeć od woli pacjenta i z konieczności – od zasobności jego portfela, ponieważ zabiegi korygujące są kosztowne i nie podlegają refundacji.

Takie podejście do problemu transseksualizmu prezentuje brytyjska ustawa z 2004 r., *Gender Recognition Act*, uważana za regulację przełomową, a jednocześnie dojrzałą, bo powstała w rezultacie ponad 30 lat doświadczeń prawnych⁸⁹⁶. Brytyjscy transseksualiści napotykali jak się okazało trudności przeciwne niż polscy: bez przeszkód mogli poddawać się terapii hormonalnej i chirurgicznym zabiegom adaptacyjnym, finansowanym ze środków publicznych, natomiast konsekwentnie była im odmawiana urzędowa zmiana płci. W rezultacie nie mogli przede wszystkim zawierać małżeństw stosownie do poczucia psychicznego, albowiem z prawnego punktu widzenia byli tej samej płci co ich narzeczeni. Przez długi czas nie udawało im się uzyskać ochrony ani przed sądami krajowymi, ani przed Europejskim Trybunałem Praw

⁸⁹⁶ M. Domański: *Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim*, Studia i analizy Sądu Najwyższego t. IV, Warszawa 2010, s.142.

Człowieka⁸⁹⁷. Przełom nastąpił dopiero w 2002 r., kiedy przed ETPC wniosła skargę Christie Goodwin i wygrała⁸⁹⁸. Dopiero wówczas Trybunał wypowiedział pogląd, że obowiązkiem państw członkowskich jest zagwarantowanie szeroko rozumianych praw osób transseksualnych, co ograniczyło zakres swobody państw. Na wielką Brytanię został nałożony obowiązek wprowadzenia w tej sprawie regulacji prawnej. Niemniej stworzony standard odnosił się tylko do transseksualistów pooperacyjnych. „Przyznanie analogicznych praw transseksualistom przedoperacyjnym (w tym również osobom, które nie chcą lub nie mogą przeprowadzić tego typu zabiegu) – jak pisze Maciej Domański – nadal wydaje się pozostawać w sferze marginesu swobody państw członkowskich”⁸⁹⁹. Nie zmienia to jednak faktu, że na gruncie polskim stałoby w sprzeczności z poszanowaniem autonomii pacjenta.

Gender Recognition Act wychodzi wszakże poza standard ETPC, ponieważ pozwala na stwierdzenie zmiany płci w rezultacie wniosku osoby zainteresowanej i na podstawie życia zgodnie z inną płcią” niż metrykalna. Organ wydający zaświadczenie (zespół ds. uznania zmiany płci złożony z prawników oraz lekarzy) uwzględnia wniosek przy łącznym spełnieniu trzech przesłanek: 1) rozpoznanie u wnioskodawcy zespołu dezaprobaty (raczej dysforii) płci; 2) życie zgodnie z nabytą płcią przez co najmniej dwa lata; 3) wola dożywotniego funkcjonowania zgodnie z nabytą płcią (sekcja 2 § 1)⁹⁰⁰. Jako dowody wymagane są: dwa świadectwa lekarskie oraz złożone pod przysięgą oświadczenie wnioskodawcy co do uprzedniego minimum dwuletniego „realnego życia” zgodnie z płcią odczuwaną i zamiaru takiego życia aż do końca. **Nie jest wymagane przeprowadzenie jakichkolwiek zabiegów adaptacyjnych ani przejście leczenia hormonalnego.** Ustawa w żaden sposób nie zobowiązuje też do poddania się korektom płci w przyszłości. Nie odwołuje się do kryteriów społecznej akceptacji dla nowej płci wnioskodawcy ani

⁸⁹⁷ Zob. sprawy *Corbett v. Corbett* z 1970 r., *Regina v. Tan, Rees v. UK* (ETPC z 17.X.1986, skarga nr 9532/81), *Cossey v. UK* (ETPC z 27.IX.1990 r., skarga nr 10843/84), *X,Y and Z v. UK* (ETPC z 22.IV.1997 r., skarga nr 21830/93), *Schaffield and Horsham v. UK* (ETPC z 30.VII.1998 r., skargi nr 22985/93 i 23390/94), *Bellinger v. Bellinger* – zob. M. Domański: *Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim*, s. 142–149.

⁸⁹⁸ ETPC z 11.VII.2002 r., skarga nr 28957/95 – zob. M. Domański, *op. cit.* s. 149–152.

⁸⁹⁹ M. Domański, *op. cit.* s. 152.

⁹⁰⁰ j.w. s. 155 – zob. szczegółowe omówienie całej ustawy.

nie angażuje w sprawę osób trzecich, w szczególności najbliższych. Nie ogranicza zmiany płci ze względu na posiadanie dzieci⁹⁰¹. Nie wymaga opinii biegłych. Wolno zatem zmienić płeć wyłącznie w oparciu o poczucie psychiczne (poparte orzeczeniami lekarskimi), bez zmieniania czegokolwiek w płci biologicznej⁹⁰². Jedyne ograniczenie dotyczy osób pozostających w związku formalnym, które otrzymają na początek tylko zaświadczenie tymczasowe dla celów unieważnienia dotychczasowego związku, względnie otrzymania rozvodu (w Szkocji)⁹⁰³. Z punktu widzenia poszanowania autonomii jest to rozwiązanie prawie wzorcowe. Nie obejmuje tylko transseksualistów zmiennopłciowych, no i wymaga rozwiązania dotychczasowego związku formalnego – choć jednocześnie pozwala od razu zawrzeć nowy z tą samą osobą (tyle, że już nie małżeński, a partnerski).

Na gruncie polskim była w doktrynie podnoszona kwestia posiadanej przez transseksualistę „tradycyjnej” rodziny – jako przeszkoda dowodowa co do trwałości identyfikacji z płcią odmienną. W głosie do postanowienia Sądu Najwyższego z 1991 r.⁹⁰⁴ Marek Safjan wypowiedział pogląd⁹⁰⁵, iż teza o ciągłości płci człowieka nie znajduje jego zdaniem zastosowania do osób, które w zgodzie ze swą płcią metrykalną zawarły małżeństwo i dochowały się dzieci. Wprawdzie zasada prawdy materialnej odnotowanej w aktach stanu cywilnego sprzeciwia się uznaniu interesów osób trzecich za przeszkodę do dokonania zmiany wpisu, niemniej fakt związania transseksualisty związkiem małżeńskim z osobą płci metrykalnie odmiennej lub posiadanie dzieci podważa wiarygodność innych przesłanek rozstrzygnięcia: trwałości bądź nieodwracalności poczucia przynależności do płci. Jest to pogląd oderwany od rzeczywistości, w jakiej zmuszone są funkcjonować osoby transseksualne. Niewiele z nich doświadcza w swych dążeniach wsparcia ze strony najbliższych, a nawet jeżeli, to plaga homofobii wywiera znaczący wpływ na sam fakt ujawnie-

⁹⁰¹ Notabene Christie Goodwin wniosła skargę będąc już ojcem czwórki dzieci.

⁹⁰² s. 156–157.

⁹⁰³ s. 158–159.

⁹⁰⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91, Przegląd Sądowy nr 5–6/1991 s. 118 z tezą: „Poczucie przynależności do danej płci może być uznane za dobro osobiste (art. 23 k.c.) i jako takie podlega ochronie również w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.”.

⁹⁰⁵ M. Safjan: *Glosa...*, Przegląd Sądowy nr 2/1993 s. 78

nia transseksualnych odczuć. Trzeba mieć silny charakter i dużo samozaparcia, a poziom oświecenia publicznego w sprawie transseksualizmu jest raczej niewysoki. Spłoszonemu nastolatкови w okresie dojrzewania łatwo pomylić tę przypadłość ze skłonnością homo- lub biseksualną i zagmatwać się we własnym wstydzie wywoływanym przez ogólne nastawienie społeczeństwa do odmienności seksualnych. Założenie przez transseksualistę rodziny niekoniecznie musi świadczyć o chwiejności; już raczej o sile presji obyczajowej. Przyczynia się do tego walenie społeczne piętnowanie homoseksualizmu i wykpiwanie transwestytyzmu. Bywa, że transseksualista początkowo odbiera występujące u siebie objawy jako orientację homoseksualną i w obawie przed stygmatyzacją zakłada tradycyjną rodzinę, jednak taktyka tłumienia i wypierania okazuje się na dłuższą metę zawodna. Taki pacjent nie przestał być transseksualistą, tak jak nie przestała być sobą osoba homoseksualna wchodząca dla pozorów czy z rozpacz w związek z osobą płci odmiennej. Nie ma to nic wspólnego z kwestionowaną trwałością w poczuciu przynależności. Rzeczą seksuologów jest prawidłowo zdiagnozować zaburzenie. Wówczas nietrwałość może wynikać co najwyżej z transseksualnej zmienno płciowości. W Raporcie Holewińskiej-Łapińskiej pojawił się jeden przypadek na dwieście czterdzieści cztery, gdy sąd cierpliwie orzekł najpierw jedną zmianę płci, a po czterech latach drugą.

Z kolei w głosie do rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego – uchwały z 22 września 1995 r.⁹⁰⁶. Jerzy Ignatowicz skonstatował z niezadowoleniem, że *nowsza judykatura koncentruje się na procesowych zagadnieniach zmiany płci, ignorując kluczowy problem materialnoprawny*: czy w odniesieniu do transseksualistów jest to dopuszczalne wyłącznie w oparciu o przesłankę, że decydujące znaczenie ma psychiczne poczucie przynależności, w skrócie „płeć psychiczna” – odczuwana. Tylko wówczas wolno bowiem przejść jego zdaniem do etapu proceduralnego i zastanawiać się nad właściwym trybem postępowania. Brak wzmianki na ten temat w uzasadnieniu uchwały sugeruje według autora, iż „problem ten pozostał poza zainteresowaniem kompletu orzekającego”. Przy tej okazji wcześniejsza uchwała z 22.VI.1989 r.⁹⁰⁷, została określona jako „dwuznaczna”, skoro z jednej strony stwierdza się w niej, że żaden przepis w naszym systemie prawnym nie przewiduje możliwości sądowej zmiany

⁹⁰⁶ III CZP 118/95, OSP nr 4/1996 poz. 78 – orzeczenie razem z głosem.

⁹⁰⁷ III CZP 37/89, OSP nr 2/1991 poz. 35.

płci – z drugiej jednak nie zostało powiedziane, iż jest to niedopuszczalne. Dawniejszym jeszcze orzeczeniom autor zarzucił powierzchowność ujęcia kwestii materialnoprawnej: czy w ogóle wolno przyjąć konstrukcję tak odbiegającą od „potocznego” rozumienia jak płeć psychiczna. Zwłaszcza dlatego, że mogłoby to prowadzić do np. zawierania małżeństw przez osoby w potocznym osądzie tej samej płci. Przede wszystkim zaś nie sposób pomijać faktu, że łączą się z tym „poważne problemy natury moralnej”. W sprawach transseksualizmu nasze sądy korzystają z opinii biegłych, gdzie nie pojawia się *potoczne* rozumienie płci, tylko sumienna dyferencjacja na różne sposoby pojmowania płci, z podaniem dokładnych kryteriów⁹⁰⁸. Transseksualizm to złożony problem medyczny, przy którego rozpoznawaniu nie można sobie pozwolić na odniesienia do potoczności. *Potocznie* nie dostrzega się różnicy między transseksualistą a homoseksualistą czy transwestytą. Kluczowe zagadnienie prawa materialnego zostało już w sądownictwie rozstrzygnięte w oparciu o wypowiedzi uznanych autorytetów medycznych: że istotą zaburzenia jest właśnie poczucie psychiczne oraz że nie można na pacjencie wymuszać poddawania się stosownym zabiegom chirurgicznym. W medycznej definicji transseksualizmu można m.in. przeczytać, że takie rozpoznanie wyklucza się u hermafrodytów⁹⁰⁹. Postulat ponownego roztrząsania zagadnień natury medycznej stanowi próbę pociągnięcia judykatury do tyłu. Judykatura ta jest i tak bardzo ostrożna i wymaga dowodowej przewagi na korzyść płci wnioskowanej, co w praktyce wymusza u pacjentów rozpoczęcie terapii adaptacyjnej przed wniesieniem powództwa. Trudno dociec, jakie „poważne problemy natury moralnej” miał w tej sytuacji na myśli J. Ignatowicz. Glosa sformułowana jest nad wyraz ostrożnie, operuje głównie trybem warunkowym, ale podnoszone wątpliwości, zwłaszcza te odwołujące się do niedopowiedzianych kryteriów moralnych pozwalają

⁹⁰⁸ Płeć chromosomalna, gonadalna, hormonalna, płeć wewnętrznych narządów płciowych (gonadoforyczna), zewnętrznych narządów płciowych (genitalna), fenotypowa (określana przez wygląd), metaboliczna, socjalna (zwana też prawną lub metrykalną), psychiczna – zob. K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne*, s. 13–14 – oraz mózgowa (wyznaczająca zachowania seksualne) – zob. K. Imieliński, S. Dulko: *Transpozycje...*, s. 4. Elżbieta Holewińska-Łapińska posługuje się z kolei w swoim raporcie uproszczonym na użytek opracowania i zbiorczym określeniem „płeć biologiczna” dla odróżnienia od płci psychicznej – zob. *Słowa zmiana płci*, s. 15.

⁹⁰⁹ *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-IV-TR* – 302.85, kryterium trzecie.

moim zdaniem przypisać autorowi skrywaną niechęć do takiego kierunku rozstrzygnięcia kwestii materialnoprawnej. Jeśli jednak ktoś powołuje się na moralność w prawie, powinien określić, jakie problemy i naruszenie jakich zasad ma na myśli, w przeciwnym bowiem razie naraża się na zarzut gołosłowności. Można tylko się domyślać, że przypuszczalnie chodziło o zawieranie małżeństw między osobami tej samej płci pod względem fenotypowym, co w *potocznym* rozumieniu wyglądałoby na równoznaczne z legalizacją związków homoseksualnych. W sprawie upowszechnienia wiedzy o transseksualizmie jest jeszcze zatem jak widać sporo do zrobienia.

Na zakończenie rozważań natury dowodowej warto przypomnieć i zaakcentować **medyczną** kwalifikację zabiegów korygujących płeć, podaną przez lekarzy K. Imielińskiego i S. Dulko: jest to forma **terapii objawowej**, mająca na celu rehabilitację pacjenta. Chirurgiczna i hormonalna adaptacja transseksualisty do płci odczuwanej liczy się za **leczenie**, zatem wola pacjenta jest tutaj uzasadniona wskazaniami medycznymi. Pozbawienie zdolności reprodukcyjnej stanowi rezultat drugoplanowy, rodzaj efektu ubocznego. Pacjent przyjmuje hormony, więc jego układ rozrodczy nie może jednocześnie wytwarzać hormonów płci odmienniej, ponieważ narażałoby to całe przedsięwzięcie na fiasco i groziło powikłaniami nowotworowymi.

2. Procedura stwierdzenia „zmiany” płci.

W świetle aktualnej wiedzy medycznej urzędowa zmiana płci ma charakter deklaratoryjny, a wystarczającą przesłanką jest prawidłowo postawiona diagnoza transseksualizmu. W warunkach próżni legislacyjnej nie ma innego wyjścia jak uzyskanie w sprawie orzeczenia sądu, jednak *de lege ferenda* przyłączam się do postulatu stworzenia osobnej procedury typu administracyjnego i bez udziału biegłych. Pacjentom pilno do rozpoczęcia „nowego życia”, urzędowe orzeczenie daje stwierdzony efekt terapeutyczny, a kluczowe znaczenie ma rozpoznanie dokonane przez właściwych specjalistów. Rodzaj specjalizacji lekarskiej wymaga ustawowego uregulowania i wówczas nie zachodzi moim zdaniem potrzeba czynienia ustaleń medycznych tego samego rodzaju przez biegłych. Byłoby to niepotrzebnym przedłużaniem procedury, która i tak nie pozwala na wydanie opinii z dnia na dzień. W tym kontekście powiada się o dwuletniej obserwacji pacjenta. Administracyjny tryb orzekania miałby i tę zaletę, że nie angażowałby w sprawę osób trzecich, których interesy w sprawie cudzego dobra osobistego mają charakter dalszoplanowy.

Gender Recognition Act w ogóle nie odnosi się do tej kwestii i po namyśle uważam to rozwiązanie za lepsze. Wprawdzie to oczywiste, że współmałżonek i dzieci transseksualisty, zwłaszcza małoletnie, ucierpią na zmianie płci przez rodzica. Jednakże po ich stronie da się stwierdzić szok, stres i dysonans poznawczy, natomiast po stronie wnioskodawcy – silne i długotrwałe cierpienie psychiczne oraz bardzo realną groźbę odebrania sobie życia. Współmałżonek i dzieci pacjenta powinni mieć zagwarantowaną pomoc psychologiczną. Rozwody też odbijają się na dzieciach, a jednak nie są zakazane. Takie małżeństwo transseksualisty nie ma zresztą nic wspólnego z „normalnością”; to związek w istocie homoseksualny, a jednocześnie patologiczny z tego względu, że żadna z zawierających go osób homoseksualna nie jest. Szok najbliższych towarzyszący zmianie płci przez współmałżonka i rodzica byłby mniejszy, gdyby społeczeństwo prezentowało wyższy poziom tolerancji, wynikający rzecz jasna także z lepszego wyedukowania w sprawach odmienności oraz zaburzeń seksualnych. Wówczas zresztą ani transseksualiści, ani homoseksualiści nie musieliby brnąć w zakłamanie, uprawiając społeczną mimikrę dla zadośćuczynienia stereotypom. W tym miejscu warto zacytować wciąż aktualny fragment z „Przekleństwa Androgyne”:

„My, ludzie z drugiej połowy XX wieku, dzięki swojemu konserwatyzmowi, nietolerancji i brakowi zrozumienia dla odmienności drugiego człowieka, powodujemy, że transseksualiści nie mogą znaleźć dla siebie miejsca w świecie i nie mają przyjaciół. Wynika to z tego, iż widzenie siebie w roli płci odczuwanej psychicznie, odmiennej od tej, z którą przyszło się na świat, burzy istniejące i aprobowane przez społeczeństwo normy zachowań przypisane danej płci”⁹¹⁰.

3. Kolejność oraz harmonogram działań prawnych i medycznych.

W braku odpowiedniej regulacji prawnej istotnym podstawowy dla zainteresowanych problem stanowi właściwa kolejność czynności faktycznych i prawnych mających na celu uzgodnienie płci urzędowej z rzeczywistością. Początkiem wszystkiego musi być rzecz jasna diagnoza medyczna stwierdzająca zespół transseksualizmu, a eliminująca psychotyków, neurotyków, socjopatów oraz psychopatów deklarujących podobne objawy. Diagnozuje się psychikę, co zawsze jest obarczone większym ryzykiem błędu niż przy zaburzeniach somatycznych. Dlatego słuszne byłoby przyjęcie,

⁹¹⁰ s. 177

że dla pewności potrzeba dwóch opinii lekarskich lub jednej, ale zweryfikowanej w postępowaniu przez biegłego.

Cytowani specjaliści podkreślają w swych wywodach dwie istotne konkluzje: 1) decydującym kryterium jest poczucie psychiczne pacjenta, a dalsze procedury medyczne stanowią tylko konsekwencję postawionej diagnozy; 2) rozstrzygnięcie urzędowe samo w sobie stanowi również terapię. Wobec tego dla dokonania urzędowej zmiany powinna wystarczyć prawidłowa diagnoza w połączeniu z odpowiednim oświadczeniem pacjenta co do gotowości życia zgodnie z płcią wnioskowaną. Jest to stanowisko sprzeczne z dotychczasową linią orzecznictwa w Polsce. W wyrokowaniu było podkreślane wielokrotnie, iż samo psychiczne poczucie przynależności nie może stanowić kryterium decydującego. W ten sposób zatem na transseksualnego pacjenta zostaje wywarty „dobrowolny przymus” podjęcia terapii, by na chwilę orzekania bilans cech męskich i żeńskich dawał przewagę płci wnioskowanej.

W Raporcie Holewińskiej-Łapińskiej przywołany jest tylko jeden wyrok wychodzący poza te ramy⁹¹¹, ale za to z bardzo inspirującym uzasadnieniem. Wydał go Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w 2002 r.⁹¹². Z przedstawionych przez pacjenta opinii seksuologicznej, psychiatrycznej i psychologicznej oraz wydanej przez biegłych wynikało, iż jest on transseksualnym mężczyzną zorientowanym na kobietę (M/K). „...schorzenie to nie poddaje się leczeniu psychoterapią ani farmakoterapią. Przywrócenie zgodności płci somatycznej i psychicznej możliwe jest jedynie na drodze przeprowadzenia korekcyjnego leczenia chirurgicznego oraz terapii hormonalnej”. Wprawdzie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z 22.III.1991 r.⁹¹³ uzależnił uwzględnienie powództwa o zmianę płci m.in. od trwałości w poczuciu przynależności do płci odmiennej oraz przyjął, że o trwałości tej świadczy dokonanie korekcyjnego zabiegu chirurgicznego. **Jednak według Sądu Apelacyjnego ocena trwałości takiego poczucia powinna uwzględniać całokształt okoliczności i uprzednie przeprowadzenie zabiegu nie jest jedynym wyznacznikiem.** Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego zostało ustalo-

⁹¹¹ Jak również wzmianka, iż niektóre wyroki w pierwszej instancji były wydawane wyłącznie w oparciu o, potwierdzoną diagnozą lekarską, przesłankę poczucia przynależności do płci odmiennej.

⁹¹² sygn. I A Ca 281/02.

⁹¹³ sygn. III CRN 28/91.

ne, iż „powód od wczesnych lat dziecinnych silnie utożsamiał się z płcią przeciwną. Wykazywał zainteresowanie zabawami i ubiorami dziewczynek. Lubił przebywać w ich towarzystwie. Mówi o sobie w rodzaju żeńskim. Kiedy tylko może, przyjmuje rolę i wygląd kobiety. Powód nie cierpi na niedorozwój umysłowy ani na chorobę psychiczną w rozumieniu psychozy. (...) Opinia psychiatryczna wykazała, że powód jest w takiej determinacji, że myśli nawet, aby się okaleczyć. Koniecznie chce doprowadzić do zmiany płci. (...) Słusznym należało więc uznać zarzut apelacji, iż skoro Sąd Okręgowy uzależnił zasadność powództwa od dokonania korekcyjnego zabiegu operacyjnego, a lekarze wykonanie owego zabiegu uzależniają od metrykalnej zmiany płci, to powód w ten sposób nigdy nie będzie mógł doprowadzić do pożądanej przez siebie zmiany oznaczenia płci. (...) W (...) uchwale z dnia 25 lutego 1978 r. (III CZP 100/77) Sąd Najwyższy uznał możliwym sprostowanie aktu urodzenia – przez zmianę płci także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, uzależniając jednakże wydanie pozytywnego orzeczenia od tego, czy cechy nowokształtującej się płci są przeważające i czy stan ten jest nieodwracalny. W niniejszej sprawie nie można mówić o przewadze zewnętrznych cech kobiecych u powoda tylko dlatego, że lekarze wstrzymują się od przeprowadzenia terapii hormonalnej i leczenia chirurgicznego do czasu wydania orzeczenia przez sąd. Jednakże zarówno z opinii biegłych lekarzy, jak z przesłuchania samego powoda wynika, iż stan transseksualizmu powoda ma charakter trwały. (...) Małżeństwo rozpadło się z powodu nieustannego pragnienia powoda zmiany płci biologicznej oraz typowo kobiecych zachowań powoda. (...) Orzeczenie o metrykalnej zmianie płci powoda nie będzie wywoływało negatywnych skutków w sferze praw stanu i dóbr osobistych innych osób. Małżeństwo zawarte przez powoda zostało rozwiązane. (...) Orzeczenie przez Sąd zmiany płci powoda nie będzie miało również wpływu na ciążący na nim obowiązek alimentacyjny wobec córki⁹¹⁴. Jak wynika bowiem

⁹¹⁴ Córka powoda miała lat szesnaście, zaś syn – dwadzieścia pięć. Nie jest to bez znaczenia, ponieważ przy omawianiu w raporcie innej sprawy pojawiła się informacja, iż gdy transseksualista ma dziecko, program leczniczo-rehabilitacyjny realizowany przez Zakład Seksuologii i Patologii Więzi Międzyludzkich CMKP w Warszawie przesuwają się na okres, gdy dziecko liczy od 12 do 15 lat – zależnie od osiągniętej przez nie dojrzałości psychicznej (E. Holewińska-Łapińska: *Sądowa zmiana płci*, s.109–110). W ten sposób terapeuci szanują też dobra dzieci pacjenta.

z zeznań powoda, dobrowolnie łoży on na rzecz córki kwotę wyższą niż została zasądzona przez Sąd”⁹¹⁵. Sprawa ta stanowi przykład błędnego koła medyczno-prawnego, które zdarza się w praktyce i z którego Sąd Apelacyjny we Wrocławiu znalazł rozsądne wyjście.

Transseksualiści deklarują, iż wysoce uciążliwe jest dla nich żądanie, ażeby warunkiem koniecznym dla urzędowej zmiany płci było „zaliczenie” wcześniejszego testu realnego życia. W ich odczuciu nie powinno się wymagać, aby delikwent zmuszony był przez dłuższy czas podawać się za kogoś innego, niż to wynika z dokumentów; tłumaczyć ewentualnemu pracodawcy i znosić wydziwianie na każdym kroku, ilekroć będzie musiał okazać dowód tożsamości. Niektórzy w tym celu fałszowali dokumenty w części dotyczącej formy imienia i końcówki nazwiska. (Obecnie, na użytek wystawienia nowego dowodu osobistego, musieliby przerobić odpis aktu urodzenia.) W praktyce nie da się bowiem funkcjonować bez zakłóceń, gdy płeć w dowodzie osobistym nie odpowiada wyglądowi i roli społecznej. Test realnego życia powinien zatem stanowić etap wymagany nie dla zmiany urzędowej, lecz dla dopuszczalności korekt chirurgicznych. Tak właśnie postulują Imieliński i Dulko, zaznaczając, że przecież korekta chirurgiczna ma charakter nieodwracalny. Jakkolwiek w pierwszej chwili wydawałoby się nieuzasadnione dokonywanie urzędowej zmiany najpierw w jedną, a potem w drugą stronę – jest to mniejsze zło, w pewnych przypadkach przypuszczalnie nieuniknione z powodu możliwych błędów diagnostycznych. Przede wszystkim jednak jest to czynność prawna, konwencjonalna, a więc i odwracalna. Lepiej moim zdaniem dwukrotnie zmieniać płeć sądowo, niż skorygować ją chirurgicznie raz, ale pochopnie i nieodwracalnie. **Dlatego jestem zwolennikiem urzędowej zmiany bez obowiązku uprzednich korekt medycznych, choć jednocześnie uważam, że taka zmiana wymaga przetestowania w realnym życiu dla upewnienia się, że pacjent ani lekarze nie byli w błędzie.** Test ma dwa zadania: nauczyć pacjenta funkcjonowania w nowej roli oraz sprawdzić, czy taka zmiana rzeczywiście spełnia oczekiwania

⁹¹⁵ Za: E. Holewińska-Łapińska: *Sądowa zmiana płci*, s. 116–117.

pacjenta⁹¹⁶. Od testu realnego życia powinno być jednak wolno odstąpić w szczególnych okolicznościach – jeżeli pacjent już funkcjonuje w pożądanej roli odpowiednio długo, by dawało to pewność, że jego poczucie psychiczne ma charakter trwały. Dopiero pozytywne przejście testu może stanowić podstawę do poddania się nieodwracalnym korektom chirurgicznym połączonym z utratą zdolności reprodukcyjnej. Rzecz jasna adaptacja ta nie może być obligatoryjna, ponieważ uchybiałoby to poszanowaniu autonomii pacjenta. Wymuszanie korekt zabiegowych przez uzależnienie od nich pozytywnego rozstrzygnięcia w sprawie urzędowej zmiany płci jest takim samym pogwałceniem autonomii.

Planowanie rodziny

Planowanie rodziny jako dobro osobiste

Pogląd, iż planowanie rodziny stanowi dobro osobiste, został sformułowany w kilku orzeczeniach Sądu Najwyższego⁹¹⁷. Planowaniu rodziny poświęcony jest cały akt ustawowy: Ustawa z 7.I.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁹¹⁸. Planowanie rodziny stanowi pochodną prawa do decydowania o swym życiu osobistym (art. 47 Konstytucji). Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 21.XI.2003 r. przytoczył w sposób aprobujący poglądy doktryny, „wyodrębniające prawo do planowania rodziny w systemie dóbr osobistych, upodmiotowujące kobietę

⁹¹⁶ Według Raportu Holewińskiej pacjent, który dwukrotnie wnioskował o zmianę płci, w pierwszej sprawie występował jako kobieta, w szczególności miał już wszczepione implanty piersi, zmienioną sylwetkę oraz barwę głosu (przypuszczalnie dzięki przyjmowaniu hormonów) plus odpowiedni strój, makijaż i uczesanie. W drugiej natomiast pozbył się implantów i powrócił do wyglądu oraz zachowań męskich. W toku każdej ze spraw był na stałe związany z partnerem płci odmiennej niż wnioskowana i deklarował chęć zawarcia małżeństwa (s. 58 przyp. 56). Pod względem fizycznym można powiedzieć, że pacjent miał dużo szczęścia, skoro urodził się jako biologiczny mężczyzna – ponieważ zabieg adaptacyjny dał się odwrócić. Biologiczną kobietę taka zmienność kosztowałaby mastektomię. Gdy chodzi o diagnozę medyczną – musiał to być transseksualista zmiennopłciowy, skoro sąd bez oporów orzekł zgodnie z żądaniem – lub też pierwsza diagnoza została postawiona błędnie.

⁹¹⁷ Zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 21.XI.2003, V CK 16/03, OSNC nr 6/2003 poz. 104, z 13.X.2005, IV CK 161/05, OSP nr 6/2006 poz. 71, z 12 czerwca 2008, III CSK 16/08, OSNC nr 3/2009 poz. 48; z 6 maja 2010 r., II CSK 580/09, OSP nr 2/2011 poz. 13.

⁹¹⁸ Dz.U. Nr 17/1993 poz. 78 ze zm.

w sprawach prokreacji, sprzeciwiające się instrumentalnemu jej traktowaniu”⁹¹⁹. Preambuła ustawy o planowaniu rodziny powiada o *prawie każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci*. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 13.X.2005 r.⁹²⁰ rozwinął tę myśl i uznał, że prawo do świadomego planowania rodziny jest prawem podmiotowym rodziców. Powyższe konstatacje zostały poczynione w kontekście prawa do legalnego przerwania ciąży, posiadają jednak walor bardziej uniwersalny. W szczególności ustawa o planowaniu rodziny statuuje szereg uprawnień wynikających z prawa do planowania rodziny, które w doktrynie państw obcych zaliczane są do kategorii praw reprodukcyjnych: prawo do antykoncepcji (art. 2 ust. 2); prawo do badań prenatalnych (art. 2 ust. 2a); prawo do edukacji seksualnej oraz o zasadach świadomego i odpowiedzialnego rodzicielstwa (art. 4 ust. 1); prawo do przerwania ciąży w okolicznościach określonych ustawą (art. 4a w zw. z art. 4b).

Prawo do rodzicielstwa

Prawo do planowania rodziny nie ogranicza się zatem rzecz jasna pod względem podmiotowym tylko do kobiet, niemniej jest równie oczywiste, iż gdy ciąża już powstanie (a czasem nawet jeszcze wcześniej), to przyszła matka angażuje w sprawę więcej swych dóbr prawnych (przede wszystkim zdrowie) aniżeli ojciec. Zatem poszczególne uprawnienia składające się na prawo do planowania rodziny służą w przeważającej mierze kobietom. Mirosław Nesterowicz w głosie do cytowanego wyżej orzeczenia z 21.XI.2003 r., z przywołuje orzecznictwo amerykańskie, wedle którego w konstytucyjnym prawie do wolności zawiera się prawo do prywatności, zaś w prawie do prywatności – prawo do autonomii prokreacji. Na to ostatnie składają się dwa uprawnienia równorzędne: do prokreacji (*right to procreate*) oraz do uniknięcia prokreacji (*right to avoid procreation*). Niemniej spory między małżonkami doprowadziły tam do rozstrzygnięć dających przewagę prawu do uniknięcia prokreacji. Natomiast w sprawie przerwania ciąży mężczyźnie odmawia się prawa sprzeciwu wobec decyzji kobiety o legalnym poddaniu się zabiegowi⁹²¹.

⁹¹⁹ Wyrok SN z 21.XI.2003, V CK 16/03, OSNC nr 6/2003 poz. 104 z gl. aprobuującą M. Nesterowicza.

⁹²⁰ Sygn. IV CK 161/05.

⁹²¹ M. Nesterowicz: *Glosa...*, s. 532 oraz tegoż: *Prokreacja medycznie wspomagana w systemie prawnym USA*; [w] *Ze sztaandarem prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi W. J. Wagnerowi*, Kraków 2003, s. 342.

Na temat prawa do rodzicielstwa wypowiedział się ogólnie Trybunał Konstytucyjny: „Prawo do rodzicielstwa musi być interpretowane w znaczeniu pozytywnym i negatywnym. Musi oznaczać ono bowiem zakaz podejmowania działań ograniczających wolność posiadania dzieci, jak również zakaz podejmowania działań przymuszających do posiadania dzieci. Prawo to w sposób szczególny dotyczy decyzji o poczęciu dziecka. W istocie wszelką ingerencję, czy to władzy państwowej, czy to innych osób w tę sferę należałoby uznać za niedopuszczalne naruszenie podstawowego prawa każdego człowieka. (...) Wszelkim interesom publicznym czy prywatnym, które mogłyby uzasadniać wprowadzenie tego typu regulacji [tzn. negatywnych konsekwencji prawnych powiązanych z faktem urodzenia dziecka] należałoby przeciwstawić (...) prawo rodziców do posiadania dzieci”⁹²². W aspekcie negatywnym prawo do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci sprowadza się „wyłącznie do prawa odmowy poczęcia dziecka. Wówczas wszakże, gdy dziecko zostało już poczęte, prawo to możliwe jest do realizacji wyłącznie w aspekcie pozytywnym, jako m.in. prawo urodzenia dziecka i jego wychowania. Prawo do decydowania o posiadaniu dziecka jest z natury rzeczy prawem, wspólnym matki i ojca dziecka. Tylko dobrowolność decyzji o poczęciu dziecka jest realizacją tego prawa”.

Konstytucyjnej ochronie podlega rodzicielstwo (art. 18 Konstytucji) oraz życie rodzinne (art. 47), co przemawia raczej za wnioskiem, że porządek prawny powinien wspierać starania o posiadanie biologicznych dzieci i nic nie upoważnia do stosowania w tym zakresie dyferencjacji. Wobec tego w szczególności medyczne wspomaganie rozrodu nie doznaje przeszkód natury prawnej bez względu na zastosowaną procedurę medyczną.

Reasumując, prawo do odpowiedzialnego rodzicielstwa (czy jak kto woli – do planowania rodziny) respektuje autonomiczne decyzje w sprawie nieposiadania dzieci – tzn. unikania ciąży, równie autonomiczne decyzje co do posiadania dzieci – w sensie wspólnych i uzgodnionych starań w ramach związku o zajście partnerki w ciążę, natomiast nie nadaje autonomii przerwania ciąży już zawiązanej – pozwalając na jej przerwanie tylko w szczególnych przypadkach. Jak dotychczas przedmiotem rozważań nie był konflikt między partnerami wynikły na tle rozbieżności zapatrywań co do posiadania dzieci. Amerykanie dają prymat decyzji o nieposiadaniu potomstwa, co jest o tyle zrozumiałe, że urodzenie dzieci zwiększa obciążenia finansowe rodziny, jak

⁹²² TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, s. 18.

również wymaga większego zaangażowania sił niż stosowanie antykoncepcji. Trybunał Konstytucyjny wyraził zapatrywanie, że tylko dobrowolna decyzja o posiadaniu dzieci realizuje prawo do rodzicielstwa, zatem jeden partner nie może jej w żaden sposób wymuszać na drugim.

Antykoncepcja

Według Trybunału Konstytucyjnego w prawie do świadomego i odpowiedzialnego rodzicielstwa mieści się w szczególności „unikanie poczęcia”. Prawo do antykoncepcji statuuje ustawa o planowaniu rodziny w art. 2 ust. 2: *Organy administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego w zakresie swoich kompetencji określonych w przepisach szczegółowych są zobowiązane zapewnić obywatelom swobodny dostęp do metod i środków służących do świadomej prokreacji*. Jest to obowiązek spójny z prawem pacjenta do uzyskania świadczenia zdrowotnego. W rezultacie nie ma wątpliwości, iż pacjent w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego ma w szczególności prawo do antykoncepcji, które realizuje według istniejących po temu wskazań medycznych, z prawem wyboru spośród dostępnych dla siebie metod alternatywnych, determinowany przez własne możliwości finansowe⁹²³. Ustawa nie rozróżnia na rodzaje tych środków, należy zatem uznać oczywisty fakt, iż swobodny dostęp obejmuje zarówno farmaceutyki jak środki mechaniczne, o ile są dopuszczone do obrotu na terenie Polski. Ograniczenie prawa do antykoncepcji uważane jest przez niektórych przedstawicieli doktryny za dyskryminację oraz łamanie praw konstytucyjnych (art 47 Konstytucji – prawo do prywatności). Jest w tym pewna racja, skoro męska część populacji nie doznaje żadnych ograniczeń w dostępie do prezerwatyw.

W kontekście dostępu do antykoncepcji pacjentki skarżą się na następujące trudności:

- badanie palpacyjne przeprowadzane celowo w sposób brutalny i bolesny;
- odmowę wystawiania recept na farmaceutyki, w szczególności na środek antykoncepcji postkoitalnej;
- powszechne odmawianie założenia spirali domacicznej w ramach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, w połączeniu z czarną propagandą spirali jako „morderstwa”;
- urągania, a w najlepszym razie morały;

⁹²³ Refundacji podlegają tylko niektóre środki antykoncepcyjne i to te najtańsze. Nie dla wszystkich pacjentek są one wskazane.

- wadliwe powoływanie się na klauzulę sumienia; to samo (postulowane) przez farmaceutów.
1. Jeśli chodzi o badanie palpacyjne, to w przypadku, gdy pacjentka zgłosiła się do lekarza po receptę na środki antykoncepcyjne – badanie takie jest uzasadnione medycznie. Lekarz musi bowiem sprawdzić, czy pacjentka nie jest w ciąży bądź czy nie ma guza jajnika: przecież chodzi o zaordynowanie leków hormonalnych. Dlatego na samo badanie nie ma rady – zebranie wywiadu nie wystarczy. Fakt, iż badanie było celowo przeprowadzone w sposób brutalny i bolesny, jest niezwykle trudne do udowodnienia. Jeżeli jednak lekarz odmawia następnie wystawienia recepty powołując się na klauzulę sumienia, to o ile powołanie się nie ma związku z rezultatem badania – całe badanie było oczywiście zbędne, bo mógł przecież powiedzieć od razu. Wówczas badanie – obojętne, dokuczliwe czy nie – sprowadza się do bezprawnego obmacywania, naruszenia nietykalności cielesnej i pogwałcenia intymności. Deklarowany przez pacjentkę ból przy badaniu stanowi jedynie dodatkową okoliczność obciążającą. Rozeznana zgoda na badanie kwalifikuje się jako wadliwa, ponieważ poddanie się mu miało na celu zaordynowanie antykoncepcji: zgoda pacjenta uchyla bezprawność naruszenia dóbr prawnych tylko w zakresie niezbędnym do postawienia właściwej diagnozy i zaproponowania terapii. Zbędne badanie należy uznać za zawinione naruszenie praw pacjenta i to umyślne, wolno więc żądać zadośćuczynienia pieniężnego. Naruszenie praw pacjenta jest również traktowane jako przewinienie zawodowe i podstawa do wszczęcia postępowania w przedmiocie lekarskiej odpowiedzialności zawodowej.
 2. Odmowa wystawienia recepty na antykoncepcyjny farmaceutyk może być zgodna z prawem, jeśli zachodzą przeciwwskazania medyczne do antykoncepcji hormonalnej w ogóle (np. choroba zakrzepowa) lub określonego typu. Niektóre środki antykoncepcyjne są refundowane, chodzi jednak o preparaty nieco przestarzałe w tym sensie, że zawierające dawki hormonów większe, niż stosowane w lekach nowszej generacji. Ginekolog może zatem stanąć przed wyborem: czy niezamożnej pacjentce, na przykład studentce, zaordynować lek bardziej odpowiedni dla jej wieku i kondycji, ale droższy, na który na dłuższą metę nie będzie jej stać, czy też zaproponować lek nieodpowiedni, ale za to tani. To jednak odnosi się do sytuacji, gdy pacjentka trafi na lekarza, z którym w ogóle jest jakaś rozmowa merytoryczna.

3. Wiadomo, że środowiska katolickie negują „sztuczną” antykoncepcję jako taką, niemniej niektóre środki – jak wkładka domaciczna lub farmaceutyki postkoitalne – opatrywane są dodatkowo etykietką „morderczych” (dla dzieci poczętych). Niektórzy lekarze posuwają się nawet do świadomych i celowych zafałszowań informacyjnych. Rozpowszechniają m.in. opowieści o rzekomej szkodliwości dla zdrowia preparatu postkoitalnego Postinor Duo. Jest to środek, który za zachodnią granicą można kupić na stacji benzynowej i który wchodzi w skład pakietu wręczanego na posterunkach policji ofiarom zgwałcenia. Ale nie u nas. U nas dostępny jest na receptę, kosztuje nietanio, a w dodatku trzeba zaaplikować go jak najszybciej, bo do 72 godzin po. Dezinformacja ze strony lekarza, sugerująca szkodliwość dla zdrowia, jako informacja nierzetelna, stanowi o zawinieniu i pociągnie za sobą odpowiedzialność odszkodowawczą, w szczególności z tytułu *wroful conception*.
Z kolei wkładkę domaciczną należy wykupić we własnym zakresie, natomiast NFZ finansuje tylko jej założenie. Ponieważ jednak oferuje sumę zaledwie dwucyfrową, ginekologom w ramach publicznej służby zdrowia nie opłaca się tego robić. Wielu więc odmawia pod sztandarem sumienia. Natomiast w ramach praktyki prywatnej ci sami lekarze winszują sobie kwoty rzędu 600–1000 zł. Mamy tutaj klasyczny przykład na podwójną moralność (z nierzadkim komentarzem o morderstwie), a uwarunkowaną czysto merkantylnie. Z punktu widzenia pacjentki jest to zwykłe wyludzenie.
4. Jeżeli przy okazji wizyty mającej na celu poradę antykoncepcyjną pacjentka wysłuchuje morałów, napomnień, złośliwości, a nawet obelg, to mimo iż cenimy i szanujemy lekarzy za niesienie nam pomocy oraz ulgi w cierpieniu, nie upoważnia ich do udzielania nauk moralnych. Owszem, w wypadkach uzasadnionych stanem zdrowia, lekarzowi wolno jest formułować zalecenia co do trybu życia w rodzaju: „mniej nerwów, więcej ruchu na świeżym powietrzu, ograniczyć alkohol, rzucić palenie, zmienić dietę” itp. Niemniej wypowiedzi urągliwe lub natrętnie moralizatorskie – jak np: „w pani wieku obowiązkiem jest rodzić,” stanowią już niedopuszczalną, bo nieuzasadnioną medycznie, ingerencję w prywatność. Jeżeli uwagi lekarza były ponadto ujęte w formie obraźliwej, to rzecz jasna doszło do naruszenia godności pacjenta z wszystkimi tego konsekwencjami.
5. Klauzula sumienia lekarzy i farmaceutów. Przepis art. 39 uzawlek. pozwala moim zdaniem lekarzowi na odmowę wystawienia recepty z po-

wołaniem się na klauzulę sumienia, niemniej nakłada znane już z rozdziałów poprzednich ograniczenia celem poszanowania praw pacjenta. Zasadność powołania się na klauzulę sumienia zależy w szczególności od tego, czy pacjentka zostanie prawidłowo skierowana do innego lekarza oraz czy skorzystanie z owego przywileju lekarskiego będzie odnotowane z uzasadnieniem w dokumentacji medycznej. Oczywiście praktyka jest taka, że lekarze odmawiają recepty, nie kierują do innego lekarza, a odmowy nie odnotowują nawet w dokumentacji. Pod pewnymi względami jest to jednak strzał w stopę: głośłowna odmowa, czy powołanie się na art. 39 uzawlek. bez podania uzasadnienia oznacza naruszenie prawa pacjenta do uzyskania świadczenia, złamanie obowiązku niesienia pomocy oraz brak dowodu na celowość badania palpacyjnego.

W ostatnim czasie o analogiczny przywilej, właśnie w sprawie środków antykoncepcyjnych, dopominają się również farmaceuci. Jeżeli zdołają go sobie wywalczyć, z art. 2 ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny da się moim zdaniem wywieść obowiązek niepowierzania korzystającym z niego aptekarzom prowadzenia aptek na terenie publicznych przychodni oraz szpitali.

Problemy, z jakimi borykają się pacjentki poszukujące antykoncepcji hormonalnej, ilustruje sprawa z 1999 r., zakończona wyrokiem Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie. Wyrok uprawomocnił się w pierwszej instancji, odwołanie nie zostało wniesione. Pacjentka zgłosiła się na nocny dyżur przychodni rejonowej, prosząc o wypisanie recepty na hormonalny środek antykoncepcyjny o nazwie Mercilon. Obwiniony odmówił, przy czym pacjentka odebrała formę odmowy jako obraźliwą. Dokładnej treści wypowiedzi nie udało się ustalić ze względu na rozbieżności między zeznaniami pacjentki a wyjaśnieniami obwinionego i brak innego źródła informacji. Obwiniony przyznał się jednak wyraźnie do jednej wypowiedzi o treści następującej: „– nie jestem od prawienia morałów, ponieważ pewnych zasad powinna panią nauczyć matka”. Wprawdzie rzecznik odpowiedzialności zawodowej uznał za niecelowe, by zachowanie lekarza owego wieczora objąć wnioskiem o ukaranie, jednak Sąd pozwolił sobie na marginesie zwrócić obwinionemu uwagę, iż **wypowiedź, do której się on przyznaje, jest głęboko niestosowna i stanowi właśnie nie co innego, jak prawie nie morałów.**

Pacjentka powiadomiła o zajściu dziennikarkę „Gazety Wyborczej”, która następnie rzecz opisała (dodatek „Gazeta Stołeczna” z 17.02.1999, dział „Interwencje”, artykuł: „Kazanie zamiast recepty”). Przedtem jednak skontaktowała się telefonicznie z lekarzem, prosząc o wyjaśnienie jego stanowiska.

Z rozmowy sporządzała notatki, na podstawie których następnie opisała cały dialog w artykule.

Oдноśny fragment artykułu brzmiał⁹²⁴:

[na pytanie o motyw odmowy]

„[Lekarz:] – Takie środki powodują okresową bezpłodność, a zgodzi się pani, że jest to stan chorobowy.

„[GW”:] – A dlaczego pytał pan o stan cywilny pacjentki?

[Lekarz:] – To standardowe pytanie, istotne dla historii choroby, tak jak pytanie o wiek i wiele innych spraw. Daje wgląd w stan zdrowia pacjentki.

[! – M.B.]

„[GW”:] – Dlaczego powiedział pan pacjentce, że się źle prowadzi?

[Lekarz:] – Tego nie powiedziałem, wspomniałem tylko, że pewnych zasad powinna ją nauczyć matka. Ta pani była chyba zaskoczona, że nie postępuję jak kelner i nie spełniam wszystkich jej życzeń. (...)

„[GW”:] – Nigdy pan nie przepisyuje pigułek antykoncepcyjnych?

[Lekarz:] – Powtarzam: bezpłodność nie jest objawem zdrowia. Przepisywanie tych pigułek świadczy o zaburzeniach umysłowych.

„[GW”:] – Ale przecież inni lekarze przepisują te środki. Czy pana zdaniem cierpią oni na jakieś zaburzenia?

[Lekarz:] – Są różni lekarze. Słyszała pani o doktorze Mengele? On też *leczył* w Oświęcimiu”.

Dziennikarka zeznała, że rozmowy z obwinionym nie przekazała dosłownie, ponieważ nie sporządzała z niej nagrania, zachowała jednak sens jego słów bez zniekształceń. Natomiast obwiniony podawał, że jego wypowiedzi zostały „zmanipulowane”. **Jednocześnie jednak obwiniony potwierdzał cały czas, że sens jego wypowiedzi w kluczowych dla sprawy fragmentach został zachowany.** Wynika to zarówno z dokonanych przez obwinionego podkreśleń na kopii artykułu załączonej do jednego z pism procesowych, jak z faktu, że na rozprawie treść swoich wypowiedzi w owych fragmentach podawał zgodnie z brzmieniem artykułu i korzystając z niego. Analogiczne były jego wcześniejsze wyjaśnienia przed rzecznikiem. Wobec powyższego sąd przyjął za dowiedzione, że w rozmowie z dziennikarką obwiniony wypowiedział zdania: **„przepisywanie tych pigułek świadczy o zaburzeniach umysłowych”** oraz **„Są różni lekarze. Słyszała pani o doktorze Mengele? On też leczył w Oświęcimiu”**, albo zdania podobne acz równoznaczne.

⁹²⁴ Cytaty pochodzą bezpośrednio z uzasadnienia wyroku, a nie z gazety.

„Zdaniem sądu wypowiedź pierwsza wprost, w zupełnie oczywisty sposób, kwestionuje merytoryczną prawidłowość postępowania każdego lekarza, który zapisałby pacjentce środki hormonalne w celu antykoncepcyjnym. Wypowiedź druga jest równie oczywistym zestawieniem porównującym owych lekarzy do dr. Mengele – człowieka, który stanowi na całym świecie symbol połączenia medycyny ze zbrodnią. Obwiniony zastrzega się wprawdzie, że żadnych porównań tu nie czyni, ale jest to twierdzenie gołosłowne. Sens cytowanego zdania jest właśnie taki: na pytanie dziennikarki o lekarzy stosujących środki antykoncepcyjne pada odpowiedź „są różni lekarze” (a zatem – są tacy, którzy stosują i tacy, którzy nie stosują). I dalej: „dr Mengele też leczył”. A zatem: stosowanie środków antykoncepcyjnych, jest to takie samo „leczenie”, jak w przypadku doktora Mengele”. (...)

„Forma wypowiedzi jest nie tylko obraźliwa, ale ponadto sugeruje, że przepisując środki antykoncepcyjne lekarz łamie jakąś ustaloną, odwieczną i oczywistą dla każdego zasadę postępowania w medycynie. Obwiniony oskarżył większość praktykujących w Polsce lekarzy o ignorancję graniczącą z niedorozwojem umysłowym lub świadomą działalność przestępczą. **Sąd chciałby podkreślić, że nie jest to nadinterpretacja: obwiniony na rozprawie potwierdził z przekonaniem, że to właśnie chciał powiedzieć.** Pytany o motyw takiego postępowania wyjaśnił, że hormonalne środki antykoncepcyjne są z istoty swej szkodliwe, ich stosowanie jest sprzeczne z powołaniem lekarza, a ci lekarze, którzy zalecają je pacjentkom, są nieuczciwymi lub ignorantami. Pytany o to, z jakich źródeł zaczerpnął informację o szkodliwości hormonalnych środków antykoncepcyjnych (sprzeczną zdaniem sądu z aktualnym stanem wiedzy medycznej), obwiniony nie podał żadnej literatury. Wyjaśnił natomiast, że opiera się na własnym, logicznym rozumowaniu (sąd pozwoli sobie zacytować: „ja swój rozum mam”). Jak się okazało, obwinionemu nie chodziło o jakieś poważne ryzyko powikłań, związane ze stosowaniem tych środków. Według niego hormonalne środki antykoncepcyjne z samej definicji są szkodliwe, ponieważ ich celem jest szkoderowanie, a mianowicie hamowanie naturalnej funkcji organizmu kobiety, jaką jest owulacja i w następstwie cykliczna płodność. Taka działalność sprzeczna jest w opinii obwinionego z powołaniem zawodowym lekarza, a tym jest wyłącznie leczenie w sensie ściśle rozumianej terapii i profilaktyki zdrowotnej, zatem czynność podjęta w tzw. celu leczniczym”.

Sąd poczuł się w obowiązku wyjaśnić obwinionemu, że co prawda czynnością leczniczą jest wyłącznie taka, którą wykonawca podejmuje w celu leczniczym, jednak jednocześnie przez czynności zawodowe lekarza rozu-

mie się nie tylko czynności lecznicze, ale wszelkie dozwolone czynności medyczne. To ostatnie pojęcie jest logicznie szersze. Wiele czynności, także tych o niekwestionowanym celu leczniczym, prowadzi do zahamowania naturalnych czynności organizmu (np. wszelkie leczenie przeciwbólowe usuwa lub zmniejsza ból, który jest naturalną, fizjologiczną reakcją organizmu). W ogóle cała współczesna medycyna jest jedną wielką, sztuczną ingerencją w naturę. System prawny w Polsce dopuszcza stosowanie antykoncepcji hormonalnej (i obwiniony może z tym walczyć w granicach porządku konstytucyjnego), a jednocześnie zastrzega sprzedaż tych substancji „wyłącznie z przepisu lekarza”. Zatem normalną koleją rzeczy przepisywanie tych leków staje się legalną czynnością zawodową lekarza.

„Odmowa wypisania recepty na środki antykoncepcyjne jest jego [lekarza] dobrym prawem ze względu na tzw. klauzulę sumienia zawartą w art. 39 ustawy o zawodzie lekarza. Zdaniem sądu obwinionym kierowała motywacja o charakterze filozoficznym i aksjologicznym (tzn. zdanie na temat tego, co jest właściwym powołaniem zawodu lekarza), a nie wiedza medyczna. Przepis art. 39 uzawlek. jest na tyle szeroki, że powołać się na niego można nie tylko ze względów religijnych, ale ze wszelkich względów filozoficznych. Także, jeśli oparte są one na błędnym rozumowaniu, tak jak zdaniem sądu jest w [tym] przypadku. Niemniej, czym innym jest móc się legalnie uchylić od wykonania określonej czynności, a czym innym – udzielić prasie wypowiedzi krytykującej wszystkich lekarzy, którzy taką czynność wykonują, wypowiedzi w obrzydliwej formie, a przy tym – co sąd już wyjaśnił powyżej – obiektywnie nieuzasadnionej.

Wymierzając obwinionemu naganę, tj. karę względnie surową, sąd wziął pod uwagę jako okoliczność obciążającą przede wszystkim dość znaczną in concreto wagę przewinienia. Obwiniony wychodząc z błędnych przesłanek, publicznie, używając wyjątkowo paskudnych porównań, zaatakował zdecydowaną większość polskich lekarzy, kwestionując ich prawość i kompetencje zawodowe zarazem”.

Jak widać zaczęło się od jednej urażonej pacjentki, która nie dość, że nie otrzymała potrzebnego jej pilnie świadczenia, to jeszcze musiała wysłuchać insynuacji na temat swojego prowadzenia się. Sprawa zatoczyła jednak szersze kręgi, bo przy okazji weryfikowania informacji przez dziennikarkę obwiniony pozwolił sobie na wypad pod adresem kolegów po fachu niepodzielających jego przekonań, notabene niemający najmniejszego oparcia w wiedzy fachowej.

Badania prenatalne

Prawo do badań prenatalnych, ujęte – podobnie jak prawo do antykoncepcji – od strony obowiązku, określone zostało w art. 2a ustawy o planowaniu rodziny: „Organy administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego, w zakresie swoich kompetencji określonych w przepisach szczególnych, są zobowiązane zapewnić **swobodny dostęp do informacji i badań prenatalnych, szczególnie wtedy**, [podkr. M.B.] gdy istnieje podwyższone ryzyko bądź podejrzenie wystąpienia wady genetycznej lub rozwojowej płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu płodu”. Prawo do badań prenatalnych stanowi wycinek prawa do informacji o stanie zdrowia, które z kolei rozciąga się również na informację o stanie płodu⁹²⁵. Mimo, iż badanie prenatalne ma na celu ustalenie stanu zdrowia płodu, odbywa się ono siłą rzeczy na organizmie kobiety, tylko zatem kobieta ma prawo decydować o jego wykonaniu. Badania te odznaczają się różnym stopniem inwazyjności: od ultrasonografii poprzez powłoki brzuszne, przez testy przesiewowe na podstawie próbki krwi żyłnej, aż po amniopunkcję – czyli odessanie próbki płynu owodniowego metodą wkłucia przez powłoki brzuszne oraz ścianę macicy.

W tym miejscu należy przypomnieć, iż mężczyzna staje się rzeczywistym ojcem dopiero po przyjściu dziecka na świat, ponieważ dopiero wówczas możliwe jest ustalenie ojcostwa. Wcześniej wszystko opiera się na domniemaniach wzruszalnych, trudno więc byłoby wywodzić z domniemań prawa związane z ingerencją w cudzy organizm. Dopóki płód znajduje się wewnątrz ustroju, jedyną osobą uprawnioną do ubiegania się o badanie, wyrażenia na nie zgody oraz odbioru wyniku – jest kobieta. Wprawdzie wynik badania nie odnosi się do jej organizmu, jednak opis z konieczności zawiera dane osobowe pacjentki – co najmniej imię, nazwisko, jej wiek oraz stopień zaawansowania ciąży; w przypadku wspomaganego rozrodu – także sposób zajścia w ciążę; ultrasonogram zaś pokazuje również obraz ciała kobiety, z naniesionymi jej danymi osobowymi. Ten, kto dysponuje wynikiem badania, może go też pokazywać osobom trzecim, na przykład żeby się pochwalić (zakładając dobrą wiarę, bo może też chcieć działać na szkodę pacjentki lub świadczyć niedźwiedzie przysługi: we własnym zakresie wywierać nacisk na pracodawcę). Wyjaśnienia te

⁹²⁵ Na temat różnych aktów prawnych traktujących o badaniach prenatalnych, ich nie-spójności merytorycznej oraz terminologicznej – zob. K. Więckiewicz: *Czy w Polsce istnieje prawo kobiety do badań prenatalnych?*, Prawo i Medycyna nr 4/2011, s. 94–106

są konieczne, ponieważ podczas pewnej konferencji zetknęłam się z absurdalną koncepcją doktrynalną, ażeby w sprawie badań prenatalnych równoległe uprawnienia służyły przyszłemu ojcu. Przysługuje mu tylko prawo do informacji o stwierdzonych chorobach i upośledzeniach, jeżeli stanowią one przesłankę legalnego przerwania ciąży – żeby podjąć decyzję w kwestii swej gotowości do podjęcia opieki nad upośledzonym dzieckiem i poniesienia jej dodatkowych kosztów. Partner niebędący mężem jest w tym faktycznie uzależniony od kobiety, która potwierdzi jego legitymację.

Na prawo do badań prenatalnych składają się zgodnie z ustawą o planowaniu rodziny: prawo do wykonania badań oraz prawo do informacji o tych badaniach. **Informacja powinna obejmować ich rodzaj, sposób przeprowadzenia oraz celowość, jak również dostępność.** W praktyce najwięcej problemów wiąże się właśnie z informacją oraz z uzyskaniem skierowania. Na etapie wykonywania badań problemy w zasadzie nie powstają, ponieważ inaczej dana placówka medyczna po prostu nie podejmowałaby się tego. Niemniej istnieją w Polsce rejony, gdzie poddanie się badaniu właśnie dlatego jest awykonalne – np. Małopolska. Pacjentki muszą jeździć, najlepiej do Warszawy, a te niezorientowane (bo skąd miałyby wiedzieć, skoro lekarze programowo ich nie informują) błakają się odsyłane od poradni do poradni, tracąc bezproduktywnie cenny czas. Skierowanie opiewa na poradnię genetyczną, dokąd pacjentka udaje się na konsultację oraz dla celów zebrania wywiadu. Poradnia genetyczna pośredniczy w umówieniu terminu w szpitalu ginekologicznym. Minimalny stopień zaawansowania ciąży wynosi ok. 15 tygodni, ze względu na potrzebną objętość płynu owodniowego. Do tego trzeba doliczyć 2–4 tygodnie oczekiwania na wynik⁹²⁶. Wykonanie amniopunkcji wymaga specjalnych umiejętności ginekologa i odbywa się pod kontrolą USG w warunkach zbliżonych do szpitalnych: pobranie następuje na terenie szpitala i z formalnego punktu widzenia pacjentka zostaje hospitalizowana

⁹²⁶ To nie wynika ze złej woli diagnostów, tylko z okresowego przeciążenia pracą (np. latem, w sezonie urlopowym). Aberracje chromosomowe wykrywa się badaniem mikroskopowym, natomiast badanie pod kątem np. otwartych wad cewy nerwowej wymaga namnożenia odwirowanych komórek na pożywcę. Trwa to około dwóch tygodni. Jak mi wiadomo ze słyszenia, wyniki nieprawidłowe, przynajmniej te uzyskane w Insytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie (Zakład Genetyki) komunikowane są pacjentkom niezwłocznie. Zatem, jak tłumaczą zdenerwowanym pacjentkom ich lekarze, cztery czy pięć tygodni oczekiwania na wynik przesłany pocztą oznacza najpewniej, że nieprawidłowości nie stwierdzono. Nie zmienia to faktu, że takie oczekiwanie może nieźle nadszarpnąć system nerwowy. Lepiej jednak chyba denerwować się kilka tygodni, niż przez całą ciążę.

(amniopunkcja obarczona jest ryzykiem poronienia szacowanym obecnie na 0,5 %, o czym informuje się pacjentki). Następnie próbka zostaje przesłana do placówki wykonującej właściwe badanie komórek odwirowanych z płynu. Wynik pacjentka odbiera w poradni genetycznej; niekorzystne wiadomości otrzymuje wraz z dodatkowymi informacjami oraz poradą lekarską.

Prawo do badań prenatalnych bywa tendencyjnie łączone, a nawet utożsamiane z prawem do przerwania ciąży. Jest to świadome przeinaczenie w celach demagogicznych. Nieprawidłowy wynik badania może posłużyć za podstawę do legalnego przerwania ciąży, ale cel badania jest inny: **informacja** – i nikomu nic do tego, jak zostanie wykorzystana. Pewna pacjentka urodziła dziecko z bezmózgowiem. Jest to, jak nietrudno się domyślić, wada letalna, więc umarło ono zaraz po urodzeniu. Pacjentka z rozżaleniem deklarowała, że wolałaby wiedzieć zawczasu, żeby przygotować się na stratę, zamiast niepotrzebnie robić sobie nadzieje i bez uprzedzenia przeżyć tak bolesne rozczarowanie. Można też być silnie przeświadczonym, że urodzi się zdrowe dzieci, ale korzystny wynik badania, wydrukowany czarno na białym, przynosi ogromną, trudną do porównania z czym innym ulgę. Mam prawo wiedzieć, że wszystko w porządku i mam prawo wiedzieć, jeśli nie. Jednocześnie te tygodnie oczekiwania na wyniki należą do najtrudniejszych w życiu.

Istniejące orzecznictwo Sądu Najwyższego rozstrzyga o prawie do badań prenatalnych w kontekście pretensji pacjentek, którym go odmówiono pomimo poważnych podejrzeń (i być może właśnie dlatego), że płód jest obciążony wadą. W rezultacie nie miały możliwości swobodnego zadecydowania: kontynuować ciążę, czy ją przerwać.

W pierwszej, precedensowej sprawie z 1999 r., wyrok Sądu Najwyższego zapadł ostatecznie 13 października 2005 r.⁹²⁷. Pacjentka zaszła w drugą ciążę pomimo stosowanych zabezpieczeń. Miała już jedno dziecko dotknięte nieuleczalną chorobą genetyczną: ciężką dysplazją kręgosłupowo-przynasadową, objawiającą się na zewnątrz karłowatością i skróceniem kończyn. Pozwany w sprawie lekarz odmówił jej skierowania na badanie prenatalne. **Uważał, że występująca u pierwszego dziecka choroba genetyczna nie stanowi po temu wskazania. Niemniej w dokumentacji wpisał, iż ciąża jest wysokiego ryzyka i występuje podejrzenie choroby genetycznej.** Pacjentka wniosła skargę do zastępcy dyrektora do spraw leczenia, drugiej pozwanej w sprawie. Ta jednak **odmówiła interwen-**

⁹²⁷ Wyrok SN z 13.X.2005, IV CK 161/05, OSP nr 6/2006, poz. 71 gl. M. Nesterowicza – znany jako „sprawa. łomżyńska”.

cji i wyjaśniła, że szpital „mógłby mieć problemy”, gdyby badania prenatalne wykazały wadę genetyczną płodu. Pacjentki nie było stać na wykonanie badań odpłatnie. Sześć miesięcy później, już w zaawansowanej ciąży, pacjentka została skierowana do tego samego szpitala na badania. Badanie USG wykazało dysproporcje między długością kości udowej a średnicą główki płodu, co mogło wskazywać na tę samą wadę, którą dotknięte było pierwsze dziecko. Pacjentka doznała szoku i odmówiła poddania się dalszym badaniom. Pozwany lekarz na to, że wobec tego zostanie **usunięta z oddziału**, bo nie ma możliwości, by badania przeprowadził inny lekarz. Pacjentka wraz z mężem interweniowali znowu u pani dyrektor, jednak na próżno. Pozwana dyrektorka **uspokajała ich i zapewniała, że dziecko urodzi się zdrowe.** Pacjentka została skierowana na konsultację do poradni w Białymstoku, gdzie lekarz na podstawie samego wywiadu ocenił szanse na urodzenie zdrowego dziecka jako wynoszące 50%, a badaniem USG stwierdził istnienie wady płodu. Po porodzie okazało się, że dziecko, dziewczynka, ma tę samą rzadką chorobę kostną, co jej starszy brat. Jest to choroba o podłożu genetycznym i nie da się leczyć w okresie płodowym. Wszystkie postacie dysplazji kostnych powodują różnego rodzaju niedobór wzrostu i zniekształcenie kończyn.

Według zaakceptowanych przez Sąd (i niekwestionowanych przez stronę pozwaną) opinii instytutów naukowo-badawczych, wystąpienie wady genetycznej w postaci ciężkiej dysplazji kręgosłupowo-przynasadowej u pierwszego dziecka „stanowiło przesłankę medyczną wskazującą na prawdopodobieństwo wystąpienia takiej wady także i u drugiego płodu, co powodowało **konieczność** [podkr. M.B.] skierowania pacjentki pod opiekę poradni specjalistycznej (genetycznej). Zobowiązywało także pozwanego lekarza do udzielenia pacjentce wyczerpujących i zrozumiałych dla niej informacji o jej stanie zdrowia i genetycznych zagrożeniach płodu oraz konieczności opieki poradni genetycznej oraz konieczności wykonywania okresowych badań płodu z większą częstotliwością niż zazwyczaj i wskazania, w którym okresie ciąży badania te mogą wykryć ewentualną wadę genetyczną płodu”. Pozwany otrzymał dokumentację lekarską pierwszego dziecka pozwalającą na stwierdzenie tych zagrożeń i zaznaczył w karcie informacyjnej podejrzenie choroby genetycznej oraz ciążę wysokiego ryzyka. „Natomiast nie tylko nie dopełnił żadnego z wyżej wskazanych obowiązków, a przeciwnie: odmówił uzasadnionemu żądaniu powódki skierowania jej na badania specjalistyczne do poradni genetycznej i wprowadził w błąd wskazując, że badania USG nie wykazały wady płodu, choć powinien był wiedzieć, że badania powyższe

wykonane w tym okresie ciąży nie mogą wykryć tego rodzaju wady genetycznej i konieczne jest wykonywanie ich systematycznie w późniejszym okresie, częściej niż zazwyczaj”.

Nawet jeżeli pozwany szpital nie zawarł z kasą chorych umowy pozwalającej na kierowanie pacjentek do poradni konsultacyjnej i pozwany nie mógłby wydać skierowania na specjalistyczne badania prenatalne ani skierować do poradni genetycznej, to zdaniem Sądu pozwany „miał obowiązek poinformować o tym powódkę, wskazać jej realną możliwość uzyskania w inny sposób skierowania do takiej poradni i wykonania koniecznych badań oraz odnotować w dokumentacji lekarskiej fakt i przyczyny odmowy wydania skierowania i udzielenie informacji powódce”.

Nie chodziło tu zatem o uchybienie obowiązkowi informacyjnemu uwarunkowane klauzulą sumienia, lecz **o podstawowy zakres informacji o sposobie uzyskania dostępu do określonych świadczeń medycznych**. Obu lekarzom dałoby się moim zdaniem przypisać winę umyślną. Ginekologowi – na podstawie rozbieżności między dokonany zapisem w dokumentacji a odmową skierowania. Dyrektorce – na podstawie kłamliwych zapewnień, że dziecko urodzi się zdrowe oraz w oparciu o podane uzasadnienie odmowy interwencji: że szpital mógłby mieć *problemy* w razie stwierdzenia u płodu wady genetycznej.

Drugie pod względem chronologicznym rozstrzygnięcie sprawy o dostęp do badań prenatalnych pochodzi z 2008 r.⁹²⁸, i było już przywoływane w kontekście obowiązku wystawienia skierowania oraz co do ujawnienia tajemnicy lekarskiej. Sprawa jest wielowątkowa, ale teza bardzo jednoznaczna: „Uprawnienie do przeprowadzenia badań prenatalnych wynika z prawa kobiety w ciąży do informacji o stanie płodu, jego ewentualnych schorzeniach i wadach oraz możliwościach ich leczenia w okresie płodowym (art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz.U. Nr 91, poz. 408 ze zm.)”. Chodziło o pacjentkę z Małopolski, która podejrzewała u swojego płodu zespół Turnera. W opinii Sądu „prawo do takich badań nie jest (...) pochodną prawa do legalnego przerwania ciąży,” tylko prawa do informacji. „Informacja udzielona wynikami tych badań ma m.in. także przygotować kobietę do przyjścia na świat dziecka chorego lub niepełnosprawnego i podjęcia nad nim właściwej opieki”. Dlatego „obowiązek wydania powódce skierowania na te badania nie

⁹²⁸ Wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC nr 3/2008 poz. 48.

wygasł wraz z upływem okresu ciąży i osiągnięciem przez płód zdolności do życia poza organizmem matki, gdy niedopuszczalne już było wykonanie zabiegu przerwania ciąży (...).”

„Naruszenie przez lekarza ustawowego obowiązku kompetencji oraz udzielania pacjentowi informacji i kierowania go na niezbędne, według rzetelnej wiedzy medycznej, badania diagnostyczne, świadczy o winie lekarza, przynajmniej w stopniu niedbalstwa. **Okoliczności ustalone w rozpoznawanej sprawie mogą też wskazywać na wyższy stopień winy pozwanych lekarzy, którzy wiedzieli o tym, że tylko genetyczne badania prenatalne mogą ustalić istnienie, rodzaj oraz stopień wady płodu powódki, a mimo to nie tylko nie skierowali jej na te badania, lecz także nie powiedzieli, iż nie wykonuje się ich na terenie M** [podkr. M.B]. Wykonywali powódce badania, o których wiedzieli, że ich wyniki nie mogą ustalić wad płodu, kierowali ją na obserwacje szpitalne, gdzie też takich badań wówczas nie wykonywano, zamiast pod opiekę poradni genetycznej. Wszystko to wymaga oceny Sądu⁹²⁹ pod kątem zarzutu powódki, że wskazane działania i zaniechania pozwanych lekarzy były celowe i miały wydłużyć postępowanie medyczne do czasu, gdy z powodu stanu zaawansowania ciąży nie będzie już dopuszczalne wykonanie zabiegu przerwania ciąży z przyczyn genetycznych. Także biegli lekarze (...) określili te działania jako niezrozumiałe i opieszale, a rzecznik dyscyplinarny stwierdził, że były one nieskuteczne i wydłużały czas na postawienie właściwej diagnozy”.

W sprawie rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Najwyższego z 6 maja 2010 r.⁹³⁰ pacjentka urodziła córkę z wrodzonymi wadami: brakiem uda, podudzia, przedramienia i dłoni. Pozwany w sprawie lekarz prowadził ciążę i wykonywał kolejne badania USG. Pierwsze – w ósmym tygodniu ciąży, drugie zaś – w dwudziestym pierwszym. Podczas drugiego badania powinien był zauważyć nieprawidłowości w rozwoju płodu, ale nie zauważył (jakoby). Podczas kolejnego USG, w dwudziestym dziewiątym tygodniu, rozpoznał skrócenie kończyn, ale nie poinformował o tym pacjentki. **Nie skierował jej też na diagnostykę prenatalną, mimo iż wiedział, że pacjentka urodzi kalekie dziecko. Jak wyjaśniał w toku procesu przed Sądem Okręgowym, nie chciał pacjentki informować o tym fakcie, bo w jego**

⁹²⁹ Sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu w Krakowie.

⁹³⁰ Wyrok SN z 6.V.2010 r., II CSK 580/09, OSP nr 2/2011 poz. 13 z. gl. M. Nesterowicza.

ocenie poinformowanie mogło pogorszyć stan płodu i mógł nastąpić wcześniejszy poród. O ciężkich wadach dziecka pacjentka dowiedziała się dopiero po porodzie.

Sąd Najwyższy oddalił kasację strony pozwanej zważywszy, co następuje. Pozwany lekarz „dopuścił się czynu niedozwolonego polegającego na bezprawnym pozbawieniu powódki prawa do podjęcia decyzji o ewentualnym przerwaniu ciąży”. Naruszenie właściwych przepisów wyrażało się w „braku należytej staranności przy dokonywaniu badań ultrasonograficznych i niepoinformowaniu powódki o wadach płodu, co uniemożliwiło jej podjęcie świadomej decyzji dotyczącej ciąży”. **Uprawnienie do legalnego przerwania ciąży w warunkach określonych ustawą o planowaniu rodziny wynika według Sądu z prawa do planowania rodziny.** Pozbawienie pacjentki prawa do podjęcia świadomej decyzji co do ciąży narusza w tych okolicznościach jej dobro osobiste.

Wyjaśnienia lekarza zakrawają na kpinę i stanowią zwyczajne mydlenie oczu. Nie ma zresztą podstaw prawnych uzasadniających zatajenie tego rodzaju informacji, a przyznanie się do świadomego zatajenia stanowi moim zdaniem o winie umyślnej. Jest możliwe, choć bardzo mało prawdopodobne, że podczas drugiego USG lekarz nie dostrzegł tak poważnych uszkodzeń płodu, jak niedorozwój kończyn. Dostrzegł je jednak przy następnym badaniu i zataił przed pacjentką.

Sekwencja przytoczonych orzeczeń pozwala założyć, iż tego rodzaju praktyki mają charakter działań celowych. Pacjentki odcina się od informacji o badaniach, odmawia wystawiania skierowań z jawnym lekceważeniem istniejących wskazań lub uzyskane już wyniki – zataja. Możliwe, że w ostatniej sprawie lekarz próbował w ten sposób ponadto zatuszować swą własną niekompetencję.

Na tle omówionych orzeczeń praktyczna realizacja prawa pacjentki do badań prenatalnych przedstawia się nad wyraz przygnębiająco. Co z tego, że Sąd Najwyższy wydaje słuszne i solidnie uzasadnione obowiązującym stanem prawnym wyroki, gdy na poziomie sądów niższych instancji powództwa są oddalane pod lada pretekstem. Najważniejsze jednak, że w pewnych rejonach kraju niezamówne i z tego powodu przypisane do miejsca stałego pobytu pacjentki doznają przeszkód w wykonywaniu swoich ustawowych praw, a przeszkody te stawiane są świadomie, celowo, z arogancją i poczuciem bezkarności.

Sterylizacja

„Geny mi w mózgu namieszały,
 żebyśmy odczuwał wolę bożą.
 Ch...ki się wykombinowały,
 że tym sposobem się rozmnożą.
 Ale że mózg ma swe sposoby,
 żeby zjeść ciastko i je mieć:
 podwiążę się nasieniowody.
 I mogą sobie k... chcieć!”

P. WATTS „ŚLEPOWIDZENIE”,
 TŁUM. W. PRÓCHNIEWICZ

Zacytowana rymowanka stanowi przejaw zapiekłej niechęci i gwałtownej przekory wobec instynktu przedłużenia gatunku. Wyraża nasilone emocje, które większości społeczeństwa wydają się jak sądzę nieznane; mimo to zdecydowałam się ją przytoczyć jako wyrażoną celowo w słowach ostrych (i raczej niewybrednych) manifestację odrębności. Interpretacja tekstu literackiego jest mi tutaj potrzebna do zaakcentowania istoty problemu. (Pozostała część powieści jest bardzo staranna literacko, z bogatą warstwą opisową, tym bardziej zatem takie skontrastowanie należy uznać za celowy zabieg stylistyczny). Autonomia woli, wolność wyboru – mogą przejawiać się i w ten sposób. Chociaż sama tak nie odczuwam – przez przywołanie tego wierszyka daję wyraz przekonaniu, że ową odrębność należy również szanować.

Steryлизację trzeba na początek odróżnić od kastracji. Sterylizacja stanowi zabieg polegający na pozbawieniu człowieka (zarówno mężczyzny jak kobiety) funkcji reprodukcyjnych bez upośledzenia zdolności do uprawiania seksu. Operacja ta ma znaczenie tylko i wyłącznie z punktu widzenia rozmnażania. Bywa przeprowadzana także w celach profilaktycznych – jak to już było wspomniane – u kobiet genetycznie narażonych na raka jajnika; występuje również jako uboczny rezultat terapii nowotworowej, w szczególności usunięcia narośli na narządach rodnych. Tutaj jednak rozważana będzie w kontekście zabiegu na życzenie pacjenta, mającego na celu trwale pozbawienie zdolności reprodukcyjnej, a dokonywanego dla wygody i upewnienia się, że dzięki temu pacjent lub pacjentka na pewno nie dochowa się dzieci. W tym ujęciu jest to zatem rodzaj pewnej, trwałej i w zasadzie definitywnej

antykoncepcji⁹³¹. Tym niemniej można mieć duże wątpliwości, czy sterylizacja mieści się w kanonie *metod i środków służących do świadomej prokreacji* według art. 2 ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny. Pacjent ubiegający się o sterylizację w celu uchronienia się przed posiadaniem potomstwa traktuje zabieg jako antykoncepcję. Dla otoczenia jest to jednak posunięcie na tyle radykalne, że trudne do zaakceptowania, a ponadto, ze względu na pozbawienie zdolności rozrodczych – wypełniające znamiona ciężkiego uszkodzenia ciała z konsekwencjami w postaci odpowiedzialności lekarza za przestępstwo. Podobny problem nurtował doktrynę w odniesieniu do zabiegów korygujących płeć u transseksualistów, zwyczaję jednak zapatrywania, iż wobec transseksualisty zabieg realizuje cel leczniczy. O sterylizacji antykoncepcyjnej na życzenie nie można tego powiedzieć.

W obronie sterylizacji wypowiadali się w doktrynie niezależnie od siebie Eleonora Zielińska i Andrzej Wąsek, opowiadając się za dekryminalizacją zabiegu wykonanego na życzenie⁹³². Według E. Zielińskiej dobrowolna sterylizacja zapewnia pełną realizację prawa człowieka do decydowania o własnym rozrodzie oraz równouprawnienie w rodzinie, aczkolwiek *de lege ferenda* wymaga ustawowego określenia warunków jej dopuszczalności, jak np. dolnej granicy wieku pacjenta. Jest to stanowisko ostrożne, aczkolwiek w braku regulacji szczególnej można je traktować tylko i wyłącznie jako postulat *de lege ferenda*. *De lege lata* nie istnieje uzasadnienie, dlaczego dajmy na to trzydziestolatkowie mieliby być w sprawie takiej decyzji bardziej kompetentni od osiemnastolatków. Notuje się wprawdzie przypadki, gdy radykalizm w sprawie nieposiadania dzieci ustępuje wraz z wiekiem, nie ma jednak danych, w jakim wieku oraz dlaczego i wobec tego – jaki wiek uznać za miarodajny dla niezmienności stanowiska. Już lepiej byłoby ustanowić obowiązkowe konsultacje psychologiczne i pewien okres wyczekiwania. Chęć sterylizacji działa wbrew biologicznemu instynktowi, nie może to jednak w żaden sposób sugerować, że osoba pragnąca tego dotknięta jest jakąś patologią osobowości. **Należałoby tylko wypracować rozsądny sposób upewniania się co do trwałości zapatrywania oraz właściwego rozeznania przy podej-**

⁹³¹ W medycynie wspomina się o możliwej refertylizacji, aczkolwiek bez pewności powodzenia. Niemniej w chwili obecnej szansa refertylizacji jest wysoka, co osłabia argument o nieodwracalnych skutkach zabiegu.

⁹³² E. Zielińska: *Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji*, Państwo i Prawo nr 9/1985; A. Wąsek: *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem?*, Państwo i Prawo nr 8/1988, s. 87–98.

mowaniu decyzji. W chwili obecnej sprawa jest jednak bezprzedmiotowa i długo jeszcze pozostanie, ponieważ wszystko, co dotyczy poszanowania praw reprodukcyjnych, urasta do rangi problemu politycznego, ściąga na siebie natychmiastowe potępienie Kościoła katolickiego i powoduje wycofanie się rakiem przez czynniki oficjalne.

Dlatego warto zastanowić się, co w tej sprawie jest do uzyskania *de lege lata*.

Andrzej Wąsek podniósł szereg ważkich i rozsądnych argumentów, ażeby opowiedzieć się za uznaniem brak przestępności co do wykonania sterylizacji dobrowolnej. Warto je tutaj przytoczyć i przeanalizować. Przy sterylizacji ma miejsce wyłączenie jednej z funkcji organizmu, na co poddająca się zabiegowi osoba wyraża zgodę. Nie wywiera wpływu na sprawność umysłową ani fizyczną, więc nie powinna być uznana za okaleczenie. Jeżeli prawo miałoby wbrew woli i interesom ochraniać czyjąś funkcję reprodukcyjną, to w istocie byłoby to pilnowanie jednostki przed nią samą. Jeżeli zdolność rozmnażania jest w konkretnym przypadku odczuwana jako ciężar, którego dana osoba pragnie się pozbyć, to wymaga poważnego rozważenia z punktu widzenia autonomii decydowania o własnym życiu osobistym, w szczególności – prawa do planowania rodziny jako bezdzietnej. Po sterylizacji życie układa się lepiej niż przedtem, a to dlatego, że znikła obawa przed niechcianymi dziećmi. Za bezkarnością (a na gruncie prawa cywilnego za uchYLENIEM bezprawności – M.B.) sterylizacji z przyczyn nieleczniczych, przemawiają motywy odwołujące się do podstawowych praw jednostki: wolności, (w tym wolności w zakresie nieposiadania potomstwa) oraz do swobodnego postępowania (z zastrzeżeniem, by nie szkodziło innym). Autor przytoczył pogląd doktryny prawa karnego, zgodnie z którym nawet gdy jednostka ma prawo rozporządzać dobrem chronionym przez prawo karne, jej zgoda jest bezskuteczna, skoro pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego⁹³³. Jest to podejście wyraźnie podszyte cywilistyką. W niniejszej pracy była już mowa o sensie oraz celowości rozpatrywania zgody na czynność medyczną w kontekście zasad współżycia społecznego. Z punktu widzenia wartościowania dóbr osobistych wygląda to tak, że jednostka poświęca swą zdolność rozrodczą w imię poczucia bezpieczeństwa i wolności od niechcianego potomstwa. Moim zdaniem każdemu wolno jest taką hierarchię przyjąć i wolno ustalać ją na własny użytek zawsze w sytuacjach konfliktu

⁹³³ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 160; S. Lelental [w] *Prawo karne w zarysie*, red. J. Waszczyński, Łódź 1979, s. 244.

między przysługującymi dobrami osobistymi⁹³⁴. Na jednej szali znajduje się ciężkie i w zasadzie nieodwracalne uszkodzenie ciała, na drugiej zaś – odzyskanie spokoju i wyzbycie się obaw. Prawo człowieka do ochrony prywatności wyraża się również w prawie do samodecydowania o posiadaniu bądź nieposiadaniu dzieci. Znalazło to potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego, choć nie w odniesieniu do sterylizacji, tylko do przerywania ciąży i ogólnie co do unikania reprodukcji. Dobrowolna sterylizacja jest jednym ze sposobów decydowania o tym, przy czym jedynym niezawodnym. Jeżeli komuś aż tak zależy na nieposiadaniu dzieci, nic innego nie zaspokoi jego interesu. Trudno wymagać od kobiety, żeby stale stosowała antykoncepcję, gdy nie utrzymuje kontaktów seksualnych lub utrzymuje, ale z kobietami. Nie każda kobieta ponadto może stosować antykoncepcję hormonalną: istnieją przeciwwskazania zdrowotne. Ta kobieta może jednak zostać zgwałcona. Mężczyzna natomiast może zostać podstępnie oszukany przez partnerkę. Jeżeli ktoś poważnie obawia się takiego biegu wydarzeń i jako dorosła osoba podejmuje rozebraną decyzję o poddaniu się sterylizacji (ze szczególnym uwzględnieniem wyczerpującego poinformowania o konsekwencjach) – ogół społeczeństwa nie powinien mieć prawa w to ingerować. Żaden interes ogólny nie przemawia za tym, by jednostkę utrzymywać wbrew jej woli w stanie płodności. Jednostka poszuka innych sposobów, a tylko przeżywać będzie stres. Może też jej się nie udać i wtedy stres będzie jeszcze większy.

Na marginesie można tylko przypomnieć, że zdarzały się przypadki, gdy lekarze samowolnie i bez zgody pacjentek dokonywali sterylizacji antykoncepcyjnej. Uzurpowali sobie i wciąż jeszcze uzurpują (tylko niejawnie – o czym świadczy omawiany przypadek wysterylizowania pacjentki przy okazji czwartego cesarskiego cięcia i zagrożenia pęknięciem macicy) prawo do decydowania o czyjejś płodności. Jednocześnie jednak odmawiają prawa decydowania samym pacjentom. Jest to ten sam rodzaj paternalizmu: sterylizować samowolnie, gdy ktoś ma za dużo dzieci, ale nie sterylizować, gdy nie chce mieć. W obu tych kategoriach sytuacji nikt oprócz bezpośrednio zainteresowanego nie ma prawa decydować.

⁹³⁴ Zob. szerzej M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Autonomia pacjenta a wskazania medyczne*, podrozdział *Hierarchia dóbr osobistych i innych prawnie chronionych interesów pacjenta*.

Przerwanie ciąży

Przerwanie ciąży jest kolejnym tematem upolitycznionym i nacechowanym ideologicznie, co zdecydowanie utrudnia dyskusje merytoryczne. Przypomnijmy, że legalność tego zabiegu jest przedmiotem unormowania w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny..., podczas gdy w przypadkach nieobjętych regulacją przerwanie ciąży stanowi przestępstwo. Ustawa, o którą chodzi, ma w swym tytule w szczególności „warunki dopuszczalności przerywania ciąży”. Przepis stanowi, iż *przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku, gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej; 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu; przerwanie ciąży jest wówczas dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej; 3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, przy czym od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni*. Według art. 4b ustawy, osobom objętym ubezpieczeniem społecznym i osobom uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów do bezpłatnej opieki leczniczej przysługuje **prawo** do bezpłatnego przerwania ciąży w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej. Z logicznego punktu widzenia nie może być wątpliwości, że jeżeli pewnym kategoriom pacjentek służy prawo do określonego świadczenia bezpłatnie, to znaczy, iż prawo to przysługuje im co do zasady.

Sposób unormowania wywołuje spory co do tego, czy przerwanie ciąży w okolicznościach przewidzianych przez ustawę stanowi przedmiot prawa. Niektórzy przedstawiciele doktryny zadawali sobie wiele wysiłku, by udowodnić, że tak nie jest. Natomiast orzecznictwo, w tym dość powszechnie znany wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r. – reprezentuje stanowisko, iż mamy tu do czynienia z prawem, będącym konsekwencją prawa do planowania rodziny.

Wyrok Trybunału jest z punktu widzenia przeciwników uznania przerwania ciąży za prawo nieco paradoksalny, ponieważ przedmiotem rozstrzygnięcia była zgodność z Konstytucją dawnego pktu 4 ust. 1 art. 4a o planowaniu rodziny, który dopuszczał przerwanie ciąży, gdy kobieta ciężarna znajdowała się *w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej*. Była to czwarta przesłanka legalizująca przerwanie ciąży, zlokalizowana po trzech wymienionych na wstępie tego podrozdziału. Zgodnie z werdyktem Trybu-

nału została uznana za sprzeczną z Konstytucją. Wymagało to najpierw rozstrzygnięcia, czy inkryminowany przepis nadawał pacjentce prawo i na to pytanie Trybunał udzielił odpowiedzi twierdzącej. Jeżeli jednak przerwanie ciąży ze względu na owe trudne warunki życiowe uznać za prawo, to wniosek taki stosuje się w całej rozciągłości również do pozostałych przesłanek.

Konkluzje Trybunału przedstawiają się następująco:

1. „Oceniając znaczenie normatywne przepisu art. 4a ust. 1 pkt 4, należy dojść do wniosku, iż ma on charakter legalizujący określone zachowania zmierzające do przerwania ciąży. Stanowi więc zezwolenie na podjęcie zachowań z zasady zabronionych. (...) Legalizacja zachowań podejmowanych przez lekarza, a związanych z przerwaniem ciąży w sposób konieczny dotyczyć musi powiązanych z zabiegiem czynności pomocniczych wykonywanych przez personel medyczny, a także działań matki, zmierzających do spowodowania przez lekarza przerwania ciąży”⁹³⁵.
2. „Wniosek o legalizującym charakterze regulacji zawartej w art. 4a ust. 1 pkt 4 należy wyprowadzić także z faktu, iż ustawodawca przewidział finansowanie zabiegów dokonywanych w publicznych zakładach opieki zdrowotnej ze środków publicznych, a nadto, iż w **art. 4b ustanowił po stronie kobiety ciężarnej roszczenie (prawo) o przerwanie ciąży, którego adresatem są publiczne zakłady opieki zdrowotnej**. [M.B.] Nie można więc na gruncie obowiązującego stanu prawnego twierdzić, iż wykonanie przez lekarza przerwania ciąży z tzw. warunków społecznych, których przesłanki określa art. 4a ust. 1 pkt 4 wskazując na ciężkie warunki życiowe lub trudną sytuację osobistą kobiety ciężarnej, ma charakter wyłącznie okoliczności wyłączającej możliwość stosowania w takim przypadku sankcji karnej, nie przesądzając o legalności czy bezprawności samego zabiegu”. – Ten sam argument, jak była już o tym mowa, stosuje się do pozostałych przesłanek przerwania ciąży z ustawy o planowaniu rodziny.
3. „Taką interpretację można byłoby dopuścić wówczas, gdyby regulacja art. 4a ust. 1 pkt 4 stanowiła integralną część kodeksu karnego, uzupełniając w szczególności uchylony art. 149a §3, zawierający katalog okoliczności, w których sprawca spowodowania śmierci dziecka poczętego nie popełniał przestępstwa. **Umieszczenie tej regulacji w odrębnej ustawie, która nie precyzuje typów czynów karalnych, nałóże-**

⁹³⁵ TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, OTK Zb.Urz. nr 2/1997, poz. 19.

nie na instytucje publiczne obowiązku podjęcia czynności organizacyjnych związanych z przeprowadzaniem przerywania ciąży, a nadto finansowanie tych zabiegów ze środków publicznych nie pozostawia cienia wątpliwości, iż obowiązujące od 4 stycznia 1997 r. przepisy uznają przerwanie ciąży w warunkach określonych w art. 4a ust. 1 pkt 4 za legalne⁹³⁶ [podkr. M.B.]. A zatem w pozostałych trzech punktach też.

Z kolei Sąd Najwyższy, nawiązując w swym wyrokowaniu do konstatacji Trybunału Konstytucyjnego, poszedł w interpretacji dalej:

„Okoliczności wskazane w art. 4a ust. 1 ustawy [o planowaniu rodziny] mają charakter **zbliżony do kontratypu** [podkr. M.B.], a więc wiążą się z wyłączeniem bezprawności. Nie jest to jednak równoznaczne z uznaniem „prawa do aborcji” za dobro osobiste, wskazać bowiem należy, że właściwa dla kontratypu kolizja dóbr wyłącza konstruowanie prawa podmiotowego, którego przedmiotem byłoby dobro osobiste, polegające na możliwości naruszenia dóbr osobistych innych osób”. [jakich **osób?** – M.B.]⁹³⁷ – Zbliżony do kontratypu, to jeszcze nie znaczy, że kontratyp. Trybunał Konstytucyjny nie miał *cienia wątpliwości*, że chodzi o działanie legalne, które nie ma charakteru *wyłącznie okoliczności wyłączającej możliwość stosowania w takim przypadku sankcji karnej*. Dlatego należy moim zdaniem zgodzić się z Tomaszem Justyńskim: „O ograniczeniu znaczenia tych przepisów wyłącznie do roli kontratypu można by ewentualnie mówić, gdyby ustawa nie nakładała na określone podmioty obowiązku aktywnej pomocy kobiecie, jeszcze zanim „czyn zostanie popełniony”, a jedynie ograniczała się do tolerowania przeprowadzonej aborcji. Ale tak przecież nie jest”⁹³⁸.

W przywołanym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w kontekście przerywania ciąży także na temat kolizji dóbr:

„Ponieważ życie, w tym życie w fazie prenatalnej stanowi jedną z podstawowych wartości konstytucyjnych (...) ustawodawca zwykły władny jest jedynie do określenia ewentualnych wyjątków, przy zaistnieniu których – ze względu na kolizję dóbr stanowiących wartości konstytucyjne, praw lub wolności konstytucyjnych – konieczne jest poświęcenie jednego z kolidujących

⁹³⁶ TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96

⁹³⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSP nr 2/2007 poz. 16, s. 102.

⁹³⁸ T Justyński: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSP nr 2/2007 poz. 16, s. 104.*

ze sobą dóbr. Wynikająca z kolizji dobra konstytucyjnego z innym dobrem, prawem lub wolnością konstytucyjną zgoda ustawodawcy na poświęcenie jednego z kolidujących dóbr nie odbiera mu przymiotu dobra konstytucyjnego podlegającego ochronie”⁹³⁹.

Kolizja dóbr jest na podstawie ocalałych przesłanek legalnego przerwania ciąży raczej łatwa do uchwycenia. Niemniej Sąd Najwyższy, orzekając w sprawie przerwania ciąży zainicjowanej zgwałceniem, potwierdził swoim autorytetem przytaczane wcześniej opinie fachowców: „W sytuacji, gdy ciąża jest wynikiem zgwałcenia, zabieg aborcyjny ogranicza skutki przestępstwa i jest podejmowany w interesie ofiary”⁹⁴⁰.

Ustawa o planowaniu rodziny nazywana jest przez jej zwolenników kompromisową. Na tle rozwiązań przyjętych w innych państwach europejskich wypada jako wysoce restryktywna. Na liberalizację jej przepisów nie ma szans, natomiast ruch tzw. obrońców życia próbuje różnymi sposobami zaostriżyć jej postanowienia. Swego czasu czynione były przymiarki, aby wnieść skargę konstytucyjną na art. 2a ust. pkt 1 jako na zbyt mało precyzyjny. Nagabywany w tej sprawie Rzecznik Praw Obywatelskich zwołał spotkanie ekspertów, które miało miejsce 22 stycznia 2008 r. Wypowiedzi dyskutantów przekonały Go o niecelowości skargi. Z innej strony – głównie organizacji kobiecych – wciąż dochodzą sygnały o łamaniu przepisów na różne sposoby – w sensie przede wszystkim odmowy wykonania zabiegu pomimo spełnienia ustawowych przesłanek. Zapadło kilka przywołanych tutaj wyroków za niewykonanie zabiegu lub uniemożliwienie podjęcia rozważanej decyzji w sprawie jego wykonania. Poczynione w sprawach ustalenia faktyczne przydatne są do stwierdzenia, w jaki sposób nastąpiło przyjęcie wbrew obowiązującemu prawu, jakoby w danej sprawie przerwanie ciąży było niedopuszczalne. Raporty organizacji pozarządowych pokazują, że wśród lekarzy narasta strach przed dokonywaniem przerwania ciąży⁹⁴¹, natomiast nie są mi znane relacje, z których by wynikało, że przepisy pozwalające na legalne przerwanie ciąży są interpretowane rozszerzająco na korzyść pacjentek. Wprawdzie powszechnie wiadomo o istnieniu „podziemnej aborcyjnej” i o „turystyce” mającej ten sam cel, jednak w strefie,

⁹³⁹ TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96.

⁹⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSP nr 10/2004 poz. 125, s. 530.

⁹⁴¹ Raporty te zostały przytoczone w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu wydanym w sprawie *Tysiiąc przeciwko Polsce*.

o której mowa, nie tyle pyta się pacjentki o wskazania prawne bądź medyczne, ile o to, czy mają dość pieniędzy na opłacenie zabiegu. Lekarze, do których zgłaszają się pacjentki w celu bezpłatnego wykonania zabiegu, często powołują się na klauzulę sumienia, ale bez zachowania przewidzianych w przepisie gwarancji. Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie rozpoznawał kilka spraw dotyczących przerwania ciąży, jednak w żadnej z nich obwinionym nie zarzucano naginania przepisów na korzyść pacjentek: były to zabiegi wykonywane wyraźnie wbrew ustawie, a więc na odpowiednio opłacone życzenie, a w dodatku z naruszeniem prawideł wiedzy medycznej. Publiczne szpitale sporządzają coroczne sprawozdania o liczbie wykonanych zabiegów przerwania ciąży, jednak bez wyszczególnienia przesłanek. W tylko jednym szpitalu miałam możliwość zapytania o to Kierownika przychodni (jest to duży szpital publiczny w Warszawie) i dowiedziałam się, że wszystkie 56 zabiegów w ciągu roku zostało wykonanych ze względu na podejrzenie ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu. Nie stanowi to argumentu natury ogólnej, jest jednak wielce prawdopodobne, iż przerwania ciąż z innych przyczyn: prawnych lub zdrowotnych są zjawiskiem występującym sporadycznie.

Przegląd istniejącego orzecznictwa oraz analiza rozmaitych raportów pozwalają wskazać następujące nadużycia przy stosowaniu ustawy o planowaniu rodziny w części dopuszczającej legalne przerwanie ciąży.

1. **Twierdzenie, jakoby ciąża była zbyt zaawansowana.** Ma to miejsce w odniesieniu do przerwania ciąży z przyczyn prawnych (inicjacja ciąży przez popełnienie czynu zabronionego) lub gdy pacjentka ubiega się o przerwanie ciąży z powodu wad płodu: zaawansowanie ciąży przekłada się wówczas na zdolność płodu do samodzielnego życia, natomiast przerwanie z przyczyn prawnych ograniczone jest ścisłym, bardzo krótkim terminem.

W rozstrzyganej przez Sąd Najwyższy dwukrotnie⁹⁴² sprawie o bezprawne uniemożliwienie przerwania ciąży, oś konfliktu stanowiło właśnie zaawansowanie ciąży. Pacjentka zjawiła się w szpitalu z dwoma, jak wynika z uzasadnienia, niezależnymi od siebie, dokumentami: zaświadczeniem lekarskim o ciąży 11-tygodniowej oraz z odpisem postanowienia o umorzeniu dochodzenia w sprawie o zgwałcenie (ponieważ nie udało się ustalić sprawców). Zamiast skierować ją z powrotem do prokuratora po

⁹⁴² Wyrokiem z 21.XI.2003, sygn. V CK 16/03, OSP nr 10/2004 poz. 125 oraz uchwałą z 22.II.2006, sygn. III CZP 8/06, OSP nr 2/2007 poz. 16.

właściwy dokument, w szpitalu wykonano badanie USG, które określiło ciążę jakoby na 14-tygodniową. Wówczas dopiero odesłano pacjentkę z powrotem do prokuratora. Prokurator wydał postanowienie o powołaniu biegłego ginekologa celem ustalenia stanu zaawansowania ciąży. W ten sposób sprawa się przeciągnęła. Przestępstwo miało miejsce 28 lipca; zaświadczenie pierwszego ginekologa o ciąży 11-tygodniowej zostało wystawione „pod koniec września”; pacjentka spędziła w szpitalu dwa dni: 8 i 9 października, a u prokuratora stawiała się ponownie 10 października. Porównanie dat pozwala na przypuszczenie, że już wtedy mogło być za późno, ale niekoniecznie, ponieważ zaświadczenia lekarskie określają tylko, który to jest tydzień ciąży. Przerwać jej z przyczyn, o których mowa nie wolno, gdy ciąża ma „skończone” 12 tygodni, czyli gdy pacjentka jest już w tygodniu trzynastym. W każdym razie u biegłego pacjentka już się nie stawiała. Dziecko przyszło na świat zdrowe i donoszone, matka zdecydowała się mimo wszystko je zatrzymać, ale wystąpiła o odszkodowanie. Za pierwszym razem⁹⁴³ Sąd Najwyższy, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania zalecił, żeby w postępowaniu dowodowym została udzielona odpowiedź na kluczowe dla sprawy pytanie, w którym tygodniu ciąży była pacjentka podczas pobytu w szpitalu. W drugim rozstrzygnięciu Sądu Najwyższego wynik USG został uznany za „błąd lekarski”, i w konsekwencji – uniemożliwienie przerwania ciąży za bezprawne. Wobec tego ocena lekarska w ramach badania szpitalnego musiała zostać dokonana błędnie. Jak twierdzą lekarze, precyzyjne ustalenie wieku płodu badaniem USG na tak wczesnym etapie ciąży nie stanowi dla fachowca trudności. Wprawdzie decydują różnice wyrażone w milimetrach, jednak na tym etapie stopień rozwoju płodu pozwala łatwo określić zaawansowanie ciąży. Wobec tego wolno twierdzić, że popełnienie błędu w tym akurat przypadku przesądza o zawinieniu⁹⁴⁴. Można tu postawić pytanie, czy wykonanie badania USG było w ogóle celowe, a więc odpowiadające standardom i zgodne z prawem, skoro jedno zaświadczenie lekarskie pacjentka już miała. To tylko dokument od prokuratora był nieodpowiedni: powinien on stwierdzać wystąpienie okoliczności uzasadniających przerwanie ciąży (art. 4a ust. 5 zd. drugie upłrodz.), a nie tylko postanowienie o umorzeniu postępowania.

⁹⁴³ Z 21.XI.2003, sygn. V CK 16/03, OSP nr 10/2004 poz. 125.

⁹⁴⁴ W tej sprawie konsultowałam się ustnie z ginekologiem – położnikiem znajdującym się na liście biegłych sądowych, zatem uważam informację za wiarygodną.

Zaświadczenie prokuratora powinno pozostawać w związku treściowym z uprzednim zaświadczeniem lekarskim o ciąży, albowiem tylko wtedy **podejrzenie**, iż ciąża jest rezultatem czynu zabronionego, jest **uzasadnione** i możliwe do stwierdzenia.

To bardzo dobry sposób na przeciągnięcie sprawy, ażeby przetrzymać pacjentkę dwa dni w szpitalu, wbrew wiedzy medycznej wmawiać, że ciąża jest o trzy tygodnie bardziej zaawansowana, posiać wątpliwość i spowodować ponowne sprawdzanie, które zmitręży cenny czas. Można to określić jako „kradzież czasu”, po którym na wszelkie zgodne z prawem czynności staje się za późno.

Z podobnym problemem, aczkolwiek na dalszym etapie zaawansowania ciąży, borykała się pacjentka z Małopolski, podejrzewająca u płodu zespół Turnera⁹⁴⁵. Najpierw nie mogła doprosić się o skierowanie na genetyczne badanie prenatalne. Gdy zaś już wreszcie, dzięki osobistym staraniom, poddała się badaniu i otrzymała wynik (po 15 dniach, co ogólnie stanowi termin, można powiedzieć, „przyzwoity”, aczkolwiek aberracja chromosomowa mogła zostać wykryta samym badaniem mikroskopowym szybciej) – było za późno na zabieg przerwania ciąży, ze względu na zdolność płodu do samodzielnego życia poza organizmem matki. Pacjentka próbowała kwestionować zasadność odmowy. W uzasadnieniu wyroku pojawia się informacja wskazująca pośrednio, iż górną granicę dopuszczalności przerwania ciąży z tych przyczyn stanowi dwudziesty trzeci lub dwudziesty czwarty tydzień. Jak wyjaśnił jednak Sąd Najwyższy: „Nie są to kwestie prawne, a więc nie podlegają wykładni i ocenie sądu. (...) Kiedy płód zdolność taką osiąga jest kwestią faktu ustalanego przez specjalistów w tej dziedzinie”⁹⁴⁶. Pacjentka wystąpiła z tym dopiero w skardze kasacyjnej, powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z 13.X.2005 r.⁹⁴⁷. Przywołana tam została tylko opinia biegłych z Zakładu Genetyki Medycznej Centrum Zdrowia Dziecka stwierdzająca, że osiągnięcie zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki następuje około 24 tygodnia ciąży. W jednym z następnych podrozdziałów zostaną omówione zasady podtrzymywania przy życiu noworodków przedwcześnie urodzonych. W tym miejscu chcę tylko zaznaczyć, że ustawa o planowaniu rodziny stanowi o zdolności do *samodzielnego ży-*

⁹⁴⁵ Wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC nr 3/2008 poz. 48.

⁹⁴⁶ Ibidem.

⁹⁴⁷ Sygn. IV CK 161/05, OSP nr 6/2006 poz. 71, s. 332 – tzw. sprawa łomżyńska.

cia poza organizmem matki. Trwające przez kilka miesięcy wspomaganie respiratorem, inkubatorem, odżywianie sondą – to nie są warunki *samodzielnego* życia. Typowa ciąża trwa 40 tygodni; o dziecku donoszonym można już mówić, gdy przyszło na świat w 36–37 tygodniu. Od pewnego momentu zaawansowania ciąży przerwanie jej wymaga indukowania przedwczesnego porodu. Staram się zrozumieć lekarzy, którzy woleliby nie patrzeć, jak poroniony płód przez parę godzin dogorywa na ich oczach. Nie wydaje mi się jednak, by ustawowe kryterium niezdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki miało oznaczać natychmiastową śmierć po odpepnieniu. Zalecenia WHO, że należy podejmować reanimację, gdy poród odbył się co najmniej w dwudziestym trzecim tygodniu, a noworodek waży przynajmniej 500 g i wykazuje jakiegokolwiek oznaki życia, nie są moim zdaniem równoznaczne z ustaleniem zasady, iż płód spełniający te kryteria jest zdolny do *samodzielnego* życia poza organizmem matki.

Pacjentka z Małopolski zdecydowała upomnieć się o swe prawa człowieka w Strasburgu. Dnia 26 maja 2011 r. zapadł werdykt na jej korzyść⁹⁴⁸. Trybunał powtórzył niektóre swoje konkluzje sformułowane we wcześniejszej sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce*, w szczególności wytknął prawu krajowemu brak procedur gwarantujących poszanowanie praw reprodukcyjnych pacjentek w ciąży⁹⁴⁹. Uznał, że Państwo nie wypełniło nałożonego na nie przez ustawę o planowaniu rodziny pozytywnego obowiązku co do zapewnienia efektywnego poszanowania dla życia prywatnego kobiet w części dotyczącej dostępu do genetycznych badań prenatalnych oraz prawa do legalnego przerwania ciąży. Powtórzył za Sądem Najwyższym, że działania lekarzy spowodowały poniżenie pacjentki i zaznaczył, że cywilna procedura odszkodowawcza nie chroni tych praw w sposób należyty, ponieważ ma charakter jedynie kompensacyjny i retroaktywny⁹⁵⁰. „Trudności, jakich doświadczyła skarżąca, wydają się spowodowane częściowo przemilczeniami ze strony konkretnych lekarzy, wpływającymi na kwestię skierowania, ale też i przez administra-

⁹⁴⁸ *R.R. v. Poland*, skarga 27617/04.

⁹⁴⁹ Procedurę taką wprowadziła ustawa o prawach pacjenta z 2009 r., a krytyczne wydarzenia sprawy *R.R.* miały miejsce w 2002 r. Wątpliwość co do efektywności wprowadzonej procedury w odniesieniu do przerwania ciąży była już podnoszona we wcześniejszej części pracy.

⁹⁵⁰ Ten argument padł również w sprawie *Tysiąc*.

cyjny oraz organizacyjny chaos w systemie opieki zdrowotnej, dotyczący terminów oraz procedur przyjmowania pacjentów poszukujących usług medycznych poza swoim regionem NFZ⁹⁵¹. W opinii Trybunału „Państwo ma obowiązek zorganizowania systemu opieki zdrowotnej sposób zapewniający, aby skuteczne korzystanie z wolności sumienia w kontekście zawodowym przez personel medyczny nie tamowało pacjentom dostępu do usług, do których są uprawnieni na podstawie odpowiednich przepisów prawa”⁹⁵². „Nie zostało wykazane, aby polskie prawo zawierało skuteczne mechanizmy, które dałyby skarżącej możliwość uzyskania dostępu do świadczeń diagnostycznych, decydujących o możliwości wykonania jej praw do podjęcia poinformowanej decyzji w sprawie ubiegania się lub nie o przerwanie ciąży”⁹⁵³. Wpływ na takie rozstrzygnięcie miało m.in. ustalenie faktyczne, iż żaden szpital w Krakowie nie wykonywał wówczas amniocentezy dla celów badania genetycznego. Dodatkowym „smaczkiem” wśród ustaleń poczynionych przez Trybunał jest też, że gdy pacjentka, skierowana przez lekarza prowadzącego, udała się do Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, (nie wiadomo właściwie po co, ponieważ lekarz wiedział, jak ustalił polski sąd, że w Krakowie nie wykonuje się testów genetycznych) usłyszała tam, iż „w tym szpitalu nie zostało od 150 lat wykonane ani jedno przerwanie ciąży”. (Ciekawe skądinąd, ile pacjentek przypłaciło to życiem.) Na prywatne konsultacje do Łodzi jeździła we własnym zakresie. Przyjmujący ją profesor wydał skierowanie na badanie genetyczne, ale uprzedził, iż skierowanie to nie będzie honorowane oraz życzliwie doradził, aby zgłosiła się do łódzkiego szpitala w trybie nagłym, deklarując objawy zagrażającego poronienia. Pacjentka wróciła do miejsca zamieszkania i znowu domagała się właściwego skierowania od swego lekarza prowadzącego. Nadal bezskutecznie. Dopiero wtedy skorzystała z rady profesora, ale było już za późno na przerwanie ciąży.

2. **Bagatelizowanie zagrożenia dla zdrowia lub życia matki.** Zdarza się, że ginekolog podważa opinię innego specjalisty. Przy szkodliwości ciąży dla zdrowia opinię w tej sprawie wystawia inny lekarz, niż wykonujący zabieg (art. 4a ust. 5 uplrodz.). Ma to być „lekarz posiadający tytuł

⁹⁵¹ Tłum. własne z tekstu uzasadnienia w wersji angielskiej (pkt 198).

⁹⁵² j.w. (pkt 206)

⁹⁵³ j.w. (pkt 208)

specjalisty w zakresie medycyny właściwej ze względu na rodzaj choroby kobiety ciężarnej” (§2 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego do ustawy *w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzania, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu*⁹⁵⁴). Przy zagrożeniu dla życia kobiety może to być ten sam lekarz, który ma wykonać przerwanie ciąży (art. 4a ust. 5 upl. rodz. – *a contrario*). Klasycznym przykładem zagrożenia życia jest ciąża pozamaciczna. Mimo to prasa podawała niedawno przykład pacjentki, która w ciąży pozamacicznej udawała się na czeską stronę, żeby ciążę przerwać bez przeszkód i bez rozgłosu, choć za opłatą – ponieważ polski lekarz odmówił jej wykonania zabiegu zasłaniając się klauzulą sumienia. Nie przeszkadzało mu, że płód z ciąży pozamacicznej jest bez szans na przeżycie, a swojej nosicielce zagraża śmiercią. Z punktu widzenia prawa karnego odmowa przerwania ciąży pozamacicznej może pociągać za sobą kwalifikację prawną usiłowania zabójstwa w zamiarze ewentualnym. Z punktu widzenia prawa medycznego zastosowanie klauzuli sumienia wyłącza art. 30 uzawlek. – czyli niecierpiący zwłoki przypadek zagrożenia życia.

Odmówienie pacjentce przerwania ciąży z powodu zagrożenia zdrowia zakończyło się werdyktem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Wyrok został wydany 20 lutego 2007 – sprawa *Tysiiąc przeciwko Polsce*. Pozwany w sprawie był rząd RP, jednak główny punkt zapalny stanowiło ewentualne uchybienie lekarza, do którego pacjentka zgłosiła się z zaświadczeniem lekarskim stwierdzającym tzw. terapeutyczne wskazania do przerwania ciąży.

Istotne też jest, jaki stan faktyczny został ustalony pod powagą Trybunału. W tej sprawie wypowiadał się na łamach „Prawa i Medycyny” sam lekarz, jednak jego wersja wydarzeń różni się nieco od tej stwierdzonej przez organ sądowy. Również opis stanu faktycznego zawarty w zbiorze orzecznictwa w sprawach medycznych odbiega od opisanego w uzasadnieniu⁹⁵⁵. Orzeczenie w tłumaczeniu roboczym dostępne jest na stronie

⁹⁵⁴ (z 22.I.1997. Dz.U. nr 9/1997 poz. 49)

⁹⁵⁵ Chodzi o zbiór *Prawo wobec medycyny i biotechnologii* red. M. Safjan, s. 112–121; opracowanie stanu faktycznego i komentarz sporządzone przez Leszka Boska.

internetowej, przy czym jego wierność nie budzi moich zastrzeżeń. Korzystam zatem przy cytowaniu z wersji polskojęzycznej⁹⁵⁶.

Pacjentka cierpiała na poważną krótkowzroczność (0.2 w lewym oku i 0.8 w prawym). Będąc w ciąży po raz trzeci (dwie pierwsze zostały rozwiązane przez cesarskie cięcie) udała się kolejno do trzech okulistów w obawie, jaki wpływ na jej zdrowie może mieć urodzenie kolejnego dziecka. „Została ona zbadana przez trzech lekarzy okulistów (...). Dr M.S. zalecił, by skarżąca poddawała się częstym badaniom oraz unikała wysiłku fizycznego. Dr N. S.-B. stwierdził, iż skarżąca powinna po urodzeniu rozważyć zabieg sterylizacji. **Wszyscy lekarze stwierdzili, że w związku z patologicznymi zmianami w siatkówce skarżącej ciąża i poród stanowiły zagrożenie dla jej wzroku. Jednakże odmówili oni, pomimo próśb skarżącej, wydania zaświadczenia pozwalającego na przerwanie ciąży**” [podkr. M.B.]. Argumentowali, że wprowadzie siatkówka mogłaby samoczynnie odkleić się na skutek ciąży, ale nie jest to pewne⁹⁵⁷. Jedna z opinii zawierała zalecenie, by pacjentka unikała wysiłku fizycznego. **Trybunał ocenił później dwie z tych opinii jako niejednoznaczne.** Następnie (14. IV.2000, tj. w drugim miesiącu ciąży) pacjentka poddała się jeszcze jednemu badaniu okulistycznemu. Zostało w nim stwierdzone, że w danym momencie potrzebuje ona okularów o mocy 24 dioptrii dla poprawy widzenia w obu gałkach ocznych. Później pacjentka zgłosiła się do internisty. „Dr O. R. G. internista, wypisała zaświadczenie stwierdzające, że trzecia ciąża stanowiła zagrożenie dla zdrowia skarżącej, bowiem istniało ryzyko pęknięcia macicy ze względu na fakt, iż dwa poprzednie porody odbyły się przez cesarskie cięcie. Ponadto odniosła się ona do krótkowzroczności skarżącej oraz poważnych zmian patologicznych

⁹⁵⁶ http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czlowieka/wyroki_pol-ska/2007/tysiac.rtf Rozstrzygnięcie Trybunału sprowadza się do zarzutu, że polskie prawo zezwalając na przerywanie ciąży nie zawiera procedur gwarantujących poszanowanie praw kobiet ciężarnych ubiegających się o wykonanie zabiegu i jest to zarzut natury systemowej, niemniej przy okazji zostały poczynione ustalenia mające istotny wpływ na wnioskowanie, czy odmowa dokonania przerwania tej ciąży ze strony konkretnego lekarza miała charakter bezprawny, czy nie.

⁹⁵⁷ Ustalenie to zostało zaczerpnięte wprost z oryginalnego tekstu orzeczenia w języku angielskim, dostępnym w Internecie. Tłumaczenie robocze na polski jest w tej części nieprecyzyjne stylistycznie – przyp. aut.

w jej siatkówce. W ocenie internisty czynniki te powodowały, iż skarżąca powinna unikać wysiłku fizycznego...”⁹⁵⁸.

Wiele wskazuje na to, że internistka też nie napisała wyraźnie, iż ogólny stan zdrowia pacjentki, na który składa się szereg czynników, stanowi medyczne wskazanie do przerwania ciąży. Niemniej najpierw trzech okulistów stwierdziło, że trzecia ciąża zagraża zdrowiu. Niewiele później wynik badania okulistycznego opiewa na 24 dioptrie, czyli pośrednio świadczy o znacznym pogorszeniu widzenia w okresie ciąży. Wreszcie internistka powtarza za okulistami, że pacjentka ma unikać wysiłku fizycznego. Jest to w ciąży zupełnie nierealne, bo na pewnym etapie zaawansowania wysiłek stanowi samo wstanie z krzesła i inne codzienne czynności.

Ginekolog, do którego zgłosiła się następnie pacjentka, zbadał ją „**wzrokowo** (...) bez przeanalizowania jej dokumentacji okulistycznej”⁹⁵⁹. Pytanie, czy dlatego, że ją (dokumentację) zlekceważył, czy dlatego, że w ogóle nie została mu przedłożona. On sam w wypowiedzi zamierzonej jako obrona tamtego stanowiska⁹⁶⁰ podaje, że zapoznał się ze skierowaniem od internisty stwierdzającym „*myopia alta*, stan do dwóch cięciach cesarskich – do przerwania ciąży”⁹⁶¹ i następnie zebrał wywiad od pacjentki ustnie. Treść wywiadu jak i zaświadczenie od lekarza rodzinnego utwierdziły go w przekonaniu o braku wskazań do przerwania ciąży. Określił je wręcz jako „pseudowskazania”⁹⁶². Ostatecznie podważył merytoryczną treść opinii innego lekarza na podstawie własnych kwalifikacji

⁹⁵⁸ Cały opis stanu faktycznego wg L. Boska w powołanym zbiorze orzecznictwa jest następujący: „Alicja Tysiąc zaszła w ciążę w lutym 2000 r. Cierpiała na znaczną krótkowzroczność. Trzech lekarzy okulistów stwierdziło, że wada wzroku skarżącej nie uzasadnia przerwania ciąży. Ponieważ dwoje dzieci urodziła przez cesarskie cięcie, także trzecie dziecko powinno się urodzić w ten sposób, aby uniknąć ryzyka odklejenia się siatkówki. [podkr. M.B.] Wydania zaświadczenia o zagrożeniu przez ciążę zdrowia skarżącej odmówił także Romuald Dębski, ordynator oddziału Ginekologii i Położnictwa Kliniki w Warszawie, który po konsultacji stwierdził istnienie wskazań nie do przerwania ciąży, ale do cesarskiego cięcia. Skarżąca urodziła dziecko przez cesarskie cięcie w listopadzie 2000 r. Sześć tygodni po urodzeniu pogorszył się znacząco jej wzrok” – Zdanie podkreślone przez mnie w ogóle nie znajduje oparcia w stanie faktycznym przyjętym przez Trybunał.

⁹⁵⁹ Tak ustalił Trybunał – M.B.

⁹⁶⁰ R. Dębski: *Meandry i bezdroża polskiej medycyny prenatalnej – refleksje klinicysty*, Prawo i Medycyna nr 2/2007, s. 48.

⁹⁶¹ Ibidem.

⁹⁶² Ibidem, s.47.

(w części dotyczącej cesarskich cięć) i na podstawie wywiadu ustnego (w części okulistycznej). Niedowierzając zaświadczeniu o wskazaniach okulistycznych zebrał dodatkowo wywiad od pacjentki i zakwestionował je na tej tylko podstawie.

Ustawa o planowaniu rodziny ustanawia **ściśły rozdział kompetencji w sprawie przerwania ciąży: o ile nie ma zagrożenia życia kobiety – jeden lekarz stwierdza istnienie wskazań do zabiegu, a inny go wykonuje**. Nie ma regulacji na temat tego, czy lekarzowi, do którego pacjentka zwróciła się o wykonanie zabiegu, wolno kwestionować ustalenia innych specjalistów. W chwili obecnej od decyzji lekarza naruszającej prawa pacjenta służy odwołanie do komisji lekarskiej, wówczas jednak takiej drogi nie było. W praktyce pojawiła się patowa dla pacjentki sytuacja, gdy od jednego lekarza (lekarzy) udało się uzyskać zaświadczenie o wskazaniach do zabiegu, ale lekarz mający wykonać zabieg je kwestionuje, ponieważ wydaje mu się naciągane. Nie dość, że trudno zdobyć zaświadczenie, bo lekarze wyraźnie wymigują się od zajęcia jednoznacznego stanowiska, to w efekcie ginekolog dochodzi do wniosku (może i w dobrej wierze), iż ma do czynienia z nadużyciem. Z jednej strony nadużycie takie jest możliwe, więc nie można czynić ginekologa ślepym wykonawcą cudzych decyzji, z drugiej jednak – aby skutecznie kwestionować orzeczenie innego specjalisty – trzeba mieć po temu kwalifikacje i dysponować możliwościami zweryfikowania.

Ginekolog wykonujący badanie okulistyczne to sytuacja jak z dowcipu. Inna rzecz, że jak się wydaje, wskazania okulistyczne do przerwania ciąży z kolei przez niego zostały odebrane jako jakiś żart. Jednak ten ginekolog pacjentki nawet nie zbadał (bo nie miał kwalifikacji ani warunków), tylko ograniczył się do zebrania mało miarodajnego wywiadu. Nie miałby zresztą też kompetencji dla dokonania właściwej oceny wyników badania. Procedura odwoławcza została wprawdzie stworzona ustawą o prawach pacjenta: odwołanie do komisji w sprawie decyzji lekarskiej naruszającej prawa pacjenta. Nie zmienia to jednak faktu, że lekarz przecież nie ma prawa wykraczać poza swoje kompetencje specjalistyczne. Istnieje wspólny poziom elementarnej wiedzy medycznej dla wszystkich lekarzy, ale wchodzenie w kompetencje specjalistyczne z innej dziedziny medycyny nie powinno mieć miejsca. Wolno kwestionować zaświadczenie innego lekarza z przyczyn formalnych. Co zaś do podnoszenia wątpliwości diagnostycznych uzasadniających dodatkowe badanie czy zwołanie

konsylium – jest wysoce problematyczne, czy w każdym przypadku ginekolog dysponuje kompetencjami do takiego podważania opinii innych specjalistów. Mógłby też powołać się na klauzulę sumienia, ale z zachowaniem ustawowych gwarancji dla pacjentki.

Legalizująca przerwanie ciąży przesłanka zagrożenia dla zdrowia kobiety ciężarnej ma charakter niedookreślony. Z punktu widzenia prawidłowej legislacji nie można tego uznać za wadę samą w sobie, ponieważ w pewnych sferach obrotu prawnego nie da się niedookreśleń uniknąć. Jedną z tych sfer jest medycyna. Każdy prawnik specjalizujący się w prawie medycznym stosunkowo szybko zauważa, że bez wiadomości z zakresu medycyny w wielu przypadkach nie sposób dokonać rozstrzygnięcia prawnego. Analiza przytaczanych orzeczeń potwierdza to w całej rozciągłości: tam, gdzie wymagana jest wiedza fachowa, ustawa nie zdoła ingerować precyzyjnie. Pozostawienie fachowcom marginesu swobody jest niezbędne, żeby mogli działać fachowo i decydować w sposób przemyślany, a nie tylko jako ślepi wykonawcy dyrektyw. Przepisy lekarskiej ustawy zawodowej o zasadach wykonywania zawodu są również niedookreślone, a ich dookreślenie należy do reguł pozaprawnych: aktualnych zasad wiedzy medycznej. Próby dookreślenia w normach prawnych będą z góry skazane na niepowodzenie. Powinszować dobrego samopoczucia prawnikowi, któremu wydaje się, iż stanowi autorytet w sprawach medycznych i że kwestie natury medycznej potrafi dokładnie uregulować normami prawnymi. Jedyne, czego można próbować, to ujmowanie w konsultowanych ze specjalistami rozporządzeniach wykonawczych wykazów schorzeń, wad czy leków uzasadniających takie, a nie inne działanie prawne. Gdy chodzi o przerwanie ciąży z przyczyn zdrowotnych, padł pomysł, by wykaz chorób określić rozporządzeniem. Zetknęłam się z opinią, że biorąc pod uwagę postęp w medycynie, lista takich zagrożeń dla kobiety ciężarnej nie będzie długa: przede wszystkim przewlekłe schorzenia połączone z koniecznością przyjmowania leków teratogennych dla płodu⁹⁶³. W omawianej sprawie, która tak poruszyła opinię publiczną, chodziło o wskazania okulistyczne. Żaden z trzech okulistów nie zaryzykował wyraźnego stwierdzenia, że stan okulistyczny pacjentki uzasadnia terapeutyczne przerwanie ciąży. **Tłu-**

⁹⁶³ Wówczas pacjentka miałaby do wyboru: odstawić leki i w konsekwencji skończyć na wózku inwalidzkim (np. przy chorobach reumatycznych), brać leki i doprowadzić do urodzenia dziecka ciężko uszkodzonego lub przerwać ciążę.

maczyli się oni brakiem pewności co do tego, ale jednocześnie formułowali zalecenia, z których to zagrożenie logicznie wynikało: unikanie wysiłku fizycznego i rozważenie późniejszego poddania się sterylizacji. Sterylizację proponowano pacjentce jeszcze po poprzednim porodzie. Ten stan faktyczny pokazuje, że gdy chodzi o ciążę, ewentualne ryzyko dla zdrowia czy życia pacjentki nie daje się określić z całą pewnością; **dlatego wprowadzenie pojęcia ryzyka czy zagrożenia bez bliższych wyjaśnień jest moim zdaniem racjonalne i uzasadnione. Pewność nie może stanowić przesłanki ustawowej tam, gdzie jest faktycznie niemożliwa do stwierdzenia.**

Omawiany przypadek pokazuje istnienie w sprawie ciąż oraz porodów jeszcze jednej niewiadomej: **ile** ciąż odbije się niekorzystnie na zdrowiu konkretnej pacjentki. W danej sprawie była to ciąża trzecia. Tutaj także nie ma reguł możliwych do ustalenia w świetle aktualnej wiedzy medycznej. Wiadomo tylko, że ciąża jako taka stanowi poważny wysiłek i obciążenie dla organizmu, po którym do pełnej formy powraca się dłużej lub krócej, a następna ciąża przed powrotem do pełnej formy zwiększa ryzyko rozstroju zdrowia. Jeżeli pacjentka przed zajściem w ciążę cierpiała na trzustkę, serce, nerki czy wątrobę, to jest wysoce prawdopodobne, że w ciąży jej stan się pogorszy, nie wiadomo jednak do jakiego stopnia. Istnieje coś takiego jak wyczerpanie organizmu porodami, które jest uwarunkowane indywidualnie, a jego wystąpienie – niemożliwe do przewidzenia. Ciążę i poród można porównać do gry na loterii: medycyna nie potrafi określić z góry, która pacjentka przejdzie przez ciążę lekko i która łatwo urodzi – nawet gdy jest to kobieta stanowiąca istny okaz zdrowia. **W tych okolicznościach precyzowanie reguł prawnych co do rodzaju zagrożenia dla zdrowia byłoby zabiegiem całkowicie oderwanym od rzeczywistości.** Praktyka pokazuje, że lekarze nie naruszają prawa w tym zakresie i można sobie pozwolić na obdarzenie ich zaufaniem: nie zaświadczą o dopuszczalności przerwania ciąży z powodu żylaków czy płaskostopia poprzecznego. Tylko lekarze dysponują wiedzą, a ta wiedza i tak okazuje się niewystarczająca, by całkowicie panować nad sytuacją i gwarantować określone rezultaty. Żadne prawo tego nie zmieni: może formułować tylko ogólne wytyczne.

Ustawa o planowaniu rodziny należy do aktów prawa medycznego. Nieodokreślone wyrażenie „zagrożenie zdrowia” pojawia się także w innych

ustawach (nie tylko medycznych) i to w kontekście konfliktu dóbr uważanych za wartości konstytucyjne⁹⁶⁴.

Omawiany zapis ustawy o planowaniu rodziny, choć jak się wydaje rzadko stosowany w praktyce, ma dla ciężarnych kobiet znaczenie największe, ponieważ pozwala im ratować własną integralność fizyczną. Jednocześnie przewiduje konieczność ważenia dóbr i stawia zdrowie kobiety ponad życiem *nasciturusa*. W orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r.⁹⁶⁵ zostały wskazane ogólne kryteria uzasadniające legalność przerwania ciąży. Oznacza to konieczność ustalenia: 1) czy dobro, którego naruszenie ustawodawca legalizuje, stanowi wartość konstytucyjną; 2) czy legalizacja naruszenia znajduje usprawiedliwienie na gruncie wartości konstytucyjnych; 3) czy ustawodawca dochował konstytucyjnych kryteriów rozstrzygania owej kolizji, w szczególności czy przestrzegał wymogu zachowania proporcjonalności⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ Ustawa psychiatryczna przewiduje w art. 23 ust. 1 poddanie pacjenta przymusowemu leczeniu w szpitalu psychiatrycznym wówczas, gdy jego „dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu tej choroby [psychicznej] zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób”. W rezultacie zastosowania tego przepisu jednostka może zostać bezterminowo pozbawiona wolności w psychiatrycznym zakładzie zamkniętym w imię ochrony nieodookreślonego zdrowia innych osób, a więc teoretycznie i z tego np. powodu, że stroi w windzie dziwne grymasy do sąsiadki, czym wpędza ją w nerwicę. Tyle, że nikt poważny nie przyjmuje takiej interpretacji, przeciwnie: podkreśla się, iż przesłanki przymusowego przyjęcia do szpitala psychiatrycznego powinny być interpretowane zawężająco w imię poszanowania autonomii jednostki wynikającej z jej prawa do wolności i nietykalności cielesnej. (S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Przymusowe badanie i leczenie psychiatryczne według projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Przegląd Lekarski nr 12/1980, s. 774; M. Balicki, *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, Prawo i Medycyna nr 1/1999, s. 40.) Wymienia się dokonane lub usiłowane akty agresji, akty agresji przygotowywane tak, że same czynności zawierają w sobie rzeczywisty i poważny stopień zagrożenia (np. zbieranie materiałów wybuchowych, zaopatrywanie się w broń lub inne niebezpieczne przedmioty); groźby słowne uzasadniające obawę ich spełnienia.

Z punktu widzenia potencjalnych ocen prawnokonstytucyjnych analogiczna sytuacja zachodzi m.in. w art. 24 ustawy psychiatrycznej, ale też w art. 213 § 2 k.k. (tzw. dozwolona krytyka) oraz art. 40 ust. 2 pkt. 3) lekarskiej ustawy zawodowej (jeden z wyjątków od obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej). We wszystkich tych przypadkach w ustawie użyto pojęcia „zdrowie” jako kryterium rozstrzygania kolizji z innymi dobrami prawnie chronionymi, przy czym użyto go bez jakichkolwiek dalszych warunków ograniczających. Taki stan prawny nie wytworzył w praktyce żadnych problemów, a w teorii nikt nigdy nie podważał jego konstytucyjności. Ustawa o planowaniu rodziny... nie jest więc na tym tle niczym nadzwyczajnym.

⁹⁶⁵ sygn. K.26/96

⁹⁶⁶ s. 23.

Ad. 1. Art. 38 Konstytucji przewiduje prawną ochronę życia każdego człowieka. Uznanie za człowieka płodu w łonie matki i to niezależnie od fazy rozwoju jest uwarunkowane światopoglądowo. Natomiast sama Konstytucja nie przewiduje ochrony życia od chwili poczęcia, mimo iż swego czasu podjęta została próba jej zmiany w tym zakresie. Odrzucenie owej koncepcji przez ustawodawcę konstytucyjnego świadczy o jego intencjach; skoro takie doprecyzowanie nie znalazło się w ustawie zasadniczej, to wybór sposobu uregulowania należy do ustawodawcy zwykłego. Życie poczęte nie stanowi obecnie wartości konstytucyjnej. Orzeczenie Trybunału z 1997 r., dotyczące ustawy o planowaniu rodziny, zapadło w odmiennym stanie prawnym: ochronę życia trzeba było wyinterpretować, zaś obecnie statuuje ją wyraźny przepis, który jednak o poczęciu nie wspomina i jest to pominięcie celowe.

Rola Trybunału ogranicza się do sprawdzenia, czy ustawa zwykła mieści się w granicach swobody określonej konstytucyjnie; nie wolno mu orzekać o konstytucyjności ustawy, jeśli istnieje możliwość dokonania takiej wykładni, która nada ustawie znaczenie zgodne z Konstytucją⁹⁶⁷.

Ad. 2. Jeżeliby podjąć obronę tezy o życiu poczętym jako wartości konstytucyjnej – to dobrem, które znalazłoby się z nim w kolizji, jest zdrowie kobiety ciężarnej. Jest to również wartość konstytucyjna.

Ad. 3. O sposobie rozstrzygnięcia kolizji decyduje interpretacja ustawy o planowaniu rodziny. Okoliczności konkretnego przypadku mogą być na tyle zróżnicowane i trudne do sprecyzowania z góry, że pozostawienie w ustawie miejsca niedookreślenia jest w pełni uzasadnione. **W interpretacji należy każdorazowo wziąć pod uwagę to, że od kobiety nie można żądać ofiar i poświęceń, które przekroczyłyby zwykłą miarę wyrzeczeń zdrowotnych związanych z ciążą i porodem. O tej zwykłej mierze decydują lekarze w oparciu o aktualny stan wiedzy medycznej.**

3. **Kwestionowanie uszkodzeń płodu jako ciężkich.** Ustawa o planowaniu rodziny posługuje się alternatywą: duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego uszkodzenia płodu **albo** nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Mamy tu zatem do czynienia z oczywistą wy-

⁹⁶⁷ Np. orzeczenia z 7.VI.1994, K. 17/93, OTK cz. I/1994, s. 92; z 26.IV.1995, K. 11/94, OTK cz. I/1995, s. 134; z 17.X.1995, K. 10/93, OTK ZU nr 2/1995, s. 82; z 31.I.1996, K. 9/95, OTK ZU nr 1/1996, s. 41; z 15.VII.1996, K. 5/96, OTK ZU nr 5/1996, s. 252; z 20.XI.1996, K. 27/95 – zdanie odrębne sędziego Czeszejko-Sochackiego, OTK ZU nr 6/1996, s. 458).

dawałoby się alternatywą rozłączną. Tymczasem w środowisku lekarskim wykluła się wzięta z sufitu interpretacja, jakoby przerwanie ciąży uzasadniać mogła jedynie stwierdzona u płodu wada letalna. Ta świadomość wykoncypowana, celowa brednia powtarzana była na rozmaitych szkoleniach lekarskich i przy okazji wykładów prawniczych niejednokrotnie przypadło mi w udziale niewdzięczne zadanie jej prostowania. Drugim sposobem na kwestionowanie istnienia embriopatologicznej przesłanki przerwania ciąży jest symulowanie przez lekarza niewiedzy, jakie uszkodzenie należy uznać za ciężkie – np. czy taką kwalifikację można nadać zespołowi Downa lub zespołowi Turnera. W czasie jednego z wykładów dla lekarzy jeden ze słuchaczy przekonywał mnie, że trisomia 21 (czyli zespół Downa), to nic innego jak „różnorodność genetyczna”. W grudniu 2008 r. uczestniczyłam w debacie⁹⁶⁸, podczas której profesor medycyny z zapalem udowydniał, że zespół Turnera nie przeszkadza w prowadzeniu szczęśliwego i wartościowego życia⁹⁶⁹. Jest to jednak tylko część prawdy. Z uzasadnienia przywoływanego tu wielokrotnie wyroku Sądu Najwyższego w sprawie odmowy skierowania na genetyczne badanie prenatalne przy podejrzeniu zespołu Turnera, można wyczytać zaczerpniętą przypuszczalnie z dokumentacji medycznej lub opinii biegłych istotną informację. U urodzonej przez powódkę córki „stwierdzono zespół Turnera. Nie stwierdzono upośledzenia umysłowego ani wady układów naczyniowego i wydaliniczego, często występujących przy tym schorzeniu”⁹⁷⁰. Zespołom wad wrodzonych o podłożu genetycznym częstokroć towarzyszą inne jeszcze wady, niewykrywalne badaniem genetycznym. Statystycznie

⁹⁶⁸ Było to spotkanie, rodzaj panelu pobocznego wobec Ogólnopolskiego Forum Prawniczo-Medycznego w Warszawie, organizowane przez redakcję „Prawa i Medycyny”. Nie jest mi wiadome, czy materiały z tego panelu doczekały się publikacji.

⁹⁶⁹ W tym miejscu warto przytoczyć omawiane przez Profesora symptomy składające się na monosomię X, szerzej znaną jako zespół Turnera. Choroba występuje tylko u dziewcząt i charakteryzuje ją niskorosłość (do 143 cm), deformacje fizyczne (m.in. krótka i pletwiasta szyja, nisko osadzone i zrotowane uszy, wrodzony obrzęk limfatyczny: obrzęki na karku, grzbietach stóp i dłoni, zaburzona proporcja tułowiowo-kończynowa: tułów stosunkowo długi w porównaniu do długości kończyn dolnych, szeroka klatka piersiowa, koślawość w stawie łokciowym) oraz bezpłodność będąca wynikiem braku normalnego dojrzewania płciowego. Około 70% chorych nie ma wtórnych cech płciowych. Z innych źródeł wynika, że często współwystępują wady nerek i serca. Płody dotknięte zespołem Turnera w 99% przypadków ulegają samoistnemu poronieniu.

⁹⁷⁰ Wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC nr 3/2008 poz. 48

potwierdzone współwystępowanie jest jednak faktem. **Możliwa suma takich dolegliwości zdecydowanie zmienia obraz sytuacji.** Podobnie zdarza się przy zespole Downa: często współwystępuje wada serca, która dopełnia nieszczęścia. Diagnoza lub uzasadnione podejrzenie zespołu Downa lub Turnera oznacza zatem, że należy brać pod uwagę duże prawdopodobieństwo wad współwystępujących. Jeden z pozwanych w „sprawie zespołu Turnera” odmówił pacjentce przerwania ciąży (na podstawie podejrzeń powziętych przy badaniu USG) „uznając, że zespół Turnera nie uzasadnia przerwania ciąży”⁹⁷¹. Natomiast w uzasadnieniu wyroku ETPC przytoczono fragment opisu wyników badania genetycznego, (które pacjentka w końcu zdołała wykonać w Łodzi) gdzie oprócz zdiagnozowania zespołu Turnera zostało stwierdzone: „Aberracja chromosomowa oraz obraz ultrasonograficzny wykazują obecność wad wrodzonych, które mają poważny wpływ na normalny rozwój dziecka. Może być rozważone legalne przerwanie ciąży. Stosowna decyzja powinna być podjęta z koniecznym uwzględnieniem opinii rodziców”⁹⁷².

Duże prawdopodobieństwo ciężkiego i jednocześnie nieodwracalnego upośledzenia płodu stanowi samodzielną i wystarczającą przesłankę dla legalnego przerwania ciąży. „Wskazany przepis [art. 2a ust. 1 pkt 2] nie uzależnia dopuszczalności przerwania ciąży od ustalenia w sposób pewny na podstawie badań prenatalnych, iż płód dotknięty jest określoną wadą genetyczną. Dopuszcza przerwanie ciąży, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu”⁹⁷³. Nie trzeba tłumaczyć, jak wiele zależy w tym od lekarza diagnozującego przypadek. To jego zadaniem jest tak sformułować rozpoznanie, by można je było uznać za wystarczającą podstawę do wykonania zabiegu. Zgodnie z rozporządzeniem⁹⁷⁴ ma to być „lekarz posiadający tytuł specjalisty, orzekający o wadzie genetycznej płodu na podstawie badań genetycznych, lub lekarz posiadający tytuł specjalisty w zakresie położnictwa i ginekologii,

⁹⁷¹ Ibidem.

⁹⁷² Pkt 33 uzasadnienia, tłum. własne.

⁹⁷³ Wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08, OSNC nr 3/2008 poz. 48

⁹⁷⁴ ...w sprawie kwalifikacji zawodowych lekarzy uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz stwierdzenia, że ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety lub wskazuje na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (z 22.I.1997. Dz.U. nr 9/1997 poz. 49)

orzekający o wadzie rozwojowej płodu, na podstawie obrazowych badań ultrasonograficznych wykonanych u kobiety ciężarnej”. Zarówno w ustawie jak w rozporządzeniu mowa jest o **jednym** lekarzu oraz o jego określonych kwalifikacjach na poziomie **specjalisty**.

Na dobrą sprawę nie jest do końca jasne, kto powinien decydować, iż stwierdzona u płodu wada spełnia przesłanki ustawowe: odpowiedni zapis może znajdować się w opisie wyników badania, ale ciężki charakter wady wynika też z obiektywnie dostępnej wiedzy medycznej. Stanowi pochodną występujących objawów, pociągających za sobą stopień bezradności życiowej i uzależnienia od opieki osób trzecich. Dla lekarza wykonującego zabieg powinno wystarczyć samo postawienie określonej diagnozy lub sformułowanie podejrzeń. Niemniej to on dokonuje ostatecznej kwalifikacji.

W sprawie, rozpoznawanej przez Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie, obwiniony tłumaczył się między innymi, że *nie wiedział*, czy z powodu zespołu Downa wolno mu przerwać ciążę. Wskutek owej „niewiedzy” mnożył przeszkody biurokratyczne, żądając coraz to nowych zaświadczeń⁹⁷⁵.

Do szpitala, w którym zatrudniony był obwiniony w sprawie lekarz, pacjentka zgłosiła się ze skierowaniem na zabieg przerwania ciąży, wystawionym przez Kierownika Zakładu Genetyki Instytutu Psychiatrii i Neurologii, legitymującego się tytułem profesora. Wynik badania genetycznego stwierdzał u płodu zespół Downa. Mimo to lekarz zażądał ponadto zgody od konsultanta regionalnego w dziedzinie położnictwa i ginekologii. Gdy pacjentka wystarała się i o to, lekarz zażądał jeszcze zgody wystawionej przez kolejną osobę, również określoną indywidualnie: konsultanta krajowego w dziedzinie położnictwa i ginekologii. Stanowisko to zajmował podówczas (tzn. w 2001 r.) człowiek znany ze swoistego sposobu interpretowania ustawy o planowaniu rodziny: zawężającego w szczególności przesłanki przerwania ciąży – wbrew wyraźnej literze prawa. Orzekający w sprawie Sąd Lekarski uznał to za fakt notoryjny [!]. Jak zostało ustalone w postępowaniu dowodowym, obwiniony lekarz powiedział pacjentce, że już rozmawiał w tej sprawie z konsultantem krajowym, który owej zgody odmówił. Wykazał zatem osobiste zaangażowanie w sprawę, przejawiające się w żądaniu dokumentu, o którym wiedział już, że jest

⁹⁷⁵ Wyrok jest z 28 kwietnia 2005 r., sygn. akt OSL 3/05. Szersze omówienie tej sprawy zob. M. Boratyńska: *O łamaniu przepisów dopuszczających przerwanie ciąży*, Prawo i Medycyna nr 2/2008.

niemożliwy do uzyskania. Pacjentka spędziła w szpitalu nie wiadomo po co dwa dni. W tym czasie obwiniony lekarz przeprowadził z nią dwie rozmowy, w obecności jej męża. Wyjaśniał, że jego zdaniem przepisy wymagają **dwóch** „orzeczeń” stwierdzających wskazania do przerwania ciąży oraz że orzeczeniami tymi nie są ani pismo Kierownika Zakładu Genetyki, ani odrębna zgoda konsultanta regionalnego napisana na podaniu pacjentki. Ponadto treść ich uważał za niejasną: zdaniem obwinionego stwierdzony u płodu badaniem genetycznym zespół Downa nie stanowi podstawy do przerwania ciąży, ponieważ nie istnieje przepis, który by wprost to stwierdzał. – Notabene jest to u lekarzy częste podejście w sytuacjach wątpliwych: domagają się wskazania konkretnego przepisu prawa, który by im na coś zezwalał. Podejmując się przerwania ciąży muszą oczywiście zachować szczególną ostrożność, jednak żądanie zbyt drobiazgowych ustaleń, jak w tym przypadku, świadczy moim zdaniem o złej woli.

Umieszczony na podaniu pacjentki dopisek konsultanta regionalnego brzmiał: „Zgoda. Zgodne z w/w ustawą”. Zdaniem Sądu można rozumieć go tylko w jeden sposób: „Wyrażam zgodę na przerwanie ciąży; stwierdzam, że stan faktyczny opisany w podaniu spełnia przesłanki ustawowe”. Sąd wyraził też dezaprobujące zdziwienie, że obwiniony żądał od pacjentki zgody na przerwanie ciąży **imiennie wskazując, kto ma taki dokument wystawić**. W toku sprawy lekarz tłumaczył się, że pierwsze dwa orzeczenia były jego zdaniem enigmatyczne i sformułowane niejednoznacznie. Gdyby jednak rzeczywiście tak sądził, najbardziej oczywistą i racjonalną reakcją powinna być próba wyjaśnienia sytuacji na poziomie poradni genetycznej i konsultanta regionalnego. (Na zasadzie: „niech poprawią zaświadczenie tak, żeby było wiadomo, o co w nim chodzi”.) Tymczasem obwiniony zażądał opinii trzeciego lekarza zastrzegając przy tym, że musi to być konkretna osoba – dość powszechnie znana i to nie tylko w środowisku lekarskim – z bardzo niechętnego stosunku do przerwania ciąży nawet w przypadkach, gdy prawo na to zezwala.

Owa zadziwiająca procedura: wskazywanie, który konkretnie lekarz ma wystawić dokument i uzależnianie wykonania zabiegu od tego właśnie dokumentu w opinii Sądu **„nie ma najlżejszego bodaj oparcia w aktualnym stanie prawnym”**. Ustawa przecież nie określa osoby stwierdzającej wskazania do przerwania ciąży poprzez podanie konkretnego stanowiska w hierarchii służbowej ani nie wymaga, by osoba taka posiadała jakieś cechy szczególne.

Pacjentka przybyła do szpitala ze skierowaniem, które było autentyczne, a nie podrobione i wystawione przez wiarygodnego specjalistę. Było tam stwierdzone, że płód cierpi najprawdopodobniej (ale z prawdopodobieństwem bardzo wysokim) na trisomię 21 (zespół Downa). Obwiniony nie mógł mieć co do powyższych faktów wątpliwości. Co najwyżej mogłyby one ograniczać się (choć zdaniem Sądu w sposób nieuzasadniony) do natury pojęciowej – czy trisomia 21 na pewno stanowi „ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu”. W toku sprawy obwiniony utrzymywał, iż *chciał od kogoś otrzymać dokument, który jasno określałby wskazania*. – Takie podejście jest do pewnego stopnia zrozumiałe, aczkolwiek poważne zastrzeżenia budzi argumentacja. Zdaniem lekarza dokument z poradni genetycznej nie spełniał tego warunku, bo „nigdzie w piśmiennictwie nie jest powiedziane, że zespół Downa jest wskazaniem do przerwania ciąży – nie jest wadą letalną”.

W opinii Sądu, złożonego przecież z lekarzy, **jest poza dyskusją, że zespół Downa stanowi ciężkie i nieodwracalne upośledzenie**. Równie bezdyskusyjne jest, że upośledzenie ciężkie i nieodwracalne **nie musi oznaczać wady letalnej** zwłaszcza, że przepis ustawy podaje obok **alternatywną** przesłankę nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu [płodu]. Przepis ustawy posługuje się tu wyrażeniami, „których prawidłowa interpretacja nie powinna zdaniem Sądu sprawiać trudności człowiekowi mającemu wyższe wykształcenie i który na co dzień posługuje się językiem polskim”. Również argument obwinionego, że ustawa nie wymienia *expressis verbis* zespołu Downa jako podstawy upoważniającej do przerwania ciąży, świadczy według Sądu albo o tym, „że obwiniony nie ma umiejętności interpretowania przepisów na poziomie, jakiego można wymagać od każdego obywatela, albo też że takie wyjaśnienia mają jedynie ukryć fakt, iż obwiniony od samego początku postępował z pacjentką w złej wierze, kierując się zamiarem odwleczenia w czasie, a w efekcie – być może uniemożliwienia przerwania ciąży”.

W tych okolicznościach Sądowi nasunęło się (ujęte w uzasadnieniu) podejrzenie, że opisane postępowanie lekarza albo było wynikiem nieznanomości obowiązującego prawa, albo też stanowiło próbę zniechęcenia pacjentki do poddania się przerwaniu ciąży i w efekcie uchylenia się samemu od wykonania tego zabiegu, bez powołania się na przepis art. 39 ustawy lekarskiej (tzw. klauzulę sumienia).

W rezultacie pacjentka był trzymana w szpitalu przez dwie doby bez potrzeby, jakoby na obserwacji. Dokumentacja medyczna nie wskazywała

jednak, czego owa obserwacja mogłaby dotyczyć. Z dokumentacji w ogóle nie sposób wywnioskować, po co i dlaczego pacjentka przebywała w szpitalu, bo o zamiarze przerwania ciąży nie ma tam ani słowa.

Przekonanie obwinionego, jakoby lekarzy stwierdzających okoliczności legalizujące przerwanie ciąży powinno być dwóch, da się zdaniem Sądu wyjaśnić tylko zupełną ignorancją stanu prawnego. Lekarzowi zostało dowiedzione nie tylko to, że nie rozumiał, a częściowo po prostu nie znał prawa w zakresie, w jakim miał obowiązek je znać, ale że **wskutek owej niewiedzy bezpodstawnie odmówił pacjentce przerwania ciąży.**

„Niewiedza na temat stanu prawa w zakresie, w jakim lekarz ma obowiązek je znać, jest niewybaczalna. Używając terminologii właściwej ustawie karnej, obwiniony lekarz działał w warunkach nieusprawiedliwionej nieświadomości co do bezprawności. (...) Na lekarzu bezsprzecznie ciąży powinność znajomości obowiązującego stanu prawnego w zakresie, w jakim jest to potrzebne do wykonywania zawodu. (...) Nie wymaga szczegółowego dowodzenia, że lekarz, który nie orientuje się należycie w prawnych ramach wykonywania zawodu, może wyrządzić rozliczne szkody dla dóbr i interesów – zarówno jednostkowych podmiotów (nie tylko własnych pacjentów) jak dla interesu zbiorowego. Jako tzw. **potocznie „osoba zaufania publicznego” lekarz nie ma prawa pozwalać sobie na ignorancję obowiązującego stanu prawnego** [podkr. M.B.]. Powinno być to traktowane jako kwestia elementarnego poczucia odpowiedzialności, a nie tylko lęku przed sankcją. Należy też dodać, że obowiązek „stałego uzupełniania i doskonalenia wiedzy i umiejętności zawodowych” przewidziany w art. 55 KEL należy odczytywać nie tylko jako odnoszący się tylko do wiedzy stricte medycznej, czy nawet szerzej – tylko do wiedzy z zakresu nauk przyrodniczych. Należy przez to zdaniem OSL rozumieć także wiedzę i umiejętności innego rodzaju, jeśli tylko są one potrzebne do prawidłowego wykonywania zawodu lekarza”⁹⁷⁶.

Na marginesie warto zauważyć, że w „sprawie zespołu Downa” również wypłynął mit o wadzie letalnej płodu jako jedynej dopuszczającej przerwanie ciąży z przyczyn embriopatologicznych. W innej sprawie pogląd, jakoby kwalifikujące do przerwania ciąży uszkodzenie płodu musiało za-

⁹⁷⁶ Fragment uzasadnienia.

grażać jego życiu, forsowany był w skardze kasacyjnej lekarza, pozwanego za niepoinformowanie pacjentki o kalectwie płodu. Sprowokowało to następujące wyjaśnienia Sądu Najwyższego: „Należy ściśle, a nie rozszerzająco wyklądać pojęcie ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu. Jednakże stanowisko, że upośledzenie płodu może być uznane za ciężkie i nieodwracalne tylko wówczas, gdy zagraża życiu dziecka, jest za daleko idące. Cytowany przepis wymienia dwie wyraźnie wyodrębnione przesłanki i sprowadzenie ich do jednej byłoby zabiegiem *contra legem*. O zagrożeniu życiu płodu mowa jest w drugiej z przesłanek wymienionych w art. 4a ust. 1 pkt 2 i uzupełnienie o takie ograniczenie pierwszej przesłanki jest niedopuszczalne, gdyż Sąd nie jest ustawodawcą. Przy możliwie najbardziej restrykcyjnej wykładni omawianego przepisu zdaje się nie ulegać wątpliwości, że wada płodu polegająca na niewykształceniu obu nóg i ręki oraz częściowej deformacji drugiej ręki stanowi jego ciężkie i nieodwracalne upośledzenie”⁹⁷⁷. W wyjaśnieniach tych nie ma nic, co nie wynikałoby w sposób oczywisty z lektury przepisów. Sąd Najwyższy musiał zniżyć się do referowania na poziomie elementarnym i jednoznacznym dla każdego, kto potrafi odróżnić spójnik „albo” od spójnika „i”. Najwyraźniej jednak okazuje się to potrzebne, o czym świadczy następujący fragment opracowania, autorstwa Michała Królikowskiego: „...należy uwzględnić powiązania między poszczególnymi przesłankami (dyrektywa zrównoważenia alternatywy zawartej w przepisie, zgodnie z którą jeżeli ustawodawca formułuje dwa równorzędne i samodzielne kryteria zastosowania przepisu, to wartościowania odzwierciedlone w jednym z kryteriów nie mogą pozostać obojętne dla wykładni zwrotów niedookreślonych zastosowanych w drugim). Dlatego interpretacja pojęcia „ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia” nie może abstrahować od wartościowania wyrażonego w przesłance „nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu”. Z wykładni literalnej wynika, że tej ostatniej przesłanki nie spełnia nawet nieuleczalna i ciężka choroba, jeżeli nie zagraża ona życiu. Oznacza to, że dla ustawodawcy istotnym czynnikiem w pierwszym rzędzie jest nie to, czy życie dziecka po urodzeniu będzie związane z nawet daleko idącymi trudnościami (niemajątkowymi albo majątkowymi) dla matki, lecz to, czy dojdzie do niezwykle trudnej z punktu widzenia emocjonalnego sytuacji, w której matka ma nosić dziecko, o którym

⁹⁷⁷ Wyrok SN z 6 maja 2010 r., II CSK 580/09, OSP nr 2/2011 poz. 13, s. 83.

wiadomo, że na skutek nieuleczalnej choroby jego życie będzie nieustannie zagrożone. Rzutuje to wprost na interpretację przesłanki „ciężkiego i nieodwracalnego” upośledzenia. Chodzić tu może bowiem tylko o takie upośledzenie, o którym obiektywnie można powiedzieć, że stan emocjonalny matki będzie podobny do tego, w którym z góry musi liczyć się ze śmiercią dziecka, bez realnej możliwości zmiany tej sytuacji w wyniku terapii”⁹⁷⁸. – Ten przydługi i łzawy wywód ma na celu odwrócenie uwagi od założenia przyjętego na początku w nawiasie. Dyrektywa, o której wspomina M. Królikowski, została przezeń stworzona *ad hoc*; inaczej mówiąc – wyssana z palca. Zastosowanie jej do innej, celowo prostej, alternatywy rozłącznej: np. „mrówka albo słoń” musiałoby doprowadzić do wniosku, iż chodzi o... słoniową mrówkę. W ujęciu Królikowskiego mamy do czynienia z jaskrawym nadużyciem interpretacji, z matactwem prawniczym pod szyldem wykładni jakoby literalnej.

Ustawa o planowaniu rodziny daje pacjentce ograniczoną wolność w decydowaniu co do utrzymania lub przerwania ciąży. Stawianie przeszkód uniemożliwiających czy to podjęcie rozeznanej decyzji, czy to poddanie się zabiegowi przy prawidłowo określonych wskazaniach ustawowych – stanowi naruszenie tej wolności. Nie ma większego znaczenia, czy nazwać to odrębnym dobrem osobistym, pochodną prawa do planowania rodziny bądź wolności decydowania o życiu osobistym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego jest rozbieżne w sprawie zakwalifikowania tego prawa jako dobra osobistego, choć są wyroki nadające mu taki charakter, wywiedziony z szeroko rozumianej wolności, w tym wolności decydowania o życiu osobistym. Podobnie rzecz ujmuje Trybunał w Strasburgu.

Prawo do przerwania ciąży jest przede wszystkim prawem pacjentki do uzyskania określonego świadczenia medycznego – wynika to z ustawy o planowaniu rodziny, przewidującej okoliczności nadające zabiegowi cechy legalności oraz statuującej obowiązki po stronie publicznej służby zdrowia, jak również z ustawy o prawach pacjenta (a wcześniej wywodzone z art. 19 ustawy o zoz-ach). Prawo to przybiera, zgodnie z zapatrywaniem Trybunału Konstytucyjnego, postać **roszczenia o udzielenie świadczenia**. Zapatrywanie to podzielił w jednym z przywołanych wyroków Sąd Najwyższy:

⁹⁷⁸ M. Królikowski: *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży*, Współczesne wyzwania bioetyczne, red. L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 182.

„Przy spełnieniu powyższych przesłanek [tutaj – uzasadnionego podejrzenia, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego] kobieta ma prawo żądać wykonania zabiegu aborcyjnego, m.in. w publicznych zakładach opieki zdrowotnej; zabieg przeprowadzają odpowiednio wykwalifikowani lekarze, obarczeni tym obowiązkiem”⁹⁷⁹.

O ile prawo do planowania rodziny w aspekcie pozytywnym służy partnerom wspólnie, to prawo do przerwania ciąży służy tylko kobiecie, ponieważ zabieg stanowi ingerencję w jej organizm. Przyszłemu ojcu wolno tylko postulować utrzymanie ciąży „defektywnej” lub jej przerwanie. W wypadku ujawnienia się wad płodu powinien mieć prawo do informacji o tych wadach, dla celów świadomego wyrażenia swojej opinii. Przyszły ojciec ma prawo dowiedzieć się o nich od lekarza i zostać wysłuchanym przez partnerkę. Jednak dowodem na przyszłe ojcostwo może być tylko albo małżeństwo z przyszłą matką, albo jej deklaracja. Można powiedzieć, że prawa przyszłego ojca są do pewnego stopnia zależne od praw przyszłej matki. W razie naruszenia tych praw, tak matki jak ojca, obojgu służyć mogą roszczenia odszkodowawcze:

„Skoro (...) ustawa z 1993 r. o planowaniu rodziny przyznaje rodzicom prawo do świadomego planowania rodziny, a kobiecie prawo do przerwania ciąży między innymi w sytuacji określonej w art. 4a ust. 1 pkt 2, z tzw. przyczyn genetycznych, to prawa te należy uznać za prawa podmiotowe rodziców, których naruszenie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą. W sytuacji, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu, **rodzice mają prawo do świadomego podjęcia decyzji, czy chcą i mogą obciążyć siebie i swoją rodzinę** skutkami urodzenia dziecka upośledzonego. **Mają** prawo w takiej sytuacji podjąć decyzję o przerwaniu ciąży. Działanie lub zaniechanie lekarza polegające na odmowie skierowania na odpowiednie badania prenatalne lub pod opiekę poradni genetycznej w sytuacji zagrożenia obciążenia płodu wadą genetyczną, nieudzielenie **rodzicom** pełnych informacji o tym zagrożeniu oraz o możliwości, sposobach i terminie, w jakim wadę można wykryć, stanowi naruszenie omówionych wyżej obowiązków lekarza i **praw pacjenta**, a także prawa rodziców do planowania rodziny i podjęcia świadomej decyzji o posiadaniu dziecka dotkniętego wadą genetyczną lub o przerwaniu ciąży”⁹⁸⁰.

⁹⁷⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSP nr 10/2004 poz. 125, s. 530.

⁹⁸⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 października 2005 r., IV CK 162/05, OSP nr 6/2006 poz. 71, s. 332.

Jednocześnie z obowiązujących przepisów wynika niezbicie rzecz oczywista: że ostateczna decyzja w sprawie zabiegu należy zawsze do kobiety.

Medyczne wspomaganie rozrodu. Zapłodnienie pozaustrojowe

„KSIĄDZ

– Znasz ty Ewangeliję?

PUSTELNIK

– A znasz ty nieszczęście?”

A. MICKIEWICZ, *DZIADY* CZ. IV

Sposoby na przywrócenie zakłóconej płodności zyskują coraz większą popularność, ponieważ problemy z dochowaniem się potomstwa stają się udziałem wciąż większej liczby par. Rozmnażanie stanowi potrzebę uwarunkowaną biologicznie, instynktowną. Pod tym względem niewiele różnimy się od zwierząt, ale jako istoty świadome odczuwamy swe braki w tym zakresie dużo bardziej dotkliwie. Dla cierpiących z powodu bezdzietności par skuteczna pomoc lekarska jest wprost bezcenna. Posiadanie dzieci uważa się za zjawisko społecznie pożądane tak z przyczyn czysto ekonomicznych (ze względu na zastępowalność pokoleniową), jak uczuciowych: tworzy nowe więzi, wzmacnia istniejące, a rozwijające się młode cieszą oko dorosłych. Przyrost naturalny w Polsce jest raczej niski, dlatego wydaje się, iż w swoim dobrze pojętym interesie społeczeństwo powinno popierać dążenia do pokonania przez jednostki własnych niedoskonałości fizjologicznych i wydania na świat potomstwa mimo piętrzących się przeszkód. W życiu zwykłych ludzi zazwyczaj tak jest. Otoczenie kibicuje bezdzietnym parom w ich staraniach o dziecko, przyjęło się gratulować szczęśliwych narodzin. Urodzenie dziecka uważane jest za dobro. Utrata – za dramat i traumę. Wszystko wydaje się proste. Tymczasem ni stąd ni z owąd pojawił się w Polsce trend potępiający niektóre techniki medyczne wspomagające zapłodnienie, na czele z zapłodnieniem pozaustrojowym, nazywanym w skrócie IVF (*in vitro fertilisation*). Historia tego potępienia jest krótka, ale burzliwa. Zjawisko datuje się od końca 2007 roku. Trudno powiedzieć, dlaczego wybuchło to akurat wtedy, ponieważ kliniki leczenia niepłodności funkcjonują w Polsce już od wielu lat, pomogły wielu nieszczęśliwym ludziom, pomagają nadal i w ten sposób zwiększają pulę dobra ogólnego. Nagonka rozpoczęła się wkrótce po komunikacie ze strony Ministerstwa Zdrowia, że rozważane jest finansowanie zabiegów IVF w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Od tej pory dyskusja się zaostrza,

stanowiska radykalizują, a w Sejmie leży już kilka poważnie różniących się między sobą projektów ustawodawczych. Ekstremiści domagają się nawet wprowadzenia sankcji karnych. Sytuacja jest o tyle niesmaczna, że lekarzy i ich pacjentów pomawia się o mordowanie (tym razem nie dzieci poczętych, lecz niewykorzystanych zarodków). Zapłodnienie pozaustrojowe to kolejna kwestia upolityczniona, a stanowiska skrajne uwarunkowane są religijnie. Działania ustawodawcze utknęły w martwym punkcie, utrzymuje się permanentny, choć w ogólnym rozrachunku niezbyt dokuczliwy brak regulacji. Ofiarami tego stanu są pary niezamożne, których nie stać na pełnopłatną terapię, zaś beneficjentami – szarlatani żerujący na cudzych nadziejach, albowiem brak regulacji oznacza brak kontroli nad jakością świadczonych usług. Ofiarami ekonomicznymi, okradanymi ponadto z czasu reprodukcyjnego – stają się pacjenci owych szarlatanów oraz nieudolnych eksperymentatorów. Polskie Towarzystwo Medycyny Rozrodu opracowało już wprawdzie odpowiednie rekomendacje, jednak ich stosowanie zależy tylko od konkretnej placówki. Na wagę złota jest zatem informacja, które kliniki zasługują na zaufanie.

Według przyjętej wśród specjalistów terminologii organizm ludzki może być płodny (i to stanowi stan fizjologiczny – zdolność do posiadania potomstwa, potwierdzona faktycznie przez urodzenie dziecka pochodzącego z własnej gamety), niepłodny – gdy płodność da się przywrócić leczeniem chociażby na krótko i tylko jednorazowo, bądź bezpłodny – gdy niemożność rozmnażania ma charakter nieusuwalny. Leczenie niepłodności ma charakter objawowy, podobnie jak zwalczanie bólu. Po ustaniu działania leków dolegliwość na ogół powraca. Na ogół, ponieważ wcale nie tak rzadko zdarzają się przypadki, gdy w jakiś czas po urodzeniu dziecka (lub dzieci) dzięki zastosowaniu metody IVF, następuje zajście w ciążę bez medycznego wspomagania. Takich pacjentów należy zatem uznać za wyleczonych.

Wspomniane rekomendacje PTMR: *Rekomendacje dotyczące diagnostyki i leczenia niepłodności*⁹⁸¹ wymieniają dokładnie wskazania medyczne do zabiegu u par niepłodnych, jak również u par płodnych. W odniesieniu do tych ostatnich są to: 1) nosicielstwo przez partnera wirusów HIV i HCV, gdy partnerka nie jest zarażona; 2) nosicielstwo przez parę zmian genetycznych powodujących ciężkie, nieodwracalne zmiany u potomstwa, gdy diagnostyka przedimplantacyjna pozwala uniknąć trudnej decyzji o przerwaniu ciąży; 3) gdy partnerka

⁹⁸¹ Dostępne na stronie http://rozrodczosc.pl/ptmr/index.php?page=pl_rekomendacje. Adres dostępu: http://rozrodczosc.pl/ptmr/uploads/docs/Algorytmy_w_nieplodnosci_06_05_2011.doc, data wizyty 19.VI.2011.

rozpoczyna leczenie przeciwnowotworowe i stosowane leczenie z dużym prawdopodobieństwem nieodwracalnie uszkodzi jąjniki.

Lista wskazań dla osób nieplodnych jest znacznie dłuższa. Rekomendacje wymieniają zapłodnienie pozaustrojowe na ostatnim miejscu spośród wszystkich stosowanych technik wspomaganego rozrodu i przewidują jako metodę „ostatniego rzutu”, o ile istnieje celowość posłużenia się sposobami o mniejszej inwazyjności – np. inseminacją domaciczną. Nie uwzględniają natomiast, co wcale nie dziwi, sposobu zwanego naprotechnologią, promowanego jako katolicka alternatywa dla zapłodnienia pozaustrojowego. Autorytety medyczne przekonują, iż nie ma ona nic wspólnego z medycyną rozrodu i sprowadza się do odkrytej już dawno metody obserwacji cyklu płodności, wzbogaconej tylko o rytuały religijne⁹⁸².

Wobec braku regulacji ustawowej, medycznie wspomagana reprodukcja jest ograniczona wyłącznie do sfery umownej. Ocena umowy w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego powinna być dokonana najpierw w kategoriach zgodności z porządkiem prawnym i z zasadami współżycia społecznego. Następnie trzeba przyrzeć się naturze tego zobowiązania z punktu widzenia prawa cywilnego i prawa medycznego. Wreszcie – przeanalizować poszczególne postanowienia i ustalić, jakie one powinny być⁹⁸³.

Metoda jest znana od dość dawna, wypróbowana i z tego względu zruty-nizowana, a także stosowana z powodzeniem przez polskie placówki medyczne; nie ma zatem charakteru eksperymentu⁹⁸⁴ i nie pociąga za sobą podwyż-

⁹⁸² Wypowiedź prof. Jerzego Radwana, jednego z prekursorów metody *in vitro* w Polsce, emerytowanego kierownika Kliniki Ginekologii i Rozrodczości Instytutu Centrum Zdrowia Matki Polki, przewodniczącego Sekcji Andrologii Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego: „– *To jedynie absurdalnie długo rozciągnięte w czasie próby diagnozowania. Po rozpoznaniu niepłodności ogromne znaczenie ma czas, ponieważ płodność kobiety obniża się dość szybko wraz z wiekiem. Lekarze zajmujący się naprotechnologią powinni zrezygnować z dyplomów lekarskich, bo postępują wbrew rekomendacjom i standardom regularnie publikowanym przez światowe towarzystwa naukowe. Medyna polega na stosowaniu metod leczenia opartych na faktach i rzetelnej wiedzy medycznej, a nie na zabobonach. (...) Dla mnie naprotechnologia to pseudonauka, wykorzystywanie niewiedzy i tragedii pacjentów*”, za: D. Wilczak, M. Raszplewicz *Trenerzy płodności*, Newsweek z 19.XII.2010 r. Zob. też cytowane wypowiedzi innych specjalistów – S. Zagórski *Błogosławiona metoda*, Wysokie Obcasy (dodatek do „Gazety Wyborczej”) z 29.IV.2009 r.

⁹⁸³ Poniższy fragment stanowi rozbudowaną wersję referatu, wygłoszonego przez mnie na konferencji „Dokąd zmierza prawo medyczne i farmaceutyczne” w dniu 12 maja 2011 r. w Warszawie. Mimo zapewnień organizatorów materiały z konferencji nie zostały opublikowane. Zob. też szersze ujęcie kwestii umownych w moim wcześniejszym tekście *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, Prawo i Medycyna nr 1/2008.

⁹⁸⁴ Odmienne M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX, s. 294.

szonych wymagań prawnych. Statystyczna skuteczność zabiegu odpowiada zapłodnieniu *per coitum* i wynosi ok. 25–30%. Istnienie wspomnianych *Rekomendacji* przemawia również za rutynowym, a nie eksperymentalnym charakterem procedury IVF.

I. Pryncypia – rekapitulacja. W rozważaniach nad wspomaganiem rozrodem dużo miejsca poświęca się aksjologii, natomiast nieproporcjonalnie mało – ochronie pacjentów w okolicznościach masowego korzystania przez nich z procedur IVF na terenie ośrodków dosyć licznych, ale o bardzo zróżnicowanej wiarygodności. Wszystkie te przypadki oparte są na porozumieniach umownych, więc to owe umowy powinny być podstawowym środkiem ochrony. Mimo zawierania na dużą skalę, nie były one jak dotychczas przedmiotem pogłębionych rozważań. Na przeszkodzie stoi nie tylko tajemnica lekarska i ochrona zaufania pacjentów, lecz także dominująca niechęć pacjentów do ujawniania szczegółów. Nie zawsze też umowy takie są zawierane w całości na piśmie: jedynym ich śladem bywają pokwitowania zapłaty oraz dokumenty stwierdzające udzielenie zgody na poszczególne zabiegi. Zdarza się zatem, że zakres konsensu stron trzeba ustalić metodą rekonstrukcji⁹⁸⁵, a dostęp ze strony osób trzecich do samych tekstów jest ograniczony. W stosowanych przez niektóre placówki wzorcach umownych można napotkać nawet klauzulę tajemności. Z punktu widzenia ochrony interesów pacjentów może to w pierwszej chwili wydać się podejrzane, trzeba jednak pamiętać, że od czterech już lat utrzymuje się wokół tego sposobu leczenia stan wzmożonego napięcia, więc trudno się dziwić, jeśli lecznica nie chce znaleźć się zbyt blisko na widoku.

Umowa o zabieg IVF została ukształtowana przez praktykę. Oprócz przepisów kodeksu cywilnego o zleceniu, do umowy o zabieg IVF znajdują zastosowanie standardy zawodowe z ustawy lekarskiej oraz ochrona dóbr osobistych i praw pacjenta – wywiedzione z kodeksu cywilnego i z ustawy o prawach pacjenta. Notabene doktrynalni przeciwnicy forsują tezę, że wszystkie te umowy są nieważne, aczkolwiek ostatnio pogląd ów wyewoluował w potępienie umownego uregulowania co do krioprezerwacji zarodków⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ Wśród niepłodnych par jest notabene dosyć sporo prawników, ale to informacja używana nieoficjalnie. Taki prawnik leczony metodą IVF jest dobrym źródłem informacji o umowie (o ile zechce mówić).

⁹⁸⁶ Zob. J. Haberko, K. Olszewski: *Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro)*, Prawo i Medycyna nr 1/2008. oraz J. Haberko: *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010 – jednakowo gołosłowne.

Tymczasem porządek prawny nie przewiduje nic. Swego czasu doszło do sporu, czy znane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego co do niezgodności z Konstytucją legalnego przerwania ciąży z tzw. względów społecznych⁹⁸⁷ formułuje też niedopuszczalność zapłodnienia innego niż, jak to zostało określone, „naturalne”. Argument ten wywodził prawnik Leszek Bosek⁹⁸⁸, oponował zaś filozof, Kazimierz Szewczyk; filozof z łatwością wykazał, że w tekście uzasadnienia nic takiego nie ma⁹⁸⁹. Widzenie czegoś, czego nie ma, stanowi objaw wysoce niepokojący. Również niepokojące (nic nie ujmując filozofom), że to filozof formalnie w prawie nieuczony trafnie pokazał prawnikowi w tekście *stricte* prawniczym, że czegoś tam nie ma.

Spór ów ilustruje pewne zjawisko w naszej doktrynie prawa: im bardziej szuka się konkretnych uzasadnień za lub przeciw IVF – „tym bardziej ich nie ma”. To nie żart słowny: poszukiwania trwają, argumentacja staje się coraz bardziej karkołomna, a system prawny po prostu nie ma przygotowania. A w każdym razie nie w większym stopniu, niż na każde inne leczenie. Tę ekwilibrystykę uprawiają rzecz jasna przeciwnicy zapłodnienia pozaustrojowego, którzy dosłownie wylażą ze skóry, żeby znaleźć coś przeciwko. Darmo jednak szukać w ustawach zwykłych, darmo szukać w Konstytucji. Są natomiast ogólne standardy wykonywania zawodów medycznych oraz swoboda umów.

Poszukiwania w art. 18, 47 i 68 Konstytucji nie przynoszą efektu. W art. 68 mamy generalne i abstrakcyjne uprawnienie do ochrony zdrowia i mieszczącego się w nim leczenia. Brak jest podstawy do stosowania w tym

⁹⁸⁷ Orz. TK z 28.V.1997, K 26/96, OTK nr 2/1997 poz. 19.

⁹⁸⁸ L. Bosek: *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganej prokreacji*, Diamentos nr 20 (czerwiec 2009). „dotychczasowy stan nauk empirycznych nie daje dostatecznych podstaw do innego [niż zapłodnienie – przyp. L.B.] momentu powstania życia ludzkiego” (s. 14).

⁹⁸⁹ K. Szewczyk: *Medycznie wspomagana prokreacja w tzw. Ustawie bioetycznej – na trakcie ku Kostaryce* – Debata: „Jak uregulować zapłodnienie in vitro?” 14.03–24.03.2009, (adres dostępu – http://www.ptb.org.pl/pdf/szewczyk_in_vitro_1.pdf) „Kłopot w tym, że nie mogłem w tekście orzeczenia znaleźć takiego zdania. (...) Tekst orzeczenia brzmi: „Ponieważ życie ludzkie stanowi wartość konstytucyjną także w fazie prenatalnej, wszelka próba podmiotowego ograniczenia ochrony prawnej zdrowia w tej fazie musiałaby wykazać się niearbitralnym kryterium uzasadniającym takie zróżnicowanie. Dotychczasowy stan nauk empirycznych nie daje podstaw do wprowadzenia takiego rozróżnienia”. (s. 8).

zakresie rozróżnień, które w doktrynie bywają stosowane, z tym że w sposób arbitralny. Taka interpretacja jest zwykłym nadużyciem⁹⁹⁰.

Niepłodność jest powszechnie uważana za chorobę, a jej leczenie metodą IVF nie przestaje być leczeniem przez to, że ma charakter objawowy, nie zaś przyczynowy: leczenie nie musi być zawsze przyczynowe, tzn. usuwać przyczynę choroby. Wspominałam już, że uśmierzanie bólu na przykład ma charakter czysto objawowy (jego leczniczy charakter też jest zresztą kwestionowany, na szczęście coraz rzadziej). Równie objawowy charakter ma tzw. zbijanie gorączki.

Co jakiś czas powtarza się argument, że skoro IVF nie jest prawnie uregulowane, to tym samym zabronione. Prawdą jest, że ustawa zwana transplantacyjną *expressis verbis* wyłącza z zakresu swej regulacji pobieranie komórek rozrodczych, ale znaczy to tylko tyle, że nie jest ono unormowane w tej ustawie (ani w żadnej innej zresztą). Czynności kosmetyczne też nie doczekały się żadnego unormowania, a jakoś nikt nie próbuje podważać ich legalności. To oczywiste, że zakazy ustawowe nie mogą być domniemane. Nie tylko nie jest gdzieś wskazana zasada *numerus clausus* czynności leczniczych (byłoby

⁹⁹⁰ J. Haberk, K. Olszewski: *Moralne i prawne aspekty...* s. 72. Według autorów konstrukcja prawa do ochrony zdrowia i leczenia „nie może być (...) przyjęta bez dokonania rozgraniczenia rodzajów niepłodności”. W tym kontekście proponują, by odróżnić przypadki „niemożności zajścia w ciążę w ogóle” (i uznać je za nieobjęte art. 68 Konstytucji) od przypadków, gdy „kobieta z różnych powodów ciąży nie może donosić bądź w sposób niewspomagany medycznie w nią zająć” (co ich zdaniem da się podciągać pod tenże art. 68). W efekcie uznają, że konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia obejmuje „dobrą” prokreację wspomaganą medycznie, nie obejmuje natomiast „złej”, „sztucznej” IVF. Koncepcja ta nie wynika z jakiegokolwiek wykładni art. 68. Autorzy forsują jedynie arbitralny podział osób chorych na dwie grupy, z których jednej przysługuje prawo do leczenia w oparciu o art. 68 Konstytucji, a drugiej nie, a podziału tego chcą dokonywać nie ze względu na tekst Konstytucji, lecz na własne widzimisię. Z kolei po analizie art. 18 i 47 Konstytucji przeprowadzają taką oto dyferencjację: „Konstytucja stoi na straży macierzyństwa i ojcostwa, jednak już pozyskanego, istniejącego w momencie, w którym aktualizuje się konieczność zastosowania owej ochrony” (s. 77). Przyjmijmy na chwilę, że Autorzy mają słuszość, a więc że wspomniane przepisy nie odnoszą się do „macierzyństwa i ojcostwa *in spe*”, tzn. że w Polsce nie jest konstytucyjnie chronione prawo do zostania ojcem lub matką w przyszłości, a tylko już istniejące relacje między rodzicami a dziećmi. W myśl tej interpretacji ustawodawca polski byłby władny ustawą zwykłą zakazać rozmnażania się wszystkim osobom przebywającym na terytorium Rzeczypospolitej albo też pewnej wskazanej przez siebie grupie osób, np. konkubentom. Konstytucyjności takiej ustawy nie można byłoby podważyć (chyba, że w oparciu o klauzulę generalną) i nie musiałaby ona spełniać warunków określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

to nierealne ze względu na stały postęp nauk medycznych), ale też wciąż przybiera czynności nielecniczych realizujących cele czysto estetyczne. Na gruncie prawa cywilnego wystarczy zgodna wola stron i brak sprzeczności ze wskazanymi w ustawie ogólnymi pryncypiami.

Doczekaliśmy się natomiast sformułowanego w orzecznictwie, przywoływanego już poglądu, że planowanie rodziny jest dobrem osobistym. To, że konstytucyjnej ochronie podlega rodzicielstwo (art. 18) i życie rodzinne (art. 47), przemawia raczej za wnioskiem, że porządek prawny powinien wspierać starania o posiadanie biologicznych dzieci i nic nie upoważnia do stosowania w tym zakresie dyferencjacji. „Wszelkim interesom publicznym czy prywatnym, które mogłyby uzasadniać wprowadzenie tego typu regulacji [tzn. negatywnych konsekwencji prawnych powiązanych z faktem urodzenia dziecka] należałoby przeciwstawić (...) prawo rodziców do posiadania dzieci”⁹⁹¹. Rzecz jasna Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu dotyczącym przerywania ciąży nie miał na myśli wspomaganego rozrodu, jednak sformułował swe założenia w sprawie prawa do rodzicielstwa na poziomie na tyle ogólnym, że dadzą się zastosować również i do tego sposobu posiadania dzieci. Wynika stąd tylko tyle, że aspekt pozytywny prawa do planowania rodziny nie powinien być ograniczany. Warto przypomnieć, że w tamtym czasie zabieg IVF był już od pewnego czasu stosowany w Polsce. Również ta część orzeczenia została w doktrynie poddana ostrej obróbce w celu wykazania, że zawiera tezy, których tam nie ma⁹⁹². Polemika z takimi poglądami jest coraz bardziej męcząca, ponieważ polega na dowodzeniu, że duchy nie istnieją.

⁹⁹¹ TK z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, s. 18

⁹⁹² L. Bosek: *Modele regulacyjne wspomagananej prokreacji w świetle standardów konstytucyjnych*, Współczesne wyzwania bioetyczne, red. L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 166–167. Wyimki z uzasadnienia zostały spreparowane metodą „wydłubania wisienki” (*cherry picking*), którą w tym kontekście jest fragment o tym, że „**wszelkim interesom publicznym czy prywatnym, które mogłyby uzasadniać wprowadzenie tego typu regulacji [tzn. negatywnych konsekwencji prawnych powiązanych z faktem urodzenia dziecka] należałoby przeciwstawić pierwszorzędą wartość życia dziecka poczętego oraz prawo rodziców do posiadania dzieci**”. Fragment ten zupełnie bowiem nie przystaje do wyciągniętych przez autora wniosków: „Z wypowiedzi [Trybunału] wynika, iż wytworzony poza organizmem kobiety embriion ludzki nie może być przedmiotem prawa do rodzicielstwa tej kobiety lub jej męża (ojca genetycznego), w szczególności nie mogą oni decydować o jego istnieniu lub unicestwieniu. Jest to jedyne możliwe do przyjęcia stanowisko w świetle wyżej plasującego się w hierarchii zasad i wartości konstytucyjnej zakazu różnicowania wartości życia ludzkiego i godności ludzkiej embriionu”. s. 167. Odpowiedź na to jest jedna: NIE wynika, bo Trybunał w ogóle nie odnosi się do wspomaganego rozrodu.

Natomiast w kontekście kolizji dóbr powiada się o „godności ludzkiej embrionu” – tyle że nie jest to pojęcie neutralne światopoglądowo, tylko właśnie światopoglądowo nacechowane, więc nie dajmy sobie mydlić oczu. Zarodki wymagają ochrony, ale to nie znaczy, że służy im przymiot godności. Godność jest właściwa człowiekowi. Z biologicznego punktu widzenia zarodek ma tyle wspólnego z człowiekiem, co zapłodnione jajko z kurą. Człowiek możliwe, że powstanie, przy czym dopiero po około dwóch tygodniach od zapłodnienia okaże się, czy i ile to będzie embrionów, ponieważ w owym czasie zarodek może samorzutnie ulec podziałowi. Utożsamianie zarodka z człowiekiem i nadawanie mu przymiotu godności wynika z przyjętej filozofii uwarunkowanej konkretnym światopoglądem. A jeśli nawet zarodkowi zostałyby przydane człowieczeństwo, to jest zwykłym absurdem twierdzić, że pomoc polegająca na połączeniu gamet i umieszczeniu zarodka w macicy narusza ową „godność”.

Można jeszcze teoretycznie rozważać sprzeczność tego sposobu planowania rodziny z innymi zasadami konstytucyjnymi. Podnosi się w tym kontekście kwestię określaną jako „godność przekazywania życia”, jak również godność pacjentów i jakoby uwłaczający jej bierny udział w procedurze IVF, odzierający jednocześnie z intymności sferę czynności zmierzających do rozmnażania⁹⁹³. Pomysł z „godnością przekazywania życia” jest tego samego autoramentu, co „godność embrionu”. Poza tym wypadałoby wytłumaczyć, na czym konkretnie miałyby polegać owa „godność przekazywania życia” – w której mieści się stosunek genitalny, a której uchylbia wspomaganie medyczne; na czym polega „bierny” udział pary w tym akcie i dlaczego jest taki naganny. Takie pojęcia jak „godność przekazywania ludzkiego życia” oraz „godność prokreacji” są nieznanne porządkowi prawnemu, a więc i nie zostały nigdzie określone. Droga dookreślenia pozostaje teoretycznie otwarta, trzeba by tylko sformułować dobre uzasadnienie – co wydaje się jednak mało prawdopodobne.

⁹⁹³ W medycynie pacjent bezustannie i nieuchronnie jest „odzierany z intymności”, kiedy np. rozbiera się przed lekarzem albo jest badany *per rectum*. W przypadku leczenia niepłodności jakąkolwiek metodą (podobnie jak przy rozwiązywaniu problemów „małżeńskich” w drodze psychoterapii) owo „odarcie” rozciąga się siłą rzeczy na oboje partnerów. Jeśli dwoje dorosłych ludzi wspólnie decyduje się, by „odrzec swoją relację z intymności”, widocznie czynią tak z jakiegoś bardzo dla nich ważnego powodu. Intymność nie należy do tych dóbr osobistych, którymi uprawniony nie może dysponować, zatem zgoda uprawnionych wyłącza bezprawność naruszenia. Nie wydaje się, by ktokolwiek poza samymi zainteresowanymi był uprawniony szacować, czy koszt taki warto ponieść. Argumentacja przeciwna ujawnia czystej wody „paternalizm twardy”: zakazać pacjentom odzierania się z intymności, bo ktoś inny wie lepiej, co będzie dla nich dobre.

Czymkolwiek jest godność ludzka, jedno nie ulega wątpliwości: Konstytucja określa ją jako *źródło wolności i praw*. Jeżeli próbuje się z tego pojęcia uczynić źródło zakazów i ograniczeń (w tym sensie, że nie można pozwolić mężczyźnie i kobiecie na poddanie się IVF, gdyż udział ich w takiej procedurze jest „bierny”, a to „nie odpowiada godności małżonków”), należałoby mieć po temu bardzo mocne podstawy: że to np. uwłacza człowieczeństwu jako takiemu lub że narusza dobra osobiste, którymi uprawnionemu nie wolno jest rozporządzać. Konotacje godności człowieczej wymagają silnego ugruntowania w systemie powszechnie uznawanych wartości. Nie wystarczy powiedzieć, że coś jest niegodne człowieka: trzeba to solidnie uzasadnić i odwołać się do wartości utrwalonych kulturowo oraz historycznie – samo wewnętrzne i subiektywne przekonanie osoby formułującej taki osąd nie wystarczy.

Prima facie można tu postawić hipotezę, że zwolennicy poglądów o „godności przekazywania życia” w nieuzasadniony sposób fetyszyzują kopulację jako akt rozrodczy wyższego rzędu nad skorzystaniem w tym zakresie z pomocy medycznej⁹⁹⁴ – i jednocześnie próbują uczynić z kopulacji tabu rozmnażania. Dodajmy – kompletnie lekceważąc uczucia i zapatrywania tych, którzy z powodu niepłodności autentycznie cierpią. Można temu przeciwstawić argument, że **cierpienie nie powinno być przez medycynę** (i przez porządek prawny) **lekceważone nigdy**. Cierpienie niepłodności jest udokumentowanym faktem. Próby bagatelizowania tego zjawiska wynikają bądź z zupełnego niezrozumienia problemu, bądź z programowego ignorowania połączonego z nieekwiwalentnymi propozycjami zastępczymi. Padają argumenty, że egoistą jest ten, kto za wszelką cenę dąży do posiadania własnych dzieci, że koncentruje się nie ich na dobru, lecz na własnych potrzebach, że przecież może dziecko adoptować i to powinno wystarczyć etc. Tymczasem potrzeba posiadania własnych dzieci podyktowana jest jednym z najsilniejszych biologicznych instynktów. Można postawić pytanie, w imię czego konkretny człowiek ma się powstrzymywać, opanowywać czy zmuszać do racjonalnej refleksji. Instynkt przedłużenia gatunku jest „naturalny” (ten argument przywołuję ze specjalną dedykacją dla zwolenników wszystkiego, co „naturalne”) i korzystny z punktu widzenia rodzaju ludzkiego, natomiast jako biologiczna potrzeba racjonalizacji się nie poddaje. Organizm instynktownie pragnie się rozmnożyć i cierpi ogromny ból psychiczny, gdy to nie może nastąpić. To, że jakaś część populacji nie odczuwa w taki sposób, nie przemawia

⁹⁹⁴ Zob. utrzymane w tym duchu uwagi A. Paszewskiego, *Zapłodnienie in vitro – powracający problem*, Znak nr 4/2008, s. 29.

za tym, by wpierać innym opanowywanie się czy poświęcanie w imię narzucanych jakoby wyższych racji. **Powołaniem i obowiązkiem lekarza jest w miarę możliwości cierpienia łagodzić. Każdy taki akt jest zatem moralnie chwalebny**, o ile nie ucierpi ktoś inny.

Tutaj dochodzimy do oceny zabiegu IVF z pozycji zasad współżycia społecznego. Z punktu widzenia moralności wciąż nie dostrzegam takich pryncypiów w relacjach międzyludzkich, które mogłyby stanąć na przeszkodzie medycznemu wspomaganiu rozrodu określonymi metodami⁹⁹⁵. Skoro planowanie rodziny i wynikające z niego prawo do rodzicielstwa są dobrami osobistymi, to i przeszkoda w postaci klauzuli zasad współżycia społecznego musiałaby mieć bardzo mocne podstawy. Żadna konkretna taka zasada nie została powołana i trudno się dziwić, bo to wymagałoby pogłębionych i gruntownych przemysleń. Zasady współżycia społecznego (normy moralne) nie mogą być upoważnieniem dla parafianśszczyzny, fundamentalizmu czy innych skrajności: to mają być zasady powszechne dla wszystkich i z tego powodu niebudzące wątpliwości ani zastrzeżeń.

Wyjściowo można tylko zadać retoryczne w moim odczuciu pytanie, co osobom trzecim do tego, w jaki sposób dana para się rozmnaża, skoro w skali

⁹⁹⁵ Odmienne J. Haberko i K. Olszewski: *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów in vitro – polemika*, Prawo i Medycyna nr 2/2008 s. 108), którzy deklarują że pryncypia takie dostrzegają, choć „być może nie są one powszechnie uchwytne, jako że oparte zostały o argumenty godności człowieka i godności przekazywania ludzkiego życia”. Tyle że „godność” i „uchybiecie godności” to nie są terminy obserwacyjne (takie, jak np. „nadgarstek” i „uwolnienie cieśni nadgarstka”), więc zdań z ich użyciem nie uzasadnia się poprzez „dostrzeganie” lecz przez wnioskowanie. Kto wskazuje godność jako przesłankę obowiązywania pewnej reguły, powinien na wstępie zadeklarować, co w ogóle rozumie przez „godność” i w jaki sposób wyprowadza z niej swoje wnioski. Kto powołuje się na uchybiecie godności, powinien wyjaśnić, na czym polega logiczny „mechanizm uchybiecia”. Autorzy zastrzegają się, że argumenty wywiedzione z godności są nieostre. Problem jednak nie leży w nieostrości, lecz w tym, że godność – fundament systemu praw człowieka – jest (najsurowiej rzecz ujmując) pojęciem o niejasnej treści do tego stopnia, że w oparciu o nie da się równie przekonująco dowodzić pewnej tezy, jak jej zaprzeczenia. Niejasność używanego pojęcia nie może zwalniać osoby, która powołuje się na uchybiecie godności, z obowiązku podania uzasadnienia; w przeciwnym razie cała koncepcja godności stałaby się doktryną ezoteryczną i „niedyskusyjną”. Jeśli ktoś nie potrafi lub nie chce swojej argumentacji ująć w sposób „powszechnie uchwytne”, to i nie ma o czym dyskutować, a na głosowe twierdzenie, że to lub owo „nie odpowiada godności ludzkiej” wystarczy odpowiedzieć zaprzeczeniem. Zob. M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego – odpowiedź J. Haberko i K. Olszewskiemu*, Prawo i Medycyna nr 2/2008.

kraju zwiększenie przyrostu naturalnego uważa się za pożądane? Kto na tym cierpi i na czym miałoby polegać jego cierpienie, że przysłowiowi Kowalscy zdecydowali się na „dziecko z próbki”, które jako wyczekane i upragnione pławi się do woli w ich rodzicielskich uczuciach? Co to konkretnie znaczy, jakoby określona metoda wspomaganego rozrodu była niemoralna? Jakim prawem ktoś miałby dyktować innym: „– Nie rozmnażajcie się inaczej niż sposobami *naturalnymi*”.

Opozycja między „naturalnymi” a „nienaturalnymi” sposobami wspomaganego rozrodu jest notabene stosowana równie arbitralnie oraz gołosłownie jak poprzednie argumenty. Zgodnie z tym zapatrywaniem rozmnażać się wolno *per coitum*, natomiast sposób inny jest „niegodny”, „niemoralny”, „nienaturalny”. Osobnego zastanowienia wymagałaby jeszcze kwalifikacja według tych kryteriów sztucznej inseminacji (akceptowanych jej rodzajów), jak również rozmaitych opisywanych w literaturze metod, które nie zawahałabym się określić jako akrobatyczne. Chodzi nie tyle o akrobację w sensie fizycznym, co mentalnym: akceptowana przez przeciwników IVF sztuczna inseminacja polega na tym, że para kopuluje z użyciem przedziurawionej prezerwatywy. Sztuka polega na tym, żeby nałapać spermy do prezerwatywy celem użycia przy właściwym zabiegu, ale też żeby pewna ilość wyciekła przez dziurkę: to drugie ma wyeliminować uchybienie „naturalności”⁹⁹⁶.

Wprawdzie zasady współżycia społecznego nie są synonimem godności, a art. 58 k.c. nie jest identyczny z art. 30 Konstytucji, zachodzi jednak między nimi pewne podobieństwo: na zasady współżycia społecznego także nie można powoływać się gołosłownie; należy podać, jak brzmi zasada, która w danym przypadku miała zostać złamana⁹⁹⁷. Co więcej, odwoływanie się do zasad współżycia społecznego i innych klauzul generalnych ma dostosowywać praktykę sądową do pozaprawnych, społecznie akceptowanych ocen i respektować „ustalone, a więc obiektywnie funkcjonujące poglądy społeczne”⁹⁹⁸. Tak więc ani godność, ani zasady współżycia społecznego nie stanowią bocznej furtki, którą by można wprowadzać do porządku prawnego moralność postulowaną przez siebie samego, a już na pewno nie taką, której *pryncypia nie są powszechnie uchwytne*. W Polsce oceny społeczne zapłodnienia po-

⁹⁹⁶ Zob. M. Bilska, *Granice medycyny*, Znak nr 4/2008, s. 21

⁹⁹⁷ K. Piasecki [w:] J. Winiarz [red.], *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989, t. I, s. 18; Z. Radwański: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 40.

⁹⁹⁸ Z. Radwański, M. Zieliński [w:] M. Safjan [red.], *System prawa prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 335–336.

zaustrojowego są, z pewnymi ograniczeniami, ale generalnie przychylnie⁹⁹⁹; wolno więc uznać, iż ogół akceptuje również ten sposób dochowania się dzieci. Przypuszczalnie dlatego, że społecznie akceptowana jest sama potrzeba posiadania dzieci. Słusznie czy nie, (z punktu widzenia potocznego odbioru) to na bezdzietne pary popatruje się z ukosa, a nie na ludzi, którzy z dużym poświęceniem o te dzieci się starają. **Skoro planowanie rodziny jest dobrem osobistym, można postawić retoryczne pytanie, co innym do tego, jakimi sposobami dana para się rozmnaża i podsumować taką ingerencję jako niedopuszczalne wścibstwo oraz wkraczanie w cudze dobra osobiste.**

W szczególności nie ma powodów by uważać, jakoby jednostka ponosiła jakąkolwiek krzywdę z tego tylko powodu, że została urodzona w wyniku wcześniejszego zapłodnienia pozaustrojowego. Przeciwno dopuszczalności zabiegu bywa wytaczany argument w postaci praw i dobra dziecka, którym rzekomo zabieg taki uchyla. Sugeruje się, że istnieje jakaś zasadnicza kolizja między dążeniami pary niepełnej, a dobrem dziecka, urodzonego w wyniku takiego zabiegu¹⁰⁰⁰. Dla prawnika uprawnienie jest terminem technicznym. Uprawnieniu należy przypisać konkretną treść, powiązać je z konkretnym podmiotem stosunku prawnego i zidentyfikować odpowiadające mu obowiązki innych podmiotów. Czy mamy tu do czynienia z „niewłaściwym zapłodnieniem” lub „niewłaściwym urodzeniem”? Czy może chodzi z kolei o naruszenie godności (przyszłego) dziecka przez to, że w połączeniu dwóch komórek rozrodczych i umieszczeniu ich w macicy pomagał lekarz? Z jakiej niby przyczyny takie dziecko miałoby być lub czuć się „gorsze” od innych? Jeżeli w ogóle, to tylko wówczas, gdy będzie z powodu tego sposobu przyjścia na świat deprecjonowane społecznie, podobnie jak dawniej potomstwo zwane obraźliwie bękartami lub – w niektórych społecznościach – mieszańcy narodowościowi. Żaden z tych przypadków nie świadczy jednak negatywnie o fakcie urodzenia, tylko o konkretnym społeczeństwie, które z tego powodu popełnia dyskryminację, a jeszcze gorzej świadczy – o kościelnych hierar-

⁹⁹⁹ Zob. np. W. Derczyński, *Spoleczna akceptacja dla dzieci z próbówki*, Prawo i Medycyna, nr 1 z 2005 r., s. 101–105.

¹⁰⁰⁰ J. Haberk, K. Olszewski: *Moralne i prawne aspekty...* s. 66–69. Autorzy nie pofatygowali się tego podać, jednak argumentacja co do praw dziecka pochodzi od Kongregacji Nauki Wiary, co zasadniczo zmienia postać rzeczy. Doktryna Kongregacji to nie prawo Ohma i powinna być rzetelnie przywoływana. Zob. O. Nawrot: *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 158.

chach i środowiskach fundamentalistów katolickich, próbujących manipulować w tym kierunku nastrojami społecznymi¹⁰⁰¹. Jakoś nikt nie próbuje wywodzić z Konstytucji czy z zasad współżycia społecznego zakazu płodzenia narodowościowych mieszanców czy dzieci pozamałżeńskich. Stygmatyzacja przez środowiska kościelne dzieci urodzonych dzięki IVF jest tym bardziej niesmaczna, że przecież własna nauka Kościoła katolickiego nakazuje przyjąć takie dziecko z miłością¹⁰⁰².

Każdemu uprawnieniu można uczynić zadość albo nie. Na czym ma w danym przypadku polegać zadośćuczynienie prawu, a na czym jego naruszenie? Że rodzice łamią prawa dziecka przez fakt powołania go do życia? Dziecko stawałoby się tym samym automatycznie ofiarą naruszenia prawa.

Podobnie rysuje się problem godności. Zapłodnienie pozaustrojowe jakoby „nie odpowiada godności” osoby, która miałaby dzięki temu pojawić się na świecie¹⁰⁰³. Tutaj zaczyna się prawienie morałów: że „jeśli naprawdę pragnie się dziecka dla niego samego, należy respektować prawo naturalne, drogę narodzin, która może zapewnić dziecku poszanowanie jego godności...”¹⁰⁰⁴. Czyli tylko kopulacja miałaby gwarantować „godną” drogę narodzin. Jedyny logiczny wniosek jest zatem taki, że osoby dotknięte niepłodnością powinny **zapewnić nieistniejącemu dziecku poszanowanie jego godności przez niespłodzenie go**.

Porównuje się sytuację osoby, która urodziła się dzięki zapłodnieniu pozaustrojowemu z sytuacją, w której osoba ta w ogóle nie zaistnieje i to ta druga ma odpowiadać kryterium dobra dziecka. W efekcie pojawia się koncepcja **niewłaściwego spłodzenia**, zgodnie z którą lepiej jest być *niepoczętym dzieckiem z godnością*, niż istniejącym, żywym człowiekiem *niewłaściwie poczętym* w drodze zapłodnienia pozaustrojowego. Najwyraźniej „dla dobra dziecka” jest lepiej, by nie zaistniało w ogóle, niż przyszło na świat *niewłaściwie poczęte* (bo przy pewnych przyczynach niepłodności nic innego nie

¹⁰⁰¹ Problemowi stygmatyzowania i dyskryminowania dzieci urodzonych tą metodą było poświęcone wysłuchanie obywatelskie w Sejmie dnia 24 stycznia 2012 r., zorganizowane przez Stowarzyszenie „Nasz Bocian”. Zob. wypowiedzi Anny Krawczak, Marka Balickiego i prof. Stanisława Obirka w relacji K. Wiśniewskiej *Nie przeżywaj mnie „in vitro”*, Gazeta Wyborcza z 25.1.2012 r., s. 4.

¹⁰⁰² Watykańska Karta Pracowników Służby Zdrowia (21–34), za: J. Pawlikowski, M. Monist, J. Sak: *Zapłodnienie pozaustrojowe a Kościół katolicki – czy istnieje możliwość kompromisu?*, Bioetyka w zawodzie lekarza s. 218.

¹⁰⁰³ Tamże, s. 71.

¹⁰⁰⁴ Tamże, s. 69.

wchodzi w rachubę). Ni mniej ni więcej, tylko sprowadza się to do wartościowania życia ze względu na jego jakość, od czego dotychczas stanowczo odżegnawali się zwolennicy koncepcji „świętości życia”, w szczególności doktryna rzymskokatolicka¹⁰⁰⁵.

II. Prawo cywilne i medyczne. Z punktu widzenia prawa cywilnego umowa o leczenie niepłodności metodą IVF stanowi rodzaj umowy o leczenie, do której stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu (art. 750 k.c.) i ma charakter odpłatny. Przedmiotem świadczenia jest określona sekwencja czynności medycznych zmierzająca do tego, by pacjentka zaszła w ciążę. Obowiązkiem strony medycznej nie jest osiągnięcie celu, lecz staranne działanie w tym kierunku, bo taka jest natura (właściwość) zlecenia. Wykonanie umowy polega na przeprowadzeniu zabiegu według stosowanych przez siebie standardowych procedur uważanych w danej placówce za optymalne. Do dochowania należytej staranności zobowiązuje lekarza, niezależnie od źródła obowiązku, art. 4 uzawlek. W medycynie gwarantowanie konkretnych efektów leczenia jest w przytłaczającej większości niemożliwe faktycznie. Zatem do właściwości umowy o leczenie należy niemożliwość zagwarantowania rezultatu nawet przy dołożeniu najwyższej staranności, (poza omówionymi wcześniej nielicznymi wyjątkami w chirurgii estetycznej i protetyce stomatologicznej).

Zleceniodawcami są pacjenci tworzący heteroseksualną parę¹⁰⁰⁶. Zakwalifikowanie do procedury IVF następuje nie na życzenie, lecz z przyczyn medycznych i na ogół nie od razu (mowa o ustalonej praktyce renomowanych placówek). IVF jest traktowane jako ostateczność, gdy inne metody zawiodły lub gdy ze względu na stan zdrowia pacjentów należy je od razu uznać za bezcelowe.

Postanowienia umowy nie mają jednolitego charakteru, ponieważ wszystko zależy od rodzaju podejmowanych zabiegów. W zleceniu szczegóły mogą być pozostawione osobistej sumienności zleceniobiorcy, ale ilość i rodzaj zabiegów rzutuje na ostateczny koszt, jak również na to, ile razy i na co pacjenci wyrażają formalną zgodę. Przemawia to za tym, by procedura lecznicza została w umowie określona krok po kroku, bo inaczej pacjent

¹⁰⁰⁵ Zob. szerzej M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego – odpowiedź J. Haberko i K. Olszewskiemu*

¹⁰⁰⁶ Niektóre kliniki deklarują pomoc tylko parom małżeńskim. Niewykluczone, że w pewnych placówkach świadczy się również IVF samotnym kobietom, ale głośno nikt o tym nie mówi, więc należy uznać, że to ostatnie należy do szarej strefy. Przeciętnie stroną umowy jest para złożona z kobiety i mężczyzny.

wyrażałby zgodę do pewnego stopnia blankietową, a to znajduje prawne uzasadnienie tylko w razie wyraźnej rezygnacji z prawa do pełnego i wyczerpującego poinformowania.

Należyte wykonanie umowy wymaga ścisłego współdziałania ze strony pacjentów. Brak takiego współdziałania, choć mało prawdopodobny z przyczyn praktycznych, wolno moim zdaniem potraktować jako ważny powód do wypowiedzenia umowy przez stronę medyczną.

Na krótko przed rozpoczęciem terapii pacjenci obowiązani są wykonać szereg badań. Rzecz jasna chodzi o wyeliminowanie przeciwwskazań do zabiegu oraz o ustalenie ryzyka chorób genetycznych u potencjalnych dzieci.

Procedura IVF jest traktowana jako zabieg o podwyższonym ryzyku w rozumieniu lekarskiej ustawy zawodowej, zwłaszcza że niektóre czynności przygotowujące są wykonywane techniką operacyjną; dlatego zgoda na zabieg powinna być udzielona w formie pisemnej¹⁰⁰⁷ przez każde z pacjentów. Zgoda obojga stanowi warunek wszczęcia całej procedury, natomiast cofnięcie jej przez jedno z nich powinno pociągać za sobą przerwanie działań. Uzyskanie zgody na rozpoczęcie nie jest równoznaczne ze zgodą na poszczególne zabiegi (chyba żeby były wyszczególnione w sposób niezmienny). Mimo iż sprawa jako całość dotyczy obojga pacjentów, to przecież interwencje w organizm każdej z osób są różne i o różnym stopniu nasilenia. Kluczowe znaczenie ma świadoma zgoda udzielona przez tego pacjenta, którego konkretny zabieg bezpośrednio dotyczy. Na poszczególnych etapach przedstawia się to następująco:

1. Przygotowanie hormonalne pacjentki i ewentualnie również pacjenta. Dla kobiety łączy się z ryzykiem statystycznie rzadko spotykanych, ale poważnych powikłań. Dlatego jestem zdania, że od kobiety wymagana jest zgoda kwalifikowana (w formie pisemnej).

Stymulacja hormonalna w procedurze zwanej „krótkim protokołem” trwa ok. 12 dni. Działanie leków kontroluje się kilkakrotnie za pomocą USG i badań hormonalnych. (Pacjentka ma, można powiedzieć, wypeł-

¹⁰⁰⁷ Jest to jeden z obowiązków profesjonalnych lekarza. Uchybienie mu pociąga za sobą odpowiedzialność zawodową, natomiast z punktu widzenia dowodowego raczej trudno sobie wyobrazić, by w postępowaniu sądowym uwierzono pacjentom, iż takiej zgody nie udzielili w ogóle: procedura IVF jest na tyle specjalistyczna i skomplikowana, że samo wzięcie w niej udziału faktycznie wyklucza nieudzielenie zgody. Natomiast przy braku zgody na piśmie może powstać problem, czy aby na pewno była to zgoda rozeznana.

- niony szczególnie grafik – to tak a propos zarzutu „biernego” udziału w procedurze). Gdy pęcherzyki osiągną odpowiedni stan dojrzałości, pacjentka otrzymuje zastrzyk wyzwalający owulację.
2. Pobranie komórek jajowych z organizmu pacjentki. Jest to technika operacyjna, przeprowadzana co do zasady w znieczuleniu ogólnym¹⁰⁰⁸. Zabieg dotyczy tylko kobiety, więc powinno się odebrać od niej zgodę osobno na zabieg i na znieczulenie. W formie pisemnej.
 3. Punkcja jądra lub najądrza. Zabieg dotyczy (oczywiście) tylko mężczyzny, wymaga znieczulenia ogólnego¹⁰⁰⁹. Powinna być uzyskana kwalifikowana zgoda i na zabieg, i na znieczulenie.
 4. Samo połączenie komórek *in vitro* nie wymaga osobnej zgody, chyba że okaże się potrzebna mikromanipulacja¹⁰¹⁰. Tylko tak zrealizuje się prawo pacjentów do wyczerpującej informacji. Ponadto mikromanipulacja podwyższa koszt zabiegu. Może też być objęta od razu zgodą na całą procedurę.
 5. Wprowadzenie zarodków do jamy macicy. Jest bezbolesne i nie wymaga znieczulenia, ale stanowi finał całej procedury. W razie powodzenia powstanie ciąża¹⁰¹¹. Dla każdego z pacjentów to ostatni moment, by się

¹⁰⁰⁸ Zabieg polega na nakłuciu jajników przez sklepienie pochwy (pod kontrolą USG) i pobraniu płynu pęcherzykowego z komórkami jajowymi. Punkcja odbywa się w krótkim znieczuleniu ogólnym (10–20 min.). Znalezione w pęcherzykach dojrzałe komórki jajowe przenoszone są do odżywczego płynu, do którego po kilku godzinach dodawane są odpowiednio przygotowane plemniki. Plemniki dostarcza partner, który w tym celu musi się masturbować. Wszystkie czynności wymagają ścisłej synchronizacji.

¹⁰⁰⁹ Jest konieczny, jeśli w ejakulacie nie stwierdzono wcześniej obecności plemników; celowość wykonania go zależy od wyników innych badań.

¹⁰¹⁰ Po ok. 18 godzinach od dodania plemników obserwuje się pod mikroskopem, czy doszło do zapłodnienia. W przypadkach znacznie ograniczonej liczby lub małej ruchliwości plemników stosuje się wstrzyknięcie pojedynczego plemnika do wnętrza komórki jajowej za pomocą mikromanipulatora i mikropipetek pod kontrolą mikroskopu (mikromanipulacja – *ICSI* – *intracytoplasmic sperm injection*). Aby dodatkowo zwiększyć szanse na zapłodnienie, spośród wielu (bądź niewiele) plemników wybiera się te najlepiej rokujące (odmiana mikromanipulacji zw. *IMSI* – *intracytoplasmic morphologically selected sperm injection*).

¹⁰¹¹ Zapłodnieniu ulega zazwyczaj ok. 60–80% komórek; skoro dzięki stymulacji hormonalnej można uzyskać paręnaście oocytów, to zapłodnić udaje się około dziesięć. Pacjenci powinni być informowani na bieżąco o liczbach. W jakieś dwa dni po punkcji rozwijające się prawidłowo zarodki składają się z 2–8 komórek. Po punkcji oczekuje się od pacjentów, by znajdowali się w tej samej miejscowości co klinika, gotowi przyjechać na główny zabieg po telefonicznym zawiadomieniu.

wycofać. Spotyka się co prawda pogląd, jakoby po powstaniu zarodków cofnięcie zgody na zabieg powinno być już niedopuszczalne – mielibyśmy zatem do czynienia z nieodwołalną zgodą na bycie zapłodnioną. Jest on jednak oparty na arbitralnie przyjętym założeniu, że zarodek ma taki sam status prawny jak *nasciturus* oraz że w ten sposób realizuje się ochrona interesu zarodka (utożsamionego z dzieckiem poczętym)¹⁰¹². Nietrafność tej tezy wynika również z faktu, że w obowiązującym stanie prawnym cofnięcie zgody na każdy zabieg jest skuteczne niezależnie od momentu czasowego – nawet gdy chodzi o pobranie narządu do przeszczepu w chwili, gdy biorca otrzymał już leki immunosupresyjne. Większość bioetyków słusznie podnosi, że każde ograniczenie co do cofnięcia zgody naruszałoby autonomię pacjenta – zatem taka regulacja prawna ma mocne uzasadnienie aksjologiczne. Koncepcja przymusowego (wobec zignorowania sprzeciwu) zapłodnienia kobiety w interesie zarodka obarczona jest poważnymi znamionami absurdu, zwłaszcza przez odwrócenie priorytetów: traktuje podmiotowo zarodek, natomiast pacjentkę – przedmiotowo.

Liczba podawanych zarodków wynosi od 1 do 3 – im więcej, tym większa szansa powodzenia, ale konkretna liczba jest uwarunkowana stanem pacjentki (przede wszystkim wiekiem) oraz samych zarodków (jeżeli wydają się słabe). Pacjenci powinni wyrazić osobną, rozebraną w pełni zgodę na liczbę podanych zarodków, bo w grę wchodzi wówczas ciąża mnoga, a ta stanowi zwiększone obciążenie zdrowotne. Jeżeli implantowanych ma być więcej zarodków niż jeden, osobną zgodę powinien wyrazić pacjent – ze względu na pozamedyczne konsekwencje urodzenia większej liczby dzieci. W braku takiej zgody należy uznać, że poprzez zgodę na całą procedurę zgodził się na tylko jeden zarodek. Zgoda kobiety powinna być zatem przesłanką konieczną, zaś zgoda mężczyzny – przesłanką dostateczną. Rozsądne jest pouczenie pacjentów w tym miejscu, że zarodki mogą się samorzutnie podzielić już wewnątrz ustroju. Leczący się z niepłodności pacjenci są zazwyczaj w stresie i w desperacji; gotowi w ciemno zgodzić się na każdą liczbę zarodków, byleby dochować się dziecka. Tymczasem rzadko która ciąża mnoga bywa donoszona, wyczerpuje organizm kobiety i częściej niż pojedyncza wymaga rozwiązania przez cesarskie cięcie.

¹⁰¹² Zob. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, s. 355.

Dla porównania: włoska ustawa z 2004 r. o prokreacji medycznie wspomaganey (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*¹⁰¹³), odbierana jako wysoce restrykcyjna pozwala zapłodnić maksimum trzy komórki jajowe, uzyskać najwyżej trzy zarodki i nakazuje wszczepić wszystkie trzy za jednym razem. Zakazuje niszczenia i krioprezerwacji zarodków, a na wycofanie zgody pozwala tylko do momentu zapłodnienia komórki jajowej [!] Obniża to znacznie skuteczność zabiegu. Przede wszystkim zaś w ten sposób pacjentki stawiane są przed faktem dokonanym w sprawie większej liczby dzieci i wraz z płodami narażone na zwiększone obciążenia zdrowotne¹⁰¹⁴. Konstytucyjność tego rozwiązania została skutecznie zakwestionowana¹⁰¹⁵.

Oprócz umownego obowiązku starannego działania oraz konieczności ścisłego współpracowania ze strony zleceńodawców, do kluczowych kwestii należy sposób informowania i wynikający z tego zakres udzielonej przez pacjentów zgody. Orzecznictwo w sprawach medycznych stoi na stanowisku, że zgoda na zabieg udzielona w warunkach niedostatecznego poinformowania jest prawnie bezskuteczna z wszystkimi tego konsekwencjami, przy czym ciężar dowodu na udzielenie informacji w odpowiednim zakresie spoczywa na stronie medycznej. W szczególności przesłankę legalności udzielonej zgody stanowi informacja o możliwych powikłaniach okołozabiegowych. Bliższa analiza spraw sądowych pozwala sformułować wniosek, że gdy pacjent zechce powołać się na niedostatecznie uświadomioną zgodę na określony zabieg, to zazwyczaj sposób znajdzie, zgodę ubezskuteczni i wygra sprawę odszkodowawczą. Dlatego zagadnienie informowania nabiera szczególnego znaczenia w procedurach trudnych, skomplikowanych, nietypowych, czy nawet stosunkowo prostych, lecz o statystycznie niewielkiej skuteczności.

W praktyce umów o leczenie metodą IVF stosuje się trzy rodzaje dokumentów, których treść bywa w różny sposób kontaminowana: formularz zgody, umowę i informację o zabiegach. Niektóre kliniki dopracowały się specjalnie przygotowanych informatorów, które rozdają zakwalifikowanym do IVF pacjentom. Służą one realizacji obowiązku informowania wynikającego z art. 31 ust. 1 uzawlek. (a nie np. celom marketingowym). Okazują się wysoce użyteczne, zwłaszcza gdy chodzi o zabiegi skomplikowane i wieloetapo-

¹⁰¹³ Gazzetta Ufficiale N. 45 24.2.2004.

¹⁰¹⁴ *Nie wylejmy dziecka in vitro z kąpielą* – rozmowa z dr. Krzysztofem Papisem [embriologiem]; Gazeta Wyborcza z 12.II.2008 r., s. 13.

¹⁰¹⁵ Wyrok tamtejszego Sądu Konstytucyjnego z 1 kwietnia 2009 r.

we. Dobrze przygotowany informator ma znaczenie nie tylko edukacyjne, ale i psychoterapeutyczne: pacjenci mogą poczuć się potraktowani odpowiednio do ich drażliwej sytuacji: przede wszystkim trochę utuleni i podniesieni na duchu. Technika wykonania może też pomagać w rozładowaniu nieodłącznego napięcia emocjonalnego¹⁰¹⁶.

Ze względu na złożony charakter medyczny oraz prawny postępowania nie powinno się m.zd. łączyć zgody pacjentów na zabieg z umową o świadczenie medyczne ani z informacją o zabiegach: powinny to być trzy osobne dokumenty. Niemniej pewne zagadnienia medyczne, prawne, a nawet psychospołeczne dobrze jest niejako wyłączyć poza nawias zarówno umowy, jak informatora i wyeksponować w tekście podpisywanej zgody. W ten sposób pacjenci dostrzegają od razu węzłowe kwestie. Zbyt długi i skomplikowany tekst niesie ze sobą ryzyko nieuważnego przeczytania lub nieprzeczytania w ogóle. Chodzi nie tylko o ochronę, ale o uzyskanie ścisłego współdziałania, a uniknięcie nieporozumień i pretensji.

Zarówno udzielenie zgody jak jej cofnięcie wymaga zachowania formy pisemnej, (jako że dotyczy zabiegów o podwyższonym ryzyku). W razie niezachowania formy pisemnej na okoliczność udzielenia zgody mogłoby być trudne prowadzenie dowodu z zeznań świadków, a przesłuchanie stron procesu przypuszczalnie prowadziłoby to niemożliwych do rozstrzygnięcia rozbieżności. Elementarna ostrożność wymaga zatem, by taka zgoda na piśmie była. Natomiast co do formy cofnięcia zgody ustawa lekarska milczy. Zdrowy rozsądek podpowiada tylko, że powinna to być co najmniej forma pisemna. Jest to podyktowane względami czysto praktycznymi.

Kilka klinik leczących niepłodność zawiązało swego czasu stowarzyszenie. Stowarzyszeni zamówili opracowanie jednolitego formularza zgody w oparciu o dostarczone przez siebie różne wzory. Ich analiza mogłaby stanowić materiał w badaniach na temat psychologii niepłodności. Szczególny stan psychiczny osób poddających się leczeniu stawia przed lekarzami dodatkowe wymagania. Niektórzy pacjenci znajdują się w takiej kondycji psychicznej, że w kwestiach dotyczących ich rozrodu można by im nawet przypisać ograniczoną poczytalność¹⁰¹⁷, dlatego problem odpowiedniego poinformowania sta-

¹⁰¹⁶ Jedna z placówek zamówiła ilustracje u Edwarda Lutczyna. Elementy estetyki kreskówkowej stosowane są też z powodzeniem w niektórych poradnikach wychowania seksualnego. Tutaj chodzi o to, że może uda się wywołać, choćby smutny, ale uśmiech na twarzy pacjenta.

¹⁰¹⁷ W sensie zafiksowania na jedno: doczekać się wreszcie dziecka.

je się szczególnie drażliwy. Specjalne miejsce obok obowiązku informacyjnego zajmuje tutaj taktowne podejście do owej bolesnej psychicznie i wstydlivej niepełnosprawności.

Z umowy najlepiej wyłączyć jak najwięcej zagadnień medycznych w celu zwiększenia jej czytelności (w praktyce bywa to niepotrzebnie łączone). Kwestie medyczne praktycznie jest zgrupować w informatorze, a w umowie i w formularzu zgody zamieścić odesłanie: że otrzymany przez pacjentów informator stanowi integralną część umowy oraz (zwłaszcza) zgody na zabiegi.

Krótko mówiąc, najistotniejsze kwestie warto wypunktować w formularzu zgody, zaś w pozostałej części odesłać do informatora oraz do sformułowań umowy. Formularz zgody urasta tutaj do rangi głównego dokumentu w sprawie. Dlatego ważne jest dosyć dokładne określenie jego zawartości, uwarunkowane wymaganiami praktycznymi – są to zatem kwestie bardzo szczegółowe.

Formularz zgody powinien m.zd. zawierać:

1. Jednoznaczne określenie procedury medycznej: IVF, czy inseminacja PLUS szczegóły o pochodzeniu gamet (tzn. czy dawstwo ma charakter partnerski, czy niepartnerski – bo od tego zależy zakres informacji, zwłaszcza prawnych). Ponadto można wyróżnić kilka procedur składających się z odmiennych sekwencji zabiegów. Dlatego zgoda wariantowa wprowadzałaby niejasności – na co i zależnie od jakich okoliczności pacjenci wyrazili zgodę. Nie może to być zgoda z góry na wszystko, co okaże się potrzebne, bo nie spełnia wymagań ustawowych.
2. Pouczenie, że zgoda może być cofnięta w każdym momencie niezależnie od etapu leczenia. O ile zgoda pozytywna wymaga udzielenia przez oboje pacjentów, to wstrzymuje procedurę cofnięcie jej przez tylko jedno z nich. Notabene ustanie małżeństwa ani innego związku partnerskiego nie ma na to bezpośredniego wpływu.
3. Oświadczenie o zapoznaniu się z treścią informatora oraz z projektem umowy wraz z zaznaczeniem, że pacjenci mieli możliwość zadawania pytań i wszystko zrozumieli.
4. Datę rozmowy wyjaśniającej poprzedzającą zgodę oraz personalia rozmawiającego lekarza. Nie jest to wprawdzie konieczne, ale użyteczne w praktyce i przydatne ze względów dowodowych: pacjenci podpisują, kiedy rozmowa była i z kim.
5. Informacje o statystycznej skuteczności danego zabiegu, ponieważ to rzutuje na proces decyzyjny, zwłaszcza co do rodzaju i liczby zabiegów.

6. Pouczenie o wymaganych badaniach przygotowawczych, terminie ich aktualności oraz skutkach ich zaniechania bądź podania nieprawdziwych danych. Na ogół pacjenci nie zdają sobie sprawy, jakie to ważne.
7. Pouczenie o przestrzeganiu zaleceń i terminarza badań kontrolnych. Żadne przepisy tego nie wymagają, ale chodzi o ostrożność czysto praktyczną. Powinno się wyjaśnić znaczenie ścisłej współpracy ze specjalistą ordynującym określony sposób leczenia oraz to, że wszelkie odstępstwa lub zmiany w procesie leczenia, odstawianie lub modyfikowanie dawkowanych leków mogą odbywać się wyłącznie po ustaleniu z lekarzem prowadzącym leczenie. Wreszcie warto podkreślać, że niestosowanie się do zaleceń w trakcie i po zakończeniu leczenia może okazać się niebezpieczne dla zdrowia i życia, jak również wpłynąć negatywnie na powodzenie stosowanej terapii.
8. Informacja o znieczuleniu: że zabiegi wymagają określonych rodzajów znieczulenia, w tym znieczulenia ogólnego. Pouczenie, że każdorazowa zgoda na znieczulenie przyjmowana będzie osobno po rozmowie z anestezjologiem oraz wprowadzenie wymagania, by każde z pacjentów we własnym zakresie zobowiązało się do przestrzegania zaleceń anestezjologa.

Niektóre placówki zamieszczają ponadto oświadczenie, że pacjenci zostali zapoznani ze skutkami prawnymi (przede wszystkim prawnorodzinnymi i spadkowymi) zabiegu. W chwili obecnej to jest raczej ostrożność na wyrost. Lekarz nie ma obowiązku informowania o konsekwencjach prawnych, niemniej taki manewr jest najpewniej uzasadniony uprzednimi nieprzyjemnymi doświadczeniami. Jest przydatny w razie dawstwa niepartnerskiego, a już zwłaszcza gdy pacjenci korzystający z niego żyją w związku nieformalnym.

Przypuszczalnie z tych samych powodów, co powyżej, jeden z ośrodków bardzo przytomnie zamieścił klauzulę o niesugerowaniu się przez pacjentów opiniami osób trzecich. Pacjenci są podenerwowani, przewrażliwieni i z tego powodu nieuważni w odbiorze informacji, a także podatni na sugestie. Użyte sformułowania pokazują, z jakimi problemami, także psychologicznymi, muszą się porać lekarze: „leczenie niepłodności jest sprawą indywidualną, podobnie jak przyczyny i uwarunkowania niepłodności. Doświadczenia innych osób, w szczególności innych pacjentek, nie mogą mieć wpływu na stosowaną w naszym przypadku terapię oraz metody leczenia. Sugerowanie się doświadczeniami innych może zahamować lub zniweczyć proces leczenia”.

Aneksy do umowy. 1. Krioprezerwacja zarodków. Postanowienie w sprawie niewykorzystanych zarodków wymaga osobnego porozumienia umowne-

go. W razie jego braku placówka nie ma obowiązku ich zachowania. Warto jednak o tym pomyśleć, ponieważ nie ma najmniejszej gwarancji, że ciąża zawiąże się od razu w wyniku pierwszego podania, a nawet jeżeli, to niewykluczone, iż zachęcona para zechce w przyszłości postarać się o więcej dzieci. Podanie rozmrożonych zarodków nie tylko wypada znacznie taniej, ale i zwiększa szansę na ciążę, ponieważ uważa się, że łatwiej zagnieżdża się zarodek złożony z większej liczby komórek¹⁰¹⁸. Poza tym im starsza kobieta, tym większe prawdopodobieństwo niektórych aberracji chromosomowych w komórce jajowej. Wykorzystanie zarodków utworzonych wcześniej i zamrożonych może to ryzyko zmniejszyć.

Rutynowym zatem postanowieniem w sprawie dodatkowych zarodków jest decyzja o krioprezerwacji. Porozumienie w sprawie zamrożenia i przechowywania zarodków należy potraktować jako osobną umowę odpłatną. Wysokość opłaty zależy od czasu przechowywania. Umowa wymaga konsensu placówki medycznej z obojgiem pacjentów: każdy zarodek pochodzi w równym stopniu od kobiety, co od mężczyzny¹⁰¹⁹. Również wspólnie powinni partnerzy decydować o przedłużeniu przechowywania zarodków lub zaniechaniu przedłużenia. Są to w zasadzie uwagi na marginesie, ponieważ depozyt zarodków nie stanowi koniecznego składnika umowy o zabieg IVF. Jednakże w ostatnim czasie to nie sama procedura IVF, lecz kwestia postępowania z niewykorzystanymi zarodkami staje się osią konfliktów światopoglądowych. Fundamentalisci katoliccy próbują narzucić innym światopogląd stawiający znak równości między zarodkiem a *nasciturusem* oraz między *nasciturusem* a dzieckiem i z tych względów domagają się, by prawo udzielało zarodkom ochrony według kryterium dobra dziecka. Stwierdzenie, jakoby umowa w sprawie krioprezerwacji była nieważna, jest dość kuriozalne, ponieważ oznaczałoby, że wobec tego strony nie mają wobec siebie obowiązków ustanowionych umową i w takim razie nie powstaje obowiązek przechowania. Krioprezerwacja zarodków, oprócz tego że zmniejsza obciążenia zdro-

¹⁰¹⁸ Jeżeli np. przy pierwszym podaniu zarodki składały się z 3–4 komórek i pozostałe zamrożono, to po rozmrożeniu i upewnieniu się, że przeżyły – czyli podziały komórkowe następują dalej – zarodki mają już po 7–8 komórek.

¹⁰¹⁹ Chyba że trzeba było posłużyć się komórką rozrodczą pobraną od osoby trzeciej, wówczas jednak świadoma zgoda partnera niebędącego dawcą powinna mieć skutki nie tylko ojcostwa (macierzyństwa) wobec urodzonego dziecka (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 27.X.1983, III CZP 35/83, OSNCP nr 6/1984, poz. 86), ale i uprawniać do współdecydowania o losie pozostałych zarodków.

wotne kobiety (ponieważ eliminuje bądź ogranicza konieczność powtarzania stymulacji hormonalnej), **służy zachowaniu zarodków przy życiu**, więc jest potrzebna. Można dyskutować nad poszczególnymi postanowieniami umowy, ale nie nad ogólną skutecznością.

Długotrwała hibernacja zarodków bywa utożsamiana z ich unicestwieniem. Jest to nieprawda, którą z coraz większym zniecierpliwieniem prostują specjaliści. „Jeżeli jednak nie zajdą jakieś nieoczekiwane okoliczności, zarodki mogą być przechowywane ad infinitum. Nie ma biologicznych przesłanek, by sądzić, że dzieje im się jakakolwiek krzywda”¹⁰²⁰. Przechowywanie w ciekłym azocie jest jednak rozwiązaniem połowicznym i tymczasowym. Poszanowanie dla autonomii pacjentów nie pozwala moim zdaniem przymusić ich ani do wykorzystania wszystkich zarodków (np. ośmiu), ani do zezwolenia na tzw. adopcję. Jeżeli między parą a stroną lekarską nie dojdzie do porozumienia w sprawie oddania na przechowanie lub kontynuowania depozytu (co ma określone konsekwencje finansowe, zwłaszcza w aspekcie długoterminowym), lecznica nie może zarodków zatrzymać u siebie. Powinna je wydać pacjentom, o ile nie wyjedna zgody na oddanie innym potrzebującym parom. Niektórzy pacjenci prezentują stanowisko silnie posesywnie i odrzucają nawet taką myśl; z drugiej strony – nie wszyscy są finansowo gotowi na długoletnią krioprezerwację. Klinika może umyć ręce przez wydanie depozytu do rąk deponentów i dalej niech sami się martwią. Problem jednak pozostaje: czy wobec tego wolno zadecydować o zniszczeniu własnych zarodków? Każda odpowiedź na to pytanie będzie uwarunkowana światopoglądowo.

W celu znalezienia odpowiedzi warto zapoznać się z orzecznictwem obcym (skoro własnego nie mamy). Niemniej trzeba brać poprawkę na to, że większość państw europejskich, a i wiele poza Europą, ma obecnie regulacje ustawowe w tej sprawie. Przyznanie zarodkom osobnej podmiotowości prawnej jest statystyczną rzadkością. Stanowisko wyważone przyjął swego czasu Sąd Najwyższy Tennessee w sprawie *Davis v. Davis* z 1992 r.: uznał embriony za kategorię przejściową, której należy się szczególnie poszanowanie ze względu na zawarty w nich potencjał ludzkiego życia; nie są to zatem ani osoby, ani przedmiot własności¹⁰²¹. Niemniej przyznał stronom jako dawcom materiału genetycznego, prawo dysponowania nim i w konsekwencji przyjął dopuszczalność porozumień umownych między partnerami co do postępowania z niewykorzystanymi zarodkami na wypadek śmierci jednego z partnerów, rozwo-

¹⁰²⁰ *Nie wylejmy dziecka in vitro z kąpielą.*

¹⁰²¹ Za: M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX 2010 r., s. 297.

du, zmian majątkowych bądź rezygnacji z IVF¹⁰²². W innych orzeczeniach amerykańskich była przyznawana przewaga żądaniom tego z partnerów, który sprzeciwia się wykorzystaniu zarodków¹⁰²³. **Uznane zostało, iż nie wolno nikogo zmuszać do spowodowania przyjścia na świat własnego biologicznego dziecka.** Wiele stanów USA dopracowało się ustaw, które wymagają, ażeby pary decydujące się na zabieg wspomaganego medycznie rozrodu zawierały porozumienie w sprawie dysponowania niewykorzystanymi zarodkami¹⁰²⁴. W prawie francuskim prawo wykorzystania zarodka wygasa w razie śmierci jednego z partnerów¹⁰²⁵. Z kolei Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu odmówił prawa wykorzystania zarodków przez kobietę po tym, jak rozpadł się związek partnerski¹⁰²⁶. Nie miało znaczenia, iż pani Evans poddała się wcześniej leczeniu onkologicznemu i w chwili podniesienia żądania była trwale bezpłodna. Zadecydował fakt, że partner zgodnie z obowiązującą w Wlk. Brytanii ustawą *Human Fertilisation and Embriology Act* cofnął zgodę na implantację i zażądał zniszczenia zarodków.

Ostateczna decyzja co do sposobu wykorzystania nadliczbowych zarodków nie powinna być podejmowana ponad głową pacjentów, ponieważ rozstrzygnięcie negatywne – zaprzestać przechowywania, czyli nazywając po imieniu: zniszczyć – oznacza uniknięcie reprodukcji. Kontynuowanie przechowywania (za wynagrodzeniem) znaczy „może jeszcze wykorzystamy”, w którymś jednak momencie zegar biologiczny uczyni to niewykonalnym i co wtedy? Oddanie do adopcji oznacza zgodę na reprodukcję *per procura*; nie powinno być w żadnym razie wymuszane ani prawnie, ani finansowo, bo też kłóciłoby się z prawem do planowania rodziny. Moim zdaniem pacjentom powinno być wolno zadecydować w pełni swobodnie, ale tylko wspólnie i w zakresie wykorzystania w przyszłości przez siebie lub innych bądź zniszczenia. Koncepcja, iż zarodek jest człowiekiem, należy do sfery wierzeń religijnych, których nikomu nie odmawiam. Nauka mówi jednak co innego. Niech każdy podejmuje decyzję stosownie do reprezentowanego światopoglądu, a prawo

¹⁰²² Ibidem s. 303.

¹⁰²³ Zob. Sąd Najw. New York w spr. *Kass v. Kass* (1887), Wyższy Sąd Apelacyjny New Jersey w spr. *J.B. v. M.B.* (2000 r.), Sąd Najw. Massachusetts w spr. *A.Z. v. B.Z.* (2000 r.) 150, 725 N.E. 2d 1051 – za: M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. IX 2010 r., s. 303–304.

¹⁰²⁴ Za M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 305.

¹⁰²⁵ Ibidem.

¹⁰²⁶ ETPC z 7.III.2006, *Evans v. United Kingdom*, skarga nr 6339/05; <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, zob. M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX s. 307–308; zob. też *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 122–124

powinno stać na straży nienarzucania żadnego. Zarodki nie mogą być natomiast moim zdaniem wykorzystywane w celach innych niż reprodukcja.

2. Niepartnerskie dawstwo gamet lub zarodków. Stanowi dodatkową klauzulę umowną wówczas, gdy pozostają one w dyspozycji danej placówki medycznej: pochodzą z banku nasienia, od dawczyń oocytów lub od pacjentów, którzy wyrazili zgodę na tzw. adopcję zarodków. Nie podlega ono żadnemu reżimowi prawnemu, jednak ustawa transplantacyjna ustanowiła godny aprobaty wzorzec aksjologiczny – przede wszystkim zasadę niekomercjalizacji dawstwa. Idea wydaje się słuszna, natomiast nie będzie pozostawać z nią w sprzeczności zwrot kosztów pozyskania i przechowania. Zasada niekomercjalizacji powinna moim zdaniem również decydować o dopuszczalności zastępczego macierzyństwa. Jeżeli tego rodzaju ofiarność ma pobudki altruistyczne – jest z moralnego punktu widzenia chwalebna.

Ten rodzaj zapłodnienia wzbudza jak wiadomo rozmaite kontrowersje światopoglądowe i etyczne. Dawstwo dla celów przeszczepu też wzbudzało i jeszcze wzbudza. Brak regulacji pociąga za sobą istnienie „rynku” komórek rozrodczych. Wprowadzenie zakazu dawstwa niczego by nie zmieniło, ponieważ istnieje popyt, a szkodliwość zdrowotna pobrania jest dla kobiety niewielka, zaś dla mężczyzny – żadna. Niekomercjalizacja na pewno zmniejszyłaby dostępność gamet, ale przez postawienie na altruizm – wyklarowałaby sytuację pod względem etycznym. Dawstwo gamet nie powinno być moim zdaniem oceniane odmiennie niż dawstwo transplantacyjne.

Umowa o zapłodnienie pozaustrojowe, oprócz tego, że stanowi tekst prawniczy mający na celu ustalenie sytuacji prawnej stron, powinna spełniać dodatkowe, szczególne wymagania uwarunkowane specyfiką tej czynności medycznej i jej niezwykłym znaczeniem dla pacjentów. Specjalna uwaga przy konstruowaniu i odczytywaniu postanowień umownych powinna koncentrować się zwłaszcza na szanowaniu prawa pacjentów do informacji. Spełnienie obowiązku informacyjnego, oprócz uczynienia zadość przesłankom ustawowym, ma za zadanie zapewnić ścisłą współpracę ze strony osób poddających się zabiegom. Dlatego pojęcie „odpowiedniej i przystępnej informacji” konotuje zachowania nie tylko informacyjne (w sensie podawania wiadomości), ale również bardziej zaawansowane niż w innych sytuacjach leczniczych oddziaływania edukacyjne (kilkakrotne powtarzanie, upewnianie się co do właściwego zrozumienia). Przewrażliwienie psychiczne pacjentów jest tutaj znacznie silniejsze niż w innych sferach lecznictwa, a ścisła współpraca z ich strony ma ogromne znaczenie dla powodzenia przedsięwzięcia. Stąd w wymienionych dokumentach medycznych zawarty jest raczej nadmiar

informacji i stąd bierze się celowość powtórzeń informacyjnych w różnych dokumentach: w informatorze i w formularzu zgody. Nie stanowi to o braku profesjonalizmu, tylko jest konsekwencją wyjątkowości leczenia. Wyjątkowy musi być też sposób podejścia do pacjentów: czasem wystarczy, że pielęgniarka parsknie niewczesnym śmiechem, by pacjentka dostała histerii¹⁰²⁷. Napięcie psychiczne pacjentów stanowi szczególnie silną przeszkodę w powodzeniu leczenia, dlatego mądrzy lekarze podejmują rozmaite wysiłki, aby to napięcie zmniejszyć.

Największą możliwą szkodą dla pacjentów leczących się z niepłodności jest bezproduktywny upływ czasu. Powikłania okołozabiegowe zdarzają się stosunkowo rzadko, a badania nad urodzonymi dzięki tej metodzie dziećmi nie wykazują, by były one pod jakimkolwiek względem „gorsze”. **Prawdziwym niebezpieczeństwem jest skrywana nieefektywność zabiegów wynikająca bądź z niewłaściwej diagnostyki, bądź ze złej jakości świadczeń.** Pacjentom nie próbuje się wprowadzić gwarantować efektu; mnożona za to bywa liczba zabiegów, co naraża na koszty i stratę czasu¹⁰²⁸. Laboratorium wymaga kosztownego wyposażenia i farmaceutyków sprawdzanych z zagranicy. Jeżeli placówka ma w tym zakresie niedostatki, to sam sens rozpoczynania procedury staje w ogóle pod znakiem zapytania¹⁰²⁹. Dlatego głównym źródłem szkody jest naciąganie i omamianie, żeby podjąć jeszcze jedną z kolejnych nieudanych prób, mimo że nie ma sensu – bo placówka jest niewydolna co do wyposażenia lub co do kompetencji personelu, albo w ogóle przyczyna niepłodności nie została prawidłowo rozpoznana. W tym czasie nieubłagane tyka zegar biologiczny, dlatego czyn ów został nazwany „kradzieżą czasu reprodukcyjnego”. Nie trzeba tłumaczyć, że czas ten mógłby być wykorzystany lepiej w innej klinice. Niemniej adekwatny związek przyczynowy między stratą czasu a niezajściem pacjentki w ciążę jest niemożliwy do ustalenia. Krzywda pacjentów będzie polegała tylko na niepotrzebnej fatydze i łudzeniu ich fałszywą nadzieją, zaś szkoda – na zbędnych kosztach. **Nie**

¹⁰²⁷ Historia autentyczna.

¹⁰²⁸ Nie bez powodu refundacja kosztów w innych państwach bywa ograniczana do trzech podań zarodków: gdy trzy razy się nie udało, jest mało prawdopodobne, że uda się za czwartym. To nie magia, tylko statystyka.

¹⁰²⁹ Panowie muszą zdać sobie sprawę z przykrej prawidłowości, że ich nasienie zawiera coraz mniej plemników zdolnych do zapłodnienia. Wówczas potrzebna jest tzw. preparatyka, czyli dodanie środka zwiększającego ruchliwość plemników, a jak to nie wystarczy, to sprzęt i umiejętności w zakresie mikromanipulacji.

jest to kwestia możliwa do rozwiązania na płaszczyźnie umownej, ponieważ chodzi o nienależyte wykonanie umowy lub czyn niedozwolony w istniejącym stanie prawnym trudne do udowodnienia, a jeżeli już, to w momencie, gdy dla pacjentów jest za późno na odzyskanie szansy wyleczenia. Przyczynę stanowi brak regulacji wymuszającej przestrzeganie zatwierdzonych standardów, dający szerokie pole do „reprodukcyjnego chałupnictwa”, na nieznaną nawet skalę. Złamanie zasad ostrożności może polegać np. na przedawkowaniu hormonów, ich niedawkowaniu lub podaniu niewłaściwych leków. Niedochowanie „staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju” – na zaniechaniu preparatyki nasienia, niewykonaniu mikromanipulacji lub wykonaniu niefachowym bądź podaniu martwych zarodków.

Dostępne na stronie internetowej Polskiego Towarzystwa Medycyny Rozrodu *Rekomendacje*, wśród których jako ostatni znajduje się dokument *Wskazania, kwalifikacja i przygotowanie do zapłodnienia pozaustrojowego* stanowią ustalony, obiektywny układ odniesienia w postaci standardu medycznego. Spełnia on funkcję ogólnych wymagań dla stosunków danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.), w oparciu o które da się stwierdzić dochowanie należytej staranności w konkretnym przypadku. Tyle, że jest to zadanie dla biegłych w procesie cywilnym, gdy już do niego dojdzie. Nie istnieje obecnie żaden środek przymusu, który spowodowałby przestrzeganie owych rekomendacji przez placówki medyczne zajmujące się leczeniem niepłodności. Rezultat taki można by osiągnąć przez wprowadzenie prawnego obowiązku legitymowania się przez placówkę odpowiednim certyfikatem, ewentualnie koncesją. Dopóki to nie nastąpi, obdarzone autorytetem merytorycznym ciała, takie jak Polskie Towarzystwo Medycyny Rozrodu lub Polskie Towarzystwo Ginekologiczne powinny przyjąć na siebie moralny obowiązek upowszechniania wiedzy o godnych zaufania placówkach. Jeżeliby dana lecznica dobrowolnie zechciała poddać się audytowi pod kątem przestrzegania standardów – znajdzie się w stosownej bazie informacyjnej z korzyścią dla swej renomy. W ten sposób, bez przymusu i rozgłosu, dokonać się może naturalna eliminacja „reprodukcyjnych partaczy”, którzy nie znalazłszy się na owej elitarniej liście stopniowo tracą klientów. Zaś miejsce na liście posłuży za nieformalną, ale solidną gwarancję rzetelności.

Metoda zapłodnienia pozaustrojowego wychodzi naprzeciw jednej z najsilniejszych potrzeb człowieka. Czynienie przeszkód dla jej stosowania skazane jest z góry na niepowodzenie, ponieważ działa wbrew naturze, rozumianej tutaj jako biologiczny instynkt i uwarunkowana nim silna potrzeba emocjonal-

na. Zbyt wielkie ludzkie cierpienie leży na szali, by dla jego ukojenia proponować środki zastępcze lub rytuały religijne – gdy w zasięgu znajduje się środek zaradczy nieprzekraczający możliwości finansowych średnio zamożnych pacjentów. Ci, którzy próbują ignorować lub bagatelizować cierpienie niepłodności, są z moralnego punktu widzenia na pozycji straconej. To ich postawa moralna jest naganna. W tym kontekście cierpieniu niepłodności przeciwstawia się jakoby większe zło: krioprezervację lub niszczenie niewykorzystanych zarodków utożsamianych z ludźmi oraz jakoby naruszanie godności zarodka przez „uprzedmiotowienie”. Kongregacja Nauki Wiary piętnuje samą istotę technik sztucznego zapłodnienia jako *niegodziwą*, ponieważ „sztuczne kreowanie życia wiąże się z intencjonalnym uśmiercaniem istot ludzkich”¹⁰³⁰. Ani to sztuczne kreowanie, tylko medyczne wspomaganie – połączenie gamet wytworzonych „naturalnie”; ani uśmiercanie istot ludzkich. W rozważaniach na temat medycznie wspomaganego rozrodu należy wyraźnie odgraniczyć wierzenia religijne od nauk przyrodniczych, a kwalifikacja prawna wymaga zachowania neutralności światopoglądowej. „Uprzedmiotowienie” zarodka miałoby polegać na tym, że kobieta i mężczyzna dostarczają jedynie materiału biologicznego, lekarz zaś jakoby *przekształca* go niczym inżynier. Ten argument również pochodzi od Kongregacji Nauki Wiary, o czym uciwie informuje Oktawian Nawrot¹⁰³¹. Rzekome przekształcanie „inżynieryjne” to jednak bzdura i demagogia. Sugeruje grzebanie w chromosomach. Zapłodnienie pozaustrojowe nie polega na żadnym przekształcaniu, tylko na ułatwieniu połączenia komórek. Ideologiczna nagonka na tę metodę reprodukcji wywołała niezamierzony efekt spopularyzowania wiedzy na temat IVF, dzięki czemu techniczne szczegóły zabiegu stały się powszechnie dostępną wiedzą. Bezrefleksyjne powielanie przez O. Nawrota tendencyjnie spreparowanego zabobonu nie licuje z powagą opracowania naukowego.

Wysiłki ustawodawcze zmierzające do prawnego uregulowania zasad dla IVF mogą zakończyć się rozmaicie i w chwili obecnej trudno cokolwiek prorokować ze względu na mnogość projektów w tej sprawie. Jeżeli jednak podążymy śladem unormowania włoskiego, operującego ograniczeniami, zakazami oraz faktycznym przymusem zapłodnienia – skończy się zapewne podobnie jak tam, czyli skuteczną skargą konstytucyjną. Przez ten czas jednak ucierpi przypuszczalnie więcej osób niż cierpi obecnie. Żeby nie kusić licha, usta-

¹⁰³⁰ Za: O. Nawrot: *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 158.

¹⁰³¹ O. Nawrot: *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, s. 165.

ły więc dyskusje w opiniotwórczych periodykach, a społeczeństwo cieszy się póki co swobodą umowną.

Komitet Bioetyki przy Prezydium PAN w przyjętym 15 marca 2012 r. *Stanowisku w sprawie etycznych problemów medycyny reprodukcyjnej i genetyki klinicznej oraz konieczności ich regulacji prawnej* uważa, że działania ustawodawcze powinny doprowadzić „w krótkim czasie” do uchwalenia ustawy określającej warunki i zasady stosowania procedury załodnienia pozaustrojowego. W opinii Komitetu ustawa ta powinna gwarantować każdemu obywatelowi możliwość korzystania z aktualnych osiągnięć współczesnej medycyny reprodukcyjnej i zapewniać wysoki poziom medyczny, bezpieczeństwo zdrowotne oraz efektywność zabiegów. Komitet rekomenduje, ażeby regulacja ustawowa dopuszczała: niepartnerskie dawstwo gamet i zarodków, kriokonserwację gamet i zarodków oraz możliwość stosowania genetycznej diagnostyki preimplantacyjnej w celu określenia stanu zdrowia embrionów *in vitro* oraz opowiada się za refundacją zabiegów ze środków publicznych. Komitet wzywa również polski rząd, parlament i Prezydenta do przeprowadzenia publicznej debaty nad dokumentami ratyfikacyjnymi oraz do „możliwie szybkiej” ratyfikacji *Konwencji o Ochronie praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny* (uchwalonej w 1997 r. w Oviedo).

Badania przedimplantacyjne

Przedimplantacyjne badanie zarodków (PGD – *preimplantation genetic diagnosis*) jest funkcjonalnie powiązane z zapłodnieniem pozaustrojowym. Służy wyodrębnieniu do podania zarodków wolnych od wad (tzw. *screening out*). Na badaniu przedimplantacyjnym zależy zwłaszcza parom, którym już urodziło się jedno dziecko dotknięte wadą i chcą uniknąć tego w przyszłości, bądź parom ze stwierdzonym nosicielstwem chorób genetycznych. Niemniej należy rozważyć generalną dopuszczalność takiego badania przed każdą implantacją zarodków. Na świecie diagnostyka przedimplantacyjna bywa wykorzystywana także w celu urodzenia dziecka o konkretnych cechach tkankowych – aby przeszczep krwi pępowinowej lub szpiku pozwolił uratować ciężko chorego brata lub siostrę (tzw. *screening in*)¹⁰³². Wśród ustawowych regulacji tej kwe-

¹⁰³² Więcej na temat badań przedimplantacyjnych *screening out* oraz *screening in* – zob. J. Kapelańska-Pręgowska, *Zjednoczone Królestwo i Republika Włosa – dwa bieguny diagnostyki preimplantacyjnej*, „Współczesne wyzwania bioetyczne” i tam powołana literatura.

stii spotyka się zarówno całkowite zakazy (we Włoszech i w Niemczech), jak unormowania uważane za liberalne (Wlk. Brytania).

Europejska Konwencja o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej Wobec Zastosowań Biologii i Medycyny¹⁰³³ (zw. Konwencją o Prawach Człowieka i Biomedycynie) stanowi w art. 14: „Wykorzystywanie technik medyczne wspomagane procesu prokreacji jest zakazane, o ile celem tych technik jest wybór płci przyszłego dziecka, z wyjątkiem sytuacji, gdy selekcja taka pozwala uniknąć poważnej choroby dziedzicznej związanej z płcią dziecka”. W praktyce dotyczy to badań przedimplantacyjnych przed zabiegiem IVF, ponieważ obecnie jest to jedyny znany nauce sposób na uprzednie ustalenie płci. Konwencja celowo zapewne nie rozróżnia, zatem jeżeli w przyszłości zostaną wymyślone inne sposoby wpływania na płeć mającego urodzić się potomstwa – należy w drodze rozsądnej analogii uznać je za niedopuszczalne. Konwencja nie wspomina o niemedycznych kryteriach dopuszczających selekcjonowanie zarodków i przez to należy ją uznać za sensowną i wyważoną dyrektywę. Skoro tylko w ograniczonym przez zapobieżenie chorobom dziedzicznym zakresie Konwencja pozwala na selekcjonowanie zarodków ze względu na płeć – tym samym odrzuca selekcję według kryteriów innych niż medyczne: np. ze względu na kolor oczu. Przy braku krajowych unormowań prawnych warto kierować się ustaleniami Konwencji.

Ochrona embrionu ludzkiego została pozostawiona w gestii ustawodawstwa krajowego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁰³⁴. Poszczególne rozwiązania krajowe wykazują w sprawie diagnostyki przedimplantacyjnej – rozpiętość od całkowitego zakazu po szeroką dopuszczalność. Julia Kapelańska-Pręgowska przywołuje pogląd, wedle którego wprowadzenie szczegółowej reglamentacji tej metody jest wynikiem w większym stopniu obaw przed skutkami o charakterze eugenicznym i dyskryminacyjnym, niż ochrony embrionu jako takiego¹⁰³⁵.

Jako przykład podejścia liberalnego służy rozwiązanie prawne przyjęte przez Wlk. Brytanię. Został tam powołany Urząd ds. Płodności i Embriologii (HFEA), który decyduje o wykonaniu badania przedimplantacyjnego w for-

¹⁰³³ Tekst tłumaczenia opublikowany m.in. M. Safjan: *Prawo i medycyna*, s. 262–274.

¹⁰³⁴ Zob. na ten temat J. Kapelańska-Pręgowska: *Zjednoczone Królestwo i Republika Włoska – dwa bieguny diagnostyki preimplantacyjnej*, s. 407 i tam powołane orzecznictwo.

¹⁰³⁵ D.C. Wertz, J.L. Fletcher, K. Berg: *Review of ethical Issues in Medical Genetics. Report of Consultants to WHO*, 2003, WHO/HGN/ETH/00.4, s. 11; za: J. Kapelańska-Pręgowska: *Zjednoczone Królestwo i Republika Włoska – dwa bieguny...*, s. 408.

mie indywidualnego zezwolenia, ze względu na okoliczności konkretnego przypadku. Przykładowo, zezwalano na badanie ze względu na ryzyko mukowiscydozy lub płasawicy Huntingdona, ostatnio zaś – na wybór embrionów wolnych od mutacji genetycznych wywołujących raka piersi. Na wybór płci HFEA pozwala jedynie, gdy ma to zapobiec chorobie dziedzicznej sprzężonej z płcią¹⁰³⁶, czyli na takich samych zasadach jak określone Europejską Konwencją o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny (art. 14). Przykładowo może chodzić o uniknięcie zespołu atrofii mięśni Duchenne’a czy hemofilii (u chłopców) lub zespołu Turnera (występującego tylko u dziewcząt). W 2003 r. HFEA wydała zgodę na *screening in*: czwarte z kolei dziecko wnioskodawców, państwa Hashmi, było chore na beta-talassemię¹⁰³⁷ i wymagało przeszczepu szpiku. Żaden z członków rodziny nie kwalifikował się jako dawca ze względu na brak zgodności tkankowej. Rodzice chcieli postarać się o piąte dziecko będące dawcą¹⁰³⁸. Wcześniej zapadło natomiast negatywne rozstrzygnięcie wniosku innej pary: tam choroba dziecka była wynikiem mutacji samoistnej, podczas gdy państwo Hashmi byli nosicielami wadliwych genów¹⁰³⁹. Osobiście nie dostrzegałabym potrzeby takiego różnicowania. Powoływanie na świat dziecka z głównym celem uczynienia go dawcą dla brata lub siostry może co do zasady wydawać się etycznie wątpliwe. Z drugiej strony – chodziło o ratowanie życia jednego przez pobranie od drugiego krwi pępowinowej lub szpiku, a nie np. nerki. Czy można takie postępowanie rodziców oceniać negatywnie? Przecież powodowani rozpaczą i troską o życie chorego dziecka zdecydowali się na „dziecko drugiej szansy”. Jeżeli dolegliwość po stronie dawcy jest stosunkowo niewielka, nie powinno się moim zdaniem temu przeszkadzać. Chodzi tylko o to, aby selekcja zarodków nie odbywała się w sposób dowolny lub uzależniony od niezastługujących na ochronę prawną fanaberii. Właściwą metodą powinno być żądanie przez system prawny **ważnych przyczyn** dla takiej, a nie innej selekcji.

Ważne powody medyczne jako uzasadnienie dla badań przedimplantacyjnych tu i teraz mogłyby jednak moim zdaniem pomieścić także ratowanie

¹⁰³⁶ Za: J. Kapelańska-Pręgowska: *Zjednoczone Królestwo i Republika Włosa – dwa bieguny...*, s. 409.

¹⁰³⁷ Talassemia – niedokrwistość tarczowato-krwinkowa, wynikająca z zaburzeń syntezy hemoglobiny; choroba dziedziczna.

¹⁰³⁸ Ibidem.

¹⁰³⁹ Ibidem.

życia rodzeństwa (o ile nie spowodowałoby trwałego uszczerbku na zdrowiu „dziecka drugiej szansy” – ale to już jest pole do rozważań nad zgodą sądu na dawstwo).

Konwencja wydaje się skłaniać ku przyczynom wyłącznie medycznym. Można jednak teoretycznie rozważać też ważne przyczyny przy wyborze płci. Powody natury globalnej wyłączają tutaj zupełną dowolność, mogłoby bowiem dojść do zakłócenia równowagi płci, która stanowi potrzebny czynnik biologiczny. Można by jednak pokusić się o sformułowanie reguł, które owej równowagi nie naruszają, a wyjdą naprzeciw potrzebom uczuciowym rodziców. W niektórych rodzinach zaznacza się potrzeba emocjonalna wydania na świat dziecka płci odmiennej niż pierwsze (niewykluczone, że uwarunkowana instynktownie – zapewnieniem równowagi płci). Ludzie „starają się” o syna mając już jedną lub kilka córek, bądź marzą o córce jako siostrze dla brata lub braci. Jest to powszechnie zrozumiałe, a ogólnemu „bilansowi płci” w społeczeństwie nie powinno zaszkodzić, jeżeli drugie dziecko tych samych rodziców dałoby się zaplanować jako płci odmiennej. Równowaga nie uległaby zachwianiu. Niemniej uruchamianie procedury IVF tylko i wyłącznie dla celów wyboru płci drugiego dziecka nie wydaje mi się uzasadnione.

Z kolei restrykcyjna ustawa włoska 40/2004 o *prokreacji medycznie wspomaganej*, zakazuje badań przedimplantacyjnych w ogóle. Jednocześnie prawo włoskie przewiduje legalne przerwanie ciąży. Zestawienie tych regulacji pozwala na paradoksalny, ale uzasadniony wniosek, iż zarodek *in vitro* chroniony jest silniej niż płód¹⁰⁴⁰. Włoski sąd oddalił w 2004 r. powództwo, wniesione przez parę będącą nosicielami mutacji beta-talassemii. Chodziło im o to, by uniknąć narodzin chorego dziecka (a jednocześnie nie rezygnować z posiadania potomstwa). Sąd odmówił im prawa do „wybranego przez siebie dziecka”¹⁰⁴¹. Inny sąd, tym razem sardyński, zwrócił się w 2005 r. do Sądu Konstytucyjnego z pytaniem prawnym w związku z podobnym pozwem, dotyczącym również beta-talassemii. Odmowa przyznania rodzicom racji, sformułowana przez Sąd Konstytucyjny, oparta była na następującej argumentacji. W prawie włoskim nie istnieje „prawo do zdrowego dziecka”, a celem kwestionowanej ustawy jest zapobieżenie genetycznej selekcji ludzi. Ogólną zasadą ustawy są równe prawa embrionu

¹⁰⁴⁰ Tak J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.* s. 412.

¹⁰⁴¹ Wyrok Trybunale di Catania, 1 sezione civile z 3.V.2004 r., omówienie w: P. Hanafin: *Conceiving life: reproductive politics and the law in contemporary Italy*, Ashgate 2007, s. 66; za: J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.* s. 411.

i rodziców, zatem nie może być dozwolona żadna procedura przedimplantacyjna, o ile nie ma na celu zachowania lub polepszenia zdrowia embrionu¹⁰⁴². Doktryna zarzuciła temu werdyktowi brak odniesienia do konstytucyjnych praw rodziców, niewzięcie pod uwagę cierpień dziecka, które może urodzić się chore oraz nadanie prawu naturalnemu pierwszeństwa przed Konstytucją¹⁰⁴³. Koncepcja potencjalnych cierpień chorego dziecka zatrąca roszczeniami z tytułu *wrongful life*, jednak postrzegana od strony rodziców pozwala postawić pytanie o wolność w sprawie niewydania na świat osoby poważnie cierpiącej i niepowiększania puli ogólnego cierpienia. Konstytucja włoska ma swoją specyfikę, a zakaz badań przedimplantacyjnych jest w ustawodawstwie faktem normatywnym. Niemniej warto odnotować niespójność między regulacją co do przerywania ciąży a świadomym niedopuszczeniem do jej powstania. Skoro wolno taki stan przerwać, to tym bardziej, *a maiori ad minus*, powinno być wolno mu zapobiec na etapie przedimplantacyjnym. Tu nie chodzi o pozytywne prawo do zdrowego dziecka, lecz o **wolność decyzji w sprawie niewydawania na świat istoty poważnie chorej i cierpiącej**. Zwłaszcza, iż skazywałoby na cierpienia psychiczne również rodziców. W tym kontekście *Corte Costituzionale* wypowiedział się autorytatywnie, iż nie ma dowodów na to, by na polepszenie zdrowia kobiety wpływał fakt urodzenia dziecka pozbawionego wad genetycznych¹⁰⁴⁴. Nie zawaham się argumentacji tej nazwać wykręcaniem kota ogonem, ponieważ nietrudno wykazać, że **urodzenie** dziecka ciężko chorego zdecydowanie pogarsza kondycję zdrowotną matki – w sensie co najmniej pograżenia w depresji.

W polskim prawie brak jest regulacji zarówno pozytywnej, jak negatywnej. Złożony w Sejmie projekt ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego... zwany potocznie projektem Gowina, nie stanowi w tej sprawie żadnego argumentu. Wyprowadzaną z niego konkluzję Julii Kapelańskiej-Pręgowskiej, jakoby Polska znajdowała się w gronie państw całkowicie wykluczających PGD¹⁰⁴⁵, należy uznać za przedwczesną.

¹⁰⁴² *Ordonanza 369/200*, streszczenie: PHanafin, *Conceiving life...*, s. 68–70, za: J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.* s. 411.

¹⁰⁴³ PHanafin, *Conceiving life...*, s. 70–71; E. Turillazzi, V. Fineschi: Preimplantation genetic diagnosis: a step by step guide to recent Italian ethical and legislative troubles, *Journal of Medical Ethics*, 2008 vol. 34, s. 21 i n., za: J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.* s. 412.

¹⁰⁴⁴ Za: J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.* s. 411–412.

¹⁰⁴⁵ J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.* s. 412.

Przy braku regulacji tej kwestii wszystko, podobnie jak w odniesieniu do procedury IVF, odbywać się musi na płaszczyźnie umownej. W celu ustalenia, czy takie postanowienia umowne wolno uznać za zgodne z porządkiem prawnym, nie ma innego wyjścia jak zastosować ostrożną analogię. Rozpocząć należy od tego, że zabieg IVF ma na celu zastąpienie niemożliwego w konkretnym przypadku zapłodnienia wewnątrzustrojowego, czyli *per coitum*. Powstaje pytanie, czy wobec tego wolno zastosować go wobec pary płodnej dotkniętej nosicielstwem chorób genetycznych, ażeby dokonać *screening out*: wytypować zarodki zdrowe i implantować tylko takie. Rekomendacje PTMR na to pozwalają. Art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny pozwala na przerwanie ciąży z przyczyn natury embriopatologicznej. Jeżeli wolno taką ciążę przerwać, to wolno też nie dopuścić do jej powstania. Selekcję zarodków w tym samym zakresie, co defekty płodu pozwalające na przerwanie ciąży, uważam zatem za prawnie dopuszczalną i uzasadnioną. Argument, iż w ten sposób mógłby nie narodzić się Chopin (zakładając, że rzeczywiście miał mukowiscydozę)¹⁰⁴⁶ i ludzkość utraciłaby geniusza – należy moim zdaniem przekierować w stronę osobistych dramatów rodzin, w których rodzą się dzieci cierpiące na tę chorobę. Żaden człowiek nie ma obowiązku poświęcać się dla hipotetycznego dobra ludzkości.

Natomiast selekcja z jakichkolwiek innych przyczyn powinna zostać uznana za niedopuszczalną – w razie wątpliwości za wzorzec niech posłuży zapłodnienie koitalne: co do zasady zabieg IVF powinien funkcjonować w tym samym obszarze możliwości, a rozszerzenie owych możliwości wymagałoby szczególnego unormowania. *De lege ferenda* należałoby więc szczegółowo unormować przesłanki dopuszczalności *screening in* lub ograniczyć się do przesłanki innych ważnych powodów medycznych poddawanych pod rozagę powołanego w tym celu ciała bioetycznego na wzór brytyjskiego HFEA.

Sposób rozwiązania ciąży. Cesarskie cięcie

Pacjentki rodzące korzystają współcześnie z najrozmaitszych udogodnień mających na celu ułatwienie im przejścia przez ten jeden z najtrudniejszych życiowych egzaminów. Są dostępne porody w wannie, są tzw. rodzinne, są jednoosobowe sale porodowe o ścianach pomalowanych w kwiatki; łazienki z różnorakimi natryskami, wyposażenie w piłki do siedzenia oraz drabinki do uwieszania się. Pacjentce pozwala się wybrać dogodną pozycję, wstawać

¹⁰⁴⁶ Zob. J. Kapelańska-Pręgowska, *op. cit.* s. 409 przyp. 33.

z łóżka porodowego, chodzić i kucać według potrzeby. Ma to odwracać uwagę od nawracającego bólu towarzyszącego skurczom, łagodzić dolegliwości i ułatwiać wydanie na świat nowego *homo sapiens* z jednoczesnym wsłuchaniem się w pierwotny instynkt. Wszystkie te wysiłki w kierunku zwiększenia komfortu rodzenia należy rzecz jasna odnotować z aprobatą. Pacjentki bardzo je sobie cenią. Przy porodach trudnych są to jednak zaledwie półśrodki. Skręcający ból czyni obojętną na kolorowe ściany, piłki, drabinki tudzież prysznic, do którego najpierw przecież trzeba jakoś się dowlec.

Wolno też pozostać w domu – wystarczy odmowa zgody na hospitalizację. Porody domowe są ostatnio w modzie: na ryzyko własne i lekarza, ponieważ dostępność metod i środków medycznych wspomagających rozwiązanie ulega wówczas drastycznemu ograniczeniu. Prasa donosiła niedawno o śmierci podczas kolejnego porodu domowego, poniesionej przez pacjentkę będącą zapaloną działaczką na rzecz rodzenia w domu. Nastąpiło zatrzymanie krążenia. Nie jest to dowód na nic – za wyjątkiem **kompletnej nieprzewidywalności w rozwoju akcji porodowej**. Nie jest intencją niniejszej pracy agitacja na rzecz konkretnych sposobów rozwiązania ciąży. Każda pacjentka ma moim zdaniem prawo decydować sama za siebie, zarówno w sprawie porodu bez interwencji medycznych, jak co do rodzaju tych interwencji. Strona medyczna stawia jednak granice.

Pierwszą z nich jest znieczulenie. Znieczulenie nie znosi bólu całkowicie, redukuje go tylko do granic, jak to się ujmuje, „akceptowalnych przez pacjentkę”. Nie zawsze jednak można je otrzymać. Warunkiem koniecznym natury medycznej jest rozwarcie szyjki macicy wynoszące co najmniej 3 cm. Łatwość rozwarcia zależy od sprężystości mięśni, która w zwykłych warunkach znacznie zmniejsza się po trzydziestce. Bywa, że na trzycentymetrowe rozwarcie trzeba „zapracować” przez kilkanaście godzin bólu. Jest więc czego się bać. Próg odporności na ból stanowi kwestię indywidualną, niemożliwą do ustalenia w sposób obiektywny i niemożliwą do zweryfikowania. Orientacyjnie tylko lekarze proponują pacjentom, aby sami spróbowali oszacować dolegliwość bólową w skali od 1 do 10.

W środowisku medycznym nareszcie toruje sobie drogę pogląd, że podstawowym wskazaniem lekarskim do znieczulenia jest nieznośny ból i to pacjent samodzielnie decyduje, co jest dlań nieznośne. W kontekście znieczulenia regionalnego do porodu (podpajęczynówkowego lub zewnątrzoponowego) mówi się jednak nawet o przeciwwskazaniach. Podnosi się, że znieczulenie osłabia odczuwanie skurczów i wykonywanie ruchów partych musi odbywać się na komendę; że może spowolnić akcję porodową, a to z kolei [o zgrozo!] – spo-

wodować konieczność cesarskiego cięcia. – Wystarczy poinformować pacjentkę. Niech sama wybiera. Niemniej w obecnych warunkach należy liczyć się z nieotrzymaniem znieczulenia do porodu. Jest kosztowne, więc reglamentowane. Podawanie znieczulenia za opłatą spotkało się swego czasu z dezaprobatą na poziomie ministerialnym. Ogólnie rzecz biorąc, w kwestii otrzymania znieczulenia do porodu istnieje wciąż spora niepewność. Praktyka jest różna. Naczytałam się i nasłuchiłam o różnych postawach lekarzy. Jedną z bardziej mnie bulwersujących przytoczyłam we wcześniejszym opracowaniu na ten temat¹⁰⁴⁷. Była to rozmowa z panią ordynator, dotycząca w zasadzie cesarskiego cięcia. Padło w niej zarówno, iż szpital położniczy, w którym jest zatrudniona, wśród personelu nie miał podówczas anestezjologa [!] jak to, że argumentacji pacjentek „bo ja się boję” nie należy traktować poważnie¹⁰⁴⁸. Rozmówczyni najpierw przyznała, że odczuwanie bólu jest zjawiskiem subiektywnym i zależy od psychiki, jednocześnie jednak, na podstawie tylko osobistego doświadczenia, autorytatywnie stwierdziła, iż „to nie jest nie do wytrzymania”¹⁰⁴⁹. W ten sposób sama sobie zaprzeczyła, przede wszystkim jednak wypowiedź jako całość stanowi przejaw paternalistycznej arogancji, która zestawiona z uchybieniami organizacyjnymi placówki (brak anestezjologa) dopiero może wystraszyć.

Drugą granicą, której środowisko medyczne jako całość wyraźnie nie chce przekroczyć, jest elektywne wykonanie cesarskiego cięcia, inaczej mówiąc – na życzenie pacjentki.

Życzenie (żądanie) pacjentki co do przeprowadzenia tego zabiegu może mieć miejsce w następujących okolicznościach:

- przy medycznych wskazaniach o charakterze względnym;
 - przy braku **aktualnych** wskazań medycznych;
 - w braku wskazań aktualnych i jednoczesnej obecności przeciwwskazań.
1. Wskazania względne. Katalog wskazań względnych wciąż się rozszerza. W ciążę zachodzą pacjentki cierpiące na schorzenia, które dawniej były przeciwwskazaniami do ciąży w ogóle (np. cukrzyca). Kobiety rodzą po raz pierwszy w coraz późniejszym wieku, a to przekłada się na gorszą sprawność fizyczną organizmu. Wreszcie – średnica czaszki wydostają-

¹⁰⁴⁷ Zob. M. Boratyńska: *Cesarskie cięcie na życzenia pacjentki*, Prawo i Medycyna nr 3/2008.

¹⁰⁴⁸ Zob. wypowiedź A. Olejek: *Cięcie cesarskie czy poród siłami natury? – rozmowa z prof. dr hab. med. A. Olejek, prof. dr hab. med. G. Brębowiczem i prof. dr hab. med. R. Dębskim*; *Ogólnopolski Przegląd Medyczny* nr 12/2005, s. 12.

¹⁰⁴⁹ Tamże.

cego się na świat *homo sapiens* jest w stosunku do rozmiarów kobiecego kanału rodniego proporcjonalnie znacznie większa niż to ma miejsce w przypadku innych ssaków naczelnych. Postęp wiedzy medycznej wciąż dokłada do listy wskazań nowe informacje.

Przy istnieniu wskazań medycznych o charakterze względnym, pacjentka wyrażająca życzenie cesarskiego cięcia dokonuje w ten sposób wyboru między medycznie uzasadnionymi sposobami rozwiązania ciąży. Zgodne z jej wolą działanie lekarza jest całkowicie legalne, bo zgodne ze wskazaniami lekarskimi i legalność ta nie powinna być kwestionowana. Prawo pozwala w tych okolicznościach pacjentowi (pacjentce) wybrać i wybór ten lekarz powinien uszanować. Tymczasem, jak referuje Kinga Bączyk-Rozwadowska¹⁰⁵⁰, zgodnie ze stanowiskiem Departamentu Prawnego Ministerstwa Zdrowia wyrażonym w piśmie z 28 sierpnia 2007 r. w sprawie cesarskiego cięcia na życzenie, zabieg ten przeprowadzony bez wskazań medycznych obejmujących zagrożenie zdrowia lub życia matki i/lub dziecka, powinien być uznany za *błąd w sztuce lekarskiej*. Wydaje się ono nawiązywać do rekomendacji Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego, wedle których cesarskie cięcie ma na celu ukończenie ciąży lub porodu w razie, gdy dalsze oczekiwanie na ich naturalne zakończenie wiąże się z niebezpieczeństwem dla matki i/lub dziecka¹⁰⁵¹. Powstaje na tym tle pytanie, jak szeroko wolno rozumieć zagrożenie zdrowia matki i czy powinno to być zagrożenie bezpośrednie. **Stopień ryzyka porodowego jest w zwykłych okolicznościach niemożliwy do oszacowania**, chyba że znane z góry są czynniki to ryzyko zwiększające – np. ciężka krótkowzroczność, cukrzyca czy niewydolność krążenia. Wskazania do rozwiązania operacyjnego mogą mieć charakter pierwotny lub pojawić się następnie, w toku akcji porodowej. Dobry położnik musi być wyczulony na symptomy pogorszenia i umieć szybko podjąć decyzję o operacji, zaś szpital powinien mieć gotowe zaplecze. Przypomnijmy: wytrzymałość ludzkiego mózgu na niedotlenienie wynosi cztery minuty.

Wśród wskazań podawanych w wątpliwość wymienia się przede wszystkim uwarunkowania psychiatryczne, a konkretniej – stany lękowe. Ostra nerwica lękowa u pacjentki, uznana za jedyne wskazanie do ce-

¹⁰⁵⁰ K. Bączyk-Rozwadowska: *Problemy prawne zabiegu cesarskiego cięcia*, Prawo i Medycyna nr 4/2008, s. 80.

¹⁰⁵¹ *Cesarskie cięcie. Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego – propozycje*, Ginekologia po dyplomie, nr 3/2008, s. 98, za: K. Bączyk-Rozwadowska: *Problemy prawne zabiegu cesarskiego cięcia*, s. 70.

sarskiego cięcia, jest udokumentowanym w literaturze przypadkiem¹⁰⁵². Nerwica była spowodowana poprzednim męczącym porodem pochwowym. Jak widać, kilkanaście godzin w bólu, pocie i znoju może poważnie odbić się na psychice. Nie wszystkie obawy przybierają jednak zaraz postać ostrej nerwicy. Częstym powodem dla żądania cesarskiego cięcia jest lęk przed bólem lub śmiercią przy porodzie bądź przed porodem trwającym zbyt długo, a żądanie bywa poparte zaświadczeniem od psychiatry. Niektórzy ginekolodzy kwestionują ten rodzaj wskazania argumentując, że lęk jest stanem patologicznym i powinien być leczony, zamiast żeby pacjentce dawać skierowanie na cesarskie cięcie. Jest to jednak próba obejścia problemu oraz opinia wykraczająca merytorycznie poza kompetencje zawodowe. Obawy pacjentek niby uważa się za „naturalne”, ale położnicy wiedzą lepiej, że są przesadzone. Trudno powiedzieć, skąd czerpią tę niezachwianą pewność. Natomiast inni, o bardziej elastycznym sposobie myślenia, wypowiadają argument, iż „traumatyczne przeżycia z przeszłości w trakcie odbytych już porodów nie mają nic wspólnego z cięciem na życzenie i należy je zaszeregować jako wskazania natury psychicznej”¹⁰⁵³.

Wypowiadane też są poglądy, iż cesarskie cięcie na życzenie **ma** wskazanie lekarskie: uniknięcie późniejszych zaburzeń funkcji miednicy małej, skutkujących w przyszłości nietrzymaniem moczu lub kału¹⁰⁵⁴. Nie trzeba tłumaczyć, jakie to przykre i krępujące. Powikłanie ma charakter długofalowy i jest niemożliwe do przewidzenia, ale statystycznie występuje w ok. 30% przypadków. Wymaga leczenia operacyjnego bez gwarancji skuteczności.

W odniesieniu do porodu sama tylko wola pacjentki może doprowadzić do zaistnienia bezwzględnego wskazania medycznego uzasadniającego zabieg cesarskiego cięcia. Będzie to krok podyktowany desperacją lub skrajnym wyczerpaniem. Wystarczy jednak, że pacjentka odmówi wykonywania ruchów partych¹⁰⁵⁵: brak współdziałania ze strony pacjentki sprawi, iż poród nie będzie mógł być zakończony w sposób fizjologiczny.

¹⁰⁵² B. Kuczera, I. Ulman-Włodarz, D. Dudkiewicz, J. Pozowski: *Ostra nerwica lękowa jako wskazanie do cesarskiego cięcia*, Ann. Acad. Med. Siles. 2005, 59, 4.

¹⁰⁵³ R. Zając: *Czy cięcie cesarskie stanie się alternatywą porodu siłami natury?*, Ginekologia i Położnictwo nr 2/2006 s. 71.

¹⁰⁵⁴ Za R. Zając: *Czy cięcie...*, s. 71. Wynika to stąd, iż odsetek owych uszkodzeń jest istotnie większy przy porodzie pochwowym niż po cesarskim cięciu – zob. G.M. Anderson: *Making sense of rising caesarean section rates. Time to change our goals*, British Medical Journal nr 9/2004, s. 696–697.

¹⁰⁵⁵ Ten przykład podał w czasie jednej z konferencji prawnomedycznych prof. dr hab. Romuald Dębski.

Jak widać wskazania zdrowotne do cesarskiego cięcia są możliwe do przedstawienia w każdym przypadku, niektóre jednak wymagają dalekosiężnej antycypacji. Stanowisko ministerialne jest mało precyzyjne, ale jego wymowa może działać na lekarzy paraliżująco. Jak słusznie podniosła w tym kontekście Kinga Bączyk-Rozwadowska¹⁰⁵⁶, błędem medycznym jest również zbyt późna decyzja w sprawie cesarskiego cięcia lub niepodjęcie jej w ogóle, o czym świadczą przywołane przez nią wyroki sądów powszechnych¹⁰⁵⁷. Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie też wydał takich kilka, natomiast nie było jak dotąd spraw o cesarskie cięcie przeprowadzone bez medycznej potrzeby. Prawdziwy problem stanowi zatem zawiniona zwłoka w decydowaniu o zabiegu, prowadząca do ciężkich uszkodzeń mózgu u noworodków, zaś u matek – do uszkodzeń narządów rodnych i ich okolic – jak pęknięcie macicy czy rozerwanie spojenia łonowego. Jakość opieki medycznej w nieunikniony sposób wpływa na decyzje pacjentek. Sztywne stanowisko ministerialne jest na tym tle przejawem wystudiowanego braku wyobraźni.

2. Brak aktualnych wskazań medycznych. Wskazania do cięcia mogą pojawić się w każdym momencie. Cesarskie cięcie na życzenie realizuje cel profilaktyczny, jeżeli pacjentka dąży w ten sposób do zapobieżenia powikłaniom zdrowotnym lub nawet tylko chce uchronić się przed bólem. Niewystąpienia tych powikłań żaden lekarz nie byłby w stanie jej zagwarantować, ponieważ rozwój akcji porodowej stanowi zawsze niewiadomą. Niewiadomych jest wiele, niektóre powikłania zdarzają się niezwykle rzadko, ale całkowite wykluczenie ich ryzyka możliwe jest tylko dzięki *sectio caesarea*. Planowy zabieg daje większą pewność własnej sytuacji i z samego tego względu perspektywa cesarskiego cięcia może wydawać się bardziej pociągająca. Rzecz jasna nie obywa się bez pewnych kosztów zdrowotnych: przecież jest to operacja brzuszna – co prawda rutynowa i wciąż udoskonalana, jednak obarczona znacznie większym ryzykiem dla życia i zdrowia niż poród pochwowy (pod warunkiem, że niepowikłany). Rekonwalescencja trwa na ogół dłużej i większe są dolegliwości bólowe po fakcie – od czego jednak środki przeciwbólowe, zwłaszcza że zostały wyeliminowane bóle towarzyszące skurczom. Warto w tym miejscu przytoczyć

¹⁰⁵⁶ K. Bączyk-Rozwadowska: *Problemy prawne zabiegu cesarskiego cięcia*, s. 80.

¹⁰⁵⁷ Wyrok SN z 9.I.1978 r. (IV CR 510/77), OSN nr 11/1978, poz. 210; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 10.I.2002 r. (I ACa 576/01), OSP 2003 poz. 23 z gl. M. Nesterowicza; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 21.II.2006 r. (I ACa 69/06), Prawo i Medycyna nr 4/2007 s. 130 z gl. M. Nesterowicza.

pogląd niektórych przedstawicieli medycyny, że *elektywne cesarskie cięcie wykonane po trzydziestym dziewiątym tygodniu ciąży, w znieczuleniu regionalnym, z profilaktyką antybiotykową i przeciwzakrzepową nie zwiększa powikłań u matek lub zwiększa je bardzo nieznacznie*¹⁰⁵⁸.

Skoro zabieg ma na celu rozwiązanie ciąży i porodu – stanowi czynność leczniczą, tyle że bardziej inwazyjną od innych. Brak wskazań medycznych w punkcie wyjścia nie zmienia leczniczego charakteru procedury, o ile jej celem jest uniknięcie możliwych powikłań zdrowotnych. W konkretnym przypadku bilans korzyści i strat nie musi wszakże dawać wyniku dodatniego – wówczas biorą górę przeciwwskazania.

Innym powodem, dla którego niektóre pacjentki świadomie domagają się cesarskiego cięcia, jest obawa o stan noworodka. Rodzime orzecznictwo pokazuje, że nie są to obawy bezpodstawne. Również w tych przypadkach rozwiązanie operacyjne ma charakter działania zapobiegawczego. Wiedza medyczna nie dostarcza przesłanek gwarantujących łatwy i szybki przebieg porodu. Opisy stanów faktycznych oraz wiedza medyczna dają obraz licznych i wstrząsających powikłań okołoporodowych (porażenie dziecięce, krwotoki wewnątrzczaszkowe, różne stopnie niepełnosprawności umysłowej z powodu niedotlenienia mózgu), przy których możliwe po cesarskim cięciu zaburzenia układu oddechowego¹⁰⁵⁹ wydają się bląhostką, zwłaszcza że na ogół nie mają charakteru trwałego.

¹⁰⁵⁸ Za: S. Suchocki, P. Piec, A. Łuszczżyńska: *Cięcie cesarskie na życzenie – trudny problem medyczny, etyczny i prawny*, Ginekologia i Położnictwo nr 1/2007, s. 59, zob. też S. Paterson-Brown: *Should doctors perform an elective caesarean section on request?*, British Medical Journal nr 8/1998 s. 462–465.

¹⁰⁵⁹ Wymienia się zespół zaburzeń oddychania (RDS), przejściowe tachypnoe (TTN – przyspieszenia częstości oddechów) wynikające z gorszego opróżnienia dróg oddechowych z płynu owodniowego, zespół przetrwałego nadciśnienia płucnego oraz później – dychawicę oskrzelową. Dla porządku można dodać, że źródła wymieniają również alergie pokarmowe i próchnicę [?], tutaj jednak dla laika związek przyczynowy jest na tyle niejasny, że przydałoby się bliższe wyjaśnienie. Zwłaszcza, że statystyka nie musi być przyczynowa. Zob. m.in. S. Suchocki, P. Piec, A. Łuszczżyńska: *Cięcie cesarskie na życzenie – trudny problem...* s. 59–60.

Jak wyjaśniała pediatra podczas jednej z konferencji, chodzi o to, że w czasie akcji porodowej skurcze macicy powodują m.in. wypychanie z płuc rodzącego się dziecka resztek płynu owodniowego. Dziecko urodzone przez cesarskie cięcie musi się tej wody pozbyć samo i nie zawsze mu się to do końca uda. Pozostały w płucach płyn może spowodować stan zapalny. Ponieważ jednak po zabiegu matka musi spędzić w szpitalu parę dni dłużej, a w tym czasie odbywa się rzecz jasna codzienny obchód pediatryczny, jest czas by powikłanie rozpoznać i niezwłocznie zareagować.

Rzadkim, ale nie zawsze możliwym do przewidzenia i uniknięcia powikłaniem przy porodzie pochwowym jest dystocja barkowa. Dziecko zaklinowuje się barkami w kanale rodnym; stanowi to zagrożenie także dla matki i wymaga interwencji wiążącej się z brutalnym użyciem siły. Prowadzi nierzadko u noworodka do urazów, zwłaszcza uszkodzeń splotu ramiennego. Dziecko przychodzi na świat kaleką i nie zawsze z tego powodu, że poród był przyjmowany niestaranie, tylko dlatego, że szarpanina okazała się nieunikniona. Czynniki zwiększające prawdopodobieństwo dystocji mogą ujawnić się na etapie diagnostyki przedporodowej i wówczas prawidłowym postępowaniem jest zakwalifikowanie pacjentki do cesarskiego cięcia. Nie zawsze jednak ryzyko zostaje rozpoznane¹⁰⁶⁰. Jest to powikłanie silnie przemawiające do wyobraźni, a zapobiec mu można tylko przez cesarskie cięcie.

Podane przyczyny uzasadniające żądanie cesarskiego cięcia sprowadzają się do ważenia przez pacjentkę własnych dóbr osobistych, przy uwzględnieniu także dobra dziecka oraz do dokonania pomiędzy nimi wyboru. Pojawia się coraz więcej pacjentek dokonujących racjonalnych kalkulacji, aby samej nacerpieć się jak najmniej i/lub zminimalizować ryzyko urazów okołoporodowych u dziecka. **Ustanawiają w ten sposób na własny użytek priorytet jednych dóbr osobistych nad innymi.** Ciężkie uszkodzenie ciała w wyniku operacji nie powinno stanowić przeszkody w uwzględnieniu woli pacjentki, jeżeli w ten sposób rozstrzyga ona kolizję między swoimi dobrami osobistymi lub poświęca własne dobro osobiste dla uchronienia dziecka. Nieskrępowany wybór pomiędzy kolidującymi dobrami osobistymi powinien należeć do uprawnionego¹⁰⁶¹. **Zwłaszcza, że w ten sposób zostaje dokonany wybór na rzecz znanych dolegliwości przy rezygnacji z nieznanego i niepewnego.**

W kontekście cesarskiego cięcia na życzenie powraca trudny do rozwiązania dylemat między obiektywizmem a subiektywizmem: czy poród dołem, pochwowy, traktować jako cudowne doznanie, czy jako poniewierkę, upodlenie i niepotrzebny wysiłek fizyczny realnie zagrażający w przyszłości krępującymi dolegliwościami – od których wybawieniem

¹⁰⁶⁰ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 17 grudnia 2003 r., II C 844/01/05 z gl. M. Nesterowicza, Prawo i Medycyna nr 4/2005, s. 129–137.

¹⁰⁶¹ Szerzej zob. M. Boratyńska: *Cesarskie cięcie na życzenia pacjentki*, Prawo i Medycyna nr 3/2008.

jest cesarskie cięcie? Jedno i drugie podejście należy uznać za uprawnione. Punkt widzenia pacjentki warunkują wcześniejsze doświadczenia własne lub relacje innych osób. Powtórzmy: w czasie porodu wszystko może się zdarzyć – w sensie komplikacji niemożliwych do przewidzenia *ex ante*; nieosiągalne jest prognozowanie, podczas gdy rozwiązanie operacyjne ma charakter inwazyjny, ale za to przewidywalny. Istnieją naprawdę trudne do rozstrzygnięcia dylematy między obiektywizmem a subiektywizmem. Jednym z nich jest ból, drugim – poród. **Jeżeli da się ustalić dwie różne postawy wobec pewnego rodzaju zabiegów, z których żadnej nie można uznać za dominującą – powinny m.zd. zostać stworzone warunki dla poszanowania i jednej, i drugiej – czyli pozostawienie pacjentowi zupełnie swobodnego wyboru co do skorzystania z jednej z dwóch opcji.**

Kinga Bączyk-Rozwadowska postuluje w tym zakresie rozszerzenie obowiązku informacyjnego¹⁰⁶². Z poprawką na zasadę pełnej informacji przy możliwym jej uproszczeniu tylko w stanach naglących, należy to potraktować jako informację o powikłaniach zdarzających się tak rzadko, iż problematyczny jest w ogóle związek przyczynowy – jak np. próchnica i alergie pokarmowe u dzieci urodzonych przez cesarskie cięcie.

W związku z cesarskim cięciem na życzenie powstaje do rozważenia kwestia ewentualnej zbędności zabiegu, względnie zbędności o charakterze oczywistym. Problem taki występuje przy czynnościach podjętych w dobrej wierze w intencji leczenia, ale w sytuacji zawinionego kardynalnego błędu diagnostycznego. (Jak w omawianej wcześniej sprawie oczywiście bezzasadnej amputacji obu piersi czy w innej: równie bezzasadnej amputacji odcinka jelita grubego, ponieważ wkradła się pomyłka na etapie wprowadzania do komputera wyniku badania histopatologicznego wycinka.) Zdarza się również w razie umyślnego wprowadzenia pacjenta w błąd. Inaczej mówiąc: odnosi się do leczenia choroby nieistniejącej lub zastosowania metody zbyt inwazyjnej na zasadzie strzelania z armat do wróbli (tu jako przykład może posłużyć operacyjne zespolenie złamanego obojczyka u kilkuletniego dziecka, gdy wystarczy usztywnienie opatrunkiem).

W przypadku cesarskiego cięcia na życzenie mamy natomiast do czynienia z sytuacją, gdy kobieta z góry wie, na co się decyduje. Z punk-

¹⁰⁶² K. Bączyk-Rozwadowska: *Problemy prawne zabiegu cesarskiego cięcia*, s. 77.

tu widzenia obiektywnych wad i zalet różnych sposobów postępowania oraz przy uwzględnieniu własnych preferencji pacjentki: zadeklarowanej hierarchii dóbr osobistych spowodowanej względami natury medycznej – jest to rozwiązanie co najmniej **użyteczne**. Ponieważ poród fizjologiczny ma charakter nieprzewidywalny, rozwiązania operacyjnego nie można uznać za „oczywiście zbędne” i przez to będące zaniedbaniem lekarskim¹⁰⁶³. Takie rozumowanie oparte jest na nieporozumieniu.

3. Siła przeciwwskazań. Względy pozamedyczne. Podstawowym przeciwwskazaniem do cesarskiego cięcia na życzenie jest zbyt niedojrzała ciąża. Nie na darmo zwolennicy elektywnego cc podkreślają, iż jednym z warunków bezpieczeństwa jest ciąża co najmniej trzydziestodwutygodniowa. Wcześniej zabiegi przeprowadza się z konkretnych wskazań medycznych (np. cukrzycy). **Dopuszczenie autonomii pacjentki w sprawie operacyjnego rozwiązania wymagać będzie określenia granic medycznych, które pomimo żądań pacjentki nie mogą zostać przekroczone.** W każdym takim przypadku powinien być sporządzony uwarunkowany indywidualnie bilans korzyści i ryzyka i tylko dodatni jego wynik przemawiać będzie za wykonaniem zabiegu. Jak trafnie to ujęła Kinga Bączyk-Rozwadowska, „Jeżeli po dokonaniu oceny ryzyka związanego z przeprowadzeniem cesarskiego cięcia lekarz uzna je za przeciętne, współmierne do oczekiwanych korzyści, zabieg będzie dopuszczalny po wyjednaniu niewadliwej zgody ciężarnej na interwencję”¹⁰⁶⁴. W bilansie tym istotną pozycję zajmuje stan zaawansowania ciąży, żeby przyspieszone cesarskie cięcie nie zrównało się w skutkach z przerwaniem ciąży. Tak więc odpowiednią dojrzałość płodu należy uznać za warunek konieczny cesarskiego cięcia na życzenie, zaś niedojrzałość – za silne przeciwwskazanie¹⁰⁶⁵.

Znany jest przykład żądania cesarskiego cięcia „dla zachowania urody brzucha”, nawet w siódmym miesiącu, aby niezbyt jeszcze wydatny brzuch poddać jak najszybciej zabiegom kosmetycznym przywracającym urodę. Oczywiście odbywa się to kosztem zdrowia dziecka. Takie wartościowanie dóbr osobistych nie powinno być akceptowane, ponieważ kłó-

¹⁰⁶³ Odmienne J. Haberko: *Zabieg cesarskiego cięcia na wyłączne życzenie rodzącej*, s. 53–53.

¹⁰⁶⁴ K. Bączyk-Rozwadowska: *Problemy prawne zabiegu cesarskiego cięcia*, s. 76.

¹⁰⁶⁵ Rozważam tutaj tylko cesarskie cięcie na życzenie, a nie np. przyspieszoną operację dla ratowania życia pacjentki, u której nastąpiło zatrzymanie pracy nerek.

ci się z potrzebą ochrony zdrowia i życia mającego się urodzić dziecka. Prawdę powiedziawszy sam pomysł jest kuriozalny w swej bezmyślności; historie takie podobno jednak zdarzają się za granicą.

Inną fanaberią jest zastosowanie cesarskiego cięcia do zaplanowania daty porodu – żeby dziecko urodziło się jeszcze w starym roku lub właśnie w nowym¹⁰⁶⁶ albo jeszcze pod takim a nie innym znakiem zodiaku. Słyszałam też, choć uwierzyłam z trudem, że pewna pacjentka domagała się szybszego rozwiązania operacyjnego „bo mąż chce wyjechać na narty”. Z punktu widzenia powagi sytuacji, są to rzecz jasna przyczyny błahe. Jeżeli jednak ciąża wystarczająco już dojrzała – różnica niewielka, czy zabieg zostanie wykonany trzy dni wcześniej bądź później. (To samo mogłoby odnosić się do indukowania porodu fizjologicznego – takie przypadki są również notowane.) Istota problemu tkwi tutaj nie w kwestionowaniu generalnej dopuszczalności zabiegu na życzenie, lecz na właściwym zaplanowaniu jego terminu. Wydaje się, że jeżeli nie ma przeciwwskazań medycznych, nic nie stoi na przeszkodzie, by pójść pacjentce na rękę: wszak inne planowe zabiegi ustala się **w miarę możliwości** również przy uwzględnieniu indywidualnych życzeń.

Cesarskie cięcie na życzenie stanowi radykalną metodę zapobiegającą komplikacjom niemożliwym do przewidzenia, ale realnym: uszkodzeniom ciała matki lub rozstrojowi zdrowia u dziecka. Powikłania porodowe są tak różnorakie i mogą okazać się tak ciężkie (zwłaszcza przy stwierdzonym niechętnym stosunku wielu lekarzy do wykonywania zabiegu oraz uchybieniach diagnostycznych prowadzących do niepowetowanych szkód), że pacjentka MA PRAWO bać się porodu fizjologicznego. Jest to uzasadniony strach przed nieprzewidywanym.

Cesarskiego cięcia w żadnej sytuacji nie można określić mianem nieterapeutycznego lub zbędnego, o ile ma na celu rozwiązanie „zdrowej” ciąży we właściwym czasie określonym dojrzałością płodu. Nie ma bowiem możliwości udowodnienia, że z medycznego punktu widzenia było zupełnie niepotrzebne. Na przebieg porodu składa się mnogość najrozmaitszych uwarunkowań, całkowicie nieprzewidywalnych *ex ante*. Wystarczy pierwszy z brzegu przykład: obawa przed dystocją barkową. Porody pochwowe wiążą się z coraz większym ryzykiem zdrowotnym ze względu na rozmiar czaszki wydostającego się na świat młodego *homo*

¹⁰⁶⁶ Może chodzić np. o obowiązek szkolny, którego przyspieszenie wywołuje kontrowersje i niepokoje społeczne.

sapiens. **Kompletny brak reguł możliwych do sformułowania w danym przypadku przemawia moim zdaniem za generalną dopuszczalnością wiążącego prawnie życzenia w sprawie cesarskiego cięcia, o ile podane przyczyny mają charakter medyczny, a nie kosmetyczny lub społeczny i wynikają z indywidualnie przyjętej przez pacjentkę hierarchii swoich dóbr osobistych bez uszczerbku dla dziecka lub z uznania przez nią prymatu dobrostanu dziecka nad własną integralnością cielesną.** W razie zaś wskazania przez pacjentkę przyczyn kosmetycznych lub społecznych, cesarskie cięcie będzie nieuzasadnione medycznie w zbyt wczesnym żądanym czasie, podobnie jak to ma miejsce w razie innych przeciwwskazań, gdy bilans korzyści i obciążeń zdrowotnych daje przewagę strat – inaczej mówiąc: gdy siła przeciwwskazań stanowi poważną przeszkodę dla jego wykonania.

Aksjologicznym i prawnym przeciwieństwem cesarskiego cięcia na żądanie jest koncepcja cesarskiego cięcia pod przymusem. Kwestia ta była już podnoszona na wstępie pracy, z powołaniem przykładu sprawy Angeli Carder. Rozwija ją Natalia Karczewska, prezentując przerażający w swej wymowie przegląd orzecznictwa anglosaskiego¹⁰⁶⁷. Najbardziej szokującym przykładem jest sprawa z Chicago z 1984 r.¹⁰⁶⁸. Sądowe zezwolenie na wykonanie zabiegu, któremu pacjentka się sprzeciwiała, zostało wydane na posiedzeniu bez jej udziału. Była to Nigeryjka w ciąży trojacznej i zabieg został uznany przez lekarzy za konieczny. O planowanej operacji kobiety w szpitalu nie poinformowano. Gdy sprawa się wydała, protestującego męża wyprowadzono siłą, zaś pacjentka została skórzanymi pasami przywiązana do łóżka, ponieważ stawiała opór i wołała o pomoc. Z kolei w Wlk. Brytanii sąd zalegalizował cesarskie cięcie wbrew woli pacjentki przez zakwestionowanie jej stanu kompetencji: jakoby działała pod wpływem strachu i wobec tego nie była zdolna do świadomego wyrażenia zgody ani sprzeciwu. Przymus zabiegu uznano jednak dla JEJ dobra¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁷ N. Karczewska: *Przymus interwencji medycznych na kobiecie ciężarnej w interesie dziecka poczętego w systemie prawnym anglo-amerykańskim i w prawie polskim*, Prawo i Medycyna nr 4/2011 s. 51–65 i tam powołana literatura.

¹⁰⁶⁸ J. Gallagher: *Prenatal Invasions and Interventions: What's Wrong with Fetal Rights*, Harvard Women's Law Journal, 1987, vol. 10, s. 9–10, za: N. Karczewska: *Przymus...*, s. 64–65.

¹⁰⁶⁹ *Re MB*, za: N. Karczewska, *op. cit.* s. 55.

Ostatecznie przeważało wreszcie zapatrywanie, że bez względu na okoliczności (zwłaszcza zagrożenie życia matki i/lub płodu) suwerenna decyzja należy do kobiety. Zanim to jednak nastąpiło, ucierpiała autonomia wielu pacjentek. Zgadzając się z Autorką i w oparciu o rodzimą regulację, należy ponownie podkreślić, że nasz system prawny nie pozwala na stosowanie przymusu, w szczególności bezpośredniego, tam, gdzie przepis szczególny nie przewiduje go w sposób wyraźny. Problem może być zatem rozważany jedynie *de lege ferenda*. Na przeszkodzie ewentualnym zmianom stoi autonomia jednostki, w tym przypadku kobiety ciężarnej. Poddanie jakimkolwiek interwencjom przymusowym w interesie płodu prowadzi do uprzedmiotowienia przyszłej matki, zwłaszcza że nasz system prawny nie nadaje podmiotowości *nasciturusowi*. Gdyby na takie interwencje przystać, pociągnęłoby to za sobą prymat interesu płodu nad interesem noszącej go kobiety. W ten sposób próbuje się kobiecie w ciąży narzucać etos poświęcenia w imię narodzin dzieciątka. W doktrynie anglosaskiej zostało wskazane, że wprawdzie rodzice mają moralny obowiązek dbania o zdrowie i bezpieczeństwo swych dzieci, to jednak nie mają prawnego obowiązku narażania się samemu. Tym bardziej więc nie mają takiego obowiązku wobec płodu¹⁰⁷⁰. Nie jestem przekonana co do owego rozróżnienia na obowiązki prawne i moralne, ponieważ WOBECDZIECI rodzice mają w Polsce prawny obowiązek dbania o ich zdrowie i bezpieczeństwo, wynikający z powinności w wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Płód nie jest jednak jeszcze dzieckiem, więc w istocie obowiązki wobec niego mają charakter głównie moralny. Tak czy inaczej, prawnego obowiązku poświęcania się dla dziecka lub płodu rodzic nie ma. Takie poświęcenie może być rozpatrywane jedynie w sferze moralnej. „Dziecko nienarodzone, mimo że jest „istotą ludzką”, chronioną przez prawo na wiele różnych sposobów, nie jest jeszcze człowiekiem, samodzielną osobą, niezależną fizycznie od matki. Matka ma prawo do tego, aby nie być poddaną interwencji lekarskiej wbrew jej woli i nie ma znaczenia fakt, czy od tej interwencji zależy jej życie czy życie jej nienarodzonego dziecka. Prawa kobiety nie mogą być ograniczane tylko dlatego, że decyzja, którą podjęła, wydaje się moralnie naganna”¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ J. J. Nocon: *Physicians and Maternal-Fetal Conflicts: Duties, Rights and Responsibilities*, Journal of Law and Health, 1990, vol. 5, no. 1, za: N. Karczewska, o. cit. s. 63.

¹⁰⁷¹ N. Karczewska, op. cit. s. 55, referując orzeczenie w sprawie *St George's Healthcare NHS Trust v. S.*

Te same argumenty zdrowotne, które podnoszone są w charakterze przeszkód dla cesarskiego cięcia na życzenie, przemawiają przeciwko cesarskiemu cięciu pod przymusem: ryzyko samej operacji, powikłań pooperacyjnych, ciężkie uszkodzenie ciała. Różnica polega jednak na tym, że pacjentka zgadzająca się na zabieg czy wręcz żądająca go, akceptuje jednocześnie ryzyko z nim związane. Pacjentka odmawiająca – nie akceptuje. Jest to kwestia zarówno samostanowienia, czyli wolności, jak ochrony integralności cielesnej. Oba te dobra podlegają ochronie prawnej.

Orzecznictwo anglo-amerykańskie przeszło znamiennej ewolucję w kierunku poszanowania praw kobiety w ciąży i niestawiania ponad nimi dobra płodu. Polska doktryna prawa medycznego stoi w większości na stanowisku, że takie przymusowe interwencje w organizm kobiety ciężarnej są niedopuszczalne¹⁰⁷². Pod rządem dawnych przepisów J. Sawicki przejawiał w tej sprawie wahanie¹⁰⁷³. Brak jest jednak materiału porównawczego z rodzimego orzecznictwa. Ostatnio natomiast postulat ustawowego ograniczenia autonomii woli pacjentki ciężarnej padł ze strony Joanny Haberko (tej samej, która cesarskie cięcie na życzenie uważa za zabieg oczywiście zbędny): „gdy proponowane jej przez lekarza działania są konieczne w procesie leczenia jej samej, a nie zwiększają w sposób istotny ryzyka dla jej zdrowia, a jednocześnie niepoddanie się przez kobietę tym działaniom może rodzić negatywny skutek dla życia i zdrowia dziecka poczętego”¹⁰⁷⁴. W świetle przywołanej przez Natalię Karczewską judykatury jest to przykład pozbawionego wyobraźni teoretyzowania. Oczywiście ustawą zwykłą państwo *może* ograniczać prawa człowieka i tylko później płacić odszkodowania zasądzone przez Trybunał w Strasburgu. *Może* mieć przy tym nadzieję, że żaden z uprawnionych organów nie ujmie się za kobietami i nie wniesie skargi konstytucyjnej. Przez ten czas krnąbrne pacjentki *będą mogły* być przywiązywane pasami do łóżek.

¹⁰⁷² M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, wyd. IX, s. 147–148; M. Świdarska: *Zgoda pacjenta...*, s. 229 i n., N. Karczewska, *op. cit.* s. 64–65.

¹⁰⁷³ J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, s. 90, 91.

¹⁰⁷⁴ J. Haberko: *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 375.

Klonowanie reprodukcyjne – wzmianka

Obawiamy się klonowania, bo nie wiadomo, co z niego wyniknie. W chwili obecnej klonowanie człowieka nie jest jeszcze dostępne nauce, przypuszczalnie jednak wkrótce to się zmieni. Wyrazem obaw natury etycznej jest zakaz klonowania przyjęty w protokole dodatkowym *Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny* oraz dość powszechne deklaracje o niedopuszczalności takich eksperymentów na poziomie krajowym. To jednak nic nie da; nie uda się bowiem powstrzymać naukowców przed podejmowaniem prób. Najwięcej obaw budzi, jak należy przypuszczać, strona techniczna i jej konsekwencje. Jak długo pożyje pierwszy sklonowany człowiek: czy będzie musiał umrzeć równie szybko jak owieczka Dolly? Nadanie ram prawnych oraz etycznych eksperymentom z klonowaniem nie jest możliwe, za to ryzyko dla „obiektów” – ogromne. Praktycznie nie wiemy na ten temat nic i z owej niewiedzy biorą się zakazy na wszelki wypadek. To zrozumiała reakcja. Projekcje obaw można oglądać na filmach science-fiction¹⁰⁷⁵ lub przeczytać o nich w książkach tego gatunku¹⁰⁷⁶.

Kiedys jednak to nastąpi. Społeczeństwu zostanie przedstawiona pierwsza sklonowana osoba, dla której trzeba będzie znaleźć w tym społeczeństwie miejsce: uregulować prawa stanu, status prawnorodzinny oraz zagwarantować poszanowanie godności ludzkiej i dóbr osobistych, a także ochronić przed dyskryminacją. Zwłaszcza ochrona przed dyskryminacją wymaga zastanowienia, o czym przekonuje odnotowane w Polsce zjawisko stygmatyzowania dzieci urodzonych dzięki procedurze *in vitro*.

Skoro zaś klonowanie ludzi stanie się możliwe i efektywne, trzeba będzie zadać sobie nieuniknione pytanie o zakreszenie ram prawnych dla tego rodzaju zabiegów. Czy i komu na nie pozwolić. Nie było potrzeby zastanawiania się nad dopuszczalnością *IVF*, póki niepłodność nie stała się istotnym problemem społecznym. Takim problemem może wkrótce stać się też bezpłodność. Warto również pomyśleć, czy klonowanie reprodukcyjne nie powinno być dostępne dla par będących nosicielami dziedzicznej choroby genetycznej, jak dysplazja kręgosłupowo-przynasadowa, która zdruzgotała życie rodzicom z Łomży.

¹⁰⁷⁵ Np. *Obcy. Przebudzenie* (1997 r.) reż. Jean-Pierre Jeunet.

¹⁰⁷⁶ Np. W. Sawczenko *Odnajdziesz się sam*, wyd. polskie 1975 r. (tłum. G. Abgarowicz, i j. Meszaros), K. Wilhelm, *Gdzie dawniej śpiewał ptak* (tłum. J. Kozak), I wyd. polskie 1981 r.

Wiele wskazuje na to, że recesywny gen występuje tam u obojga partnerów. Wówczas może się okazać, że przed wydaniem na świat ciężko chorych dzieci nie uchroni nawet diagnostyka przedimplantacyjna. Niebieskooki rodzice mają tylko niebieskookie dzieci, a nosiciele dysplazji kręgosłupowo-przynasadowej mogą mieć wszystkie dzieci z dysplazją kręgosłupowo-przynasadową. Jedynym wyjściem pozostałoby zapłodnienie z użyciem obcego materiału genetycznego lub... sklonowanie jednego rodziców. W chwili obecnej jest to problem akademicki, jednak gdy pojawią się problemy – lepiej być na nie przygotowanym zawnazu.

Czy będziemy tak samo chętni do potępienia klonowania, gdy okaże się, iż przeprowadzane w tajemnicy nieudane eksperymenty stały się przeszłością, trudności przezwyciężone, zdrowe i różowe niemowlęta – klony przychodzą na świat, a jednocześnie odsetek bezpłodności i chorób genetycznych gwałtownie wzrasta? Wątek ten jest od dawna obecny w fantastyce naukowej, a scenariusze wcale nie są nieprawdopodobne. Na przykład: potworna epidemia zdziesiątkowała ludzkość, w ostatniej chwili opracowano skuteczną szczepionkę, której efektem ubocznym jest jednak bezpłodność. Jedynym sposobem na przetrwanie gatunku okazuje się klonowanie, które daje także czas na długofalowe prace nad udoskonaleniem szczepionki¹⁰⁷⁷. Albo inny: katastrofy ekologiczne i późniejsza wojna nuklearna sprawiły, że rodzą się martwe dzieci, martwe zwierzęta, nasiona nie kiełkują, a płody ziemi marnieją zanim wyrosną na dobre. Tylko klonowanie doraźnie ratuje i przed śmiercią głodową, i przed wymarciem gatunku – przy założeniu, że jest to stadium przejściowe, bo przecież różnorodność genetyczna ma w przyrodzie niekwestionowaną wartość¹⁰⁷⁸.

Na pytanie o przesłanki dopuszczalności klonowania reprodukcyjnego prędzej czy później trzeba będzie udzielić odpowiedzi. Nikt nie twierdzi, że klonowanie może być dowolne jak zabawa lalkami. Może natomiast okazać się potrzebne dla przetrwania rodzaju ludzkiego jako efektywna metoda wspomaganej reprodukcji. Klonowanie reprodukcyjne powinno, gdy stanie się możliwe, zająć moim zdaniem miejsce obok innych metod wspomaganego rozrodu; z analogicznymi gwarancjami, ograniczeniami oraz zakresem stosowania.

¹⁰⁷⁷ *Aeonflux* (2005 r.) reż. K. Kusama.

¹⁰⁷⁸ K. Wilhelm, *Gdzie dawniej śpiewał ptak*, I wyd. Warszawa 1981

Zaprzestanie podtrzymywania życia

„dr FRANKENSTEIN: Ale teraz jest już wszystko w porządku.

SYLWIA: Wszystko, poza iskierką.

F: Iskierką?

S: Tak, tą, o której mówiła Gloria, że ją kocha. Małą iskierką tego, czym byłam dawniej. I teraz, kiedy jestem taka bardzo szczęśliwa, ta iskierka mi nakazuje wziąć pistolet i strzelić.

F: A ty co na to?

S: Ja to zrobię, Norbert. Traktuj to jako pożegnanie. *(Na wszelkie możliwe sposoby usiłuje wycelować w siebie broń, ponawiając nieudane próby, podczas gdy Frankenstein spokojnie stoi obok)*. To nie przypadek, prawda?

F: Bardzo byśmy nie chcieli, żebyś zrobiła sobie coś złego. My też cię kochamy”.

(K. VONNEGUT JR. „HART DUCHA”)

Wśród różnych procedur medycznych mających na celu utrzymywanie pacjenta przy życiu wyróżnia się tzw. uporczywą terapię, polegającą na stałym wspomaganiu pracy serca, wspomaganie oddychania z użyciem respiratora oraz sztuczne odżywianie. W starszym orzecznictwie obcym (z lat 70) rozważany był z całą powagą problem, czy świadomemu i działającemu z rozważaniem pacjentowi przysługuje w ogóle prawo do sprzeciwienia się medycznym interwencjom podtrzymującym życie. Początkowo przeważał pogląd, iż lekarz ma obowiązek działania dla dobra pacjenta i wynikające stąd prawo do przełamania jego sprzeciwu. Tendencja ta była silniejsza w europejskim prawie kontynentalnym niż w Wlk. Brytanii i USA¹⁰⁷⁹. Ostatecznie, mimo utrzymujących się wątpliwości, zwyciężyło zapatrywanie, że taka wola pacjenta powinna zostać uszanowana, ponieważ autonomiczna decyzja ma znaczenie decydujące. Podobne stanowisko daje się stosunkowo łatwo wywieść z przepisów prawa polskiego, tę kwestię można zatem uznać w zasadzie za rozwiązaną. Prawdziwy dylemat występuje natomiast w odniesieniu do pacjentów niezdolnych do świadomego wyrażenia zgody, znajdujących się w stanie określanym obrazowo jako „śmierć za życia” – czyli w PVS; jak to nazwali

¹⁰⁷⁹ Zob. orzecznictwo referowane przez M. Śliwkę: *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle porównawczym*, wyd. II, Toruń 2010, s. 332–351.

specjaliści – w *przetrwiałym* stanie wegetatywnym¹⁰⁸⁰. Na nich skupiają się rozważania bioetyczne, choć jako nie mniej istotny przedstawia się problem pacjentów osłabionych i niekompetentnych, ale przytomnych: po wylewie, z chorobą Alzheimera, Parkinsona, dotkniętych zgrzybiałością starczą, psychozami lub chroniczną depresją¹⁰⁸¹.

Podtrzymywanie życia pacjentów w stanie wegetatywnym

W Polsce najdłuższy czas życia w stanie wegetatywnym wynosi 26 lat. Pacjent, o którego chodzi, doznał uszkodzenia centralnego układu nerwowego przez zmutowany wirus odry, czego konsekwencją są uszkodzone ośrodki poznawcze: mowy, wzroku i słuchu. Ma jedynie zachowane odruchy rdzenia przedłużonego, który jest odpowiedzialny za oddawanie moczu, połykanie, oddychanie. Może reagować na bodźce. Daje się u niego obserwować wykrzykiwanie się i prężenie, które jednak nie stanowi reakcji na ból, tylko na bodźce przechodzące przez najniższy poziom układu nerwowego prosto do mięśni. Nie ma świadomości, nie odczuwa też cierpienia¹⁰⁸². Przez ponad dwadzieścia lat matka opiekowała się nim w domu, w końcu jednak nie dała rady. Obecnie pacjent przebywa w publicznym zakładzie opiekuńczo-leczniczym, razem z trzydziestoma pięcioma innymi osobami w podobnym stanie. Ma w ciele trzy sztuczne otwory: tracheotomia – służy do wentylacji płuc, PEG¹⁰⁸³ – pozwala przyjmować specjalistyczny pokarm z ominięciem sparaliżowanego przełyku, zaś cystostomia – potrzebna jest do odprowadzania moczu. Nie jest to uporczywa terapia, ze względu na brak konieczności podtrzymywania akcji serca. Matka pacjenta zwróciła się do sądu o zgodę na „eutanazję”. W każdym razie **jej** chodziło o wykonanie śmiertelnego zastrzyku¹⁰⁸⁴. Zainspirowała ją sprawa Eluany Englaro. Jednak Eluana Englaro nie została poddana eutanazji, cho-

¹⁰⁸⁰ J. Andres, A. Macheta: *Przetrwiałý stan wegetatywný – aspekty medyczne, moralne i ekonomiczne*.

¹⁰⁸¹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 183.

¹⁰⁸² Zob. *Nie rozmawiamy o tym, stoimy obok* – rozmowa z Barbarą Kaczmarek, dyrektorką Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego im. Sue Ryder w Warszawie, Wysockie Obcasy z 9.VII.2011 r.

¹⁰⁸³ *Percutous Endoscopic Gastrostomy* – przezskórna endoskopowa gastrostomia, która polega na wprowadzeniu sondy przez ścianę żołądka.

¹⁰⁸⁴ Zob. *Wejść do niego przez dziurkę od klucza* – rozmowa z Barbarą Jackiewicz, matką 43-letniego Krzysztofa Jackiewicza, który od 26 lat znajduje się w stanie wegetatywnym, Wysockie Obcasy z 9.VII.2011 r.

ciaż towarzysząca jej sprawie wrzawa medialna mogła wytworzyć takie wrażenie. W obowiązującym w Polsce stanie prawnym wniosek matki nie ma szans na pozytywne rozpoznanie. Jako kurator ustanowiona dla niepełnosprawnego syna¹⁰⁸⁵ mogłaby tylko **cofnąć zgodę** na udzielane mu świadczenia medyczne: sztuczne odżywianie i nawadnianie – co podlegałoby kontroli sądu. Podobną drogą poszedł Beppino Englaro, który domagał się odłączenia sztucznego odżywiania. Udało mu się jednak tylko dlatego, że zdołał udowodnić, iż takie zapatrywanie – wyrażane kilkakrotnie i z przekonaniem – przejawiała jego córka zanim doznała wypadku. Jak wiadomo, konstytucja Włoch stoi na straży świętości życia i zasada ta była podnoszona również w uzasadnieniu orzeczenia dotyczącym Eluany Englaro. U nas wprowadzie świętość życia nie jest chroniona *expressis verbis*, za to istnieje silna, choć nieformalna presja środowisk prokościelnych. Próba zmiany Konstytucji w zakresie ochrony życia „od poczęcia do naturalnej śmierci” zakończyła się niepowodzeniem. W rozważaniach na temat zaprzestania podtrzymywania życia pacjentów w stanie terminalnym lub wegetatywnym rysuje się jednak metoda polegająca na utożsamianiu z „upiołem” eutanazji każdego zachowania strony medycznej, które wkracza w proces „naturalnego” umierania. Towarzyszą temu sterowane historyczne reakcje na sam dźwięk słowa „eutanazja” oraz celowe mieszanie pojęć. Dlatego tak wartościowe jest rozróżnienie dokonane przez Marka Wichrowskiego¹⁰⁸⁶; z prawnego punktu widzenia wymaga jednak poprawek. Przypomnijmy: eutanazji biernej nie powinno się mylić zdaniem Autora z zaniechaniem danej procedury medycznej, ze względu na różnice co do intencji: zaniechaniu terapii nie towarzyszy **zamiar** odebrania życia. W takim razie jednak niewykonanie na prośbę pacjenta operacji ratującej życie nie powinno się w ogóle nazywać eutanazją (kwalifikowaną jako jakoby „eutanazja bierna świadoma”), zwłaszcza że to rozeznana wola pacjenta ma charakter decydujący. Z kolei gdy chodzi o niezoperowanie noworodka obarczonego nieusuwalną wadą, to spowodowanie w ten sposób śmierci dziecka („eutanazja bierna nieświadoma”) podlega kwalifikacji zależnie od tego, kto podejmuje decyzję. Gdy lekarz samodzielnie – można to uznać za eutanazję bierną; natomiast odmowa zgody na operację ze strony rodziców sprawia,

¹⁰⁸⁵ W chwili obecnej kuratelę można ustanowić również z urzędu i w sytuacji dotychczasowego niewystępowania zaburzeń uzasadniających ubezwłasnowolnienie częściowe – gdy stan niepełnosprawnego wyłącza możliwość złożenia wniosku lub wyrażenia zgody na ustanowienie kurateli – art. 600 §2 k.p.c.

¹⁰⁸⁶ M. Wichrowski: *Prawo do życia*, s. 22.

iż lekarz wykonuje ich wolę substytucyjną i w celu zachowania absolutnej „czystości moralnej” może tylko zwrócić się do sądu o przełamanie sprzeciwu przedstawicieli ustawowych. To samo dotyczy przełamania sprzeciwu opiekuna lub kuratora osoby niewłasnowolnej (niekompetentnej). Z kolei wobec nalegań „rodziny” pacjenta niebędącej przedstawicielami ustawowymi lekarz w ogóle nie powinien się ugiąć, a jeśli to robi – działa na własną odpowiedzialność. Pozostaje jeszcze do oceny moralnej sytuacja, gdy lekarz porzeka na sprzeciwie przedstawiciela ustawowego i **nie** podejmuje próby przełamania go przez wniesienie sprawy do sądu.

W sądownictwie obcym dają się zaobserwować wysiłki mające na celu uchronienie przed zarzutem zabójstwa lekarzy działających w intencji oszczędzenia pacjentom cierpień oraz wstrzymania procedur jałowych z punktu widzenia poprawy ich stanu.

Jest to kolejna kwestia, na którą nasz system prawny nie jest przygotowany. Legalny sposób działania polega na cofnięciu przez przedstawiciela ustawowego zgody na interwencje medyczne wobec niekompetentnego pacjenta. Podobna sprawa nigdy jednak nie była przedmiotem orzekania przez sąd. Kodeks Etyki Lekarskiej milczy. *De lege ferenda* nic się nie uzyska, chyba że kategoryczny zakaz, trzeba zatem uporać się z problemem *de lege lata*. Wprowadzanie regulacji co do postępowania z pacjentami w stanie wegetatywnym jest zresztą wątpliwe, a to ze względu na duże zróżnicowanie poszczególnych przypadków. W tych systemach prawnych, gdzie sprawy o zaprzestanie podtrzymywania życia są na porządku dziennym, podnosi się, że bardzo trudno o jakąkolwiek generalizację i każdy przypadek wymaga indywidualnego podejścia. Zarysowały się jednak trzy możliwe modele decyzyjne: **test osądu zastępczego** (zwany też kryterium opartym na zasadzie autonomii), **kryterium najlepiej pojmowanego interesu pacjenta** oraz tzw. **autonomia czysta** – poleganie na własnym poglądzie pacjenta wyrażonym przed popadnięciem w stan niekompetencji¹⁰⁸⁷. Temu ostatniemu mogą służyć deklaracje znane w prawie obcym m.in. pod nazwą „testamenty życia”.

Orzecznictwo obce jest bogate i jego analiza wymagałaby osobnej monografii. Tutaj zostaną przedstawione pokrótce trzy ujęcia, z których każde odwołuje się do jednego z podanych kryteriów. We wszystkich trzech przypadkach stan wegetatywny pacjentów miał charakter trwały.

¹⁰⁸⁷ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 183.

Test osądu zastępczego

Sprawa Karen Ann Quinlan z 1976 r.¹⁰⁸⁸. Panna Quinlan straciła nagle przytomność podczas przyjęcia w gronie znajomych. Próby przywrócenia oddechu sztucznym oddychaniem nie powiodły się. Retrospektywnie ustalono, że zatrzymanie oddechu nastąpiło na co najmniej dwa okresy w przybliżeniu piętnastominutowe. Po przewiezieniu do szpitala stwierdzono śpiączkę, która z czasem przeszła w stan wegetatywny o charakterze trwałym. Ojciec pacjentki, sprawujący jednocześnie funkcję jej opiekuna ze względu na stan niekompetencji, zwrócił się do sądu o odłączenie respiratora i ostatecznie uzyskał wyrok po swojej myśli. Sąd pozostawił jednak ostateczną decyzję w jego rękach, po obowiązkowej konsultacji z lekarzami (wybranymi jednak przez samego opiekuna, bo personel opiekujący się pacjentką odmówił), z resztą rodziny (która zadeklarowała się w sprawie po stronie wnioskodawcy) oraz z etycznym ciałem doradczym szpitala, w którym przebywała pacjentka. Chodziło o upewnienie się, iż rzeczywiście nie istnieje rozsądna szansa, aby Karen Ann kiedykolwiek wybudziła się z PVS i powróciła do funkcji poznawczych oraz intelektualnych.

Joseph Quinlan miał reprezentować w sprawie nie interesy własne ani opinię członków rodziny, lecz zastępczo przedstawić (hipotetyczny) osąd samej pacjentki. Niemniej interes córki postrzegany przezeń jako opiekuna powinien być według Sądu uznany za przeważający, nawet w razie przeciwnego zapatrywania lekarzy prowadzących (które bez ogródek zostało w sprawie wyrażone).

W opinii Sądu interes państwa słabnie, a prawo jednostki do prywatności zwiększa się wraz z tym, jak wzrasta stopień inwazyjności zabiegów, a pogarszają się rokowania. Prognozy co do Karen były skrajnie złe, a stopień ingerencji w jej ciało – bardzo duży. Gdyby Karen była kompetentna, jej wybór zostałby uszanowany. Niestety, jej hipotetycznego stanowiska w tej sprawie nie dało się rozeznaczyć w oparciu o dowód z wcześniejszych rozmów z przyjaciółmi. Takim zeznaniom nie została przyznana dostateczna waga dowodowa (co zresztą stało się przedmiotem późniejszej krytyki). Jednakże w szczególnych okolicznościach przedstawionych w niniejszej sprawie, opiekunowi został przyznany tytuł prawny, aby w imieniu niekompetentnej żądać realizacji prawa do prywatności. Prawa Karen do zakończenia czysto wegetatywnego trwania nie można zdaniem Sądu zakwestionować tylko na tej

¹⁰⁸⁸ Wyrok Sądu Najwyższego Stanu New Jersey z dnia 31 marca 1976 r. (*In re Quinlan*, 70 N.J.10; 355 A.2d 647; w 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R. 3d 205).

podstawie, że stan nie pozwala jej na świadomy wybór. Jedyłą praktycznie drogą, aby zapobiec unicestwieniu tego prawa jest **zezwolenie, by opiekun i rodzina dokonali swego najlepszego osądu, jak zadecydowałaby ona sama**. Decyzja taka powinna być zaakceptowana przez społeczeństwo, którego przytłaczająca większość – zdaniem Sądu – skorzystałaby z takiego wyboru dla siebie lub dla najbliższych. Dlatego Sąd uznał, iż prawo Karen do prywatności może być dochodzone w jej imieniu przez ustanowionego opiekuna i rodzinę.

W odniesieniu do ewentualnej odpowiedzialności karnej zostało zauważone, że przerwanie leczenia przyspieszyłoby śmierć Karen Ann, co mogłoby być uznane za czyn karalny. Zgodnie ze stanową ustawą karną jako zabójstwo kwalifikuje się zabicie człowieka bez podstawy prawnej. Sąd stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie byłoby to zabójstwem, ponieważ zgon należy ocenić jako wynikający z istniejących przyczyn naturalnych. Nawet jednak, gdyby mówić o zabiciu człowieka, nie byłoby ono bezprawne. Przerwanie leczenia w wykonaniu prawa do prywatności jest bowiem *ipso facto* prawne. Sąd opowiedział się za **istnieniem realnego i decydującego w tym przypadku rozróżnienia między bezprawnym odebraniem życia drugiemu a zakończeniem sztucznego podtrzymywania życia w ramach prawa do samostanowienia**. Korzystanie z prawa gwarantowanego konstytucyjnie jest chronione przed ściganiem karnym. **Taka ochrona rozciąga się na osoby trzecie, których działanie okaże się niezbędne do wykonania tego prawa**¹⁰⁸⁹.

Sąd dostrzegł istotne rozróżnienie między zadaniem sobie samemu śmierci a samookreśleniem się przeciwko sztuczному podtrzymywaniu życia lub radykalnej chirurgii, np. w obliczu niemożliwej do powstrzymania, bolesnej i bliskiej śmierci. Powstaje pytanie, kiedy uruchomienie procedur podtrzymujących życie staje się przedmiotem swobodnego uznania lekarza i kiedy ich wycofanie jest również swobodne. Lekarze odróżniają leczenie chorych od niesienia ulgi w umieraniu. Wielu z nich odmówiło niepożądanego przedłużania procesu umierania, gdy stan pacjenta był nierokujący poprawy i stało się oczywiste, że taka „terapia” nie przyniosłaby korzyści ani ludzkich, ani humanitarnych. Sąd uznał, że takie podejście stanowi wyraz zrównoważonego podejścia do życia i śmierci oraz respektuje judeochrześcijańską tradycję szacunku dla życia ludzkiego.

¹⁰⁸⁹ Zob. szerzej streszczenie wyroku z komentarzem: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 405–415.

Musi istnieć sposób uwolnienia lekarzy, dla dobra umierających pacjentów, od obaw o interes własny i bezpieczeństwo prawne, które mogłyby ograniczać niezależność ich sądów. Wiele szpitali utworzyło komitety etyki złożone z lekarzy, pracowników socjalnych, prawników i teologów, służące analizie poszczególnych przypadków z dylematami etycznymi, co dostarcza wsparcia pacjentom i personelowi medycznemu. **Centralnym punktem decyzji powinno być rokowanie co do rozsądnej możliwości powrotu funkcji poznawczych i intelektualnych**¹⁰⁹⁰.

– Posiłkowanie się zapatrywaniem członków rodziny (zwłaszcza gdy działają oni w zgodzie) do pewnego stopnia zdejmując z barków lekarza moralny ciężar decyzji i dlatego może być dlań kuszące. Jednakże „zgoda rodziny” stanowi zjawisko pozbawione jakiegokolwiek znaczenia prawnego, a w każdym razie jest tak w naszym prawie. Co charakterystyczne, Sąd New Jersey z pewnością niechęcią uznał za swój obowiązek rozstrzygnięcie w sprawie powierzenia decyzji, zaznaczając, iż ma to charakter ledwie tymczasowy i w przyszłości, gdy ukształtuje się odpowiedni model praktyczny, powinno być pozostawione lekarzom i rodzinie pacjenta. „Rodzina” nie działa jednak w imieniu własnym, tylko reprezentuje prawo pacjenta do prywatności, wedle własnego najlepszego osądu zastępczego. **Jakkolwiek to nazywać, osąd taki opiera się na fikcji.**

Żądanie odłączenia respiratora jest równoznaczne z cofnięciem zgody na dalszą terapię. Sąd New Jersey upoważnił do tego opiekuna, podczas gdy na gruncie polskim opiekun lub kurator ma takie uprawnienie zastępcze, aczkolwiek możliwe jest zakwestionowanie jego decyzji w trybie sądowym. Polski sąd nie mógłby zatem uchylić się od zajęcia jednoznacznego stanowiska co do odłączenia respiratora.

Test osądu zastępczego odbierany był jako konsekwencja poszanowania autonomii oraz prywatności. Pacjent niewłasnowolny (niekompetentny) nie traci żadnego z tych dóbr prawnych, jednak jako niezdolny do komunikowania się z otoczeniem, musi być reprezentowany przez zastępcę, który „wczuje się w umysł niekompetentnego”: podejmie taką decyzję, jaką podjąłby pacjent, gdyby był kompetentny¹⁰⁹¹. Beauchamp i Childress proponują ograniczyć użycie testu osądu zastępczego do sytuacji, gdy istnieją podstawy do uznania, iż dawniej kompetentna osoba rzeczywiście podjęłaby taką decyzję, jaką przedstawia zastępca. Dlatego zastępca powinien dobrze znać

¹⁰⁹⁰ j.w.

¹⁰⁹¹ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 184.

pacjenta oraz jego przeszłość, ażeby jego osąd był godny zaufania¹⁰⁹². Test osądu zastępczego pozwala określić, co powinno się postanowić w sprawie pacjentów niegdyś kompetentnych, jeżeli znane są ich dawne preferencje. W istocie jednak, jak słusznie podnoszą Beauchamp i Childress, sprowadza się to do postulatu autonomii czystej – szanowania uprzednich sądów samego pacjenta, odtwarzanych tylko przez podanie przekonujących przesłanek ze strony ustanowionego zastępcy. W rezultacie opowiadają się za rezygnacją z osądów zastępczych tam, gdzie tylko to możliwe¹⁰⁹³. – Jeżeli test osądu zastępczego nie odwołuje się do czystej autonomii pacjenta, to traci znaczenie jako odrębne kryterium; jeżeli zaś zastępca nie zdoła tych preferencji odtworzyć – test przestaje być miarodajny, ponieważ staje się naznaczony własnymi przekonaniem zastępcy. Wówczas autonomia niekompetentnego pacjenta stanowi czystą fikcję, zaś zastępca zyskuje instrument prawny do forsowania własnych zapatrywań.

Ponadto – jak podnoszą Autorzy – test osądu zastępczego okazuje się zawodny, gdy trzeba podjąć decyzję w zastępstwie pacjenta, który **nigdy nie był kompetentny**. Jako przykład podają przypadek pacjenta nazwiskiem Saikewicz¹⁰⁹⁴. Joseph Saikewicz przebywał od ponad 40 lat w stanowym domu opieki. Jego iloraz inteligencji wynosił 10, odpowiadał zatem poziomowi umysłowemu niespełna trzyletniego dziecka. Pacjent komunikował się z lekarzami tylko za pomocą min, gestów oraz pomruków i tylko na takie sygnały reagował. W pewnym momencie zapadł na białaczkę. Chemioterapia mogłaby przedłużyć mu życie statystycznie o 2–3 miesiące, jednak chory liczył lat 67, co dawało gorsze rokowania. Chemioterapia powoduje ponadto dotkliwe skutki uboczne. Opiekun z urzędu przekonał sąd, że choroba jest nieuleczalna, chemioterapia dokonałaby spustoszenia w organizmie pacjenta, a on sam cierpiałby z powodu skutków ubocznych, nie wiedząc dlaczego sprawia mu się ból¹⁰⁹⁵. Sąd odwołał się w orzekaniu do kryterium osądu zastępczego, według którego Saikewicz nie podjąłby leczenia, gdyby był kompetentny. Jak wyjaśnił sąd, jego zadaniem było określenie, „w jaki sposób najlepiej zrealizować prawo niekompetentnej osoby do przerwania leczenia, tak aby maksymalnie wziąć pod uwagę charakter i sytuację rzeczonoj osoby”. W sprawie zostało

¹⁰⁹² Ibidem, s. 185.

¹⁰⁹³ j.w. s. 186.

¹⁰⁹⁴ *Superintendent of Belchertown v. Saikewicz*, 370 N.E. 2d 417 (1977)

¹⁰⁹⁵ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 539–540.

jednocześnie wykazane, że racjonalne osoby dotknięte tą chorobą wybierają kontynuowanie leczenia. Saikewicz nie był wszakże racjonalny.

Do takich pacjentów jak Joseph Saikewicz nie stosuje się jednak w ogóle pojęcie autonomii. „Nie ma podstaw do rekonstrukcji autonomicznego wyboru tam, gdzie pacjent przez całe życie nie był zdolny do decydowania o sobie”¹⁰⁹⁶. Kryterium osądu zastępczego sprowadza się tutaj zatem do mnożenia fikcji i przez to nie znajduje racji bytu.

Własny pogląd pacjenta wyrażony przed popadnięciem w stan niekompetencji

Sprawa Nancy Cruzan z 1990 r.¹⁰⁹⁷. Nancy Cruzan uległa wypadkowi samochodowemu, w rezultacie którego jej mózg pozostawał w stanie niedotlenienia przez 12–14 minut. Po udzieleniu jej pomocy pozostawała w śpiączce, która następnie przeszła w PVS. Koszty opieki nad nią ponosiło państwo. Rodzice zwrócili się o zaprzestanie sztucznego odżywiania i nawadniania. Sąd Najwyższy Stanu Missouri oddalił ich wniosek, natomiast Sąd Najwyższy Federalny odniósł się jedynie do kwestii, czy orzeczenie nie jest sprzeczne z Konstytucją Federalną i stwierdził, że nie.

Stan Missouri działał na podstawie odnośnego aktu prawa stanowionego: *State Living Will*. Sąd Federalny zdecydował, iż akt ów urzeczywistnia stanową politykę polegającą na silnym uprzywilejowaniu ochrony życia oraz że jednorazowa wypowiedź Nancy Cruzan, skierowana do współlokatorki była zbyt niepewnym źródłem rozstrzygnięcia o intencjach i zamiarach. Odrzucił argument, jakoby rodzice byli uprawnieni, aby nakazać zakończenie interwencji medycznej, ponieważ **nikt nie może przejmować prawa wyboru osoby niekompetentnej w razie niezachowania formalności** wymaganych przez *State Living Will* **lub przy braku jasnych i przekonujących dowodów na życzenia pacjenta**.

Zgodnie z sentencją wyroku, „Konstytucja Stanów Zjednoczonych nie zakazuje Stanowi Missouri żądać, aby życzenia osoby niekompetentnej w sprawie zaprzestania podtrzymywania życia zostały każdorazowo udowodnione na podstawie jasnych i przekonujących świadectw”.

Kluczowa dla sprawy okazała się zatem argumentacja Sądu Najwyższego Missouri. Stał on na straży ochrony życia. Nie zaakceptował osądu zastępczego

¹⁰⁹⁶ Ibidem, s. 185.

¹⁰⁹⁷ U.S. Supreme Court z 25 czerwca 1990 r., *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990); <http://laws.findlaw.com/us/497/261.html>

czego w wykonaniu członków najbliższej rodziny i nie uznał za dostateczny dowodu na uprzednie zapatrywania pacjentki: wypowiedzi Nancy Cruzan skierowanej kiedyś do współlokatorki, iż nie chciałaby pozostawać „w stanie pół-żywym, niczym warzywo”. Taka pojedyncza wypowiedź, zdaniem Sądu, nie jest dość przekonującym dowodem.

Sąd Najwyższy Federalny uznał, iż na poziomie stanowym wolno jest wymagać dowodów na jasny przekaz pochodzący od samego pacjenta, a jednocześnie nie ma konstytucyjnego obowiązku co do przyjęcia osądu zastępczego ze strony członków najbliższej rodziny.

1 (b) (...) „Osoba kompetentna miałaby konstytucyjnie zagwarantowane prawo do odmowy podtrzymującego życie odżywiania i nawadniania. To nie znaczy jednak, że osoba niekompetentna powinna mieć te same prawa, skoro taka osoba nie jest w stanie dokonać rozeźnianego i dobrowolnego wyboru między wykonaniem tego a innego prawa. Gdy Stan ostatecznie uznał, w pewnych okolicznościach, że prawny zastępca niekompetentnego pacjenta może działać zamiast niego w sprawie cofnięcia zgody na nawadnianie i odżywianie, które pociągną za sobą śmierć, ustanowił proceduralne gwarancje, aby zapewnić, iż działanie zastępcy najlepiej jak to możliwe odpowiada życzeniom pacjenta, gdy był on jeszcze kompetentny”.

(c) „W procedurach stanu Missouri wolno jest stosować jasne i przekonujące standardy dowodowe, które stanowią normę, gdy wchodzące w grę indywidualne korzyści są zarówno istotne z osobistego punktu widzenia jak ważniejsze niż tylko strata pieniędzy. (...) Prawo stanowe może w sposób uprawniony starać się o zagwarantowanie pierwiastka osobistego w indywidualnych wyborach między życiem a śmiercią. Stan jest także umocowany, aby strzec przed potencjalnymi nadużyciami ze strony zastępców prawnych, którzy wcale nie będą działać w celu ochrony pacjenta. (...) Stan może też odpowiednio odmówić wydania rozstrzygnięcia co do jakości czyjegoś życia i po prostu stwierdzić bezwzględłą korzyść w zachowaniu ludzkiego życia ważoną przeciw konstytucyjnie chronionym interesom indywidualnym. (...) Jasny i przekonujący standard dowodowy służy także jako społeczny osąd, jak ryzyko błędu powinno być rozłożone pomiędzy stronami. Stan może obciążyć ryzykiem błędnej decyzji tych, którzy pragną zakończyć terapię podtrzymującą życie. Błędna decyzja, aby jednak go nie zakończyć, skutkuje utrzymaniem status quo i przynajmniej możliwe jest, iż zostanie skorygowana lub jej wpływ złagodzony przez takie zdarzenia, jak postęp w dziedzinie nauk medycznych lub nieoczekiwana śmierć pacjenta. Natomiast błędna decyzja o wycofaniu leczenia jest do skorygowania niemożliwa” (...).

3. „Zasady rzetelnego procesu nie wymagają od Stanu przyjęcia „osądu zastępczego” bliskich członków rodziny przy braku konkretnego dowodu, że odzwierciedla on zapatrywanie pacjenta. (...) Żadna decyzja podtrzymująca prawo Stanu do pozwolenia na podejmowanie decyzji przez członków rodziny nie może być obrócona w konstytucyjne wymaganie, aby Stan uznawał taki sposób decydowania. Rodzice Nancy Cruzan mogliby być z pewnością kompetentni do wykonania prawa „osądu zastępczego”, gdyby było ono wymagane przez Konstytucję. Jednakże z tych samych przyczyn, dla których Stan Missouri może wymagać jasnego i przekonującego dowodu na życzenia samego pacjenta, może również wybrać podporządkowanie tylko tym życzeniom, a nie zawierzyć decyzji członków najbliższej rodziny”¹⁰⁹⁸.

– Test osądu zastępczego to w gruncie rzeczy „wyspekulowana pseudowola” pacjenta i nie ma nic wspólnego z rzeczywistymi intencjami osoby niekompetentnej, o ile nie znajduje oparcia w solidnych dowodach na takie jej nastawienie. Pod tym szyldem rodzina mogłaby forsować własne zapatrywania i *de facto* przejmować prawo decydowania o losie niekompetentnego krewnego. Podczas gdy New Jersey szukał rozwiązania elastycznego, Missouri zajął stanowisko sztywne, podyktowane jednak prawem stanowionym – *Living Will Act*. Prawo to wymaga albo sformalizowanych deklaracji pacjenta, albo przekonujących dowodów na określone intencje w sprawach „życia lub śmierci”. Intencje te nie zostały w danej sprawie uznane za udowodnione w sposób dostateczny.

Kryterium najlepiej pojmowanego interesu

Sprawa Anthony Blanda z 1993 r.¹⁰⁹⁹. Siedemnastoletni Anthony Bland został zraniony przez tłum podczas wypadku na stadionie sportowym. Jego kora mózgowa doznała nieodwracalnych uszkodzeń w wyniku niedotlenienia. Stan wegetatywny miał charakter trwały i nieodwracalny. W trzy lata po wypadku wśród zajmujących się nim specjalistów istniała pełna zgoda, że nie ma żadnych szans na choćby na częściową poprawę. Istniało natomiast spore prawdopodobieństwo, że możliwe będzie utrzymanie obecnego stanu przez wiele lat, pod warunkiem kontynuowania opieki medycznej. Lekarze przesłuchiwani w sprawie jako świadkowie oraz biegli – niektórzy będący wybitnymi specjalistami i sławami naukowymi w zakresie neurologii – jedno-

¹⁰⁹⁸ Tłum. własne.

¹⁰⁹⁹ Wyrok Izby Lordów (Wlk. Brytania) z dnia 4 lutego 1993 r. (*Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 1 All ER 821 HL),

głośnie wypowiadali się co do rozpoznania i co do niepomysłnego rokowania. Rodzice zwrócili się do lekarzy o zaprzestanie podtrzymywania go przy życiu przez zakończenie wentylacji, żywienia i nawadniania w sposób sztuczny. Lekarze byli gotowi to zrobić, Zarząd szpitala chciał jednak upewnić się co do zgodności z prawem takiej decyzji i skierował sprawę do sądu. Sąd ustalił, że można zgodnie z prawem przerwać postępowanie podtrzymujące życie i medyczne środki wspomagające Anthony Blanda w jego istniejącym trwałym stanie wegetatywnym, jak również zgodnie z prawem przerwać, a następnie nie dostarczać mu środków leczniczych, poza wyłącznie tymi, które podawane są w celu umożliwienia zakończenia życia i spokojnej śmierci, „z najwyższą godnością i przy odczuwaniu najmniejszego bólu oraz cierpienia”.

Lekarze prowadzący wyrazili pogląd, że nie ma żadnego pożytku z kontynuowania opieki medycznej, i że właściwe będzie przerwanie sztucznego karmienia oraz zaprzestanie innych środków mających na celu przedłużanie istnienia Anthony Blanda. Pogląd ten w pełni podzieliło dwóch niezależnych lekarzy konsultantów.

Przed urazem Anthony Bland nigdy nie ujawniał swoich życzeń na wypadek znalezienia się w takim stanie (jak zauważył Sąd „nie jest to temat, którym młodzież żywo się interesuje”).

Sprawa Blanda stanowiła pierwszy w Wielkiej Brytanii przypadek zgodnego z prawem przerwania podtrzymywania życia. Pięcioosobowy skład Izby Lordów jednomyślnie utrzymał w mocy wyrok wydający deklarację, o którą wnioskował szpital. Skrajny charakter przypadku usuwał wątpliwości zarówno co do całkowitego zaniku wyższych funkcji mózgu, jak co do nieodwracalności stanu. Sędziowie zastrzegli jednak, że gdyby pacjent zdradzał choćby najdrobniejsze przebliski świadomości, tworzyłoby to „niezerowy” bilans na rzecz utrzymania leczenia.

Sąd postawił sobie za zadanie rozstrzygnięcie zagadnienia, w jakich okolicznościach – o ile w ogóle jest to dopuszczalne – osoby mające obowiązek odżywiania osoby niepełnosprawnej mogą zgodnie z angielskim prawem je przerwać. Rozumowanie Sądu można streścić następująco¹¹⁰⁰:

Anthony Bland był pacjentem, wobec którego przez trzy i pół roku prowadzono leczenie wysoce inwazyjne, na które – jako niekompetentny – nigdy nie wyraził zgody. Nie pozostawił też żadnych wcześniejszych oświadczeń w tej sprawie, i jak się zdaje, w ogóle jej nie przewidywał. Sąd odniósł się do

¹¹⁰⁰ Zob. szerzej streszczenie wyroku z komentarzem: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 417–426.

praktyki stosowanej w większości jurysdykcji stanowych USA, według której, gdy pacjent jest niezdolny od wyrażania jakichkolwiek opinii na temat leczenia przedłużającego życie ani nie zostawił żadnych wyraźnych dyspozycji w tej sprawie, należy przeprowadzić „**test osądu zastępczego**” (*substitute judgment test*). Polega on na ustaleniu (jak w sprawie Quinlan), jaka byłaby decyzja samego pacjenta, gdyby był w stanie ją podjąć. **Test taki zdaniem Sądu opiera się jednak raczej na spekulacjach co do osobowości pacjenta, niż na dowodach.** Koncepcję tę Sąd odrzucił jako nieznajdującą oparcia w prawie angielskim, w Anglii obowiązuje bowiem precedens¹¹⁰¹, według którego niekompetentny pacjent ma być traktowany według **zobiektywizowanego kryterium najlepszego interesu.**

Leczenie i opiekę medyczną sprawuje się w celu przyniesienia korzyści pacjentowi. Korzyść taka może polegać na postawieniu diagnozy, zapobieganiu chorobie, lub – gdy ta już się pojawi – na podjęciu kroków mających ją wyleczyć lub złagodzić następstwa. Gdy ani choroba, ani jej skutki nie są uleczalne, wysiłki mają być kierowane ku zapobieganiu pogorszeniu lub łagodzeniu bólu i cierpienia. Powstaje pytanie, czy kontynuowanie leczenia i opieki, gdy od urazu upłynęły ponad trzy lata, przynoszą korzyść Anthony Blandowi, względnie czy leżą w jego najlepszym interesie.

Nie każde leczenie rokujące pewną skuteczność stanowi tym samym korzyść dla pacjenta. Jeśli np. u cierpiącego bóle pacjenta w stanie terminalnym, z zaawansowaną chorobą nowotworową ujawni się choroba współistniejąca, która może skrócić mu życie jeszcze bardziej, wówczas wykonanie poważnego zabiegu chirurgicznego w intencji leczenia tej drugiej choroby wcale nie musi leżeć w najlepszym interesie owej osoby, zwłaszcza że operacja może odbić się negatywnie na jakości życia. **W tych okolicznościach operowanie za wszelką cenę naruszałoby powszechne zasady humanitaryzmu.**

Pacjent kompetentny może w takiej sytuacji zawsze odmówić. Przyjęcie, że pacjent niekompetentny automatycznie musi być poddawany dowolnemu leczeniu „byłoby zadziwiające i prowadziło do skutków niekorzystnych i okrutnych”. Sąd podzielił następujący pogląd wyrażony w orzeczeniu Sądu Najwyższego stanu Massachusetts z 1977 r.¹¹⁰²: „Domniemanie, że niekompetentna osoba musi być poddawana czemuś, czemu odmówiłoby wiele osób rozumnych i inteligentnych, jest równoznaczne z degradacją statusu osób niekompetentnych przez uznanie ich mniejszej wewnętrznej wartości i wagi”.

¹¹⁰¹ *In re F* [1990] 2 AC 1

¹¹⁰² *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz* (1977) 370 NE 2d. 417, 428

W przeszłości sądy angielskie dokonywały trudnych i skomplikowanych sądów wartościujących na podstawie kryterium najlepszego interesu pacjenta, ważąc przewidywane konsekwencje zrealizowania leczenia z jednej strony i zaniechania go z drugiej¹¹⁰³. **W przypadku Anthony Blanda takie wrażenie zostało uznane za niemożliwe.** Jeśli leczenie i opieka byłaby kontynuowana, pacjent przeżyłby jeszcze jakiś czas, niczego jednak nie odczuwając. Jeśliby przerwać podtrzymywanie życia, pacjent również niczego by nie odczuł, a po pewnym czasie by umarł. **W kategoriach korzyści lub interesu pacjenta trudne, jeśli nie niemożliwe, byłoby sensowne porównywanie dalszego istnienia z jego brakiem.** Dla kogoś pozbawionego zarówno funkcji poznawczych i intelektualnych, jak perspektywy ich odzyskania, musi być kwestią zupełnie obojętną, czy żyje, czy umiera.

Najlepszy interes pacjenta, będącego w sytuacji Anthony Blanda, wymagał, by podłączyć go do systemu podtrzymywania życia tak szybko jak to konieczne, w celu dokonania dokładnej oceny jego stanu i rokowania na przyszłość. Początkowo może istnieć nadzieja, że nastąpi poprawa w stopniu pozwalającym pacjentowi na sensowne życie (*life that has some meaning*). Zdecydowana opinia lekarzy jest jednak taka, że jeśli pacjent z PVS nie wykazuje żadnych oznak poprawy po sześciu miesiącach, a najdalej po roku, nie ma szans by poprawa nastąpiła kiedykolwiek. Jeśli więc pacjent ani nie dozna poprawy wystarczającej, by odłączyć podtrzymywanie, ani nie umrze, **ostatecznie zawsze powstanie kwestia, czy należy go postawić w takim stanie na czas nieokreślony.**

Sztuczne podtrzymywanie życia jest czynnością daremną i bezużyteczną, która służy tylko sama sobie, ale nie osobie pacjenta. Daremność leczenia stanowi argument podstawowy, bo takie leczenie nie może realizować jakiegokolwiek interesu pacjenta. Jest ono ponadto wysoce inwazyjne. **Nadszedł więc czas, kiedy powstała po wypadku konieczność minęła; tym samym minęło uzasadnienie dla inwazyjnej opieki i leczenia, a po stronie lekarzy ustał obowiązek ich zapewnienia.**

Stwierdzenie, czy kontynuowanie leczenia i opieki przynosi pacjentowi z PVS jakiegokolwiek korzyści, jest co do zasady **zadaniem lekarzy prowadzących.** Kontrola sądowa w formie orzeczeń ustalających powinna być sprawowana ostrożnie, przynajmniej „póki problem nie obrośnie doświad-

¹¹⁰³ *In re F. (Mental Patient: Sterilization)* [1990] 2 AC 1; *In re J. (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1991] Fam. 33

czeniu i praktyką, które mogłyby zapobiec konieczności stosowania drogi sądowej w każdym przypadku”.

Powołane przez kuratora *ad litem* analogie, że zaprzestanie sztucznego karmienia jest równoważne z przecięciem liny wspinacza w górach lub z przedziurawieniem przewodu doprowadzającego powietrze dla nurka, należy uznać za nietrafne. W przypadku pacjenta w PVS nie ma problemu „czy lekarz ma aktywnie zabić pacjenta”, lecz czy powinien nadal wykonywać leczenie lub opiekę, które mogłyby utrzymać go przy życiu.

Rozważana jako kontrargument zasada świętości życia nie została uznana za zasadę absolutną: pierwszeństwo nad nią ma przede wszystkim zasada szacunku dla autonomii. **Jeśli dorosły i przy zdrowych zmysłach pacjent odmawia poddania się leczeniu, choćby w sposób nierozsądny odrzucał leczenie ratujące życie, porządek prawny to akceptuje.** Nie ma więc też absolutnej zasady, że życie pacjenta – niezależnie od okoliczności – musi być przedłużane poprzez leczenie lub opiekę, o ile tylko są one dostępne. W tym zakresie lekarski obowiązek działania w najlepszym interesie pacjenta ulega stosownemu ograniczeniu.

Pozostało do rozważenia, czy zaprzestanie podtrzymywania życia nie stanowiłoby przestępstwa. Z literatury przedmiotu wynika, że zaprzestanie podtrzymywania życia należy prawidłowo sklasyfikować jako zaniechanie. Jakkolwiek użycie określenia „zaniechanie” może się wydawać nieadekwatne, gdy przerwanie podtrzymywania życia wymaga pewnego kroku aktywnego typu naciśnięcie guzika, jednak **w kontekście podtrzymywania życia przerwanie procedury nie różni się od jej niezainicjowania.**

W prawie angielskim zabójstwo z litości podlega kwalifikacji prawnej jako morderstwo, także jeśli popełnione jest przez lekarza. Oceny nie zmienia ani zgoda, ani żądanie ofiary. W tym przypadku przyjmuje się, że interes państwa w ochronie życia wyjątkowo przeważa nad autonomią pacjenta. Zarówno w przypadku morderstwa, jak pomniejszych przestępstw, prawo angielskie i inne systemy *common law* uznają jednak **ostre rozróżnienie na działania i zaniechania**. Działanie skutkujące śmiercią, popełnione w zamiarze zabicia i bez legalnego usprawiedliwienia, automatycznie stanowi morderstwo. Jednak połączone z tym samym skutkiem i zamiarem zaniechanie – nie jest przestępstwem w ogóle. Wyjątkiem jest tylko sytuacja, w której sprawca zaniechania pozostawał w takiej relacji z ofiarą, że miał obowiązek działania zapobiegającego śmierci. Jest jednak do chwili obecnej dość niejasne, w jakich okolicznościach należy przyjmować istnienie takiego obowiązku.

Reasumując, chociaż zakończenie życia nie leży w najlepszym interesie Anthony Blanda, zniknął też interes w utrzymywaniu go przy życiu, a wraz z nim ustało uzasadnienie dla stosowania leczenia bez zgody pacjenta. Skoro zaś nie ma już obowiązku żywienia i nawadniania, zaniechanie tego nie może być przestępstwem.

Kluczowym elementem orzeczenia było rozróżnienie na działania i zaniechania oraz stwierdzenie, że przerwanie leczenia podtrzymującego życie należy traktować jako zaniechanie, nawet jeśli wykazuje pozory działania. To ostatnie może się wydawać problematyczne, gdyż wiele osób ma skłonność, by sprowadzać problem do przysłowiowego „naciśnięcia guzika”, czy „wyciągnięcia wtyczki”. Są to według Sądu sformułowania mylące. Zaprzeszanie sztucznego karmienia nie wymaga wyjęcia rurki; wystarczy nie podawać nią pożywienia. Usunięcie jej tylko incydentalnie towarzyszy zaniechaniu odżywiania. Nie stanowiłoby też ono przyczyny śmierci, gdyż to nie rurka podtrzymuje życie, ponieważ bez dostarczanej przez nią żywności nie znaczy nic. Istotą zaprzestania sztucznego karmienia nie jest „wyjęcie rurki”, lecz to, że pacjentowi nie podaje się pokarmu. **Identycznie należy oceniać inne sposoby leczenia podtrzymującego życie.** Aparatura medyczna jest tylko narzędziem uruchamianym przez decyzję lekarza. Jeżeli w ramach nazywanej podstawowym podtrzymaniem życia, zwykłej resuscytacji krążeniowo-oddechowej, lekarz wykonuje pacjentowi sztuczne oddychanie na przemian z masażem serca i w pewnej chwili przerywa czynności – to od tego momentu mamy do czynienia z zaniechaniem. Jeżeli zaś zapewnia pacjentowi oddychanie przy użyciu respiratora – ocena nie powinna się zmienić tylko dlatego, że maszynę zatrzymuje się przez naciśnięcie guzika. Istotę problemu stanowi fakt, że funkcja oddychania nie jest wykonywana. Dopiero wyłączenie maszyny przez osobę postronną wolno traktować jako działanie, ponieważ dla takiej osoby respirator nie jest „narzędziem przedłużającym rękę”. Z wywodów Sądu da się wyprowadzić myśl, którą można roboczo nazwać „**doktryną przedłużenia ręki lekarza**”¹¹⁰⁴.

W sprawie Blanda sąd nie udzielał zezwolenia zastępczego ani nie pozwał działać przedstawicielom ustawowym¹¹⁰⁵. Wnioskodawcami w sprawie byli lekarze i decyzja miała należeć do nich. Wyrok sądu tylko informował o treści prawa angielskiego i wynikających z tego uprawnieniach oraz obo-

¹¹⁰⁴ Zob. komentarz do wyroku: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 415.

¹¹⁰⁵ Ta druga możliwość, określana mianem jurysdykcji *parens patriae*, od 1960 r. nie odnosi się w Anglii do dorosłych niekompetentnych umysłowo, a tylko do małoletnich.

wiązkach. Pośrednio zapewniał lekarzom bezpieczeństwo prawne, zatem można go uznać za odpowiednik polskiego powództwa o ustalenie prawa.

Omówione trzy modele decyzyjne są jednocześnie trzema modelami legitymacji w sprawie:

- przedstawiciel ustawowy nie ma żadnych samodzielnych uprawnień, a tylko reprezentuje prawa podopiecznego (*Quinlan*);
- przedstawiciel nie może działać w braku formalnego upoważnienia przez dorosłego pacjenta, aczkolwiek wcześniejsze intencje osoby niekompetentnej mogą być odtwarzane innymi środkami dowodowymi, byle tylko przekaz od pacjenta był jasny i przekonujący (*Cruzan*);
- decyzja należy do lekarzy, którzy sporządzą bilans korzyści i obciążeń dla pacjenta; wynik „zero” upoważnia do zaprzestania interwencji medycznej i nie stanowi przestępstwa (*Bland*).

W warunkach polskich trudno przewidzieć, czy większe szanse uzyskania wyroku decydującego o zaprzestaniu podtrzymywania życia dawałoby powołanie się na ochronę dóbr osobistych, względnie godności ludzkiej pacjenta, czy na jego dobro jako osoby pozostającej pod kuratelą. Skuteczna ochrona dóbr osobistych wymagałaby potwierdzenia, że w powszechnej opinii sztuczne podtrzymywanie czynności życiowych stanowi niedopuszczalną ingerencję w czyjąś prywatność; nie do przyjęcia, inaczej mówiąc – bezprawną, ale przy niepoznawalnej woli głównego zainteresowanego. Uchybienie godności – stwierdzenia, że pozostawanie w stanie wegetatywnym bez szans na poprawę czyni takie trwanie niegodnym człowieka w świetle obrazu, jaki sobą przedstawia. Powołanie się przez kuratora na dobro niewłasnowolnego i interes społeczny pociągałoby za sobą konieczność interpretacji, że dla pacjenta lepiej, by pozwolić mu spokojnie umrzeć niż niepotrzebnie maltretować jego bezwładne i bezświadome ciało. Pojęcie „dobra” kłóci się wszakże pod względem semantycznym z decyzjami prowadzącymi do śmierci, nawet jeżeli interpretacja doktrynalna sprowadza dobro do ważenia interesów. Bardziej przejrzystym rozwiązaniem *de lege ferenda* byłoby wprowadzenie również nieostrego, ale bardziej adekwatnego do stanów wyłączenia świadomości oraz innych stanów niekompetencji – pojęcia „bilans korzyści i uciążliwości doznawanych przez pacjenta” i włączenie go do przepisów regulujących zgodę zastępczą w ustawie lekarskiej oraz w ustawie o prawach pacjenta.

Nie ulega wątpliwości, że najlepszym źródłem informacji o intencjach pacjenta jest on sam, pod tym względem więc rację miał Sąd Najwyższy Missouri. Brak danych prowadzi tam jednak do sytuacji patowej. Zapobiega to wprowadzie nadużyciom ze strony członków rodziny, ale nie rozwiązuje

kwestii, tylko odkłada ją *ad calendas Graecas*. Pozostawia sprawę w stanie poprzednim wraz z nadzieją, że problem rozwiąże się sam (czyli pacjent pomimo wspomagania umrze) lub w bliżej nie określonej przyszłości medycyna znajdzie sposób leczenia.

Nie jest moim zdaniem właściwe oddawanie przez sąd ostatecznej decyzji w ręce przedstawiciela ustawowego – nawet jeżeli ma on być wykonawcą praw samego pacjenta; a już zwłaszcza, gdy byłby on jeszcze zobowiązany do skonsultowania się z resztą rodziny. Takie podejście próbuje uwzględnić zbyt wiele czynników i to w większości irrelevantnych, na czele ze stanowiskiem członków rodziny. Powierzenie decyzji jednej osobie nie zdoła wyłączyć jej osobistych odczuć, w sposób nieunikniony rzutujących na spekulacje w sprawie rzekomych zapatrywań samego pacjenta. Brak zgody ze strony „rodziny” doprowadzi z kolei do konfliktu i uniemożliwi podjęcie decyzji.

Powinno być odwrotnie: decyzję przedstawiciela ustawowego kontroluje sąd. Zadaniem lekarzy jest natomiast przygotować bilans do oceny dla przedstawiciela ustawowego i dla sądu. Samym lekarzom także nie powinna być powierzana decyzja, ponieważ grozi to nieuzasadnioną supremacją poglądu lekarzy. Nieuzasadnioną, ponieważ decydować powinien pacjent, zaś lekarz – tylko dostarczać informacji. Pacjent jednak nie może – zastępuje go przedstawiciel ustawowy, teoretycznie wytypowany jako najlepszy reprezentant interesów osoby niekompetentnej. Jemu także nie wolno decydować „po swojemu” i dlatego kontroluje go sąd. Sąd jednak, przynajmniej na gruncie prawa polskiego, nie ingeruje, o ile strona medyczna nie wystąpi z wnioskiem o przełamanie decyzji przedstawiciela ustawowego.

Odtworzony osąd własny pacjenta może służyć jako wyznacznik ochrony dochodzonej zarówno przez przedstawiciela ustawowego, jak przez sąd z urzędu. Nie każdy dorosły obywatel wykazuje się jednak taką zapobiegliwością, nie każdy ma skryształizowaną opinię i nie każdy zdąży ją zakomunikować. Jak zauważyła Izba Lordów w sprawie Blanda „nie jest to temat, którym młodzież żywo się interesuje”. W postępowaniu dowodowym ojciec Blanda powiedział: „on na pewno nie chciałby zostać pozostawiony w takim stanie”. Ale jest to zapatrywanie subiektywne. Z kolei rodzice Terri Schiavo, w celu zablokowania działań jej męża jako opiekuna, formułowali osąd zastępczy, że ich córka jako żarliwa katoliczka nigdy nie zgodziłaby się zejść ze świata wbrew nakazom wiary. W gruncie rzeczy każdy osąd osoby trzeciej jest uwarunkowany jej własnymi preferencjami. Odtwarzanie hipotetycznych poglądów niekompetentnego pacjenta sprowadza się do gdybania (co by było gdyby zainteresowany mógł się wypowiedzieć...) – niezależnie od tego, czy

ma się wypowiadać najbliższa rodzina, czy obcy i niezależny sąd. Wśród dóbr osobistych są moim zdaniem takie, których literalnie rzecz biorąc osoba trzecia reprezentować nie może, bo na przeszkodzie stoi brak danych. Tak jest na przykład z prawem do prywatności. Sąd Najwyższy New Jersey uznał, że podtrzymywanie czynności oddechowej za pomocą respiratora stanowi niedopuszczalną ingerencję w prywatność Karen Ann Quinlan. Wówczas jednak pacjent niewłasnowolny pozostałby bez ochrony, więc na zasadzie w gruncie rzeczy fikcji Sąd pozwolił działać ustanowionemu opiekunowi.

Kryterium najlepszego interesu ma charakter zobiektywizowany i przez to lepiej nadaje się do zastosowania. Ono jednak też nie jest niezawodne, ponieważ porównywanie życia w stanie wegetatywnym z niepozostawianiem przy życiu w ogóle jest trudne do uchwycenia ze względu na brak jakiegokolwiek wspólnego mianownika.

W sprawie Terri Schiavo sąd odwołał się wprost do kryterium jakości życia pacjenta w takim stanie. Jakość życia wymaga sporządzenia bilansu i w praktyce da się sprowadzić do analizy interesów, z uwzględnieniem też subiektywnych preferencji, o ile okażą się możliwe do wykazania. Jak zwracają uwagę Beauchamp i Childress, „oszacowanie jakości życia” nie odnosi się do wartości społecznej jednostek (w szczególności nie promuje opozycji „pożyteczny” – „niepożyteczny”), tylko **do ich życia indywidualnego**¹¹⁰⁶. Ocenia się wartość, jaką ma życie dla niego samego, a nie dla ogółu. Inaczej mówiąc, bilansuje się, jakie korzyści ta konkretna osoba odnosi z faktu pozostawiania przy życiu. Problematiczne jest tylko określenie „najlepszy interes” wobec pacjenta bez funkcji poznawczych i intelektualnych. Chodzi tu raczej o wyważenie wszystkich korzyści i uciążliwości. Izba Lordów w sprawie Blanda opowiedziała się za przerwaniem podtrzymywania życia, gdy bilans daje wartość mniejszą lub równą zeru. Dopiero bilans dodatni przemawiałby za utrzymywaniem interwencji medycznych. Jest to podejście w kierunku jakości życia, utylitarystyczne: co komu z życia, którego w ogóle nie odczuwa, nie mówiąc już o uświadamianiu go sobie. Jeśli komuś wszystko jedno – żyje czy nie – w gruncie rzeczy nie ma po co go przy tym życiu utrzymywać. Natomiast orędownik świętości życia uważa fakt pozostawiania przy życiu za wartość samą w sobie. Nancy Cruzan też nie czuła, że żyje, ale w braku konkretnych (pochodzących tylko od niej samej) informacji przeciwko podtrzymywaniu życia (lub formalnego upoważnienia udzielonego ustanowionemu

¹¹⁰⁶ T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 193.

powiernikowi) – należy ją w tym stanie utrzymywać i cieszyć się satysfakcją moralną z faktu uniknięcia pomyłki o nieodwracalnych skutkach.

Również kryterium powszechnej reakcji otoczenia zalicza się do zobiektywizowanych. Sąd Najwyższy New Jersey odwoływał się do niego w sposób bardzo wyraźny, jako do uzasadnienia dla pozostawienia wolnej ręki opiekunowi. Opiekun zdaniem Sądu zmierzał do osiągnięcia tego samego, czego większość społeczeństwa chciałaby dla swych bliskich będąc na jego miejscu. Okazało się co innego. W Polsce jak sądzę takiej powszechnej reakcji otoczenia raczej nie da się stwierdzić, ponieważ temat przerwania podtrzymywania życia w stanie wegetatywnym nie jest przedmiotem ani wszechstronnych debat publicznych, ani prac prowadzonych przez obdarzone autorytetem moralnym ciała kolegialne w tym celu powołane. U nas kwestie te zamiata się pod dywan, a ewentualne dyskusje ucina pomawianiem o zamiar zabójstwa i umiejętnym budowaniem nastroju grozy wokół eutanazji.

Według Marcina Śliwki „Niewątpliwą wadą testu obiektywnego może być podjęcie decyzji w oparciu o kryterium jakości życia. Zagrożenie to odpada w przypadku testu subiektywnego, gdzie podmiot podejmujący decyzję stara się w maksymalnym stopniu odtworzyć wolę pacjenta (jaka by ona nie była)”¹¹⁰⁷. Charakterystyczne, iż obiektywizacja odniesień została przez Autora uznana za *niewątpliwą* wadę z powodu samego odwołania się do kryterium jakości życia. To jasne, że najbardziej miarodajne jest odtworzenie rzeczywistej woli pacjenta, ale organ decyzyjny nie zawsze dysponuje dostatecznymi danymi. Największe ryzyko pomyłki powstaje zaś przy poprzestaniu na teście osądu zastępczego, którego nacechowanie subiektywnymi odczuciami zastępcy prawnego jest niemożliwe do wyodrębnienia.

Życie jednostki jest dobrej jakości, gdy analiza jej interesów: korzyści, obciążeń i uciążliwości pozwala stwierdzić, że ona (a nie ktoś inny) czerpie z tego życia odczuwalną korzyść. Tak powinno się rozumieć jej najlepiej pojęty interes, przy uwzględnieniu czynników indywidualnych oraz – o ile są znane – subiektywnych preferencji. Kryterium jakości życia według najlepiej pojętego interesu nie ma charakteru uniwersalnego dla wszystkich. Jest użyteczne tylko wówczas, gdy zachowanie życia wymaga medycznego podtrzymywania lub zabiegów o dużej inwazyjności, zaś sam zainteresowany nie ma dostatecznej kompetencji do samodzielnego podjęcia decyzji.

¹¹⁰⁷ M. Śliwka: *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, wyd. II, Toruń 2010, s. 367.

Dyspozycje w sprawach „życia i śmierci”

W tych państwach i w stanach USA, które dopracowały się aktów prawnych w rodzaju *Living Will Act*¹¹⁰⁸, do dyspozycji obywateli istnieją instytucje prawne przeznaczone do precyzowania własnych preferencji dotyczących leczenia na wypadek popadnięcia w stan utraty świadomości. Ich celem jest zapewnienie możliwości co do wyrażenia woli w sprawie dalszego istnienia lub przeciwnie – przerwania go w sytuacji, gdy wymagałoby to interwencji w organizm uważanych przez głównego zainteresowanego za nie do przyjęcia. Może to być tzw. uporczywa terapia, inna terapia o wysokiej inwazyjności, konkretny zabieg sprzeczny z uznawanymi wartościami (np. przetoczenie krwi), ratowanie po próbie samobójczej lub inna interwencja medyczna, której niedokonanie lub zaprzestanie z dużą dozą prawdopodobieństwa zakończy się śmiercią pacjenta. Jak podaje Marek Wichrowski, koncepcja *living will* ukształtowała się pod wpływem pojawienia się w latach 50 i 60 nowych sposobów leczenia, poczynając od użycia respiratora, przez zastosowanie cytostatyków w onkologii, po próby leczenia pacjentów w stanie wegetatywnym, a to wszystko w zestawieniu z „imperatywem szpitalnym” w etyce lekarskiej, który nakazywał ratowanie życia niezależnie od woli oraz stanu pacjenta. Tym sposobem rosła grupa pacjentów, którym przedłużano życie w cierpieniu, zwłaszcza że wówczas nie potrafiono jeszcze skutecznie uśmierzać bólu¹¹⁰⁹. Inaczej mówiąc, testamenty życia narodziły się z niechęci pacjentów wobec koncepcji etycznej ratowania ich życia za wszelką cenę.

Można zarzucać Sądowi Najwyższemu Missouri w sprawie Nancy Cruzan stanowisko zachowawcze lub uchylanie się od jednoznacznego rozstrzygnięcia. Stan Missouri ma jednak tę niezaprzeczalną przewagę nad naszym systemem prawnym, że dysponuje konkretną regulacją ustawową. W kwestii podtrzymywania życia w stanie wegetatywnym jest wiele niewiadomych faktycznych i dlatego w Polsce niektórzy ludzie próbują brać sprawy w swoje ręce przez formułowanie deklaracji na przyszłość, na wypadek popadnięcia w stan niekompetencji. Charakterystyczne i raczej powszechnie znane jest stanowi-

¹¹⁰⁸ Większość stanów ustanowiła stosowne akty prawne w wykonaniu przyjętego 1.XII.1991 r. federalnego aktu prawnego *The Patient Self Determination Act (PSDA)*, który określa tylko konieczne składniki *living will*. Za: M. Wichorowski: *Testament życia a odpowiedzialność moralno-prawna lekarza*, [w] *Bioetyka w zawodzie lekarza*, red. W. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010 s. 36.

¹¹⁰⁹ Za: M. Wichorowski: *Testament życia...*, s. 32

sko świadków Jehowy: nieprzejdany opór wobec korzystania z cudzej krwi. Aby uniknąć wiecznego potępienia, wyznawcy sporządzają specjalne deklaracje na piśmie i noszą je stale przy sobie. Niektórzy zawieszają nawet na szyi. Z kolei wśród zapalonych motocyklistów znana jest metoda polegająca na przeciągnięciu specjalnej linki, która w razie poważnego wypadku motocyklowego uśmierci kierowcę na miejscu. Trudno powiedzieć, ile jest w tym fanfaronady, a ile rzeczywistej obawy przed niemożnością zadecydowania o rozstaniu z powypadkową vegetacją.

Za granicą stosuje się ustawowo określone deklaracje antycypowane, znane szerzej pod nazwą testamentu życia¹¹¹⁰. Możliwe jest tam również ustanowienie *pro futuro* powiernika dla decydowania w zastępstwie. Wszystkie tego rodzaju oświadczenia składane są ze skutkiem na przyszłość i na wypadek popadnięcia w stan niekompetencji. Przeważnie obejmują swą treścią sprzeciw wobec niektórych form terapii: uporczywego podtrzymywania życia, procedur zapewniających utrzymanie życia w stanie wegetatywnym, zaniechania resuscytacji (tzw. DNR: *do not resuscitate*), przetaczania krwi. W ten sposób deklarujący skutecznie zapobiega w swoim mniemaniu sytuacji, gdy utrata kompetencji faktycznie pozbawi go autonomii.

Ustanowienie pełnomocnika ma te same mankamenty, co test osądu zastępczego: nie gwarantuje pełnego urzeczywistnienia woli mocodawcy. Pełnomocnik pozostający w bliskiej relacji osobistej z autorem oświadczenia ma tę przewagę, że dobrze go zna i łatwiej mu odtworzyć jego prawdopodobną wolę. Ma jednak i wadę: posiada w sprawie subiektywne odczucia i opinie, zdolne przeważać nad zapatrywaniami reprezentowanego. Pełnomocnik profesjonalny – np. adwokat – nie ma w sprawie żadnych osobistych interesów ani subiektywnego nastawienia, jego zadaniem jest więc jedynie kierować się pozostawionymi wytycznymi – o ile te okażą się dostatecznie precyzyjne. W Polsce ustanowienie pełnomocnika w sprawach czynności medycznych należy *de lege lata* uznać za niedopuszczalne, ponieważ ustanawianie pełnomocników w sprawach ściśle osobistych wymaga wyraźnych regulacji. Wskazana w art. 95 § 2 k.c. właściwość czynności prawnej może stanąć na przeszkodzie dokonaniu jej przez pełnomocnika, a kwalifikacja prawna deklaracji *pro futuro* przy braku unormowania nie jest jednoznaczna. Ponadto trudno byłoby określić zakres umocowania tak, by uniknąć zarzutu, że pełnomocnik go przekracza. Wreszcie, co najważniejsze: prawo medyczne

¹¹¹⁰ Zob. przegląd ustawodawstwa obcego – M. Śliwka: *Prawa pacjenta...*, s. 358–361.

posiada własne przepisy dotyczące udziału osób trzecich w procesie decyzyjnym pacjenta, wśród których nie ma możliwości powołania powiernika czy pełnomocnika *pro futuro*. Zatem wywodzenie analogii z kodeksu cywilnego byłoby moim zdaniem nieuprawnione. Można próbować sobie z tym poradzić jedynie w ten sposób, by pozostawić oświadczenie o wskazaniu kandydata na kuratora w razie popadnięcia w stan niekompetencji i mieć nadzieję, że sąd weźmie taki postulat pod uwagę.

Wskazówki pozostawione przez chorego mogą okazać się nieścisłe, co pociąga za sobą ryzyko niewłaściwej interpretacji. W sprawie *Evans v. Bellevue Hospital*¹¹¹¹ z 1987 r. pacjent pozostawił dwa dokumenty: pierwszym było upoważnienie dla adwokata do podejmowania w jego imieniu decyzji medycznych. Drugi dokument zawierał w swej treści odrzucenie terapii podtrzymującej życie na wypadek „choroby, schorzenia czy rany lub gdyby umysł jego uległ degeneracji bez jakiegokolwiek racjonalnej nadziei na poprawę i przywrócenie dobrej jakości życia”¹¹¹². Pacjent popadł w stan niekompetencji z powodu uszkodzenia mózgu spowodowanego toksoplazmozą. Wskazany w drugim dokumencie opiekun, będący krewnym pacjenta, odmówił zgody na leczenie z powołaniem się na wyrażoną tam wolę. Lekarze, a za nimi sąd, uznali jednak, że sytuacja nie wypełnia znamion wymienionych w powołanej deklaracji woli, ponieważ choroba była w zasadzie uleczalna, a proponowana terapia mogła przywrócić zdolność komunikowania się z otoczeniem.

Regulacja ustawowa wykazuje tę przewagę, że nadaje deklaracjom antycypowanym określone ramy prawne. Dochowanie owych wymagań przez konkretną osobę świadczy o stanowczości powziętego zamiaru. Pod tym względem odtwarzanie przekonań wyrażonych nieformalnie jest bardziej kłopotliwe i obarczone wątpliwościami. Dyspozycje w sprawach życia i śmierci mają duży ciężar gatunkowy, a brak regulacji grozi niepewnością w interpretowaniu. W tym kontekście podnosi się następujące kwestie: czasu ważności oświadczenia, oceny zdolności do podejmowania decyzji, wystarczającego rozeznania, poinformowania o skutkach zdrowotnych, odwołalności, dobrowolności, autentyczności oraz zachowania odpowiedniej formy. W świetle tylu wątpliwości jak najbardziej celowe byłoby unormowanie deklaracji antycypowanych w kierunku pewnego rygoryzmu, jak to ma miejsce w odniesie-

¹¹¹¹ *In the Matter of the Application of John Evans against Bellevue Hospital*, Sąd Najwyższy Stanu New York, No 16536/87 (1987), za: T.L. Beauchamp, J.F. Childress: *Zasady etyki medycznej*, s. 189.

¹¹¹² *Ibidem*.

niu do rozrządzeń majątkowych, czyli testamentów. Na ten luksus przyjdzie nam jednak poczekać, zwłaszcza że kwestia „testamentów życia” przyciąga dezaprobującą uwagę zwolenników zasady świętości życia i wrzucana jest do jednego worka z eutanazją¹¹¹³.

Jako zalety dyspozycji *pro futuro* wymienia się: poszanowanie prawa pacjenta do odmowy terapii (w szczególności uporczywej), zdjęcie z lekarza odpowiedzialności co do przypadków kontrowersyjnych, umożliwienie każdemu pacjentowi działania zgodnego z jego światopoglądem, wzmocnienie potrzeby rozumienia współczesnej medycyny¹¹¹⁴. Jako wady – brak elastyczności wobec dynamiki choroby lub urazu (np. co do możliwości rozszerzenia pola operacyjnego); niemożność uwzględnienia ewentualnej zmiany zapatrywania pacjenta wobec ujawnienia się nowych okolicznościach klinicznych; konfrontację kategorycznych sformułowań uprzednio przygotowanego tekstu z faktycznie niestabilną wolą pacjenta przytomnego, ale w stanie splątania¹¹¹⁵.

Pomimo braku unormowania ustawowego, Polska jako sygnatariusz Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny¹¹¹⁶ staje wobec potrzeby odniesienia się do zawartego tam postanowienia: „Należy brać pod uwagę wcześniej wyrażone życzenia osoby zainteresowanej co do interwencji medycznej, jeżeli w chwili jej przeprowadzenia nie jest ona w stanie wyrazić swojej woli” (art. 9). Deklaracja wypowiada się bardzo ostrożnie i bez przesądzania, jaki kształt prawny miałyby przybierać owe *branie pod uwagę*. W zakresie regulacji ustawowych lub interpretowania już istniejących przepisów (bądź ich braku – jak u nas) nie ma jednak miejsca na ostrożność: kwestia wymaga przesądzenia na zasadzie „wóz albo przewóz”; potrzebne jest jednoznaczne rozstrzygnięcie – można czy nie można traktować ich jako wiążące. **Gdyby uznać, że brak rodzi-mej regulacji jest równoznaczny z zakazem – autonomia pacjenta kończyłaby się zawsze z chwilą utraty przytomności.** Istniałaby zatem grupa pacjentów dorosłych, sprawnych umysłowo, a jednocześnie całkowicie pozbawionych autonomii. Ten sam pacjent, dopóki przytomny – dysponowałby pełną autonomią. W ten sposób fizyczna niemożność porozumienia: zakomunikowania i otrzymania odpowiedzi pociągałaby za sobą uchylenie autonomii, a jednocześnie pacjent nie miałby żadnej możliwości przeciwdziałania temu

¹¹¹³ Tak właśnie zrobiła M. Świdorska, *Zgoda pacjenta...*, s. 210.

¹¹¹⁴ M. Wichrowski: *Testament życia...*, s. 36

¹¹¹⁵ Ibidem, s. 37.

¹¹¹⁶ Tekst wg M. Safjan: *Prawo i medycyna.*, s. 265 (Załączniki).

z wyprzedzeniem. Pytanie, czy to jest to, o co nam chodzi i jak to by się miało do zasady podejmowania przez pacjentów decyzji o leczeniu w sposób autonomiczny i nieskrępowany. Stany utraty kompetencji mogą być przejściowe lub trwałe, ale brak kontaktu logicznego – niezależnie od przyczyny i czasu trwania – nie może pozbawiać osoby dawniej kompetentnej suwerennego decydowania we własnych sprawach również zdrowotnych. Skoro wolno na wypadek śmierci rozrządzić majątkiem („...będąc w pełni władz fizycznych i umysłowych”), pozbawienie takiej możliwości co do sposobu leczenia na wypadek utraty kompetencji godziłoby w prawo do prywatności. Brak ustawowej regulacji nie stanowi usprawiedliwienia. Jeżeli ustawodawca okazuje się w tej sprawie trwale niewydolny – obywatele mają prawo indywidualnie chronić swą prywatność i autonomię w sprawach osobistych, o ile prawo ich wyraźnie nie ogranicza.

1. Czas ważności deklaracji. Rozrządzenia majątkowe na wypadek śmierci są w naszym prawie skuteczne aż do odwołania. Testament wolno odwołać w dowolnym momencie i bez ograniczeń. Pytanie, czy wobec tego istnieje uzasadnienie dla obwarowywania okresem ważności „testamentu” w sprawie woli życia. Za granicą znane są takie rozwiązania prawne, które po upływie ustawowego terminu wymagają przedłużenia deklaracji *pro futuro*. Nas to ograniczenie nie obowiązuje. Wątpliwość, czy autor przypadkiem nie zmienił zdania, można podnieść również co do innych jednostronnych i odwoalnych oświadczeń. Jeżeli jednak o odwołaniu nic nie wiadomo, trzeba uznać oświadczenie za wiążące. W szczególności dotyczy to pełnomocnictwa. Od pełnomocników odbiera się dla pewności zapewnienia, że mocodawca nie zmienił zdania. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, ażeby mocodawca sam obwarował pełnomocnictwo terminem ważności, nie ma również ograniczeń w odwołaniu pełnomocnictwa przed tym terminem. Decyzje zdrowotne, zwłaszcza te z gatunku „życia i śmierci”, wzbudzają atawistyczne lęki, ale u odbiorców, a nie u autorów – i próby podważania ich w celu „ochrony” deklarującego są w istocie emanacją własnych strachów. Ten, kto zdecydował się na taką deklarację, najwyraźniej miał swoje powody i wiedział, co robi. Sprzeciw na przyszłość jest z założenia działaniem długofalowym. W razie zmiany zdania, wystarczy po cichu zniszczyć dokument. Natomiast konieczność przedłużenia terminu ważności wymusza ponowny namysł, z tego powodu zatem jest warta rozważenia. Niemniej w aktualnym braku prawa deklaracja *pro futuro* nie może być kwestionowana ze względu na datę.
2. Zdolność do podejmowania decyzji. Dostateczne rozeznanie. Antycypacja może być obarczona wadą przeteoretyzowania i niedostatecznej

świadomości co do powagi sytuacji. Sprzeciw zadeklarowany na wypadek utraty kompetencji wskutek hipotetycznego urazu może nie wytrzymać konfrontacji z bezpośrednim zagrożeniem, gdy pacjentowi rzeczywiście śmierć zajrzy w oczy. Zawsze jest szansa, że jednak zgodzi się na ratunek, a jeśli stracił przytomność zanim to nastąpiło – może po prostu nie zdążył swej zgody zakomunikować? Powstaje wątpliwość, czy sprzeciw sporządzony w bezpiecznym zaciszu wolno uznać za niewątpliwy. Autor deklaracji działa jednak ze świadomością, że nie będzie odwrotu; nie impulsywnie, tylko właśnie z pełnym rozeznaniem konsekwencji. Ryzyko zmiany zdania w obliczu prawdziwego zagrożenia oświadczający w sposób przemyślany bierze na siebie. Nie musi przecież tego robić. Ma wolną wolę tak w zakresie sporządzenia, jak niesporządzenia deklaracji.

Działanie wbrew instynktowi samozachowawczemu nie przesądza też samo w sobie o zaburzeniach umysłowych. Fakt, że na udowodnienie, iż sporządzający deklarację *pro futuro* nie był w danym momencie przy zdrowych zmysłach, nie będzie raczej czasu, a zaniechanie leczenia spowoduje skutek nieodwracalny. Tak samo zaburzony może być jednak pacjent przytomny. Różnica tylko taka, że udowodnienie jego braku kompetencji będzie łatwiejsze w bezpośredniej styczności niż na podstawie gotowego tekstu. Obalanie rozrządzeń testamentowych może ciągnąć się latami, gdy nieboszczykowi i tak już wszystko jedno, bo życia mu to przecież nie wróci. Natomiast niebudzący wątpliwości „testament życia” jest w praktyce nie do podważenia. Każdy lekarz, który go zakwestionuje, może tylko powoływać się na mniejsze zło w porównaniu z ryzykiem błędnego odczytania. Z tego punktu widzenia lepiej byłoby w takim razie deklaracji *pro futuro* na wszelki wypadek zakazać. Wówczas jednak autonomia ogółu zostałaby poświęcona wobec ochrony części populacji dotkniętej zaburzeniami świadomości. Użytecznym rozwiązaniem mogłoby być sporządzanie deklaracji w obecności świadków, którzy swoimi podpisami potwierdzaliby właściwy stan umysłowy autora. Nie dysponujemy jednak regulacją prawną. Deklaracja spisana bez świadków może tylko wzbudzać większe wątpliwości co do kondycji psychicznej delikwenta.

3. Poinformowanie o skutkach zdrowotnych. Rozeznana zgoda na świadczenie zdrowotne wymaga uprzedniego podania kompletu informacji. Było już podnoszone, iż ewentualny obowiązek przyjęcia ich przez pacjenta wyrażającego sprzeciw godziłby w autonomię. Rezygnacja z poinformowania jest dobrym prawem pacjenta wyrażającego zgodę na

leczenie. Wzbudza jednak opory wobec pacjenta odmawiającego. Stan poinformowania przy sprzeciwie *pro futuro* jest niemożliwy do ustalenia.

Sprzeciw ten nie musi jednak mieć przyczyny i nie musi być w żaden sposób zracjonalizowany. Wymaganie od oświadczeń tego rodzaju, by podobnie jak zgoda, były składane w warunkach pełnego poinformowania – stanowiłoby niemożliwość. Była już mowa, że instytucja rozeznanej zgody jest gwarancją dla autonomii pacjenta, natomiast jakiekolwiek wymagania dodatkowe stawiane wobec sprzeciwu byłyby faktycznymi (i prawnymi) ograniczeniami tej autonomii – ponieważ adresat sprzeciwu zyskiwałby w ten sposób instrument podważenia skuteczności sprzeciwu. Ewentualne wyjaśnienia dodatkowe nie mogą stanowić kryteriów wiarygodności sprzeciwu. Tylko na pozytywne oświadczenie pacjenta potrzebna jest wiedza, czego ono dotyczy. Oświadczenie *pro futuro*, które w praktyce przybiera postać sprzeciwu, po prostu nie ma jak spełnić kryterium dostatecznego poinformowania, ponieważ jest to postulat nie-realizowalny z przyczyn czysto technicznych, a spełnienie takiego wymagania – nieweryfikowalne. Zgody udziela się w określonej, konkretnej sytuacji. Sprzeciw *pro futuro* jest antycypacją i w związku z tym może odnosić się do wskazanych technik leczenia generalnie tylko, „na wypadek gdyby”. Jednocześnie ów wypadek w chwili wyrażania sprzeciwu mało kiedy mógłby być określony precyzyjnie. Sprzeciwy *pro futuro* są zatem w zasadzie asymetryczne wobec oświadczeń pozytywnych, czyli w sprawie wyrażenia zgody. O ile prawdziwie autonomiczna zgoda nie miałaby sensu w oderwaniu od konkretnej sytuacji, o tyle sprzeciw *pro futuro* opiera się na wyprzedzeniu, a ono nie może być dokładne¹¹¹⁷.

4. Stanowczość, dokładność, odwołalność. W prawie medycznym wszystkie oświadczenia odnoszące się do zgody lub sprzeciwu wobec interwencji medycznej są odwołalne bez ograniczeń. Deklaracja *pro futuro* jest tak samo odwołalna, niemniej cel sporządzenia czyni ją praktycznie nieodwołalną w momencie decydującym: przy utracie kontaktu logicznego. Dyskomfort lekarza polega na tym, że nie ma jak nagabywać o zmianę zapatrywania, nie ma kogo przekonywać, perswadować ani wciągać w dyskusję: pozostaje sam na sam z dokumentem. Nie ma do zrobienia nic więcej, jak tylko się podporządkować. Ta praktyczna nieodwołalność w krytycznym momencie wzbudza buntowniczą dezaprobatę. Lekarzom

¹¹¹⁷ Zob. M. Boratyńska: *Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta. Sprzeciw pro futuro*, s. 32

bardzo nie w smak, gdy przyszedł pacjent pozostawił precyzyjny sprzeciw, niedający możliwości postąpienia przez lekarza tak, jak on uważa za stosowne. **Dlatego właśnie tego rodzaju oświadczenia powinny być uznawane: stanowią one gwarancję zachowania autonomii w stanie niekompetencji.** Gdyby lekarze dawali rękojmnię rozsądnej oceny korzyści oraz obciążeń w aktualnym stanie zdrowia pacjenta niekompetentnego i nie trzymali się kurczowo ratowania życia za wszelką cenę – można zaryzykować hipotezę, że zaufanie pacjentów zniweczyłoby potrzebę deklaracji *pro futuro*. Sama idea ich sporządzania objawia brak zaufania co do decyzji lekarskich w sprawie poszanowania autonomii. Wystarczy, aby ceniący sobie wolność i samostanowienie obywatel przeszedł piętnastoletnie perypetie Beppino Englaro w sprawie córki Eluany, czy krótsze wprawdzie, lecz nie mniej dramatyczne utarczki żony Paula Brophy'ego – aby zyskać silne przekonanie o celowości takich oświadczeń.

Próby przekonywania opornego pacjenta nie mają charakteru obowiązkowego. Każdy pacjent MA PRAWO nie słuchać i zrezygnować z poinformowania o niekorzystnych skutkach. Deklaracja *pro futuro* jest jednym ze sposobów zmanifestowania takiego *désintéressement*. Wiadomo z doświadczenia, że lekarzom jest bardzo trudno przyjąć do wiadomości sprzeciw pacjenta, gdy chodzi o ratowanie życia. Chwytają się każdej wątpliwości, dlatego z punktu widzenia pacjenta, skutecznie prawny sprzeciw *pro futuro* musi być skonstruowany jako niewątpliwy. Wobec pacjenta z kontaktem logicznym próbuje się wszystkich metod perswazji. Złą prasę dla poszanowania autonomii stworzyło skopiowanie wyroku francuskiego, iż w celu przekonania pacjenta należy podejmować tym więcej prób, im bardziej niezbędny zabieg¹¹¹⁸. Orzecznictwo kontynentalne, w szczególności francuskie i niemieckie, nie stanowi dobrego przykładu do naśladowania, gdyż forsuje zasadę „czynienia dobra”

¹¹¹⁸ Wyrok SN z 7.XI.2008, II CSK 259/08, (niepubl.) skrót: *Prawo wobec medycyny...*, s. 218–222, z komentarzem B. Janiszewskiej, M. Świdarska: *Zgoda pacjenta...*, s. 134, w nawiązaniu do wyroku Sądu Apelacyjnego w Tuluzie z 15.I.1972 r., Gaz. Pal. 1972, i, Som. s. 35, gdzie Sąd przyjął brak należytej staranności lekarza w przekonywaniu pacjenta do przyjęcia zastrzyku przeciwtęczowego. Znaczenie ma nie tylko aksjologiczny profil wyrokowania, ale i data wydania rozstrzygnięcia. Od lat siedemdziesiątych zmieniło się bardzo wiele w stosunku lekarzy do samostanowienia pacjentów, dlatego orzecznictwo z tamtego okresu nie może być przytaczane w sposób bezkrytyczny.

ponad poszanowaniem autonomii pacjenta – podczas gdy nasze prawo stanowi odwrotnie.

5. Dobrowolność. W odniesieniu do deklaracji antycypacyjnych zdarza się również kwestionowanie swobody ich sporządzenia. Na takim podejściu zaciążyły relacje lekarzy dotyczące świadków Jehowy. Twierdzi się, iż współwyznawcy wywierają nacisk na pacjentów, że patrolują w tym celu sale szpitalne i pilnują, aby dany pacjent nie zmienił zdania. Przy założeniu, że rzeczywiście tak jest, owa praktyka nie może rzutować na kwestionowanie dobrowolności oświadczenia *pro futuro* składanego przez każdego wyznawcę tej religii, w szczególności przy świadkach będących współwyznawcami. W braku jakiegokolwiek unormowania nie ma też ograniczeń kategoryalnych czy personalnych, możliwych do nałożenia na świadków. Tylko w specyficznych przypadkach dobrowolność sprzeciwu dałoby się podważyć przez wykazanie okoliczności dowodzących po stronie pacjenta braku swobody. Praktyczna możliwość powołania się na nie jest jednak mocno zawężona: przykładowo – do okoliczności, w których dobrowolność deklaracji przekonująco kwestionuje obecna na miejscu osoba trzecia. Skoro pacjentowi co do zasady przysługuje autonomia, to presja z zewnątrz powinna być wykazana w sposób niewątpliwy, ponieważ w braku innych dowodów wolę pacjenta należy traktować jako swobodną.
6. Autentyczność i forma. Każdy komunikat na piśmie może być kwestionowany co do swej autentyczności. Brak uregulowania działa w dwu kierunkach: wprawdzie nie nakłada rygorów, lecz niezachowanie żadnych może prowadzić do sensownego pytania praktycznego: skąd wiadomo, że oświadczenie pochodzi od tej właśnie osoby. Okoliczności towarzyszące odnalezieniu mogą przemawiać za lub przeciw: portfel, torebka, kosmetyczka – to miejsca, w których raczej nikt nie nosi nieswoich oświadczeń w sprawie życia i śmierci. Już łatwiej podrzucić na miejsce zdarzenia sfalszowany list samobójcy. Większy sens podrobić testament lub pełnomocnictwo – interes sprawcy jest bardziej uchwytny. Trudno znaleźć motyw sfalszowania „testamentu życia”, chyba że delikwent zmienił zdanie i zaparł się dotychczasowych przekonań, a bliscy chcieli w ten sposób zawrócić go na właściwą w ich mniemaniu drogę. W zwykłych okolicznościach będzie to przyczyna dość wydumana. Nie ma zatem zasadniczego powodu dla kwestionowania autentyczności znalezionej przy pacjencie deklaracji antycypowanej. Notarialne poświadczenie podpisów autora oraz świadków świadczy jednak zarówno na rzecz stanowczości zamiaru, jak autentyczności komunikatu.

Jedyne, precedensowe orzeczenie Sądu Najwyższego z 2005 r., dotyczące deklaracji *pro futuro*, zostało wydane z urzędu w sprawie pacjentki będącej świadkiem Jehowy¹¹¹⁹. Trafiła ona po wypadku samochodowym do szpitala, gdzie przetoczono jej krew mimo odnalezienia zadeklarowanego sprzeciwu. Zdaniem Sądu „oświadczenie pacjenta wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć w przyszłości, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny, jednoznaczny i nie budzi innych wątpliwości – wiążące. Zważywszy, że oświadczenie takie stanowi zgodę lub jej antonimie, wystarczające jest zachowanie formy wymaganej dla wyrażenia zgody, przewidzianej w art. 32 ust. 7 i art. 34 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza”. W konkretnym przypadku było to oświadczenie w formie pisemnej, opatrzone datą (o pół roku wcześniejszą od daty zdarzenia), zatytułowane „Oświadczenie dla służby zdrowia – żadnej krwi”. Użyte sformułowania były kategoryczne. Autorka deklarowała, iż nie zgadza się na „żadną formę transfuzji krwi”, nawet gdyby w ocenie lekarza było to konieczne dla ratowania zdrowia i życia, wyrażała natomiast zgodę na metody alternatywne, ale „bez podawania krwi”. Dodatkowo było wyjaśnione, iż zasady tej pacjentka przestrzega od siedmiu lat, ponieważ jest świadkiem Jehowy i chce być posłuszna zasadom wiary. W ocenie Sądu Najwyższego podane cechy dokumentu wystarczyły, by uznać oświadczenie za wyraźne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości. W ten sposób Sąd Najwyższy obalił paternalistyczną argumentację Sądu Rejonowego, iż „wobec nadrzędnej – w systemie społecznych wartości – potrzeby ratowania życia ludzkiego zgoda sądu opiekuńczego na poddanie poszkodowanej czynnościom medycznym wskazanym przez lekarz specjalistę anestezjologii i intensywnej terapii była konieczna i w pełni uzasadniona”¹¹²⁰. Sąd odniósł się do praktyki składania w Polsce oświadczeń *pro futuro*, iż jest ona zrozumiała „także dlatego, iż nie sposób formułować jakiegokolwiek zakazu ich składania” oraz stwierdził, że „materializują one skorzystanie z przysługującego człowiekowi (pacjentowi) prawa wyboru”. Trafnie podsumował dalej, że „prawo nie nakazuje pacjentowi poddawać się interwencji medycznej, a lekarzowi

¹¹¹⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC nr 7–8/2006, poz. 137.

¹¹²⁰ Ibidem.

pokonywać oporu pacjenta albo przez wykonywanie czynności, na które zgody nie wyraził, albo przez występowanie do sądu, aby taki sprzeciw pozbawić mocy”. Wobec tego „decyzja pacjenta może być – w ocenie lekarza – niesłuszna, niemniej zasada poszanowania jego woli, wpisana także w deontologię zawodu lekarza (...) nakazuje ją uszanować”. Początek został zatem uczyniony. Poszanowanie wolności wyboru, zgodnie z obowiązującym prawem materialnym, znalazło się ponad zasadami świętości życia i czynienia dobra.

7. Deklaracja *pro futuro* a klauzula sumienia. Jeżeli deklaracja *pro futuro* zawiera sprzeciw wobec określonych sposobów terapii, klauzula sumienia nie znajdzie zastosowania. Była już mowa o tym, iż klauzula sumienia nie usprawiedliwia żadnych przejawów lekarskiej aktywności, żadnych zachowań czynnych ponad głowę pacjenta: lekarz może tylko „powstrzymać się” od interwencji medycznej sprzecznej z jego sumieniem. Jeżeli działania zostały już podjęte, a sprzeciw *pro futuro* wyszedł na jaw dopiero później – obowiązkiem strony medycznej jest zaprzestanie działań objętych sprzeciwem. Sprzeciw pacjenta nie może zostać przez lekarza przełamany dzięki klauzuli sumienia. Z punktu widzenia pacjenta to bardzo proste, natomiast z punktu widzenia lekarza może prowadzić do dylematów sumienia. Trudno powiedzieć, czy w kontekście sprzeciwu pacjenta łatwiejsze pod względem moralnym będzie niepodjęcie działań, niż zaprzestanie już podjętych; niemniej sprzeciw jednakowo przesądza sprawę w obu tych sytuacjach. Tylko gdy deklaracja *pro futuro* zawierać będzie postulaty o charakterze pozytywnym, ich odrzucenie można uznać w zasadzie za dopuszczalne z powołaniem się na klauzulę sumienia.

Powyższe zastrzeżenia wydają się konieczne w świetle masowego nadużywania klauzuli sumienia przez lekarzy. W doktrynie przywoływane też są judykatura i ustawodawstwo obce, należy jednak podchodzić do tego z dużą dozą krytycyzmu, ze względu na różnice prawne i aksjologiczne między tamtejszymi systemami prawnymi a naszym. Dla przykładu, według *Minnesota Living Will Act*, jeżeli któraś z klauzul deklaracji *pro futuro* wzbudza sprzeciw moralny lekarza, powinien on niezwłocznie powiadomić o tym pacjenta, z obowiązkiem uczynienia odpowiedniego wpisu w dokumentacji medycznej. Jeżeli tak poinformowany pacjent nie zmieni wówczas lekarza, ten nie ma obowiązku przekazać prowadzenia pacjenta komu innemu. Jeżeli zaś pacjent, nie poinformowany uprzednio popadnie w stan niekompetencji, lekarz ma obowiązek przekazania

opieki nad nim innemu, który te życzenia uwzględni¹¹²¹. Jest to rozwiązanie ustawowe i z jego obowiązywaniem nie ma dyskusji. Skonstruowano je tak, aby nie ucierpiała autonomia pacjenta niekompetentnego i przy założeniu, że stan chorego nie stoi na przeszkodzie przekazaniu opieki. W ramach jednej placówki trudności być nie powinno, gorzej gdy przekonania moralne lekarza miałyby spowodować konieczność przeniesienia do innego szpitala. Takie rozstrzygnięcie zapadło w sprawie Paula Brophy'ego: sąd nie wymagał wykonania wyroku od pozwanego szpitala Sinai, tylko zezwolił na przeniesienie pacjenta do innej placówki, która zgodzi się zastosować do werdyktu sądu.

W porównaniu z tymi rozwiązaniami nasza regulacja klauzuli sumienia jest bardziej sztywna i literalnie pojmowana nie daje możliwości przekierowania pacjenta do innego lekarza. Dla lekarzy pewnie byłoby pożądane mieć taką prawną możliwość, *de lege lata* nic jednak nie da się zrobić. Żadna wykładnia nie przerobi zaniechania na działanie. Oszczędza to osobie reprezentującej pacjenta licznych kłopotów związanych z ewentualnymi przenosinami chorego z jednej placówki do drugiej. Również egzekwowanie takich przenosin mogłoby napotkać poważne trudności, o czym przekonuje sprawa Terri Scchiavo: tam sędzia uznał za konieczne wydanie zarządzenia nakazującego policji stanowej zapewnienie ochrony dla wykonania wyroku. U nas pewnie system okazałby się jak zwykle niewydolny, policja – bezradna, a odmawiający lekarze – bezkarni. Również przy uwzględnieniu średniego poziomu opieki zdrowotnej dla pacjentów lepiej jest tak jak teraz. Ponieważ zaś praktyczne funkcjonowanie klauzuli sumienia godzi u nas w prawa pacjenta przez programowe ignorowanie obowiązków gwarancyjnych – najprościej wyłączyć jej stosowanie w możliwie dużej liczbie przypadków. Jest to odpowiednia moim zdaniem przeciwwaga dla lekarskiego paternalizmu.

Precedens dla oświadczeń *pro futuro* został w naszym prawie stworzony. Usunęło to wątpliwości natury zasadniczej, nie rozwiązało jednak konkretnych problemów ze sporządzaniem takich deklaracji w praktyce. Jedyne projekt ustawodawczy w tym przedmiocie – tzw. ustawa bioetyczna (znana jako projekt Gowina), powinien zostać jak najszybciej zapomniany, ponieważ i w tej kwestii posługuje się wypróbowaną metodą

¹¹²¹ Za M. Śliwka: *Prawa pacjenta...*, s. 359.

dawania jedną ręką, a odbierania drugą¹¹²². Przewidziany tam tzw. kwalifikowany sprzeciw, wiążący dla lekarza, ograniczony jest do przypadków, gdy wyraził go (na piśmie) pacjent poinformowany wcześniej o ciężkiej nieuleczalnej chorobie i w odniesieniu do działań medycznych podtrzymujących funkcje życiowe przy bezpośrednim zagrożeniu życia w wyniku tej choroby¹¹²³. Tak wąskie ujęcie przeczy samej idei testamentów życia, redukując ją do zaniechania uporczywej terapii w stanach terminalnych. Wprawdzie projekt przewiduje także tzw. sprzeciw zwykły, już bez ograniczeń przedmiotowych ani podmiotowych – jednakże lekarz podejmujący interwencję wbrew sprzeciwowi zwykłemu miałby być zwolniony od odpowiedzialności, o ile działał w interesie pacjenta – co sprowadza całą koncepcję sprzeciwu zwykłego do gry pozorów.

„Dla dobra dziecka”

Uwagi ogólne

Zasada dobra dziecka. Decydowanie przez przedstawicieli ustawowych w zastępstwie osób niesamodzielnych prawnie nie ma nic wspólnego z autonomią, w szczególności z autonomią pacjenta. Opiekunowie reprezentują interesy podopiecznych, którzy sami albo w ogóle nie mają autonomii, albo autonomię utracili nie pozostawiawszy własnych dyspozycji na tę ewentualność. W sprawach medycznych zezwolenie zastępcze sądu przełamuje tylko sprzeciw przedstawiciela ustawowego. Ustawa o prawach pacjenta dość niezręcznie stanowi, iż przedstawiciel ustawy MA PRAWO do wyrażenia zgody zastępczej (art. 17 ust. 2 uprpacj.). Z uwagi na charakter prawny zgody zastępczej prawo to nie może być traktowane jako samodzielne i niezależne: przedstawiciel ustawy reprezentuje tylko interesy pacjenta niekompetentnego. Nie może w jego sprawach decydować autonomicznie, zgodnie z własnymi przekonaniem. Sądowe zezwolenie zastępcze zdolne jest jednak przełamać tylko sprzeciw przedstawiciela ustawowego występującego w imieniu osoby formalnie niekompetentnej. Ustawy medyczne nie przewidują literal-

¹¹²² Ta sama metoda została przyjęta w projekcie w odniesieniu do uregulowania zapłodnienia pozautrojowego: dostępność tylko dla par małżeńskich, ograniczenia wiekowe, obowiązek uprzedniego przeprowadzenia testów genetycznych, obowiązek implantacji wszystkich przygotowanych zarodków, zakaz krioprezerwacji zarodków.

¹¹²³ Zob. A. Urbańska: *Refleksje o oświadczeniach pro futuro. Voluntas aegroti suprema lex esto?*, [w] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, s. 294.

nie sytuacji, gdy trzeba uchylić pozytywną decyzję przedstawiciela ustawowego. Wbrew pozorom nie jest to kwestia czysto akademicka. Kodeks rodzinny zawiera ogólne unormowanie, iż w razie zagrożenia dobra dziecka sąd wyda odpowiednie zarządzenie (art. 109 § 1 k.r.o.), w szczególności może zobowiązać rodziców do określonego postępowania (§ 2 pkt 1) lub określić, jakie czynności nie mogą być przez nich dokonywane bez zezwolenia sądu (§ 2 pkt 2). Art. 109 daje podstawę do wydawania przez sąd opiekuńczy odpowiednich zarządzeń w razie nienależytego wykonywania władzy rodzicielskiej¹¹²⁴. Zawinięcie rodziców nie stanowi przesłanki koniecznej¹¹²⁵, zatem dla uruchomienia procedury wystarczy obiektywne naruszenie. Zarządzenia sądu mogą być bardzo różne w charakterze: zarówno jednorazowe jak trwałe¹¹²⁶, bowiem ustawa nie rozróżnia. Przepis ma konstrukcję bardzo pojemną i jest niezależny od procedury ograniczenia władzy rodzicielskiej. Dzięki niemu sąd opiekuńczy jest władny działać szybko i bez wszczynania długotrwałego postępowania o ograniczenie władzy rodzicielskiej. Są to zatem rozmaite czynności doraźne, np. o nakazanie rodzicom przyprowadzania dziecka do szkoły celem realizacji obowiązku szkolnego. Wynika stąd w szczególności, że również nadmierna aktywność rodziców w sprawach medycznych dotyczących dziecka może zostać powstrzymana tą właśnie metodą, podobnie jak przełamać da się uporczywy brak aktywności. Sąd może wszcząć postępowanie z urzędu (art. 570 k.p.c.), na podstawie zawiadomienia pochodzącego od jakiejkolwiek osoby troszczącej się o dobro dziecka. W tych okolicznościach normatywnych zbędne jest rozważanie podważenia sprzeciwu rodziców z powołaniem się na zasady współżycia społecznego. Wystarczy stwierdzić zagrożenie dobra dziecka wynikłe z nienależytego wykonywania władzy rodzicielskiej.

W odniesieniu do pacjentów małoletnich przywoływana już *Europejska Konwencja o Prawach Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny* powiada, że „opinię małoletniego należy uznać za czynnik, którego znaczenie wzrasta w zależności od wieku i stopnia dojrzałości” (art. 6 zd. drugie). W naszym ustawodawstwie małoletni nie jest wyposażony w żadne samodzielne kompetencje decyzyjne co do leczenia, niemniej ma prawo być wysłuchany: „Rodzice przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka powinni je

¹¹²⁴ A. Zieliński: *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975 s. 188.

¹¹²⁵ Za A. Zieliński: *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, s. 189.

¹¹²⁶ Ibidem.

wysłuchać, jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala, oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia” (art. 95 § 4 k.r.o.). Decyzja przedstawiciela ustawowego do pewnego stopnia realizuje wówczas wolę małoletniego pacjenta, o ile wola ta nie stoi w sprzeczności z jego „dobrem”. Weryfikując decyzje rodziców lub opiekuna sąd ma zatem obecnie za zadanie również upewnić się, że nie zapadają one całkowicie ponad głowę młodego obywatela, o ile ten jest w stanie z rozeznanie wypowiedzieć własne zapatrywanie.

W naszym prawie opiekun ma obowiązek kierować się dobrem osoby pozostającej pod opieką (lub pod władzą rodzicielską bądź kuratelą) i interesem społecznym (art. 95 § 3 k.r.o.), a jego decyzje podlegają kontroli sądowej. Klauzula dobra dziecka, ze względu na swój niedookreślony charakter i odeślanie do systemu ocen oraz norm pozaprawnych, uważana jest za klauzulę generalną¹¹²⁷. Dobro dziecka utożsamiane jest z jego interesem, jednak należy zwrócić uwagę, iż pojęcie interesu jest aksjologicznie obojętne, podczas gdy „dobro” – wręcz przeciwnie. Z tego względu bardziej pasowałaby moim zdaniem wykładnia, iż, przynajmniej przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej, chodzi o takie reprezentowanie interesów dziecka, które przynosi mu korzyść. Rodzice lub opiekunowie nie mieliby prawa, co oczywiste, działać na niekorzyść. W orzecznictwie obcym ugruntowało się już podejście, że dorośli i kompetentny pacjent może sam za siebie zdecydować, iż bez względu na okoliczności sprzeciwia się określonej terapii, np. z użyciem krwi¹¹²⁸. Tak samo jednak została przesądzona sprawa, iż światopogląd rodziców nie może być decydujący w sprawie odmowy zgody na podanie krwi ich dziecku w celu ratowania życia. Nie wszystkie sytuacje medyczne małoletnich pacjentów są wszakże dostatecznie jednoznaczne. Na jednej z konferencji perinatolog pytała, jak ocenić kwestię zgody na wysoce inwazyjną i bolesną operację kardiologiczną u niemowlęcia, która rokuje zaledwie 2% szans powodzenia? Albo jak ocenić odmowę zgody na operację, po której powrót do zdrowia wymagać będzie intensywnej i długotrwałej rehabilitacji, a rodzice nie dadzą rady zrealizować zaleceń, ponieważ mieszkają na wsi w odległości ponad 100 km od szpitala i nie podążają fizycznie oraz finansowo dojeżdżać z dzieckiem tak często jak trzeba? Kontrola sądu rozwiązuje problem decyzyjny tylko częściowo-

¹¹²⁷ Z. Radwański: *Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym*, *Studia Cywilistyczne*, nr XXXI (1981), s. 5.

¹¹²⁸ Zob. m.in. *Erickson v. Dilgard*, 252 N.Y.S. 2d 705 (1962); za: M. Śliwka: *Prawa pacjenta...*, s. 343–346.

wo, gdyż sformułowanie oceny wymaga sporządzenia indywidualnego bilansu korzyści i strat, co jest szczególnie trudne z punktu widzenia bardzo małego pacjenta, a wymaga też uwzględnienia praktycznej możliwości sprostania zaleceniom. Sąd staje tutaj przed podobnymi dylematami, jak w sprawie Saikewicza bądź *Newmark v. Williams/DCPS* – dotyczącej zastosowania chemioterapii u trzylatka cierpiącego na zaawansowany nowotwór. Bardzo agresywna chemioterapia rokowała szanse na przeżycie dwóch lat wynoszące ok. 40%, zaś w razie jej niepodjęcia dziecku dawano jakieś sześć miesięcy życia. W tych okolicznościach leczenie nie zostało uznane za dostatecznie uzasadnione interesem publicznym¹¹²⁹. Przegląd orzecznictwa obcego w sprawach małoletnich pacjentów w różnym wieku, spośród których tak starsi jak młodszy wyrażali swe jednoznaczne opinie co do wykonania zabiegu bądź kontynuowania sztucznego odżywiania¹¹³⁰ pokazuje, że sformułowanie ogólnych reguł jest po prostu niemożliwe. Różny może być stopień rozeznania, a kryterium granicy wieku zostało w różnych systemach prawnych ustalone odmiennie. Sądy orzekają *de casu ad casum* i jedno rozstrzygnięcie nie da się porównywać z innym. Panuje tylko zgoda co do sprawy dość oczywistej: że rodzice nie mają nad dzieckiem prawa życia i śmierci, a do procesu decyzyjnego nie powinni mieszać czysto osobistych zapatrywań. W sprawach dzieci nie ma zatem miejsca na autonomię rodziców. Wprawdzie dobro dziecka jest pojęciem wymagającym uwzględnienia wielu czynników, wśród których są i takie, które wymagają dokonania przez rodziców oceny – tyle że nie z własnego punktu widzenia.

Powstaje również problem, jak miałyby wyglądać kompetencje decyzyjne w sprawach, gdy korzyści nie ma lub zostają przeważone przez straty. Chodzi konkretnie o zaprzestanie czynności nieprzynoszących korzyści lub o sprzeciw wobec perspektywy ich podjęcia. Warto więc może znowu odwołać się do kryterium najlepiej pojętego interesu, uwzględniającego bilans wielu czynników takich jak: diagnoza, wiek dziecka, stopień inwazyjności leczenia, skutki uboczne, szanse powodzenia terapii¹¹³¹, narażenie na ból, możliwość powrotu do zdrowia, okres przeżywalności po zabiegu.

¹¹²⁹ 588 A2d 1108 (1991), za: M. Śliwka: *Prawa pacjenta...*, s. 370.

¹¹³⁰ Zob. M. Śliwka: *Prawa pacjenta...*, s. 368–372.

¹¹³¹ M. Śliwka: *Prawa pacjenta...*, s. 370.

Noworodki skrajnie niedojrzałe

W literaturze medycznej istnieje pojęcie noworodka skrajnie niedojrzałego. Rekomendacje WHO¹¹³² uznają za konieczne ratowanie noworodków urodzonych poczynając od 22 tygodnia ciąży lub z masą ciała 500 g, o ile rodzą się z jakimiśkolwiek oznakami życia. Według danych fizjologicznych, anatomicznych i epidemiologicznych, szanse na przeżycie pojawiają się w 23 tygodniu ciąży: przeżywa ok. 20%. Rokowania poprawiają się znacznie w 24 tygodniu, ponieważ wówczas następuje początek rozwoju anatomicznego oraz funkcjonalnego podstawowych organów życiowych. Życie takiego dziecka pozostaje jednak całkowicie w rękach lekarzy¹¹³³. Osobnym zagadnieniem jest ratowanie tuż po urodzeniu celem prawidłowego zdiagnozowania, osobnym zaś – podtrzymywanie życia w razie gwałtownego pogorszenia stanu po pewnym czasie. Podobnie jak to było w przypadku Anthony Blanda: tuż po zdarzeniu – tutaj porodzie – należy ratować dziecko, aby następnie je zbadać i przekonać się, jakie ma szanse i jak można mu pomóc. Później jednak, jeżeli okaże się, iż szanse te przedstawiają się jako nikłe lub niewielkie – trzeba podjąć decyzję o kontynuacji lub zaprzestaniu terapii.

Dylematy etyczne takich działań zostały wyrażone w następujących pytaniach:

- Czy można i trzeba wyznaczać granice ratowania życia?
- Czy należy w każdej sytuacji kontynuować leczenie już podjęte?
- Kiedy ratowanie życia staje się uporczywą terapią, utrzymującą stan będący jedynie źródłem cierpienia?
- Czy medycyna nie przekracza własnych kompetencji, gdy umożliwia tylko przedłużenie umierania lub więzi dziecko w stanie uniemożliwiającym nadanie jakiegokolwiek sensu jego życiu?
- Czy możliwe jest wyznaczanie arbitralnych zasad?
- Jakie czynniki wymagają uwzględnienia przy podejmowaniu decyzji co do ograniczenia leczenia: szanse przeżycia, jakość przyszłego życia, cierpienie dziecka, godność życia (sic), wola rodziców, względy religijne, koszty leczenia i opieki¹¹³⁴?

¹¹³² Nr 93–22 z 8 stycznia 1993.

¹¹³³ Za: M. Rutkowska, S. Szczepaniak: *Dylematy etyczne początków życia: noworodki skrajnie niedojrzałe*, [w] *Bioetyka w zawodzie lekarza*, red. W. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010, s. 62.

¹¹³⁴ Ibidem, s. 63.

Jak referują Magdalena Rutkowska i Sławomir Szczepaniak, w Polsce brakuje prawdziwego pola dyskusji nad tą problematyką. Konkretnych decyzji nie podejmuje się z punktu widzenia dobra – co charakteryzuje postawę etyka, lecz raczej z punktu widzenia ogólnych zasad przyjętych na drodze światopoglądowej. W rezultacie są one prezentowane w sposób absolutny – co odpowiada postawie ideologicznej¹¹³⁵. Jakkolwiek długofalowa ocena rozwoju skrajnie niedojrzałych noworodków (przez co rozumie się te urodzone w 24 tygodniu z masą ciała ok. 500 g) dostarcza informacji o ich znacznym odchyleniu od tego, co zwykło się określać jako normę, to w momencie podejmowania decyzji o leczeniu nie ma do dyspozycji badania, które pozwoliłoby przewidzieć rozwój dziecka w sposób pewny. W szczególności gdy wystąpi uszkodzenie mózgu, którego konsekwencją może być nieprawidłowy rozwój – nie istnieje badanie miarodajne w precyzyjnym określeniu rokowania¹¹³⁶. Poważny problem utrudniający podejmowanie decyzji stanowi też rozbieżność w spojrzeniu na dziecko, występująca między lekarzem, personelem medycznym a rodzicami. Spojrzenie lekarza definiowane jest jako bardziej pragmatyczne i z pozycji siły: oparte na wiedzy i potężnych środkach technicznych. Z kolei pielęgniarki częściej zwracają uwagę na cierpienie dziecka i kierują się współczuciem, „współodczuwaniem”, „współcierpieniem”. Wreszcie rodzice oceniają sytuację przez pryzmat własnych oczekiwań i związku emocjonalnego. Wielu neonatologów twierdzi, iż rodzice nie są wystarczająco *wolni do podejmowania decyzji życiowych* z powodu wewnętrznego odniesienia do własnych oczekiwań: już to odrzucają dziecko skrajnie niedojrzałe, już to deklarują chęć zrobienia wszystkiego z obawy przed osądem własnego sumienia. Uniemożliwia to rodzicom właściwe rozpoznanie sytuacji¹¹³⁷. Wynika stąd, że lekarze woleliby podejmować decyzje sami. Obecność i kompetencje decyzyjne rodziców odbierają jako ciężar, a ich podejściu zarzucają nadmierny emocjonalizm. Wydaje się, iż jest to nastawienie przeciwne niż w odniesieniu do pacjentów dorosłych – gdzie lekarze często zupełnie niepotrzebnie pytają o zdanie „rodzinę” pacjenta i (nieformalnie) stosują się do jej opinii. Tymczasem pod względem prawnym jest też przeciwnie, ponieważ noworodek jako formalnie niekompetentny musi mieć przedstawiciela ustawowego, władnego decydować w jego imieniu i zgodnie z jego dobrem. Lekarze wyraźnie próbują tutaj przejąć uprawnienia decyzyjne w przekonaniu, że wiedzą

¹¹³⁵ s. 70.

¹¹³⁶ s. 71.

¹¹³⁷ s. 72.

lepiej, co dla dziecka dobre i nie poddają się emocjom. Główne niebezpieczeństwo polega jednak na tym, że w sposób nieunikniony będą kierować się własnym światopoglądem. Nie posiadają zaś dostatecznego przygotowania filozoficznego ani antropologicznokulturowego.

Dokument „Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy” wydany przez Polskie Towarzystwo Pediatryczne w roku 2011, rekomenduje, iż „lekarz może legalnie i bez obawy o pociągnięcie do odpowiedzialności prawnej, uszanować sprzeciw pacjenta i jego przedstawicieli ustawowych i odstąpić od leczenia w szczególności, jeśli z punktu widzenia medycyny uznaje ich decyzję za słuszną”¹¹³⁸. Jeżeli zaś lekarz wyda opinię o zasadności odstąpienia od terapii danego pacjenta i wdrożenia wyłącznie leczenia paliatywnego, a przedstawiciel ustawowy nie zgadza się z tym stanowiskiem, może tylko wnieść sprzeciw do komisji lekarskiej¹¹³⁹. „Uregulowanie w ten sposób zasad wnoszenia sprzeciwu pacjenta – przed ciałem stricte lekarskim z wyłączeniem innych podmiotów publicznych – wskazuje, że ustawodawca pozostawia decyzje odnośnie do medycznej zasadności leczenia i wyboru jego rodzaju specjalistom, a więc samym lekarzom. Jediną granicą, jaką stawia, są zakazy wynikające z prawa karnego...”¹¹⁴⁰. „Jeśli wiedza medyczna wskazuje, że wdrożenie lub kontynuowanie leczenia wobec małego pacjenta będzie bezskuteczne – nie pozwoli choćby na zmniejszenie jego cierpienia, nie mówiąc już o poprawie stanu zdrowia, a jedynie przedłuży proces umierania, to takie zachowanie – nawet podjęte wbrew woli pacjenta i jego przedstawicieli ustawowych – nie będzie stanowiło postępowania zakazanego prawem”¹¹⁴¹.

Żadna decyzja medyczna nie daje pewności, więc w sprawie noworodków można również jedynie prognozować. Jest to tak samo normalne jak każde statystyczne ryzyko powikłań, które daje pojęcie tylko przybliżone. Innego niż przybliżone w medycynie nie ma i nie będzie, przynajmniej w najbliższym czasie. Strona medyczna ma jednak nieprzecenialne zadanie dostarczenia kompletu dostępnych informacji.

¹¹³⁸ *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy*, red. nauk. T. Dangel, wyd. Polskie Towarzystwo Pediatryczne 2011, s. 80

¹¹³⁹ Ibidem, s. 82.

¹¹⁴⁰ s. 83.

¹¹⁴¹ s. 84.

Przy braku regulacji rodzimej przywołany został przykład Francuskiego Kodeksu Zdrowia Publicznego. Pozwala on na odstępianie od zabiegów medycznych, gdyby miały stanowić przejaw „nieracjonalnego uporu” (*une obstination déraisonnable*) – tzn. gdy zabiegi te okażą się: 1) beзуżyteczne – gdy istnieje graniczące w pewność prawdopodobieństwo, że zgodnie z aktualną wiedzą medyczną żadna poprawa stanu zdrowia nie może nastąpić; lub 2) niewspółmiernie obciążające – gdy szanse utrzymania przy życiu są bardzo ograniczone wobec ciężaru zabiegów, zwłaszcza wobec powodowanego bólu lub też 3) niepowodujące innego skutku, jak tylko sztuczne podtrzymywanie życia¹¹⁴².

Daremność terapeutyczna

Rozwiązanie tam przyjęte stanowi próbę nadania ram prawnych bardzo wieloznacznemu pojęciu **daremności terapeutycznej**. Daremność terapeutyczna jest przywoływana jako usprawiedliwienie dla zaniechania pewnych form terapii z własnej inicjatywy lekarza, bez kontroli sądowej i bez oglądania się na odmienną wolę pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego. Bliższa analiza tego pojęcia pokazuje szereg jego mankamentów stawiających sens stosowania go pod znakiem zapytania. Opiera się ono na ustaleniach faktycznych jedynie pozornie. Duża rola przypada elementom normatywnym: osobistym wartościom oraz przekonaniom lekarza na temat leczenia, które w jego odczuciu jest niewłaściwe¹¹⁴³. I tak Robert Veatch nawiązał swoim pytaniem do sprawy Karen Ann Quinlan, gdzie sąd odmówił lekarzom kompetencji w określeniu, czy dalsze stosowanie respiratora służy dobru pacjentki: „czy utrzymanie przy życiu pacjentki, znajdującej się w trwałym stanie wegetatywnym, jest dobre, może być pytaniem natury religijnej bądź filozoficznej, z pewnością jednak nie leży w zakresie kompetencji nauk medycznych”¹¹⁴⁴. Według tego autora, ustalenie, czy dana procedura jest dla pacjenta dobra, wymaga odwołania do jednej z kilku teorii dobra. Nie jest powiedziane, czy lekarz i pacjent [lub reprezentujący jego prawa przedstawiciel ustawowy] wyznają tę samą. Odwołanie do teorii „dobra medycznego” wymagałoby z kolei

¹¹⁴² Za: M. Świdorska: *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji*, Prawo i Medycyna, nr 3/2006. s. 112.

¹¹⁴³ Zob. i n.

¹¹⁴⁴ R. Veatch: *Why physicians cannot determine if care is futile*, *Journal of American Geriatrics Society*, 1994, 42, za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 211

jasnego zdefiniowania, co jest naczelnym celem medycyny: ratowanie życia, leczenie choroby, łagodzenie cierpienia, czy może promocja zdrowia, względnie – jak rozstrzygać kolizje pomiędzy tymi celami. Leży to poza zakresem kompetencji ściśle lekarskich. Nawet jeżeli istniałaby literatura na temat efektywności leczenia u poszczególnych grup pacjentów, wyniki badań i tak są podatne na interpretację ze strony lekarzy. Te same dla jednych czynią procedurę daremną, dla innych zaś – wartą wysiłku¹¹⁴⁵.

Z jednej strony panuje zgoda, iż leczenie bezowocne nie stanowi obowiązku lekarza, z drugiej jednak – spór w bioetyce dotyczy kryteriów owej bezowocności. W tym kontekście mówi się o bezowocności ilościowej – w sensie nikłego prawdopodobieństwa, iż dane leczenie przyniesie spodziewany efekt oraz o bezowocności jakościowej – w sensie nieznaczącego rezultatu leczenia¹¹⁴⁶. Stwierdzenie bezowocności ilościowej wymaga długich i żmudnych badań klinicznych, przeważnie trudno dostępnych dla przeciętnego lekarza. W dodatku trudno jest o porównanie z analogicznymi przypadkami, albowiem choroba może mieć odmienny przebieg u poszczególnych pacjentów. Tak wiele czynników wymaga uwzględnienia, że niemożliwy okazuje się dobór próby reprezentatywnej¹¹⁴⁷. Nie na darmo na przykład onkolodzy powiadają, że nie ma dwóch jednakowych nowotworów. W dodatku dane statystyczne służą opisaniu dużych serii przypadków i nie dadzą się stosować do pojedynczego pacjenta, w stosunku do którego ma obowiązki lekarz¹¹⁴⁸. Podnoszony jest również argument, że żaden rodzaj leczenia nie jest daremny, jeżeli podtrzymuje nadzieję pacjenta¹¹⁴⁹. Liczbowe określenie statystyki przemawiającej przeciw stosowaniu danej terapii jako bezowocnej nie będzie wolne od arbitralności. Można zgodzić się z L. Schneidermanem, że wartość graniczną stanowi 1% lub proponować podwyższenie do 5 lub 10%. Celem

¹¹⁴⁵ R.M. Veatch: *Consensus of expertise: the role of experts in formulating public policy and estimating facts*, Journal of Medicine and Philosophy 1991, 16., za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 212.

¹¹⁴⁶ L. J. Schneiderman i in. *Medical futility: its meaning and ethical implications*, Annals of Internal Medicine, 1990, vol. 112, za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 213.

¹¹⁴⁷ J.T. Berger i in. *Medical futility: towards consensus on disagreement*, Health Care Ethics Forum, 1998, 10 (1), za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 213.

¹¹⁴⁸ D.L. Dickenson: *Can medical criteria settle priority-setting debates? The need for ethical analysis*, Health Care Analysis 1999, 7, s. 133, za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 213.

¹¹⁴⁹ J. Lantos: *Futility assessments and the doctor – patient relationship*, Journal of American Geriatrics Society, 1994, 42, za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 213.

jest, według Autora, wypracowanie rozsądnego konsensu tam, gdzie nie ma pewności i gdzie celem jest korzyść ujmowana z terapeutycznego punktu widzenia¹¹⁵⁰. Jeszcze większe spory budzi daremność jakościowa: czy należy przez to rozumieć nieprzyniesienie żadnego fizjologicznego skutku, czy dobroczynny wpływ na poszczególne organy, mimo nieprzedłużenia życia – czy też nieprzyniesienie skutku oczekiwanego przez pacjenta? Według Schneidermana zadaniem lekarza jest przyniesienie korzyści pacjentowi jako organizmowi, leczenie jest zatem daremne z medycznego punktu widzenia, gdy ma znikome szanse na przyniesienie terapeutycznej korzyści pacjentowi¹¹⁵¹. Co do zasady liczy się zatem indywidualna korzyść medyczna, co stanowi odwołanie do kryterium jakości życia. Wymagają jednak uwzględnienia także sytuacje szczególne: deklarowane przez pacjenta ważne powody dla utrzymania go przy życiu jeszcze przez pewien czas – np. w oczekiwaniu na przybycie z daleka osoby, z którą pacjent chce się pożegnać. Wówczas jednak uwzględnienie takiego życzenia jest podyktowane współczuciem, a nie nakazem. W tym kontekście mogę też podać inny, autentyczny przykład: umierająca na raka samotna matka czworga dzieci chciała pozostać przy życiu jeszcze przez cztery miesiące brakujące najstarszej córce do osiągnięcia pełnoletności – żeby pierwszotna mogła zostać ustanowiona opiekunem dla reszty rodzeństwa. Spełnienie takiej prośby, choć moralnie chwalebne, nie ma nic wspólnego z korzyścią terapeutyczną samego pacjenta. Ale wobec tego: czy warte uwzględnienia powinny być dobra i odczucia innych niż pacjent osób, jak w sprawie 23-miesięcznej Baby L., której stan można określić jako nierokujący poprawy, a mimo to matka żądała utrzymania jej przy życiu za wszelką cenę, ponieważ opieka nad dzieckiem stała się treścią jej życia¹¹⁵²? Z kolei według Howarda Brody’ego lekarze nie powinni wdrażać leczenia, które przyniesie więcej szkód niż spodziewanych korzyści ani wykorzystywać swych umiejętności w sposób szarlatański. To ostatnie polega zdaniem autora na ordynowaniu nieskutecznych terapii, przez co podważa autorytet medycyny¹¹⁵³.

¹¹⁵⁰ L. Schneiderman: *The futility debate: effective versus beneficial intervention*, Journal of American Geriatrics Society, 1994, 2, za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 214.

¹¹⁵¹ Ibidem.

¹¹⁵² J. Lindeman Nelson: *Families and futility*, Journal of American Geriatrics Society, 1994, 2, za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 216.

¹¹⁵³ H. Brody: *The physician's role in determining futility*, Journal of American Geriatrics Society, 1994, 2, za: W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 218.

Wciąż jednak pozostaje aktualne pytanie o listę czynników w owym bilansie. Można zaryzykować twierdzenie, że kryteria są tym bardziej zobiektywizowane, im bardziej niekompetentny pozostaje pacjent i im mniejszy ma kontakt logiczny oraz zmysłowy ze światem zewnętrznym. Odwołanie do bilansu korzyści i uciążliwości stanowi przejaw myślenia w kategoriach indywidualnej jakości życia. Pozostawienie suwerennej decyzji lekarzom oznaczałoby powrót lekarskiego paternalizmu. W odniesieniu do pacjentów niekompetentnych, w szczególności bardzo małych dzieci, niemogących wypowiedzieć się z rozeznaniem, bilans medyczny stanowi tylko punkt wyjścia dla decyzji rodzica jako przedstawiciela ustawowego, obowiązane go uwzględnić dodatkowo znane sobie kryteria dobra konkretnego dziecka. Jeżeli nie da rady wskazać żadnych danych uzupełniających – decyzja sprowadza się do przyjęcia zapatrywania lekarzy. Tymi danymi może być niedoceniany przez lekarza czynnik cierpienia dziecka w stosunku do statystycznej efektywności zabiegu: przedłużenia życia oraz jego jakości. Przykładowo – kolejne ciężkie i wysoce inwazyjne operacje kardiologiczne¹¹⁵⁴. Od strony prawnej – uczucia samego rodzica nie zasługują na włączenie do bilansu. Przedmiotem oceny są bowiem wyłącznie dobra osobiste i prawa pacjenta. Co jednak, gdy rodzice gotowi są ponosić koszty opieki nad dziećmi w stanie podobnym jak Baby L. tylko po to, by czerpać otuchę z pozostawiania ich przy życiu i własnej egzystencji nadawać sens przez poświęcenie dla nich? Ponadto jeżeli Baby L., to dlaczego nie Terri Schiavo?

Niestety, ale w kontekście tych rozważań nie można sobie pozwolić na abstrahowanie od kosztów ekonomicznych oraz kryterium dobra innych pa-

¹¹⁵⁴ Na przykład zwężenie zastawki aortalnej w okresie płodowym, którego konsekwencją może być zanik lewej komory serca. Można przeprowadzić operację na płodzie w łonie matki, już w piątym miesiącu ciąży. Polega to na wkłuciu igły przez powłoki brzuszne i mięsień macicy – do klatki piersiowej dziecka, a następnie do serca (wielkości pięciogroszówki) i na wprowadzeniu cewnika balonowego do zwężonej zastawki w celu jej poszerzenia. Początkowo istniały nadzieje, że gdy zabieg przeprowadzi się w fazie życia płodowego, to lewa komora zacznie rosnąć i serce wykształci się normalnie. Tak się nie dzieje, ale operacja zapobiega dalszemu uszkodzeniu serca. Jeżeli nie przeprowadzi się zabiegu w czasie ciąży, to po urodzeniu dziecko czeka seria poważnych operacji, po których zostaje tylko jedna komora serca. Dzieci z tą wadą trafiają w ręce kardiologów i kardiochirurgów na lata. Część małych pacjentów nie przeżywa skomplikowanych zabiegów. Jedna z kobiet nie zgodziła się na zabieg ani w czasie ciąży, ani po porodzie. Stwierdziła, że są to męczarnie i że nie chce dla swojego dziecka takiego życia. Na podstawie: *Wybór – z dr n. med. Marzeną Dębską i prof. dr hab. Romualdem Dębskim ze Szpitala Bielańskiego rozmawia Grzegorz Sroczyński*, Wysokie Obcasy z 14.IV.2012 r.

cientów. Podczas jednej z konferencji pediatra podał przykład noworodka z ciężkimi wadami wrodzonymi, uporczywie podtrzymywanego przy życiu dzięki podłączeniu do respiratora. Ponieważ respirator był zajęty, nie otrzymała pomocy sześciolatka, przywieziona z wypadku, co do której rokowania były daleko lepsze. Padło wówczas pytanie, czy i na jakiej podstawie lekarz miałby prawo odłączyć noworodka, zakładając sprzeciw jego rodziców? Respiratory są kosztowne, a ich ilość w szpitalu – ograniczona. Kto ma decydować o kolejności udostępnienia ich pacjentom? Ustawa powiada, że kryteria medyczne. Kryteria medyczne przemawiałyby za odłączeniem pacjenta gorzej rokującego, co jednocześnie stanowiłoby zaniechanie terapii podtrzymującej życie. Wydaje się, że taka decyzja byłaby uzasadniona. W dodatku wymagałaby podjęcia w trybie pilnym. Tutaj dochodzimy do kwestii sprawiedliwego podziału środków wspólnych.

Według Weroniki Chańskiej różnice między kwestią sprawiedliwego podziału środków wspólnych a daremnością leczenia przedstawiają się następująco:

- Leczenie jest daremne bez względu na sumę pieniędzy, jaką pacjent byłby gotowy zapłacić, natomiast ograniczenia w dostępie do świadczeń finansowanych ze środków wspólnych podyktowane są koniecznością wyboru między kolidującymi dobrami pacjentów. Pacjent odpowiednio zasobny może sobie takie leczenie sfinansować sam.
- Leczenie daremne nie przynosi pacjentowi żadnego pożytku, natomiast reglamentacja środków wspólnych dotyczy działań jak najbardziej pożytecznych, których jednak ze względu na koszty nie da się zapewnić wszystkim.
- O daremności leczenia rozstrzyga się indywidualnie, natomiast sprawiedliwy podział środków odbywa się na szczeblu władzy według kryteriów sformułowanych generalnie¹¹⁵⁵.

Wynikałoby stąd, że daremność utrzymywania przy życiu dotkniętego wadami noworodka pozwala na odłączenie go od respiratora w placówce publicznej w każdym czasie i bez pytania o zgodę rodziców, a już zwłaszcza, gdy respirator okaże się potrzebny dla innego potrzebującego pacjenta. Powraca jednak kwestia ustalenia kryteriów owej daremności.

„Wydaje się, iż stopniowo większość uczestników dyskusji zdała sobie sprawę, że precyzyjne wyznaczenie zakresu „leczenia, które jest daremne”, nie jest możliwe. Uświadomiono sobie również zagrożenia, jakie wiązałyby się

¹¹⁵⁵ Na podstawie W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 221.

z próbą sformułowania, a następnie narzucenia jednej definicji. „Daremność terapeutyczna”, wbrew nadziejom niektórych, nie stała się słowem kluczem, stanowiącym rację zaprzestania leczenia, uznawanego przez lekarzy za niewłaściwe. Miejsce jednostronnej deklaracji zajął żmudny proces negocjacji między lekarzem a pacjentem.

W 1999 r. Amerykańskie Towarzystwo Medyczne (AMA) potwierdziło, że pojęcie daremności terapeutycznej w sposób nieunikniony związane jest z subiektywnym osądem, a zatem sformułowanie obiektywnej definicji nie jest możliwe. Jednocześnie Towarzystwo wyraziło opinię, iż konieczne jest opracowanie procedur, zezwalających na zaprzestanie leczenia, które nie przynosi pacjentowi żadnych korzyści. Członkowie Towarzystwa zaproponowali schemat wieloetapowego procesu negocjacji, wzorowanego na postępowaniu sądowym (tzw. fair process approach) w przypadku rozbieżności lekarskiej oceny z oczekiwaniami pacjenta. Najważniejszym elementem postępowania jest włączenie możliwie dużej liczby konsultantów w celu uniknięcia jednostronności oceny¹¹⁵⁶.

Co jednak, gdy respirator jest potrzebny natychmiast?

W każdym razie pojęcie daremności terapeutycznej jest nierozzerwalnie związane z pojęciem jakości życia¹¹⁵⁷. Dawniej pacjenci w tzw. stanie beznadziejnym po prostu umierali. Obecnie niektórzy z nich mogą być utrzymywani przy życiu nawet bardzo długo, tylko co to dla nich za życie, gdy w żaden sposób nie mogą się nim cieszyć? Powtarzane w tym kontekście pytanie brzmi, czy czysto biologiczna vegetacja może być określona mianem egzystencji godnej człowieka¹¹⁵⁸.

Dotyczy to wszystkich pacjentów bez względu na wiek, natomiast w odniesieniu do bardzo małych dzieci proces decyzyjny komplikują dodatkowe czynniki społeczno-obyczajowe: że przecież „to dziecko ma jeszcze całe życie przed sobą” oraz, że tak rodzicom, jak sądowi, daleko trudniej zadecydować o zaprzestaniu podtrzymywania życia u bezradnego maleństwa. Lekarze są z takimi problemami oswojeni na co dzień i bez wątplenia mają swoją rację twierdząc, że potrafią rozstrzygnąć lepiej, bo bez emocji. Stąd potrzeba negocjowania kompromisu; o ile jest dość czasu.

To jest ten poziom rozważań prawniczych, na którym stawia się mnóstwo pytań bez możliwości sformułowania jednoznacznych odpowiedzi. Le-

¹¹⁵⁶ W. Chańska: *Nieszczęsny dar życia*, s. 222–223.

¹¹⁵⁷ Ibidem, s. 223.

¹¹⁵⁸ j.w.

piej przyznać się do tego od razu i poszukać wsparcia w innych niż prawo dziedzinach.

Decyzje medyczne ważące na przyszłości dziecka

Pojęcie daremności terapeutycznej odnosi się rzecz jasna do czynności o charakterze leczniczym. W ramach opieki nad dzieckiem, rodzice lub opiekunowie stają nieraz przed potrzebą podjęcia decyzji w sprawie czynności medycznej, która, choć nie zawsze niezbędna, uważana jest przez nich za właściwą ze względu na dobro dziecka w przyszłości. Nie będzie tutaj mowa o zwykłych, typowych zabiegach leczniczych, ale o interwencjach realizujących inne cele. Nietypowość niektórych sytuacji pociąga za sobą nietypowość rozwiązań i kontrowersyjność ocen.

Obrzezanie rytualne

Zabieg ten może dotyczyć zarówno chłopców, jak dziewczynek i najczęściej podyktowany jest względami wyznaniowymi. U chłopców wykonywany w wieku niemowlęcym, polega na obcięciu części napletka, czyli na nieodwracalnym usunięciu zdrowego fragmentu ciała¹¹⁵⁹. W ten sposób usuwa się połowę do dwóch trzecich skórnej powłoki penisa. Opinie na temat skutków „zabiegu” są podzielone. Pewien nieżyjący już lekarz pochodzenia żydowskiego referował wprost, iż powoduje to upośledzenie doznań erotycznych. U dziewczynek najłagodniejsza postać obrzezania polega na nacięciu na krzyż łechtaczki, co jak należy się domyślać, kończy w ogóle sprawę doznań erotycznych w tej części ciała. Takiemu „zabiegowi” poddawane są dziewczynki kilkuletnie. W Europie Północnej czynności te są akceptowane przez porządek prawny w ramach tolerancji religijnej. Pytanie, czy tolerancja religijna może usprawiedliwiać barbarzyństwo polegające na trwałym okaleczaniu dzieci. Z punktu widzenia prawa mamy tutaj do czynienia z podyktowaną względami religijnymi decyzją rodziców w sprawie nieodwracalnego okaleczenia oraz naznaczenia na całe życie niesamodzielnej prawnie osoby. W przetłumaczonym na język polski amerykańskim poradniku pielęgnacji niemowląt pt. „Pierwszy rok życia dziecka”¹¹⁶⁰ znajduje się na temat

¹¹⁵⁹ *Circumcisio* może też być wykonywane ze względów terapeutycznych, np. przy przeroście napletka, wówczas jednak jest uzasadnione przez cel leczniczy.

¹¹⁶⁰ H. Murkoff, A. Eisenberg, S. Hathaway B.S.N., *Pierwszy rok życia dziecka*, Poznań 2007 (wydanie poszerzone, uzupełnione i uaktualnione), s. 19–20.

obrzezania dość obszerny wywód zakończony konkluzją, iż po rozważeniu wszystkich podanych za i przeciw rodzice powinni poważnie rozważyć zabieg obrzezania i „zgodnie z własnymi przekonaniem” poddać mu syna lub nie. Konstytucja gwarantuje co prawda obywatelom prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, jednak jest moim zdaniem co najmniej problematyczne, czy obrzezanie rytualne wolno zakwalifikować jako czynność *wychowawczą*. Wychowanie nie może polegać na kaleczeniu ciała. W kodeksie rodzinnym mamy już zapisany zakaz stosowania kar cielesnych i obowiązek poszanowania godności dziecka. Obrzezanie nie jest jednak karą, lecz swoistym wyróżnieniem (przynajmniej tak się wmawia dziewczynkom) oraz przepustką do wspólnoty religijnej. W naszym kręgu kulturowym wolno przypuścić, że problem występuje raczej sporadycznie, może jednak pojawić się wraz z imigrantami. Nawet jeżeli mniejszości wyznaniowe załatwiają obrzezanie w ramach własnej grupy i z udziałem kapłanów wyposażonych w rytualne noże, do szpitali mogą trafić dzieci z doznanymi powikłaniami. Wówczas należy udzielić odpowiedzi na pytanie, jak ma się do tego odnieść krajowy porządek prawny. W kręgu anglosaskim ok. 60% Amerykanów, 20% Kanadyjczyków i 15% Australijczyków jest obrzezanych z powodów innych niż religijne, ponieważ w tych krajach obrzezanie uchodzi za korzystny zabieg higieniczny¹¹⁶¹. Kanadyjska filozofka Margaret Somerville przeprowadziła na ten temat gruntowne badania; po rozważeniu danych anatomicznych, naukowych, neuropatologicznych i psychologicznych sformułowała tezę, że obrzezanie chłopców stanowi formę okaleczenia, które jednak może mieć uzasadnienie światopoglądowe¹¹⁶². Powiązanie światopoglądu rodziców z dobrem dziecka ma jednak charakter tylko pośredni. Powstrzymanie obrzezania sprawi, że dziecko będzie wykluczone ze wspólnoty religijnej, do której należą rodzice. (Podobnie dzieje się z dziećmi świadków Jehowy, którym lekarze wbrew sprzeciwowi rodziców przetoczyli krew. Bywają nawet od razu porzucane w szpitalu.) Nie będzie uczestniczyć w stosownych obrzędach i w życiu religijnym rodziny. Trudno jednak przewidzieć, co wybierze po osiągnięciu pełnoletności. Okaleczenie pozostaje krzywdą, przeciwko której niemowlę lub małe dziecko nie ma możliwości skutecznego zaprotestowania i z którą musi zmierzyć się w życiu dorosłym. Osobiście uważam, że porządek prawny nie powinien pozwalać na kaleczenie dziecka tylko w celu uczynienia go członkiem wspólnoty

¹¹⁶¹ M. Onfray, *Traktat ateologiczny*, Warszawa 2008, s. 118.

¹¹⁶² Na podstawie M. Onfray, *Traktat...* s. 118.

religijnej. Natomiast potencjalne korzyści natury higienicznej są w dobie powszechnego dostępu do bieżącej wody i środków myjących uzasadnieniem mało przekonującym.

Z kwestią obrzezania powiązany jest faktycznie (i przypadkowo) pewien problem z pogranicza medycyny i psychologii: czy rodzicom wolno wychowywać dziecko celowo według płci przeciwnej. Jest to odosobniona ciekawostka i pytanie co do zasady wymaga odpowiedzi negatywnej. Dziecko powinno bowiem być wychowywane zgodnie z płcią urodzeniową. O ile taką ma. Tę autentyczną historię przytaczam w kontekście obrzezania tendencyjnie, aby przy okazji zwrócić uwagę, że nawet u chłopca nie jest to czynność mało ryzykowna. Wprawdzie powikłanie było zdecydowanie nietypowe, jednak wymaga wzięcia pod uwagę przez rodziców rozważających zabieg. Otóż pewni rodzice bliźniąt w Stanach Zjednoczonych postanowili poddać chłopców obrzezaniu w wieku siedmiu miesięcy. Jeden z bliźniaków został przez lekarza obrzezany sprawnie i bez zakłóceń, natomiast przy drugim lekarz nie mógł sobie poradzić i użył noża elektrycznego. Penis chłopca uległ zwęgleniu. Prawnik natychmiast zaczyna obliczać wysokość zadośćuczynienia, ale przecież nie o to chodzi, tylko o to, że siedmiomiesięcznemu chłopcu odpadł penis. Rodzice postanowili ratować sytuację, jak tylko to możliwe. Specjalista z zakresu chirurgii plastycznej poradził, aby spróbowali leczenia jak przy obojnactwie – przez zmianę płci. Rodzice, mimo przerażenia, zdecydowali się na ten krok. Skorzystali z pomocy ośrodka leczącego obojnaków. Ogólnie postawiono na czynniki społeczne. Alternatywą byłaby chirurgia plastyczna i sztuczny penis oraz związane z tym ryzyko powikłań i niepełnosprawność organu wykonanego ze skóry brzucha. Rodzice, szczegółowo i kompletnie poinformowani, że syn po protezowaniu, choć płodny, przypuszczalnie nie sprawdzi się jako mężczyzna, postanowili zmienić mu płeć. Dziecko nazwali imieniem żeńskim, zapuścili mu długie włosy i ubierali w sukienki. W dwudziestym pierwszym miesiącu życia usunięto worek mosznowy z jądrami i wytworzono zewnętrzne narządy płciowe żeńskie. W wieku 11–12 lat miały być podawane żeńskie hormony płciowe feminizujące ciało. Następnym etapem było chirurgiczne wytworzenie kanału pochwowego. Rezultat operacji dawał możliwość odczuwania satysfakcji erotycznej, w tym orgazmu. Początkowo „dziewczynka” rozwijała się *normalnie*: wstążki, falbanki, bransoletki, pomaganie mamie w kuchni. Jednak zbadana w wieku trzynastu lat wykazała cechy męskie i męski wygląd zewnętrzny. Badanie w wieku lat szesnastu wykazało zaś, iż „wykazuje pewne cechy męskie pozwalające wąt-

pić, czy kiedykolwiek przystosuje się do funkcjonowania w roli kobiety”¹¹⁶³. Tym sposobem, w najlepszych intencjach, rodzice wspólnie z lekarzami stworzyli... transseksualistę.

Dzieci interseksualne

Powyższy przykład, mimo że odosobniony, stanowi dobre nawiązanie do szerszej kwestii leczenia dzieci interseksualnych. Są to właśnie tzw. obojnaki, urodzone z męskimi i żeńskimi narządami płciowymi. Ośrodki leczące to schorzenie proponują jak widać zakrojony na lata plan terapeutyczny. Skąd jednak wiadomo, do jakiej płci przynależność ukształtuje się w psychice dziecka? Przykład chłopca „zrobionego w dziewczynkę” (bo mimo najlepszych zamiarów trudno to nazwać inaczej) pokazuje, iż decydujący okazał się wiek dojrzewania. To właśnie w wieku pokwitania rodzi się u człowieka ostatecznie psychiczne odczucie własnej płci. Jeżeli przy wcześniejszym planowaniu leczenia rodzice „nie utrafią” z decyzją, w którym kierunku płeć ma być korygowana – grozi to tragedią. Taka decyzja rodziców, podejmowana – nie oszukujmy się – „w ciemno” z punktu widzenia dostępnych danych, jest w gruncie rzeczy arbitralna. Wprawdzie dla dobra dziecka lepiej, by możliwie szybko stało się jednoznaczne – dziewczynką bądź jednoznacznie chłopcem, jednak niedostatek informacji, do jakiej płci będzie psychicznie przynależać, powinien stanowić silne przeciwwskazanie dla jakichkolwiek interwencji i chirurgicznych, i farmakologicznych. W tak istotnej sprawie dziecka rodzicom nie może być pozostawiona swoboda wyboru, a zbyt wcześnie udzielona zgoda na korekty powinna zostać skutecznie zakwestionowana przez działający z urzędu sąd opiekuńczy. Żaden lekarz nie powinien też zgodzić się na rozpoczęcie terapii dziecka interseksualnego zbyt wcześnie i tylko na podstawie zapatrywania rodziców. Dopóki mały pacjent nie osiągnie stosownego wieku, należy przyjąć postawę wyczekującą i powstrzymać rodziców przed zbyt pochopnymi decyzjami.

Operacje plastyczne u dzieci

Pewien chirurg plastyk operował na życzenie rodziców parunastoletnią uczennicę. Dziewczynka miała bardzo odstające uszy i skarżyła się, że kole-dzy w szkole przezywają ją „Urban”. Korekta chirurgiczna była nieznaczna: polegała na przyszyciu nadmiernie odstających uszu bliżej czaszki. Zabieg

¹¹⁶³ Na podstawie: K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne* s. 54–57.

naraził dziecko na przemijający ból towarzyszący gojeniu i niedogodności związane z opatrunkami, pielęgnacją blizn oraz zdejmowaniem szwów; sam zabieg wykonano pod znieczuleniem, co też pociąga za sobą pewne ryzyko. Operacja miała charakter kosmetyczny, trudno mówić o istnieniu wskazań medycznych, bowiem uszy były zdrowe, tyle że duże i sterczące. Pytanie, czy takie uszy można by uznać za szpetne. To rzecz gustu. Zabieg jednak niewątpliwie uchronił dziewczynkę przed dalszymi upokorzeniami. Czynność miała więc dobre uzasadnienie pozamedyczne i należy ją ocenić jako podjętą dla właściwie pojmowanego dobra dziecka.

Obsesja dobrego wyglądu dziewczynki popycha jednak nieraz rodziców, głównie matki, do daleko posuniętej aktywności kosmetycznej. W sprzedaży są kosmetyki do makijażu, kupowane kilkuletnim dziewczynkom i używane przez nie przed wyjściem do przedszkola. Pojawiły się salony piękności wyspecjalizowane w usługach tak dla mam, jak dla ich małych córeczek („bo największe szczęście to ładnie wyglądać”). Psychologowie komentują, że zwłaszcza w tak młodym wieku nadmierna koncentracja na własnym wyglądzie niekorzystnie wpływa na rozwój psychiczny (dawniej mówiło się potocznie o przewróceniu w głowie). Jedną z konsekwencji takiego podejścia rodziców są też operacje plastyczne korygujące kształt części twarzy, zwłaszcza nosa, fundowane córkom na urodziny i to wcale nie na osiemnaste. Wiadomo, że nos może stanowić poważny defekt urody, a zabiegi upiększające doczekały się powszechnej akceptacji. Nawet jednak zgodna wola rodziców i dorastającej panny nie mogą mieć znaczenia decydującego, gdy rozwój tej części organizmu jeszcze się nie zakończył i nie można do końca przewidzieć wpływu operacji na wygląd osoby dorosłej. Uwzględnienia wymaga zatem kwestia przeciwwskazań.

„Ashley X – dziecko na zawsze”

Sześćioletnia w chwili podejmowania decyzji medycznych dziewczynka z Seattle, znana jako Ashley X., jest od urodzenia dotknięta encefalopatią. Schorzenie ma charakter nieuleczalny i polega na tym, że mózg do końca życia pozostanie mózgiem trzymiesięcznego niemowlęcia. Dziewczynka nie może nie tylko mówić, ale nawet samodzielnie przełykać jedzenia; nie rozumie słów, nie ma zdolności kojarzenia, nie potrafi nawet utrzymać pionowo głowy (tzw. trzymanie główki następuje u niemowląt około czwartego miesiąca życia). Niemniej pod względem fizycznym organizm rozwijałby się normalnie. Ashley przypuszczalnie wyrosłaby na zdrową, zdolną do rozrodu kobietę. Tyle że o świadomości trzymiesięcznego niemowlęcia, z właściwym niemowlę-

tom w tym wieku refluksem i nietrzymaniem główki oraz wypróżnianiem się w pieluchy. Rodzice zaobserwowali, że córka odczuwa i czerpie z otaczającego świata przyjemność tak jak trzymiesięczne niemowlę. Uśmiecha się, lubi przyjęcia, żywe kolory i obecność większej liczby osób. Jak każde niemowlę uwielbia być noszona i przytulana. Lubi wycieczki i pikniki oraz sadzanie na huśtawce. Póki fizycznie mała – rodzice dadzą radę zaspokajać te potrzeby. Ale nie wtedy, gdy urośnie. Rodzice uznali więc, że dla dobra dziecka lepiej, aby pozostała małą dziewczynką. Żeby jednak to osiągnąć, konieczne okazało się podawanie bardzo wysokich dawek hormonów powstrzymujących wzrost oraz operacyjne usunięcie niektórych organów: macicy, jajników, jajowodów oraz gruczołów piersiowych – czyli poważne okaleczenie oraz zahamowanie wzrostu. Usunięcie piersi oraz narządów rodnych miało na celu oszczędzenie bólu i dyskomfortu towarzyszących menstruacji oraz uchronienie przed rakiem tych organów. Rodzice chcieli ograniczyć do minimum cierpienia, jakich mogłaby doznać ich do końca życia niepełnosprawna córka.

Jest to pierwszy taki przypadek opisany w medycynie. Terapia nie została zweryfikowana przez innych lekarzy ani poddana werdyktowi sądu. Zaaprobowala ją jednak komisja etyczna szpitala w Seattle oraz *post factum* tzw. opinia publiczna¹¹⁶⁴. Lekarze opublikowali swe argumenty i wnioski w specjalistycznym magazynie medycznym. Wywołało to falę oburzenia na internetowych forach dyskusyjnych. Padały określenia typu „Frankenstein XXI wieku”. Protestowały organizacje broniące praw osób niepełnosprawnych zapytując, jak medycyna może zezwolić na nieodwracalne okaleczenie normalnie rozwijającego się pod względem fizycznym dziecka. Terapia Ashley wywołała spór o granice interwencji medycznych. Jeden z pediatrów krytykujących koncepcję leczenia Ashley oznajmił, że jest to „technologiczne rozwiązanie społecznego problemu” opieki nad niepełnosprawnymi¹¹⁶⁵. Rodzice dziewczynki opublikowali w internecie obszernie wyjaśnienie. Oto jego fragment: „– Zrobiliśmy to dla dobra Ashley, a nie naszego. Nie chcieliśmy, by w pełni rozwinięta kobieta ze świadomością niemowlaka leżała do końca życia praktycznie bez ruchu. Terapia pozwoli nam cieszyć się kontaktem z nią, nosić na rękach, wychodzić na dwór, na huśtawkę, zabierać na pikniki, do stołu na rodzinną kolację, iść z nią w gości. Nie będzie spędzać każdego dnia tak

¹¹⁶⁴ Za: M. Riddel, *Na krawędzi szaleństwa*, The Guardian z 12.I.2007, tłum. i przedruk: <http://wiadomosci.onet.pl/1384646,2678,1,1,kioskart.html?> (data wizyty 15.I.2007 r.)

¹¹⁶⁵ Na podstawie M. Gadziński: *Ashley – dziecko na zawsze*, Gazeta Wyborcza z 5.I.2007, s. 14, oraz M. Riddel, *Na krawędzi szaleństwa*

samo – w łóżku przed telewizorem albo wpatrzona w sufit”¹¹⁶⁶. Rodzic innego niepełnosprawnego dziecka skomentował: „– Proszę, nie wydawajcie osądów, póki sami nie spróbujecie zaciągnąć stukilowego dziecka do wanny”¹¹⁶⁷.

Kuracja hormonalna zahamowała wzrost i ograniczyła wagę dziecka do 34 kg. Do końca życia Ashley będzie mieć ciało dziewięcioletniej dziewczynki. Rodzice Ashley i ich protagoniści opowiedzieli się w ten sposób na rzecz jakości życia, przedkładając dobro dziecka natury psychicznej, emocjonalnej nad integralność fizyczną. Dokonali radykalnej interwencji w zdrowie fizyczne dla zbliżenia stanu somatycznego do stanu umysłu. U małej pacjentki zostały spowodowane okaleczenia oraz ciężkie uszkodzenie ciała (zatrzymanie wzrostu) **bez wskazań medycznych, ale z podaniem preferowanej dla dobra dziecka hierarchii jego dóbr osobistych**. W opinii rodziców ciało Ashley jest czymś „bardziej odpowiednim, bardziej godnym” dla dziecka o szcążkowo rozwiniętym umyśle. Pytanie, czy tak samo zostanie to ocenione, gdy pacjentka stanie się młodocianą staruszką¹¹⁶⁸. Jednak obecnie „jej los wywołuje nie tylko współczucie, ale także pewną zazdrość, zwłaszcza wśród rodziców niepełnosprawnych dzieci. Ta żywa lalka nie przypomina ciężkich, niepanujących nad sobą, zdzieciniałych młodzieńców, którymi rodzice opiekują się z rozpaczliwą i niełatwą miłością”¹¹⁶⁹. Argument ten został wypowiedziany w kontekście oceny brytyjskiej rządowej pomocy dla dzieci niepełnosprawnych, którą tamtejszy pełnomocnik do spraw dziecka nazwał „narodowym skandalem”. To co mamy powiedzieć my? Nawet jednak gdyby system działał sprawnie, istnieją poważne ograniczenia natury fizycznej: nie ponosi się na rękach kilkudziesięciu kilogramów żywej wagi, a transportowanie do wanny wymaga specjalnego podnośnika. Nie ma też mowy o dalszych wycieczkach czy huśtaniu na huśtawce.

Pozostaje jeszcze problem usuniętych narządów rozrodczych. Rodzice dziewczynki deklarowali m.in. obawę, by córka nie zaszła w ciążę wykorzystana przez jakiegoś zwyrodniałego opiekuna – rodzice przecież nie są wieczni. Usunięcie macicy jest też jednak funkcjonalnie powiązane z zahamowaniem wzrostu. Postura dziewięcioletki i umysł niemowlęcia trzymiesięcznego i tak wykluczają macierzyństwo. Ten przykład pokazuje, że nawet daleko idące okaleczenia organizmu mogą mieć jak najbardziej racjonalne

¹¹⁶⁶ Za: M. Gadziński: *Ashley – dziecko na zawsze*.

¹¹⁶⁷ Za: M. Riddel, *Na krawędzi szaleństwa*.

¹¹⁶⁸ Za: M. Riddel, *Na krawędzi szaleństwa*.

¹¹⁶⁹ M. Riddel, *Na krawędzi szaleństwa*.

i społecznie akceptowalne uzasadnienie, choć opisana sytuacja jest niezwykła pod każdym względem.

Kolizja dóbr oraz interesów dzieci pozostających pod władzą.

Jodie i Mary¹¹⁷⁰

Konflikt tego rodzaju może mieć miejsce, gdy leczenie jednego z dzieci miało by odbyć się kosztem drugiego. Sytuacje takie należą pewnie do niezbyt częstych, gdy jednak się ujawnią, rozważania nie mogą ograniczyć się do płaszczyzny ściśle prawnej. Jednocześnie jednak werdykt sądu zapaść musi i na nic się nie zdadzą biadolonia na temat nierozwiązywalnych jakoby dylematów etycznych. Sprawa, o której będzie mowa, miała pod wieloma względami charakter skrajny.

„Jodie i Mary” to fikcyjne imiona nadane dla celów postępowania bliźniaczkom syjamskim, które przyszły na świat 8 sierpnia 2000 r. na terenie Wlk. Brytanii. Świat obiegła wówczas ich fotografia, na której z daleka przypominały długiego owada z dwiema głowami, jedną z przodu i drugą z tyłu oraz z ośmioma kończynami. Siostry były zrosnięte w okolicach podbrzusza. Mózg Jodie zbudowany był prawidłowo, natomiast u Mary występował zespół wad mózgowych określony przez biegłych jako bardzo ciężki (z niewiadomą nawet zdolnością do odczuwania bólu), wykluczający normalny rozwój popłodzeniowy, m.in.: niedorozwój kory mózgowej, powiększenie komór mózgu, niedorozwój spoidła wielkiego (ciała modelowatego), zespół Dandy’ego – Walkera w tyłomózgowiu. Mary była ponadto zrosłakiem pasożytniczym¹¹⁷¹, miała wadliwe i niewydolne układy krążenia oraz oddechowy: serce bardzo powiększone, prawie wypełniając klatkę piersiową biło, ale praktycznie nie przetaczało krwi, natomiast płuca wykazywały praktyczny brak funkcjonującej tkanki płucnej (ciężka hipoplazja płucna) – co w sumie składało się na ciężkie upośledzenie pracy serca oraz brak użytecznej czynności płuc, bez żadnych perspektyw na polepszenie. Mary żyła jedynie dzięki krwi natlenianej i dostarczanej przez organizm Jodie. Jodie i Mary miały wspólną arterię. Operacja rozdzielenia sióstr wymagała jej zaciśnięcia, a następnie przerwania

¹¹⁷⁰ Wyrok S¹du Apelacyjnego z 22 września 2000 r. *The Supreme Court od Judicature in the Court of Appeal, Civil Division*, sygn. B1/2000/2969 (*Re A (Conjoined Twins)*), [2000] 4 All E.R. 961], (skrót w: *Bulletin of Medical Ethics*, 09.2000 s. 17–24, pełny tekst: <http://news.findlaw.com/cnn/docs/siamesetwins/siamesetwins1.html> i n. lub <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/254.html>)

¹¹⁷¹ Jest to kwalifikacja medyczna.

– kosztem życia Mary, która po kilku minutach musiała umrzeć. Zaniechanie rozdzielania oznaczałoby przedłużenie życia Mary o okres szacowany na trzy do sześciu miesięcy. Po upływie tego czasu, ze względu na fizjologiczny przyrost masy obu organizmów, serce Jodie nie podołałoby wysiłkowi i w nieunikniony sposób śmierć poniosłyby obie¹¹⁷². Lekarze opowiadali się za wykonaniem operacji rozdzielania, dającej pewne szanse dla Jodie. Mary umarłaby wówczas od razu, a nie po trzech miesiącach. Rodzice jednak nie potrafili podjąć decyzji. Podnosili, że w ich oczach obie córki są równe, wobec tego nie mogą przyzwolić na zabicie jednej z nich, choćby dla ratowania drugiej. Jako katolicy deklarowali ponadto, że według nich dzieci muszą być pozostawione w rękach Boga, albowiem to z woli Bożej zostały dotknięte opisaną przypadłością. Szpital w Manchesterze wystąpił wobec tego o sądową zgodę przełamującą, aby nie pozwolić umrzeć przynajmniej Jodie. Pomyślny dla szpitala wyrok w I instancji zapadł w budzącym podziw terminie: 25 sierpnia 2000 r., rodzice jednak założyli apelację. Sąd apelacyjny utrzymał w mocy wyrok I instancji. Odwołanie do Izby Lordów nie zostało wniesione.

Sąd wydał zgodę na zabieg rozdzielania przyjmując założenie wyjściowe, że mamy do czynienia z dwiema osobami. Działając zamiast rodziców sąd obowiązany był kierować się kryterium najlepiej pojętego interesu dziecka. Biorąc pod uwagę fakt, że dzieci było dwoje, powstała konieczność poddania analizie interesów każdego z osobna. Interesy te okazały się przeciwstawne. Jodie i Mary jako dwie istoty ludzkie mają (miały) takie samo prawo do życia – w sensie uprawnienia legalnego przysługującego na gruncie *common law* oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zamierzone czynne zabicie Mary byłoby więc jawnie bezprawne. W interesie Jodie było zostać oddzieloną od Mary, ponieważ dla Jodie utrzymywanie przy życiu siostry groziło rychłą śmiercią. Operacja mogła uratować jej życie i dać szansę na względnie normalną egzystencję. W interesie zaś Mary leżało pożyć jak najdłużej, a więc bez rozdzielania. Zapatrywanie rodziców zostało uznane za nietrafne: zdaniem Sądu rodzice odrzucając myśl o zabiciu Mary nie zauważali lub nie chcieli zauważyć, że jednocześnie obarcza ich obowiązek ocalenia Jodie; nie przyjmowali do wiadomości, iż niepodjęcie decyzji w ogóle oznaczałoby śmierć także dla Jodie.

Przy nierozwiązywalnym konflikcie interesów obu siostr Sąd uznał za przeważający interes Jodie. Z tego powodu, iż Mary żyła tylko kosztem Jodie

¹¹⁷² Zob. omówienie orzeczenia M. Boratyńska i P. Konieczniak: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 436–443.

i wkrótce doprowadziłyby do śmierci ich obu, Jodie miała prawo protestować przeciwko temu, że Mary ją zabija. Prawo do życia obu sióstr zostało uznane za jednakowe, niemniej interes każdej z nich w przeżyciu już nie zasługiwał na taką samą ochronę – ponieważ Mary korzystała z cudzego organizmu, do czego nie miała prawa. Jodie ponosiła śmiertelny wysiłek, niemając takiego obowiązku.

Zamierzona operacja byłaby jednak czynnym zabiciem Mary. Operującym lekarzom dało się przypisać taki zamiar. Nie zostało to jednak uznane za akt bezprawny, ponieważ w sprawie zachodziły zdaniem Sądu okoliczności uchylające bezprawność. Wprawdzie Mary była od początku niezdolna do życia, jednak w chwili operacji pozostawała jeszcze żywa. Operacja przyspieszyła jej śmierć. Przyczynę zgonu stanowiło przecięcie arterii. Zatem z obiektywnego punktu widzenia operacja była aktem zabicia człowieka, ale to jeszcze nie znaczy co jeszcze nie znaczy, że przestępstwem zabójstwa. Niemniej od strony subiektywnej mamy do czynienia z zamiarem zabicia, skoro śmierć Mary miała być nieuchronnym skutkiem podejmowanej czynności i sprawcy zdawali sobie z tego sprawę. Nawet jednak umyślne zabicie człowieka nie musi stanowić przestępstwa zabójstwa, o ile da się znaleźć normę wyjątkową usprawiedliwiającą zabicie w sytuacji nietypowej (w obronie koniecznej czy podczas działań wojennych). Można dopatrzeć się tutaj podobieństw do **stanu wyższej konieczności** – ze względu na kolizję dóbr oraz do **samoobrony** – ponieważ Mary, wprawdzie nieświadomie, lecz bez jakiegokolwiek prawnego uzasadnienia – zagrażała życiu Jodie.

Przypadek Jodie i Mary był pierwszym tego rodzaju. Dotychczas operacje rozdzielenia bliźniąt syjamskich wykonywało się w celu ratowania życia lub poprawy jego jakości u obojga dzieci. Odbywało się to ze zmiennym szczęściem, ale nigdy jeszcze życie jednego bliźniaka syjamskiego nie zależało od drugiego.

Argument, że Mary nie miała prawa korzystać z cudzego organizmu, a Jodie nie miała obowiązku ponosić śmiertelnego wysiłku, jest w gruncie rzeczy niepodważalny, zwłaszcza, że przecież żaden sposób nie wartościuje niczyjego życia. Równie dobrze można by go podnieść w sytuacji odwrotnej: gdyby to Mary miała mózg funkcjonujący normalnie, a głęboko upośledzona była Jodie.

W prawie brytyjskim stan wyższej konieczności (*necessity*) jest instytucją pozaustawową, ukształtowaną przez nieliczne precedensy i uważaną za niejasną. W prawie polskim odwołanie się przez analogię do stanu wyższej konieczności bądź do obrony koniecznej nie wchodzi w rachubę, ponieważ

potrzeba jest konkretnej podstawy prawnej. Zgodnie z art. 26 § 1 k.k. stan wyższej konieczności ma miejsce wówczas, gdy dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od ratowanego (a w sprawie Jodie i Mary sąd uznał ich życia za równowartościowe). Tylko wtedy uchylona jest bezprawność. Nie wystarczy samo wyłączenie winy przez § 2 art. 26 k.k., (gdy dobro poświęcane nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od ratowanego) bo to zwalnia tylko lekarzy wykonujących operację; natomiast sąd nie mógłby zezwolić na czyn noszący znamiona bezprawności. Również każdy, w tym rodzice, miałby prawo czynnie przeszkodzić bezprawnemu zabiegowi. Z kolei obrona konieczna polega na odpięciu bezprawnego zamachu, a więc czynu, a ze strony Mary było to tylko utrzymującym się stanem bezprawnego korzystania z organizmu Jodie – bez udziału woli. Niemniej takie przedłużające się korzystanie zagrażało życiu.

Na gruncie prawa cywilnego bierny stan narusza dobra osobiste Jodie: zagraża życiu oraz narusza prawo do tego, by nikt nie pasożytował na organizmie drugiego i nie czerpał zeń życiodajnych sił. Istnienie tego drugiego dobra osobistego da się wywieść w szczególności z przepisów ustawy transplantacyjnej: jakiegokolwiek pobranie tkanki, komórki czy narządu *ex vivo* co do zasady wymaga zgody dawcy – w przeciwnym bowiem razie jest bezprawne. Mary korzystała z płuc i układu krążenia Jodie oraz pobierała krew zawierającą tlen. Jodie musiała znosić to, iż druga osoba rośnie i pasożytuje na niej. Z punktu widzenia Jodie utrzymywał się stan naruszenia jej dóbr osobistych niebędący ani działaniem, ani zaniechaniem i niezależny od niczyjej woli. Jednocześnie znalazły się osoby z zasady zobowiązane do ratowania życia i gotowe ratować Jodie. Przepis art. 24 k.c. przyznaje roszczenie o zaniechanie w razie zagrożenia działaniem, ale Mary nie działała. Ona tylko żyła i trwała. Ten sam przepis powiada dalej, że w razie naruszenia dokonanego wolno żądać usunięcia jego skutków przez osobę, która dopuściła się naruszenia. Dopuszczenie się nie jest równoznaczne z działaniem: oznacza m.in. popełnienie (przestępstwa); czasownik „dopuszczyć” w znaczeniu słownikowym wykląda się m.in. jako „nie przeszkodzić”. „Wywołanie stanu zagrożenia lub spowodowanie naruszenia cudzego dobra osobistego nie musi być objęte zamiarem sprawcy zagrożenia lub naruszenia. Jednakże ochrona przysługuje jedynie przeciwko takiemu zachowaniu, które może być uznane za działanie sprawcy. Jeżeli sprawca jest osobą fizyczną liczy się tylko zachowanie zdeterminowane przez jego wolę”¹¹⁷³. Ani nasze ustawodawstwo, ani doktryna nie przewidziały sytuacji,

¹¹⁷³ M. Pazdan: *System prawa prywatnego*, t. 1 red. M. Safjan, Warszawa 2007 s. 1155.

w której naruszenie dobra osobistego powstaje niezależnie od niczyjej woli, a jest na tyle poważne, iż wymaga przeciwdziałania. Nie można powiedzieć, że życie Jodie ochrony nie wymagało. Pozostawienie Jodie bez ratunku byłoby chyba najbardziej wyrazistym z możliwych przykładem uprzedmiotowienia osoby: sprowadzenia do funkcji „naturalnego płucoserca”, które najdalej w ciągu sześciu miesięcy „zużyje się” i wówczas zostanie wyrzucone¹¹⁷⁴.

Przeszkodę w dochodzeniu przez Jodie roszczeń o ochronę dóbr osobistych na gruncie polskiego systemu prawnego stanowiłoby to, że Mary była bezwolna, nieświadoma i zagrażała samym faktem zrośnięcia z Jodie. Dlatego pojęcia „działanie” i „dopuszczenie się” powinny być na gruncie przepisów o ochronie dóbr osobistych rozumiane bardziej elastycznie niż w prawie karnym i obejmować również coś, co czynu nie stanowi¹¹⁷⁵. Nie ma w tym nic nadzwyczajnego, gdyż co prawda we współczesnym prawie karnym odpowiedzialność karna wiązana jest tylko i wyłącznie z czynem, ale w prawie cywilnym jest inaczej, np. przez czyny niedozwolone rozumie się także niektóre stany faktyczne w ogóle niebędące czynami¹¹⁷⁶.

W Polsce rodzice nie mogliby reprezentować córek (art. 98 § 3 k.r.o.). Należałoby ustanowić dwóch kuratorów. Kurator dla Jodie miałby m.zd. prawo zażądać usunięcia skutków naruszenia dobra osobistego: zaniechania w korzystaniu z cudzego organizmu.

Zabieg medyczny ratujący bezprawnie naruszane dobra osobiste Jodie nie może być jednak równocześnie legalny cywilnie i nielegalny karnie, zwłaszcza w świetle koncepcji, że prawo karne jest jedynie źródłem karalności, a nie bezprawności zachowań. Interdyscyplinarny charakter prawa medycznego wymaga pogodzenia różnic. Wydaje się, że jedynym wyjściem jest **kontratyp szczególnych uprawnień**¹¹⁷⁷, wywiedzionych z cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych.

W sprawę próbował wmieszać się arcybiskup Westminsteru, reprezentujący kościelną dezaprobatę wobec operacji. Podnosił on między innymi, iż lekarze nie mają obowiązku chronić życia, jeżeli wymagałoby to środków nadzwyczajnych (najwyraźniej operacja rozdzielenia została za taki uznana), nawet jeżeli pociągnie za sobą śmierć pacjenta. Jak widać koncepcja

¹¹⁷⁴ P. Konieczniak: *Jodie i Mary – argumenty prawne*, Prawo i Medycyna nr 8/2000, s. 116.

¹¹⁷⁵ Ibidem.

¹¹⁷⁶ S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. I, Ossolineum 1985, s. 208–209.

¹¹⁷⁷ P. Konieczniak: *Jodie i Mary – argumenty prawne*, s. 116.

nadzwyczajnych środków terapeutycznych jest w nauce Kościoła Katolickiego osadzona w sposób trwały i służy jako poręczny argument – wytrych. Tutaj środkiem nadzwyczajnym z punktu widzenia Jodie miałyby być operacyjne ratowanie jej życia, rokujące duże szanse na powodzenie. Innym kościelnym argumentem podnoszonym przeciwko operacji było – jakże by inaczej – „zabicie” Mary. Jednak z punktu widzenia Mary wystarczyłoby natychmiast po oddzieleniu podłączyć ją do aparatury podtrzymującej krążenie. Następnie zaś, zgodnie z procedurą DNR, wycofać ów *nadzwyczajny środek terapeutyczny*¹¹⁷⁸.

Polska etyka katolicka w osobie Barbary Chyrowicz wypowiedziała opinię, iż „W żadnej, nawet najbardziej dramatycznej sytuacji nie wolno ratować jednego życia kosztem drugiego. Byłoby to równoznaczne z popełnieniem zabójstwa. Intencja ratowania życia nie może zmienić kwalifikacji moralnej czynu”¹¹⁷⁹. Marek Wichrowski tłumaczy to stanowisko w sposób następujący: „Jodie i Mary to dwie istoty (osoby) równe sobie, których życia nie wolno wartościować z uwagi na brak organów jednej z nich. Rozdzielenie oznacza medyczną ingerencję, której bezpośrednim następstwem będzie śmierć Mary. Zatem zgon tej ostatniej należy do samej materii czynu, jakim jest operacja rozdzielenia. Nie jest »przewidywaną ale niechcianą konsekwencją« zabiegu chirurgicznego, ale jego integralnym składnikiem. Milcząco, choć intencjonalnie, zakłada się przecież, że odcięcie Mary od organów Jodie oznacza jej natychmiastową śmierć i zarazem swoiste uwolnienie tej ostatniej od balastu, jakim jest siostra. Innymi słowy, operacja jest zabiciem Mary, aby przeżyła Jodie. Dlatego operacja jest zła moralnie i nie powinna mieć miejsca. **Zaniechanie operacji oznacza niewchodzenie w związek przyczynowy wiodący do śmierci Mary i Jodie** [podkr. M.B.]. Gdyby szpital nie pojawił się w życiu Mary, ona i tak by umarła, zatem lekarz odmawiający wykonania zabiegu rozdzielenia nie jest odpowiedzialny za jej śmierć (...) W przypadku interwencji chirurgicznej odpowiada jednak za śmierć Mary, której zgon staje się ceną w niedopuszczalnym rachunku użyteczności. Staje się bezpośrednim, zamierzonym skutkiem ratowania Jodie”¹¹⁸⁰. Od siebie zaś konstruje z pozycji konsekwencjalistycznych: „Konsekwencją każdego rozwią-

¹¹⁷⁸ Ibidem, s. 117.

¹¹⁷⁹ B. Chyrowicz: *Bioetyka i ryzyko. Argument „równi pochyłej” w dyskusji wokół osiągnięć współczesnej bioetyki*, Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2000, za: M. Wichrowski: *Jodie i Mary – analiza etyczna*, s. 118.

¹¹⁸⁰ M. Wichrowski: *Jodie i Mary – analiza etyczna*, s. 122.

zania przypadku jest śmierć Mary. Konsekwencją zaniechania jest śmierć obu dziewczynek. Należy zatem ratować Jodie, gdyż Mary i tak nie będzie istnieć. Rozdzielenie sióstr nie oznacza zabicia przez chirurga Mary. Zamiarem jest odciążenie organizmu Jodie, które daje szanse na jej dalsze istnienie. Słowem, należy wykonać operację, która jest dobra moralnie. (...) zaniechanie interwencji chirurgicznej należy uznać za złe moralnie”¹¹⁸¹.

Sąd, deklarując szacunek dla przekonań religijnych rodziców, dokonał jednak własnej i odmiennej niż kościelna, oceny z punktu widzenia zasady dobra dziecka, zbieżnej z rozumowaniem M. Wichrowskiego.

Na zakończenie warto wskazać jeszcze jeden aspekt każdej bliźniaczności syjamskiej: przymusową wspólność życia w razie niewykonania operacji rozdzielania. Uprawnionym będzie w tym kontekście twierdzenie, że każdy człowiek ma prawo do fizycznej odrębności od innego człowieka (w przeciwnym razie musiałby wieść życie nie do zniesienia). Jest to jeszcze jeden rodzaj dobra osobistego zasługującego na ochronę i powinien być brany pod uwagę w razie ewentualnego sporu między zrośniętymi bliźniętami o wykonanie operacji¹¹⁸².

Podsumowanie

Przedstawicielowi ustawowemu w zasadzie nie przysługuje być prawnie „niegotowym” na podjęcie decyzji w sprawie podopiecznego. Niektóre rozstrzygnięcia mogą być bolesne i wtedy rodzic bądź opiekun opuszcza bezradnie ręce, a w uporządkowaniu spraw wyręcza go sąd. Tak postąpili rodzice Jodie i Mary. Nie potrafili podjąć decyzji, ale mieli wsparcie ze strony lekarzy, którzy informowali ich wszechstronnie i wyczerpująco, dostarczając wszelkich dostępnych informacji na temat stanu zdrowia bliźniaczek oraz rokowania na przyszłość. Decyzje w sprawie bardzo małych dzieci należą do najtrudniejszych. Spośród proponowanych przez bioetyków kryteriów wymagających uwzględnienia: szans na przeżycie, jakości przyszłego życia, cierpienia dziecka, godności życia, woli rodziców, względów religijnych, kosztów leczenia i opieki – należy odrzucić te, które nie uwzględniają indywidualnego dobra konkretnego dziecka. Nie ma zatem nic do rzeczy własna wola rodziców ani względy religijne. Natomiast koszty są sprawą bolesną, ale niemożliwą do pominięcia z przyczyn natury podstawowej. Ze względów systemowych, gdy

¹¹⁸¹ Ibidem, s. 123.

¹¹⁸² M. Boratyńska i P. Konieczniak, komentarz w: *Prawo wobec medycyny i biotechnologii*, s. 442.

chodzi o dzieci, rozstrzyganie o nich odbywa się jednak na szczeblu władzy i polityki zdrowotnej.

Ustawowym obowiązkiem opiekuna jest decydować, nie musi być jednak zdany tylko na siebie. Wspomniane przy okazji sprawy Quinlan czy Ashley X. szpitalne komitety bioetyczne mogłyby i u nas okazać się pomocne we wszechstronnym naświetleniu problemu i udzieleniu rekomendacji, które pomogą opiekunom w podjęciu decyzji. Natomiast ustawowym obowiązkiem lekarzy jest informować tak, żeby dostarczyć rzetelnych danych, wesprzeć radą i podtrzymać na duchu w ciężkiej chwili – a nie zasłaniać się na przykład wadliwie pojmowanym przywilejem terapeutycznym i uprawiać hipokryzję „humanitarnego kłamstwa”. Pełna informacja zdrowotna dotycząca dziecka jest warunkiem koniecznym należytego wykonywania władzy rodzicielskiej, a także odpowiednio opieki i kurateli. Zaniechania informacyjne i przemilczenia lekarzy utrudniają wykonywanie ustawowego obowiązku działania w imię dobra podopiecznego. W okolicznościach niedoinformowania nie można postawić rodzicom zarzutu nienależytego sprawowania opieki, zaś ich decyzje co do leczenia podopiecznych obarczone są wadami pociągającymi za sobą bezprawność zabiegów zastosowanych przez lekarzy.

Dobre chęci i wypaczenia. „Antyszczepionkowcy”

Szczepienia obowiązkowe małoletnich

Problem uchylania się od obowiązkowych szczepień pojawia się głównie w odniesieniu do oślepionych zafałszowaną wiedzą albo cynicznych rodziców, działających w imię źle pojmowanego dobra małoletnich dzieci – dość poczytać wpisy na internetowych forach dyskusyjnych, np. pt. „Nie szczepimy”. Jedni tam uważają, że szczepienia wyrządzają więcej szkody niż przynoszą pożytku, a drudzy – ze względu na ewentualne działania niepożądane wolą, by robili to inni, a oni dzięki tym innym i tak będą bezpieczni mając wokół siebie samych szczepionych. Jest to postawa, którą śmiało można uznać za aspołeczną i sprzeczną z zasadami współżycia społecznego.

Jakiegokolwiek są powody, uchylanie się od szczepień obowiązkowych jest groźne zarówno dla małoletniego, jak dla osób trzecich. Pomijając już owe osoby trzecie i groźbę zejścia poniżej odsetka odporności populacyjnej – przede wszystkim podejmowanie decyzji w kwestiach zdrowotnych małoletniego stanowi element wykonywania władzy rodzicielskiej. A to – zgodnie z kodeksem rodzinnym i opiekuńczym – ma odbywać się stosownie do obiektywnie rozumianego kryterium dobra małoletniego, a nie według widzimisię rodzi-

ców. Biorąc pod uwagę, że niektóre szczepienia ochronne są jednocześnie i obowiązkowe, i podejmowane z założenia w interesie samego małoletniego, nie ma przeszkód, aby w razie uchylania się rodziców od realizacji tego obowiązku wystarać się o zezwolenie zastępcze sądu opiekuńczego, na ogólnej zasadzie z art. 32 ust. 6 uzawlek.

Zwykłemu człowiekowi dbającemu o dobro dzieci ruch tzw. antyszczepionkowców zalatuje z daleka obłędem. Problem w tym, że „ludzie, którzy z premedytacją nie chcą szczepić swoich dzieci, to zwykle osoby inteligentne, bardzo ocytane i dlatego przypadki beznadziejne do nawrócenia. Oni kochają swoje dzieci, mają wiedzę, ale zupełnie odwrotnie ją interpretują”¹¹⁸³. Naczytali się najróżniejszych opracowań i trwają w złudnym mniemaniu, że realizują w ten sposób zasadę dobra dziecka. To nie jest margines społeczny ani ubodzy, których dałoby się łatwo przymusić przez zatrzymanie becikowego lub innych zasiłków z pomocy społecznej dopóki nie przedłożą zaświadczenia o szczepieniu. Ci ludzie padają ofiarą szarlatanów i pseudonaukowców, którzy publikują sfabrykowane wyniki badań – jak Adrew Wakefield o szczepionce MMR¹¹⁸⁴ – bądź sprytnie manipulują danymi statystycznymi, a tam gdzie brakuje statystyk – posługują się dowodem anegdotycznym – jak to robi polska naśladowczyni Wakefielda, Maria Dorota Czajkowska – Majewska, która od pewnego czasu ściera się metodą listów otwartych m.in. z Polskim Towarzystwem Wakcynologicznym. PTW wszelkimi sposobami odcina się od

¹¹⁸³ Jarosław Rutkiewicz, państwowy powiatowy inspektor sanitarny, za: P. Platek: *Antyszczepionkowcy*, Wysokie Obcasy z 5.XII.2009, s. 40.

¹¹⁸⁴ MMR jest skoniugowaną szczepionką przeciwko odrze, śwince i różyczce. Andrew Wakefield przeprowadził w 1998 r. badania, których wyniki wykazały jakoby związek podania szczepionki z występującym u dzieci autyzmem i opublikował to w prestiżowym periodyku „The Lancet”. Wybuchła panika moralna, rodzice przestali szczepić dzieci. Przed kamerami wywnętrzały się na ten temat osoby publiczne, między innymi Tony Blair, który swego najmłodszego dziecka też postanowił nie szczepić szczepionką MMR. Powołany przez amerykański Narodowy Instytut Zdrowia zespół, kierowany przez prof. Mary McCormick, pediatrę z Harvardu, opublikował w 2001 r. raport, z którego wynika, iż pomiędzy szczepieniami a autyzmem nie ma żadnych zależności. Autyzm jest zaburzeniem rozwojowym o nieustalonej przyczynie, ale nie wiąże się ze szczepieniami – przypadki autyzmu zdarzają się z równą częstotliwością u dzieci nieszczepionych jak u szczepionych. Wakefieldowi udowodniono w latach 2004–2006 sfabrykowanie wyników badań i działanie na zlecenie rodziców dzieci autystycznych, którzy potrzebowali argumentu do wyłudzenia odszkodowań od producenta szczepionki. „The Lancet” opublikował *dementi*, a inkryminowany artykuł Wakefielda usunął oficjalnie ze swego archiwum. Brytyjski sąd medyczny odebrał Wakefieldowi prawo wykonywania zawodu. Na podstawie: T. Stawiszyński: *Szczepmy dzieci*, Newsweek 12–18.IX.2011.

szerzonej przez nią dezinformacji, podobnie jak zatrudniający ją wcześniej Instytut Psychiatrii i Neurologii. Autorka dopuściła się rozmaitych antyszczepionkowych opracowań, w których przechwala się swoimi naukowymi tytułami. Nie ma jednak wśród nich kwalifikacji lekarskich, w szczególności pediatrycznych. Jest wprawdzie profesorem, tyle że neurobiologii, więc swoje doświadczenia wykonuje na myszach i szczurach. „To jest w tym wszystkim najgorsze, bo przecież do zdezorientowanych rodziców, którzy troszczą się o dzieci i chcą dla nich jak najlepiej, trudno mieć pretensje. Oni są tylko ofiarami wprowadzanymi w błąd przez pseudoekspertów. (...) Rozważaliśmy w środowisku medycznym podanie prof. Majewskiej do sądu, ponieważ nie będąc lekarzem, wprowadza ludzi w błąd w zakresie specjalistycznych procedur medycznych, co może doprowadzić do choroby czy śmierci”¹¹⁸⁵. Ale oślepieni ową pseudowiedzą antyszczepionkowcy wierzą jej święcie, patrząc jak w tęczę i drżą o jej życie zagrożone jakoby przez spisek koncernów farmaceutycznych. Co gorsza, również w środowisku lekarskim są ludzie skłonni do odraczania szczepień *ad calendas Graecas* pod pierwszym lepszym pretekstem¹¹⁸⁶. Od czasu enuncjacji M.D. Czajkowskiej-Majewskiej daje się zaobserwować, że personel publicznych ZOZów wyraźnie zważył szyki i wzmacnia kontrolę wykonywania szczepień ochronnych u dzieci, ale to nie wystarcza.

1. Żmija może bowiem znajdować się we własnym gnieździe – pediatra antyszczepionkowy w publicznym ZOZie.
2. Antyszczepionkowcy na ogół nie zapisują dzieci do publicznych przychodni. Ich jest stać na prywatnego pediatrę na telefon. Taki lekarz, gdy przyjedzie wezwany w konkretnej sprawie typu zapalenie ucha – nie jest władny ani nie ma głowy, żeby sprawdzić szczepienia. Nie wszyscy prywatni pediatrzy, nawet ci objazdowi, mają chęć w ogóle zajmować się szczepieniami w domu, czy to ze względu na kłopotliwe przy dojazdach do pacjentów wymaganie dochowania tzw. łańcucha chłodniczego, czy to z powodu obowiązku posiadania zestawu antywstrząsowego. Lekarz przyjeżdża zatem na konkretne wezwanie i szczepień nie kontroluje. Przychodnia też nie kontroluje, bo dziecko nie jest nigdzie zapisane. Ustawowy obowiązek informowania o kalendarzu szczepień, tak obowiązkowych, jak zalecanych, obarcza lekarza podstawowej opieki zdrowotnej. Wobec dziecka niezapisanego do żadnej przychodni, ani

¹¹⁸⁵ Dr n. med. Paweł Grzesiowski, ekspert od szczepień z Instytutu Profilaktyki Zakażeń, za: T. Stawiszyński: *Szczepimy dzieci*, s. 76.

¹¹⁸⁶ Zob. P. Płatek: *Antyszczepionkowcy*, s. 42.

publicznej, ani prywatnej – brak jest osoby obowiązanej do poinformowania. Sprawy te powinien kontrolować Sanepid, ale trudno zlokalizować dziecko, które nie jest zapisane do żadnej przychodni. Zresztą omówiony wcześniej wyrok NSA w sprawie rodziców uporczywie odmawiających szczepienia dziecka pokazuje, że i powiatowy inspektor sanitarny, nawet gdy zostanie zawiadomiony przez lekarzy z przychodni tzw. rejonowej – i tak nic nie wskóra. Nie przysługuje mu bowiem wydanie decyzji, wobec tego nie ma możliwości uruchomienia egzekucji administracyjnej. I tak to działa. Niemniej na „antyszczepionkowców” należy uczulić właśnie Sanepid, żeby przede wszystkim ustalił listę dzieci na danym terenie, które nie figurują jako pacjenci zarejestrowani w przychodniach. W tym celu trzeba by śledzić za każdym noworodkiem od szpitala położniczego przez USC do miejsca zamieszkania i tam terenowa stacja Sanepid powinna zająć się pilnowaniem rodziców. Jak pokazuje przywołane wcześniej orzeczenie NSA – żadnego efektywnego przymusu administracyjnego wywrzeć się nie da. Decyzje administracyjne nie mogą być w tych sprawach wydawane, powiatowy inspektor sanitarny zmarnował więc czas i energię. Pozostaje droga prawnorodzinna, do której wszczęcia z urzędu wystarczy zawiadomienie od dowolnej osoby poinformowanej o sprawie. Sąd wydaje wówczas doraźne zarządzenie faktycznie ograniczające władzę rodzicielską z powodu zagrożenia dobra małoletniego (art. 109 k.r.o.). Działanie na szkodę małoletniego stanowi również podstawę do bardziej trwałego ograniczenia władzy rodzicielskiej, jest to jednak procedura dłuższa. Rodziców, którzy świadomie, celowo i konsekwentnie nie poddają swych dzieci szczepieniom, powinno się objąć nadzorem kuratorskim. Jak pokazuje praktyka stosowania prawa oraz wpisy na rozmaitych forach internetowych, mamy tu do czynienia z rozprzestrzeniającym się niebezpiecznym fanatyzmem. Niech zatem zostanie ustanowiony kurator wyłącznie po to, aby w stosownym czasie prowadził dziecko na szczepienie obowiązkowe – na podstawie zezwolenia zastępczego sądu oraz zarządzenia nakazującego wykonanie, w trybie art. 109 k.r.o.

Dokumentację dotyczącą szczepień ochronnych (§ 10 rozp. MZ w spr. wykazu obowiązkowych szczepień ochronnych) stanowią:

- karta uodpornienia, którą przechowuje świadczeniodawca sprawujący opiekę profilaktyczną lub, w wypadku osób nieubezpieczonych, państwowy powiatowy inspektor sanitarny właściwy dla miejsca zamieszkania tej osoby. – Dlatego w przychodni pierwszą rzeczą jest przejęcie karty uod-

pornienia. Chyba że dziecko do żadnej przychodni nie należy. Wówczas karta uodpornienia znajduje się u rodziców;

- książeczka szczepień, będąca dokumentem osoby szczepionej. Zatem każdy przyzwoity lekarz powinien mieć zakodowane w świadomości, żeby przy okazji wizyty sprawdzać szczepienia w książeczce i informować Sanepid o nieprawidłowościach. Ale czy prywatny pediatra, który nie chce stracić klientów z powodu etykiety donosiciela pójdzie na coś takiego?

Są wśród lekarzy również ewidentni sabotażyści: „– Dziecko, powiedzmy, ma troszkę kataru, ja wypisuję odroczenie na 3 miesiące, potem na 3 kolejne. I tak można w nieskończoność”¹¹⁸⁷. I teraz pytanie, kto takiego złapie za rękę? W uczciwym zamiarze i przy istnieniu prawdziwych przesłanek odroczenie jest dopuszczalne bez ograniczeń. Natomiast odroczenie z przyczyn fikcyjnych teoretycznie jest na podstawie art. 51 ustawy „zakaźnej” sankcjonowane karą grzywny. Stanowi również poświadczenie nieprawdy, ale wykrycie napotyka poważne trudności dowodowe, bo przecież lekarz działa w zмовie z rodzicem i ten będzie również dla własnej ochrony kłamać. Można też na lekarza donieść do okręgowego rzecznika odpowiedzialności zawodowej i niech się potem tłumaczy przed sądem lekarskim. Najpierw jednak trzeba go przyłapać.

Obowiązek informacji o fakcie uchylania się od obowiązkowych szczepień ochronnych spoczywa na świadczeniodawcy przechowującym kartę uodpornienia. Świadczeniodawca przeprowadzający szczepienia jest też obowiązany do przekazywania informacji właściwemu inspektorowi sanitarnemu, który z kolei sporządza sprawozdania do wojewódzkiego, a ten dalej do głównego. Gorzej, gdy karty uodpornienia nie przechowuje żaden świadczeniodawca, tylko leży ona sobie spokojnie u rodziców. Luka informacyjna jest wyraźnie widoczna. A co ma czelność pisać Majewska? „– w Polsce stosuje się terror wobec rodziców, którzy świadomie nie chcą szczepić swych dzieci”¹¹⁸⁸. Szkoda swoją drogą, że to nie jest prawda, bo na fanatyzm zwykle środki nie wystarczają.

Źródła prasowe donosiły niedawno o epidemii odry wśród francuskich dzieci, a wcześniej w Anglii¹¹⁸⁹. Jest to przypuszczalnie rezultat paniki moralnej wzbudzonej przez sfabrykowane wyniki badań przeprowadzonych przez

¹¹⁸⁷ Ibidem.

¹¹⁸⁸ Z listu otwartego, adresowanego m.im. do Zarządu Polskiego Towarzystwa Wakcynologii, tekst dostępny m.in. na forum internetowym „Nie szczepimy”.

¹¹⁸⁹ Zob. T. Stawiszyński: *Szczepmy dzieci*, s. 76.

Andrew Wakefilda. On sam został zdemaskowany jako sprzedawczyk działający na zlecenie rodziców dzieci z autyzmem, którzy dzięki zafałszowanym wynikom wyłudziła odszkodowania od firm farmaceutycznych. Niemniej fałszerstwo naukowe zaczęło żyć własnym życiem i jako wtórny zabobon wciąż się szerzy, w dobrej wierze powtarzany z ust do ust. Odsetek odporności populacyjnej wynosi ok. 90%. W pozostałych dziesięciu procentach muszą zmieścić się te dzieci, które ze względów zdrowotnych NIE MOGĄ być zaszczepione. Chronienie ich przez resztę powinno być przejawem solidaryzmu społecznego i moralnym obowiązkiem pozostałych. Nasilenie tendencji antyszczepionkowych zagraża więc całemu społeczeństwu. W USA szczepienie dzieci jest tak jak u nas obowiązkowe. W państwach europejskich szczepienie dziecka często zależy od woli rodziców i nie jest narzucane przez prawo. Pytanie, czy tego rodzaju autonomia nie szkodzi ogółowi. Osobiście uważam, że tak. Rada Unii Europejskiej wezwała w dniu 3 czerwca 2011 r. kraje członkowskie do zaktywizowania polityki szczepiennej.

Jest w Polsce grupa mniejszościowa, zdolna ustrzec się przed coraz bardziej prawdopodobną epidemią którejś z chorób dziecięcych. To śląscy Romowie. Ponieważ swego czasu nagminnie nie przyprowadzali dzieci na szczepienia i wybuchła wśród nich epidemia odry, lekarze z Wojewódzkiego Inspektoratu Sanitarnego w Katowicach rozmówili się poważnie i merytorycznie z ich zwierzchnością (przypuszczalnie z królem). Od tej pory dzieci romskie są szczepione¹¹⁹⁰.

Ani odra, ani ospa wietrzna, ani świnka, różyczka, czy tym bardziej polio (pełna nazwa – nagminne porażenie dziecięce) wbrew pozorom nie są ani łagodne, ani niegroźne. „Odra to wysoce zakaźna, ciężka, wirusowa choroba, która może powodować bardzo poważne powikłania, prowadzące nawet do śmierci”¹¹⁹¹. Bilans szczepienia przedstawia się następująco. Ryzykiem jest znikomy odsetek zachorowań po szczepieniu. Może wystąpić tzw. odczyn poszczepienny (miejscowe zaczerwienienie, opuchlizna, gorączka). Sporadycznie zdarza się wstrząs anafilaktyczny lub reakcja alergiczna – ale to u dzieci z wrodzonym upośledzeniem odporności lub z uśpionymi chorobami autoimmunologicznymi – wyeliminowaniu tego ryzyka służy badanie lekarskie kwalifikujące do szczepienia. Autyzm poszczepienny to zdemaskowane kłamstwo. Zawartość związków rtęci (prof. Majewska alarmowała, jakoby rtęć w szcze-

¹¹⁹⁰ Zob. P. Płatek: *Antyszczepionkowcy*, s. 42

¹¹⁹¹ prof. M. Marczyńska, kierownik Kliniki Chorób Zakaźnych Wiekui Dziecięcego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, za: T. Stawiszyński: *Szczepmy dzieci*, s. 76.

pionkach zatruwała dzieci) nie znajduje potwierdzenia w faktach, inaczej mówiąc – została wyssana z palca. Po drugiej stronie mamy całkiem realne ryzyko epidemii i groźbę naprawdę paskudnych powikłań, które wprawdzie zdarzają się rzadko, ale nie należy ich lekceważyć¹¹⁹².

Dziecięce „ospa-party”

Na zakończenie problemu szczepień warto wspomnieć o niemającym nic wspólnego z leczeniem, ale będącym konsekwencją ruchu antyszczepionkowego specyficznym sposobem wykonywania władzy rodzicielskiej. Antyszczepionkowcy szermują m.in. argumenetem, że dla dziecka „lepiej”, gdy zamiast przyjmować obciążającą zdrowotnie szczepionkę, przechoruje chorobę zakaźną w odpowiednio wczesnym wieku, gwarantującym jakoby łagodniejsze objawy i brak powikłań, a ponadto dzięki temu upora się z chorobą bezpowrotnie, czego szczepionka nie zapewni.

W tym celu niektórzy rodzice posuwają się jednak do organizowania **przyjęć z udziałem chorego dziecka jako gospodarza oraz dziecięcych gości, którzy przychodzą, aby zostać zarażonymi**. Praktykowane jest również obdarowywanie zainfekowanymi kocykami, zabawkami lub lizakami obślinionymi wcześniej przez chore dziecko. Nazwa „ospa-party” wzięła się od ospy wietrznej. Szczepionka przeciwko tej chorobie nie należy do kanonu obowiązkowego, jest tylko zalecana i przy tym dość kosztowna. Takie same imprezy propagowane są jednak między rodzicami w związku z odrą czy świnką. Wszystkie te choroby traktuje się jako nieszkodliwe u małych dzieci i pożądane (przez rodziców) w celu odpracowania problemu i zyskania spokoju na całe życie¹¹⁹³. Oczywiście DLA DOBRA DZIECKA.

¹¹⁹² Przykładowe powikłania po ospie wietrznej: postać krwotoczna potencjalnie śmiertelna, zmiany na twardówce oka i zapalenie spojówek, martwicze zapalenie powięzi, *dermatitis gangrenosa infantum*, wrodzony zespół ospy wietrznej u noworodka, którego matka uległa zakażeniu w okresie ciąży (objawy podobne jak przy tzw. triadzie różyczkowej – czyli głuchota, ślepota i choroba serca), wreszcie nadkażenie bakteryjne – zazwyczaj gronkowcowe lub paciorkowcowe.

¹¹⁹³ Zob. relacja M. Warchała, *Dziecięce ospa – party*, Gazeta Wyborcza z 16.I.2012 r.

Zakończenie

Prawdziwe problemy prawa medycznego pojawiają się tam, gdzie przepisy prawa są, ale bardzo generalne – jak „dobro dziecka” – lub w ogóle ich nie ma: jak co do deklaracji antycypowanych i najlepiej pojętego interesu osoby niewłasnowolnej – a wiadomości medyczne, nawet przystępnie i w sposób kompletny podane, nie mogą dostarczyć dość informacji dla podjęcia decyzji. Gdy zatem potrzeba rozstrzygnięć, do których prawo z medycyną nie wystarczą. Chodzi tutaj o wybór nacechowany wartościami o niejednoznacznej hierarchii lub o konflikt między nimi. Pacjent dorosły i prawnie samodzielny jest zdany na siebie i osobiście odpowiedzialny przed samym sobą za konsekwencje podjętych decyzji. Wolny wybór poddania się bądź niepoddania leczeniu lub w sprawie przedkładania jednej metody terapii nad inną pozwala uwzględnić indywidualną hierarchię wartości. Hierarchia ta nie zawsze jednak jest przez stronę lekarską honorowana. Podejście polskich lekarzy jest wciąż nacechowane paternalizmem, podczas gdy ustawodawstwo medyczne od paternalizmu się uwolniło. Jednak ten rozziw między teorią a praktyką osłabia szanse pacjenta na pełne poszanowanie jego prawnej autonomii. Sam na sam z nastawionym paternalistycznie lekarzem czyni pacjenta praktycznie bezbronny. Ochrona odszkodowawcza ma charakter retroaktywny i nie rozwiązuje problemu uzyskania świadczenia. Przysługujący środek odwoławczy do komisji lekarskiej kompletowanej przez Rzecznika Praw Pacjenta może w praktyce okazać się dysfunkcyjny ze względu na czynnik czasu. Potrzebna jest moim zdaniem procedura znacznie szybsza i dostępna na miejscu, w szczególności na terenie szpitala.

Nie unikniemy kryterium indywidualnej i subiektywnie pojętej jakości życia, ponieważ jest coraz więcej osób, które tego chcą: najlepszym dowodem instytucja deklaracji antycypowanych, która z samej istoty służy ustanawia-

niu osobistych priorytetów przy leczeniu. Zamiast odżegnywać się więc jak od szatańskiej herezji, lepiej zająć się czymś bardziej konstruktywnym: formułowaniem sensownych kryteriów jakości życia i tworzeniem opartych na tym rozsądnych ram prawnych. Pozwoliłoby to na w pełni poważne i wiążące traktowanie takich oświadczeń sporządzanych przez pacjentów.

Natomiast w sprawach dotyczących osób niekompetentnych przedstawiciel ustawowy nie dysponuje autonomią. Ciężar moralny odpowiedzialności za drugą osobę jest bez porównania większy, a decyzje o leczeniu mają też swój nieunikniony aspekt aksjologiczny. Wszelako aksjologia rodzica nie ma nic do rzeczy w sprawie dziecka. Posłuszeństwo tej czy innej religii wolno realizować tylko na własny rachunek. W przeciwnym razie trzeba by przełknąć nie tylko sprzeciw wobec przetoczenia dziecku krwi, ale i przyzwolić na rytualne obrzezanie dziewczynek – także w jego najbardziej radykalnej postaci. Inaczej też może to wyglądać przy decyzjach co do reszty życia osoby dorosłej, a jeszcze inaczej, gdy ma zaważyć na całym, dopiero rozpoczynającym się życiu dziecka.

W sytuacjach konfliktowych wielce użyteczne może okazać się wsparcie bioetyczne. Nikt nie ma monopolu na wartości. Jeden człowiek może poczuć się za mały, by udźwignąć bez wspomagania ciężar decyzji w sprawie życia drugiego, zupełnie bezradnego. Również lekarzom przydałoby się takie odciążenie, choć oni sami wciąż uważają, że wiedzą najlepiej i nie potrzebują konsultacji. Jednocześnie jednak chcieliby uniknąć konfliktów.

W naszym systemie prawnym, przy wystąpieniu rozdzwisku między stanowiskiem przedstawiciela ustawowego osoby niesamodzielnej prawnie a stroną lekarską, ostateczne rozstrzygnięcie leży w rękach sądu. Jak trudne są to wybory, pokazuje rozmiar uzasadnienia wyroku w sprawie Jodie i Mary – ponad sto stron. Prawo zdecydowanie nie jest tu samowystarczalne; trzeba włączyć do systemu prawnego roztrząsania bioetyczne. Sądowi kontrolującemu decyzje zastępcze też przydałby się taki biegły od przedstawienia wartości. Powtórzę zatem za wieloma poprzednikami: w kraju, podobnie jak w całym cywilizowanym świecie, niezbędne są interdyscyplinarne i pluralistyczne światopoglądowo doradcze ciała bioetyczne.

Bogate doświadczenie mają w tej sprawie Stany Zjednoczone¹¹⁹⁴, warto z nich zatem skorzystać. Wprawdzie oparty na partnerstwie w decydowa-

¹¹⁹⁴ Zob. historię konsultacji etycznych w opracowaniu J. Różyńskiej *Konsultacje etyczne – między teorią a praktyką* [w] *Etyczne aspekty decyzji medycznych*, red. J. Hartman i M. Waligóra, Warszawa 2011, s. 142–145.

niu anglosaski model opieki medycznej wciąż, pomimo odpowiednich zmian ustawodawczych w Polsce, nie przystaje do paternalistycznych postaw lekarzy, jednak od czegoś trzeba zacząć. Postęp w technikach medycznych sprawił, że pacjenci i lekarze będą napotykać coraz więcej dylematów etycznych, do których rozwiązywania nie są przygotowani. U pacjentów przejawia się to dezorientacją, zaś u lekarzy – nadrabianiem arbitralnością sądów. Pozostawienie spraw dotychczasowemu biegowi zagraża nasileniem konfliktów, a to nie służy nikomu. Słusznie podnosi Joanna Różyńska, że przed wprowadzeniem rozwiązań zbliżonych do amerykańskiego warto byłoby dokonać wstępnego rozpoznania, jakiego rodzaju problemy etyczne występują w praktyce i jak są rozwiązywane obecnie¹¹⁹⁵. Amerykański model konsultacji etycznych nie jest jednolity, trzeba by zatem zastanowić się konstruktywnie nad wyborem najkorzystniejszego profilu¹¹⁹⁶.

Praktyka pokazuje, że dla naszych lekarzy ostatecznym autorytetem jest Kościół Katolicki ze swoją niewzruszalną zasadą świętości życia: tylko jego lekarze naprawdę się obawiają i z nim się liczą. Dla systemu prawa laickiego i dla wolności jednostek jest to wysoce niebezpieczne, podobnie zresztą jak każdy inny monizm światopoglądowy. Grozi w praktyce funkcjonowaniem rozwiązań opartych na wymuszeniach, czego przykładem łamanie praw reprodukcyjnych i związane z tym uprzedmiotowienie kobiet. Również więc i z tego powodu lekarzom nie powinno się pozwolić na samodzielne decydowanie w sprawach problematycznych.

¹¹⁹⁵ J. Różyńska, *op. cit.* s. 160.

¹¹⁹⁶ Do wyboru są modele: autorytarny, negocjacyjny oraz pośredni – facylitacji etycznej. Model facylitacji etycznej wydaje się najbardziej atrakcyjny jako realizujący zasadę złotego środka. Charakteryzuje go postawa konsultanta etycznego polegająca na rozjaśnianiu kwestii problematycznych, prowadzeniu efektywnej komunikacji oraz na wypracowaniu wspólnej perspektywy dla osób zaangażowanych w sprawę. Konsultant ma pomóc osobom uprawnionym do podejmowania decyzji w stworzeniu planu, który szanować będzie wartości deklarowane przez uczestników konsultacji, uwzględnić ich potrzeby, a jednocześnie zmieścić się w granicach zakreślonych przez standardy prawne i etyczne. Jest to jednak model bardzo wymagający wobec kompetencji merytorycznych konsultantów. Zob. szerzej: J. Różyńska, *op. cit.* s. 148–150.

Bibliografia

- M. Adamczyk: „Zmiana płci w świetle aktualnego stanu prawnego”, [w] „Przegląd Sądowy” nr 11–12/2006.
- G.M. Anderson: „Making sense of rising caesarean section rates. Time to change our goals”, [w] „British Medical Journal” nr 9/2004.
- I. Andrejew: Polskie prawo karne w zarysie, wyd. 5, Warszawa 1978.
- J. Andres, A. Macheta: „Przetrwwały stan wegetatywny – aspekty medyczne, moralne, prawne i ekonomiczne” [w] „Folia Medica Cracoviensia, Polsko-Niemieckie Sympozjum „Etyka w medycynie” Kraków 15–17 października 1998 r. vol. XXXIX nr 3–4/1998..
- P. S. Appelbaum i L. H. Roth: „Treatment Refusal in Medical Hospitals”, Komisja Prezydencka: Making Health Care Decisions, t. II.
- M. Balicki: „Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka” [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/1999.
- A. Barchnicka: „Cięcie cesarskie – wskazania i techniki” [w] „Chirurg.pl” 9.VIII.2005..
- K. Bayertz, Human Dignity: „Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea”, [w] K. Bayertz (red.) „Sanctity of Life and Human Dignity”, Kluwer Academics Publishers, Dordrecht/Boston/London 1996.
- T. Bayne, N. Levy, „Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation”, [w] „Journal of Applied Philosophy”, vol. 22, nr 1 z 2005 r..
- K. Bączyk-Rozwadowska: „Problemy prawne zabiegu cesarskiego cięcia” [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/2008 (vol. 33).
- T.L. Beauchamp, J.F. Childress: Zasady etyki medycznej, wyd. IV, tłum. W. Jacórzynski, Warszawa 1994.
- T.L. Beauchamp, L. B. McCullough: Medical Ethics. The Moral Responsibilities of Physicians, Englewood Cliffs, N.Y. Prentice Hall 1984.
- S. Benn: „Freedom, Autonomy and the Concept of a Person”, w: „Proceedings of the Aristotelian Society” 76 (1976).
- J. Benson, „Who is the Autonomous Man?”, [w] „Philosophy”, 58, 223, 1983.
- J.T. Berger i in. „Medical futility: towards consensus on disagreement” [w] „Health Care Ethics Forum” 1998, 10 (1).
- Z. Bidziński, J. Serda, „Cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych w praktyce sądowej” [w] „Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym. Zagadnienia wybrane”, red. J. Piąkowski, Ossolineum 1986.

- J. Biederman: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2000 r., IV KKN 269/99, [w] „Państwo i Prawo” nr 11/2000.
- M. Bilska, „Granice medycyny”, [w] „Znak” nr 4/2008.
- M. Boratyńska: „Cesarskie cięcie na życzenie pacjentki” [w] „Prawo i Medycyna” nr 3/2008..
- M. Boratyńska: „Dobro osób niewłasnowolnych oraz stanowisko członków rodziny jako przesłanki sądowych rozstrzygnięć o zezwoleniu zastępczym w sprawach „życia i śmierci” [w] „Etyczne aspekty decyzji medycznych. Właściwa komunikacja, dobre procedury”, red. J. Hartman i M. Waligóra, Warszawa 2011..
- M. Boratyńska, „Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego, cz. I. Sprzeciw *pro futuro*”, [w] „Prawo i Medycyna” 27, vol. 9, nr 2 z 2007 r..
- M. Boratyńska: „Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta, cz. II. Zakres udzielonej zgody i rozmieszczenie ciężaru dowodu”. [w] „Prawo i Medycyna” nr 3/2007 (28, vol. 9).
- M. Boratyńska: „O łamaniu przepisów dopuszczających przerwanie ciąży” [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2008..
- M. Boratyńska: „Znieczulenie na życzenie pacjenta” [w] „Prawo i Medycyna” nr 8/2000;.
- M. Boratyńska, P. Konieczniak, „Autonomia pacjenta a wskazania medyczne”, [w] „Studia Iuridica” t. 49 (2008).
- M. Boratyńska, P. Konieczniak: „Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza”s, [w] „Prawo i Medycyna” nr 3 (vol. 1) 1999.
- M. Boratyńska, P. Konieczniak: „Prawne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego – odpowiedź J. Haberko i K. Olszewskiemu” [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2008..
- M. Boratyńska, P. Konieczniak: „Prawa pacjenta”, Warszawa 2001.
- M. Boratyńska, P. Konieczniak „Z orzecznictwa Okręgowego Sądu Lekarskiego. Psychiatra uczestniczy w porwaniu pacjenta” [w] „Puls” nr 6/2004 r..
- L. Bosek: „Modele regulacyjne wspomaganej prokreacji w świetle standardów konstytucyjnych”, [w] „Współczesne wyzwania bioetyczne” red, L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010.
- L. Bosek: „Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganej prokreacji” [w] „Diametros” nr 20 (czerwiec 2009)..
- J. Boyle: „Toward Understanding the Principle of Double Effect”, [w] „Ethics” (!980).
- J. Bréhant: „Thanatos. Chory i lekarz w obliczu śmierci”, (tłum. U. Sudolska), Warszawa 1993..
- A. Bridy, „Confounding Extremities: Surgery at the Medico-ethical Limits of Self-Modification”, [w] „Journal of Law, Medicine & Ethics”, nr 32 (2004).
- D. Brock: „Decisionmaking Competence and Risk”, [w] „Bioethics” nr 5 (1991).
- H. Brody: „The physician’s role in determinig futility” [w] „Journal of American Geriatrics Society” 1994, 2.
- T.M. Brown, A.I.F. Scott, I.M. Pollen: „Stany nagłe w psychiatrii”. Warszawa 1994.
- J. Brzeziński, M. Toeplitz-Winiewska: „Model zawodowy psychologa klinicznego”, [w] „Psychologia kliniczna”, red. nauk. H. Sęk, t. I, Warszawa 2005;.
- T. Brzeziński, „Etyka lekarska”, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2002.
- T. Brzeziński: „Tradycyjne zasady deontologii lekarskiej”; [w:] T. Kielanowski (red.) „Etyka i deontologia lekarska”, Warszawa 1985.
- K. Buchała: „Prawo karne materialne”, Warszawa 1980.

- A. Buchanan i D. Brock: „Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making”, Cambridge (Cambridge University Press) 1989.
- J. Bujny: „Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem”, Warszawa 2007.
- W. Carlton: „In Our Professional Opinion...”, [w] „The Primacy of Clinical Judgment over Moral Choice”, Notre Dame, IN (University of Notre Dame Press), 1978.
- „Cesarskie cięcie. Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego – propozycje” [w] „Ginekologia po dyplomie” nr 3/2008.
- W. Chańska „Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia. w medycynie współczesnej”, Wrocław 2009.
- A. Cholewińska: „Dylematy etyczne. Zgoda na leczenie w przypadku niepełnoletnich”; [w] „Gazeta Lekarska”, nr 10/1997..
- B. Chyrowicz: „Bioetyka i ryzyko. Argument „równi pochyłej” w dyskusji wokół osiągnięć współczesnej bioetyki”, Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2000.
- K. Complak: „O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP” [w] „Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP”, red. B. Banaszak i A. Preisner, Warszawa 2002.
- G.M. Craig: „On withholding artificial hydration and nutrition from the terminally ill. Has palliative medicine gone too far?; [w] „Journal of Medical Ethics” nr 20/1994.
- P. Daniluk: „Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa” [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2005 (19 vol. 7)..
- P. Daniluk: „Czynność lecznicza jako kontratyp” [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2008 (31 vol. 10)..
- P. Daniluk: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2006 r., II CSK 191/05. [w] „OSP” nr 7–8/2007, poz. 83.
- P. Daniluk: „Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów”. [w] „Państwo i Prawo” nr 5/2007.
- P. Daniluk: „Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza” [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/2007;.
- S. Dąbrowski, L. Kubicki, „Przymusowe badanie i leczenie psychiatryczne według projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego” [w] „Przegląd Lekarski” nr 12/1980.
- S. Dąbrowski, L. Kubicki, „Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd ważniejszych zagadnień”, Warszawa IPiN 1994.
- W. Derczyński, „Społeczna akceptacja dla dzieci z próbówki”, [w] „Prawo i Medycyna”, nr 1 z 2005 r..
- M. Derlatka, Glosa do wyroku ETPC z 29.IV.2002 r. w sprawie Diane Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga nr 2346/02), [w] „Kwartalnik Prawa Publicznego” nr 2/2002.
- D.L. Dickenson: „Can medical criteria settle priority-setting debates? The need for ethical analysis” [w] „Health Care Analysis” 1999, 7, s. 133.
- M. Domański: „Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim”, [w] „Studia i analizy Sądu Najwyższego” t. IV, Warszawa 2010.
- J. Duda: „Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego”, Warszawa 2006;.
- A. Dudzińska: „Wymagana informacja udzielona pacjentowi”, [w] „Państwo i Prawo” nr 8/2008.

- T. Dukiet-Nagórska: „Autonomia pacjenta a polskie prawo karne”, Warszawa 2008.
- T. Dukiet-Nagórska, „Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim” [w] „Prawo i Medycyna” nr 6–7/2000.
- T. Dukiet-Nagórska: „Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach” [w] „Prawo i Medycyna” nr 11/2002.
- G. Dworkin, „Paternalism”, w: Samuel Gorovitz, Andrew L. Jameton, Ruth Macklin i in. (red.), *Moral Problems in Medicine* Prentice-Hall 1983 (pierwotnie w *Monist* 56,1 (1972)).
- G. Dworkin, „The Theory and Practice of Autonomy”, New York (Cambridge University Press) 1988.
- L. Egbert, G. Battit, C. Welch, M. Bartlett: „Reduction of postoperative pain by encouragement and instruction of patients” [w] „New England Journal of Medicine”, 1964, 270.
- J.E. Ellershaw i in. „Dehydration and the dying patient” [w] „Journal of Pain and Symptom Management” nr 10/1995.
- R. R. Faden, T.L. Beauchamp, and N. M. King: „A History and Theory of Informed Consent”, Oxford University Press, New York 1986.
- R. Faden i A. Faden: „False Belief and the Refusal of Medical Treatment”, [w] „Journal of Medical Ethics” 3 (1977).
- M. Fajkowska-Stanik: „Transseksualizm i rodzina. Przekaz pokoleniowy wzorów relacyjnych w rodzinach transseksualnych kobiet”, Warszawa 2001;.
- M. Filar: „Lekarskie prawo karne”, Kraków 2000.
- M. Filar: „Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi” [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/2000 (vol. 2).
- M. Filar: „Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody”, [w] „Prawo i Medycyna” nr 13 (vol. 5)/2003.
- M. Filar: „Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu”, [w] „Państwo i Prawo” nr 7/1989;.
- M. Filar: recenzja książki A. Zolla pt. *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, [w] „Państwo i Prawo” nr 1/1990.
- M. Filar: „Transseksualizm jako problem prawny” [w] „Przegląd Sądowy” nr 1/1996;.
- M. Filar. S. Krześ. E. Małszałkowska-Krześ, P. Zaborowski: „Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej”, Warszawa 2004.
- K. J. Filipiak, M. Grabowski, G. Opolski, „Ostre zespoły wieńcowe 2004 – co nowego w farmakoterapii?” [w] „Przewodnik lekarza” nr 7 z 2004 r.
- P.G. Fine: „Total sedation: management issues” [w] National Hospice and Palliative Care Organization, „Total Sedation: Ethical Foundations and Pharmacotherapy Review”. 2001, No 10.
- D. Folscheid, „La relation medecin patient”, [w] „Philosophie, éthique et droit de la médecine”, red. D. Folscheid, B. Feuillet-Le Mintier, J.-F. Mattei, Paris 1997.
- W. K. Frankena „Ethics”, Englewood Cliffs 1963.
- D. Franklin, Pacjent prawie poinformowany, [w] „Świat nauki” (*Scientific American*), nr 4/2011.
- J. Gallagher: „Prenatal Invasions and Interventions: What’s Wrong with Fetal Rights” [w] „Harvard Women’s Law Journal”, 1987, vol. 10.
- L. Gardocki, „Prawo karne”, wyd. XII zmienione, Warszawa 2006.
- L. Gardocki, „Zagadnienia teorii kryminalizacji”, Warszawa 1990.

- B. Gert, C. Culver, „The Justification of Paternalism”, w: W. Robinson, M. Pritchard (red.), „Medical responsibility, Humana Press”, New Jersey 1979.
- R. Gillon, „Etyka lekarska. Problemy filozoficzne” (tłum. A. Alichniewicz i A. Szczęśna), Warszawa 1997.
- C. Gromadzki: „Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów”, [w] „Przegląd Sądowy” nr 10/1997.
- S. Grzybowski „Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego”, Warszawa 1957.
- S. Grzybowski [w:] „System prawa cywilnego”, t. I, Ossolineum 1985.
- A. Gubiński: „Komentarz do Kodeksu Etyki Lekarskiej”; Warszawa 1995..
- J. Haberko, „Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych”, Warszawa 2010.
- J. Haberko: „Zabieg cesarskiego cięcia na wyłączne życzenie rodzącej”, [w] „Ginekologia i Położnictwo” nr 1/2007.
- J. Haberko i K. Olszewski: „Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów *in vitro* – polemika” [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2008.
- J. Haberko, K. Olszewski: „Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*)” [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/2008..
- J. Hartman: „Przepraszam umieram” [w] „Gazeta Wyborcza” z 7–9.IV.2012 r..
- J. Hartman: „Uwagi o Kodeksie Etyki Lekarskiej” [w] „Bioetyka w zawodzie lekarza” red. W. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010..
- J. Hartman: „Wojna lekarzy z pacjentami” [w] „Etyczne aspekty decyzji medycznych” red. J. Hartman i M. Waligóra”, Warszawa 2011.
- E. Holewińska-Łapińska: „Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008, [w] „Studia i analizy Sądu Najwyższego” t. IV, Warszawa 2010.
- A. Huk: „Tajemnica zawodowa lekarza w polskim procesie karnym”, Warszawa 2006;.
- J. Ignaczewski: „Zgoda pacjenta na leczenie”, Warszawa 2003.
- J. Ignatowicz, „Prawo rodzinne”, Warszawa 2000.
- K. Imieliński, S. Dulko: „Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość”, PWN 1988.
- K. Imieliński, S. Dulko: „Transseksualizm a rodzina. Analiza 200 przypadków”, [w] „Prawo a medycyna u progu XXI wieku – materiały sympozjum”, red. M. Filar, Toruń 18–19 maja 1987 r.;.
- K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar: „Transpozycje płci”, Kraków 2001;.
- A. Jacek: „Stosowanie klauzuli sumienia przez lekarza – aspekty etyczne i prawne” [w] „Etyczne aspekty decyzji medycznych” red. J. Hartman i M. Waligóra, Warszawa 2011.
- W. Jacórzynski, M. Wichrowski: „Spór o eutanazję” [w] „Medicus”, maj 1992.
- B. Janiszewska, „Dobro pacjenta czy wola pacjenta – dylemat prawa i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń *pro futuro*)” [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2007.
- B. Janiszewska, „Praktyczne problemy oświadczeń *pro futuro* (uwagi po rozstrzygnięciu sprawy)” [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/2009.

- B. Janiszewska, „Uwagi o charakterze prawnym odmowy zgody na interwencję medyczną” [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/2007..
- L.A. Jansen, D.P. Sulmasy: „Sedation, alimention, hydration and equivocation: careful conversation about care at the end of life” [w] „Annals of Internal Medicine” (2002), Vol. 136, nr 11.
- M. Jasiakiewicz: „Ofertowy system zawierania umów w prawie cywilnym”; Toruń 1993.
- B. Jennet, F. Plum: „Persistent Vegetative State After Brain Damage. A Syndrome in Search of a Name” [w] „The Lancet”, kwiecień 1972.
- T. Justyński: Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, [w] „OSP” nr 2/2007 poz. 16.
- J. Kapelańska-Pręgowska: „Zjednoczone Królestwo i Republika Włosa – dwa bieguny diagnostyki preimplantacyjnej” [w] „Współczesne wyzwania bioetyczne” red. L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010.
- N. Karczewska: „Przymus interwencji medycznych na kobiecie ciężarnej w interesie dziecka poczętego w systemie prawnym anglo-amerykańskim i w prawie polskim” [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/2011.
- R. Kędziora: „Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego” [w] „Prokuratura i Prawo” nr 7–8/2003.
- R.J. Kinsbury, H.M. Ducharme: „The Debate Over Total/Terminal/Palliative Sedation” – dyskusja na stronie internetowej The Center for Bioethics and Human Dignity (http://www.cbhd.org/resources/endoflife/kingsbury-ducharme_2002-01-24.htm).
- M.D. Kirby: „Informed Consent: What Does it Mean?” [w] „Journal of Medical Ethics” 9, 1, 1983.
- M. S. Komrad, „A Defence of Medical Paternalism; Maximising Patients’ Autonomy”, [w] „Journal of Medical Ethics” 9,1, 1983T.
- J. M. Kondek: „Czy milczenie oznacza zgodę? Próba analizy cywilnoprawnej”, [w] „Studia Iuridica”, z. 49 (2008).
- P. Konieczniak: „Jodie i Mary – argumenty prawne” [w] „Prawo i Medycyna” nr 8/2000.
- K. Korzan: Glosa do orz. SN z 8 września 1970 r., II CZ 115/70, [w] „Państwo i Prawo” nr 11/1972.
- M. Królikowski: „Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży”, [w] „Współczesne wyzwania bioetyczne” red. L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010.
- J. Kruk-Jeronin, T. Pajszczyk-Kieszkiewicz, A. Zieliński, C. Peszyński-Drewny, J. Goldstein: „Moralne i prawne problemy chirurgicznego leczenia chorych z transseksualizmem typu kobieta-mężczyzna”, [w] „Prawo a medycyna u progu XXI wieku” red. M. Filar.
- R. Kubiak: „Prawo medyczne”, Warszawa 2010.
- L. Kubicki: „Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej” [w] „Prawo i Medycyna” nr 13/2003.
- L. Kubicki: „Prawo medyczne a etyka i deontologia lekarska” [w] „Prawo medyczne” red. L. Kubicki, Wrocław 2003.
- L. Kubicki: „Sumienie lekarza jako kategoria prawna”, [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/1999.
- E. Kubler-Ross, „Rozmowy o śmierci i umieraniu”, Warszawa 1979..
- B. Kuczera, I. Ulman-Włodarz, D. Dudkiewicz, J. Pozowski: „Ostra nerwica lękowa jako wskazanie do cesarskiego cięcia”, [w] Ann. Acad. Med. Siles. 2005, 59, 4..

- E. Kujawa: „Eksperyment w medycynie, wartości poznawcze i wartości etyczne, [w] „Wybrane zagadnienia z etyki lekarskiej, socjologii medycznej i antropologii społecznej”, praca zbiorowa, Warszawa 1984.
- J. Kulesza: „Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielenia pomocy”, [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2005 (vo. 19).
- J. Kulesza: Glosa do wyroku SN z 28 listopada 2007 r., V KK 81/07 [w] „Prawo i Medycyna” 2/2009 (vol. 35).
- B. Kunicka-Michalska: „Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym, Warszawa 1972.
- J. Lantos: „Futility assessments and the doctor-patient relationship” [w] „Journal of American Geriatrics Society” 1994, 42.
- J. Lawton: „The Dying Process: Patients’ Experiences of Palliative Care”, Routledge, London–New York 2000.
- Z. Lew-Starowicz „Seksuologia sądowa”, Warszawa 2000;.
- B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Wina lekarza i zakładu opieki zdrowotnej jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy leczeniu [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/1999.
- J. Lindeman Nelson: „Families and futility” [w] „Journal of American Geriatrics Society” 1994, 2.
- A. Liszewska: „Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej”, Kraków 1998.
- P. Łuków: „Granice zgody. Autonomia zasad i dobro pacjenta”, Warszawa 2005.
- L.J. Matersvedt i in.: „Euthanasia and physician-assisted suicide: a view from an EAPC ethics task force”; [w] „Palliative Medicine” 2003, No 17.
- K. Michałowska „Informowanie pacjenta w polskim prawie medycznym” [w] „Prawo i Medyna” (13 vol. 5) 2003.
- J.S. Mill, „O wolności”, (tłum. A. Kurlandzka}, Warszawa 2003.
- P. Nachulewicz, *Wycięcie wyrostka robaczkowego techniką laparoskopową*, „Medycyna Praktyczna – Chirurgia”, nr 5 z 2006 r.
- B. Namysłowska – Gabrysiak: „Błąd lekarski czy niepowodzenie w leczeniu?” [w] „Prawo i Medycyna” nr 3/2005 (20, vol. 7).
- O. Nawrot: „Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy”, Warszawa 2011.
- M. Nesterowicz: „Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy”, PWN 1972.
- M. Nesterowicz: „Prawo medyczne”; wyd. V, Toruń 2001, wyd. IX, Toruń 2010.
- M. Nesterowicz: „Prokreacja medycznie wspomagana w systemie prawnym USA”; [w] „Ze sztandarem prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi W. J. Wagnerowi”, Kraków 2003, s. 342..
- S. Niemczyk, K. Niemczyk i A. Łazarska: „O granicach zgody pacjenta na czynność medyczną podwyższonego ryzyka”, [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/2007.
- J. J. Nocon: „Physicians and Maternal-Fetal Conflicts: Duties, Rights and Responsibilities” [w] „Journal of Law and Health”, 1990, vol. 5, no. 1.
- M. Nowacka: „Autonomia pacjenta jako problem moralny”, Białystok 2005.
- M. Nowacka, *Etyka a transplantacje*, Warszawa 2003.

- W. Nowak, „Prawne formy zgody pacjenta na eksperyment medyczny (zagadnienia cywilno-prawne)” [w] „Prawo i Medycyna” nr 3/2005.
- L. Ogiegło, „Wstęp do rozważań nad problematyką jednostronnych czynności prawnych w prawie zobowiązań”, [w] „Studia Iuridica Silesiana” nr 16, 1991.
- M. Onfray, „Traktat ateologiczny”, Warszawa 2008.
- K. Osajda: „Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich”, [w] „Przegląd Sądowy” nr 5/2004..
- M. Ossowska: „Normy moralne. Próba systematyzacji”, Warszawa 1970.
- M. Ossowska: „Podstawy nauki o moralności”; Ossolineum 1994.
- A. Paszewski: „Zapłodnienie *in vitro* – powracający problem”, [w] „Znak” nr 4/2008.
- S. Paterson-Brown: „Should doctors perform an elective caesarean section on request?” [w] „British Medical Journal” nr 8/1998.
- A. Patryn, W. Szulc, „Współdziałanie między pacjentem i jego rodziną a lekarzem w okresie choroby nowotworowej”, w: „Rehabilitacja medyczno-socjalna w onkologii narządu ruchu, Materiały Sesji Naukowej, Lublin, 6–7 XII 1984 r.”, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich Warszawa 1986.
- J. Pawlikowski: „Prawo do wyrażania sprzeciwu sumienia przez personel medyczny – problemy etyczno-prawne” [w] „Prawo i Medycyna” nr 3/2009.
- J. Pawlikowski, M. Monist, J. Sak: „Zapłodnienie pozaustrojowe a Kościół katolicki – czy istnieje możliwość kompromisu?” [w] „Bioetyka w zawodzie lekarza” red. W. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010..
- M. Pazdan: „System prawa prywatnego”, t. 1 red. M. Safjan, Warszawa 2007.
- K. Piasecki [w:] J. Winiarz [red.], „Kodeks cywilny z komentarzem”, Warszawa 1989, t. I. „Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami”, red. M. Safjan, Warszawa 2011.
- T.E. Quill, I. Byock: „Responding to intractable terminal suffering: the role of terminal sedation and voluntary refusal of food and fluids; [w] „Annals of Internal Medicine”, (2000), Vol. 132, No 5.
- T.E. Quill, R. Dresser, D. Brock: „The rule of double effect – a critique of its role in end-of-life decision making” [w] „The New England Journal of Medicine” 1997, Vol. 337, nr 24.
- J. Rachels: „The End of Life. Euthanasia and Morality”, New York 1986.
- Z. Radwański: „Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i oiekuńczym” [w] „Studia Cywilistyczne” nr XXXI (1981).
- Z. Radwański: „Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2003.
- Z. Radwański, M. Zieliński [w:] M. Safjan [red.], „System prawa prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna”, Warszawa 2007.
- J. Radzicki: „Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym”, Warszawa 1967.
- D. Rogowska-Szadkowska, „A. Borzuchowska: Rozpoznawanie zakażenia ludzkim wirusem upośledzenia odporności (HIV)”, [w] „Puls” nr 3–4/1997.
- K. Rozenal: Głosa do wyroku Sądu Najwyższego 5.IX.1980 r., II CR 280/80 [w] „OSP” nr 10/1981 poz. 170.
- J. Różyńska „Konsultacje etyczne – między teorią a praktyką” [w] „Etyczne aspekty decyzji medycznych” red. J. Hartman i M. Waligóra, Warszawa 2011..

- M. Rutkowska, S. Szczepaniak: „Dylematy etyczne początków życia: noworodki skrajnie niedojrzałe” [w] „Bioetyka w zawodzie lekarza” red. W. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010.
- M. Safjan: Glosa..., [w] „Przegląd Sądowy” nr 2/1993 s. 78.
- M. Safjan: „Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom” [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/2005 (18, vol. 7).
- M. Safjan: „Polskie prawo a Europejska Konwencja Bioetyczna” [w] „Prawo i Medycyna”, nr 5 (2000).
- M. Safjan: „Prawo i medycyna. „Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny”, Warszawa 1998.
- M. Safjan: „Problemy prawne tajemnicy lekarskiej” [w] „Kwartalnik Prawa Prywatnego” nr 1/1995.
- C. Saunders: „Chwila prawdy: opieka nad człowiekiem umierającym” [w] „Śmierć i umieranie, red. L. Pearson, Warszawa 1973.
- R. Savatier: „Traité de la responsabilité civile en droit français”, Paris 1951, wyd. 2.
- J. Sawicki: „Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie”, Warszawa 1965.
- J. Sawicki, „Przymus leczenia, eksperyment, udzielenie pomocy i przeszczep w świetle prawa”. Warszawa 1966.
- J. Sawicki: „Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa”, Warszawa 1967.
- J. Sawicki „Stosunek lekarz – pacjent jako zagadnienie ustawodawcze”, [w] W kręgu starych i nowych konfliktów, Warszawa 1967.
- J. Sawicki, Wstęp do pracy J. Radzickiego, *Ryzyko zabiegów lekarskich...* Warszawa 1967.
- L. J. Schneiderman i in. „Medical futility: its meanig and ethical implications” [w] „Annals of Internal Medicine” 1990, vol. 112.
- L. Schneiderman: „The futility debate: effective versus beneficial intervention” [w] „Journal of American Geriatrics Society” 1994, 2.
- U. Schrader: „O pojęciu godności osobistej”, [w] „Etyka” nr 24 (1988 r.).
- T. Sensky: „Obowiązki lekarza wobec pacjenta”, „Puls”, 5–6.1996 [przedruk z „British Medical Journal”].
- M. Sidor-Rządkowska, „Paternalizm w rehabilitacji” [w] „Etyka” nr 27, 1994.
- M. Siegler: „Critical Illness: The Limits of Autonomy”, w: „Hastings Center Report” nr 12 (październik 1977).
- T. Smoczyński, System prawa prywatnego t. 12, red. T. Smoczyński, Warszawa 2003.
- M. Sośniak, „Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych” [w] „Prace z prawa cywilnego” red. B. Kordasiewicz i E. Łętowska, Wrocław – Warszawa 1985..
- M. Sośniak: „Jeszcze o „obowiązku” poddania się operacji”, [w] „Nowe Prawo” nr 6/1964.
- M. Sośniak: „Cywilna odpowiedzialność lekarza”, Warszawa 1968, 1977 i 1989.
- M. Sośniak „Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej”s, [w] „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, z. 6, Kraków 1959..
- A. Stachowiak, E. Mrówczyńska: „Sedacja w opiece paliatywnej – nadzieje i zagrożenia” [w] „Medycyna Paliatywna” nr 1/2011.
- I. Stańczyk, T. Olszewski: Glosa do postanowienia SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05, [w] „Przegląd Sądowy” nr 11–12/2008.

- M. Stepulak: „Tajemnica zawodowa psychologa”, Lublin 2001;.
- M.Z. Stepulak: „Tajemnica zawodowa w działalności badawczej i praktycznej psychologów”, w: „Etyczne dylematy psychologii”, red. nauk. J. Brzeziński i M. Toeplitz-Winiewska, Warszawa 2004..
- A. Suchocka: „Zakres działań lekarskich w fazie sztucznego podtrzymywania życia w prawie polskim i międzynarodowym” [w] „Przegląd Prawa Europejskiego” nr 1/2001.
- S. Suchocki, P. Piec, A. Łuszczzyńska: „Cięcie cesarskie na życzenie – trudny problem medyczny, etyczny i prawny”, [w] „Ginekologia i Położnictwo” nr 1/2007.
- S. Sutherland: „Rozum na manowcach. Dlaczego postępujemy irracjonalnie”, (tłum. H. Janowska), Warszawa 1992.
- S. Szasz i M. H. Hollender, „A Contribution to the Philosophy of Medicine: Three Basic Models of the Doctor Patient Relationship”, [w] „Archives of Internal Medicine” 97, 1957.
- Z. Szawarski: „Mądrość i sztuka leczenia”, Gdańsk 2005.
- K. Szewczyk: „Medycznie wspomagana prokreacja w tzw. Ustawie bioetycznej – na trakcie ku Kostaryce” – Debata: „Jak uregulować zapłodnienie in vitro?” 14.03–24.03.2009.
(adres dostępu – http://www.ptb.org.pl/pdf/szewczyk_in_vitro_1.pdf).
- J. Szpara: „Prawo do informacji medycznej w relacjach pacjenta z lekarzem” [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/1999.
- A. Szpunar: Glosa do orzeczenia SN z 3.X.1962 r., [w] „Nowe Prawo” nr 9/1963..
- A. Szpunar, „Ochrona dóbr osobistych”. Warszawa 1979.
- A. Szpunar, „Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych”, [w] „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” nr 1/1990.
- S. Śliwiński, „Polskie prawo karne materialne. Część ogólna”, Warszawa 1946.
- M. Śliwka: „Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym”, Toruń 2010.
- B. Świątek, „Inne oblicze medycyny”, [w]: „IURE ET FACTO. Księga jubileuszowa ofiarowana Doktorowi Józefowi Gurgulowi”, red. J. Wójcikiewicz, Kraków 2006.
- M. Środa: „Idea godności w kulturze i etyce”, Warszawa 1993.
- W. Świda, „Prawo karne”, Warszawa 1986.
- M. Świdarska: „Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji” [w] „Prawo i Medycyna” nr 3/2006..
- M. Świdarska: „Zgoda pacjenta na zabieg medyczny”, Toruń 2007.
- A. Świtalska, „W obronie paternalizmu medycznego” [w] „Współczesne wyzwania bioetyczne”, red. L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010.
- A. Tversky i D. Kahnemann: „Choices, Values and Frames” [w] „American Psychologist” nr 39 (1984).
- A. Tversky i D. Kahnemann: „Judgment under Certainty: Heuristics and Biases”, [w] „Science” nr 185 (1974).
- A. Tversky i D. Kahnemann: „The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”, [w] „Science” nr 211 (1981).
- A. Urbańska: „Refleksje o oświadczeniach pro futuro. Voluntas aegroti suprema lex esto?” [w] „Współczesne wyzwania bioetyczne” red. L. Bosek i M. Królikowski, Warszawa 2010.
- „Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz” red. M. Nesterowicz, Warszawa 2009..
- „Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz”, red. E. Zielińska, Warszawa 2008..

- R.M. Veatch: „Consensus of expertise: the role of experts in formulating public policy and estimating facts” [w] „Journal of Medicine and Philosophy” 1991.
- R.M. Veatch: „Why physicians cannot determine if care is futile” [w] „Journal of American Geriatrics Society” 1994, 42.
- J. Warylewski: „O duszy uwięzionej w obcym ciele. Dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego”, [w] „Gazeta Sądowa” nr 73–74/2000..
- A. Wąsek: „Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem?” [w] „Państwo i Prawo” nr 8/1988.
- D.C. Wertz, J.L. Fletcher, K. Berg: „Review of ethical Issues in Medical Genetics. Report of Consultants to WHO”, 2003, WHO/HGN/ETH/00.4.
- M. Wichrowski: „Dylemat moralny w bioetyce” [w] „Medicus” nr 7/1993.
- M. Wichrowski, „Jodie i Mary – analiza etyczna”, [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2000 s. 119..
- M. Wichrowski: „Prawo do życia”, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006.
- M. Wichrowski: „Testament życia a odpowiedzialność moralno-prawna lekarza” [w] „Bioetyka w zawodzie lekarza” red. W. Chańska i J. Hartman, Warszawa 2010..
- M. Wichrowski: „Zasada „równi pochyłej” w etyce a etyka medyczna” [w] „Etyka” nr 27/1994.
- K. Więckiewicz: „Czy w Polsce istnieje prawo kobiety do badań prenatalnych?” [w] „Prawo i Medycyna” nr 4/2011.
- H. R. Wulff, S. A. Pedersen, R. Rosenberg, „Filozofia medycyny. Wprowadzenie”, (tłum. Z. Szawarski), Warszawa 1993.
- R. Zając: „Czy cięcie cesarskie stanie się alternatywą porodu siłami natury?” [w] „Ginekologia i Położnictwo” nr 2/2006.
- „Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy” red. nauk. T. Dangel, wyd. Polskie Towarzystwo Pediatryczne 2011.
- E. Zielińska: „Aspekty prawnokarne nieterapeutycznych zabiegów leczniczych”, [w] „Studia Iuridica” XVI/1988.
- E. Zielińska: „Klauzula sumienia”, [w] „Prawo i Medycyna” nr 13/2003.
- E. Zielińska: „Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej”, Warszawa 2001.
- E. Zielińska: „Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacji”, [w] „Państwo i Prawo” nr 9/1985;.
- A. Zieliński: „Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich” Warszawa 1975.
- A. Zoll: „Granice legalności zabiegu medycznego” [w] „Prawo i Medycyna” nr 1/1999.
- A. Zoll, „Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”, Warszawa 1988.
- A. Zoll: „Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej” [w] „Prawo i Medycyna” nr 2/2005 (vol. 19).