

Wymóg formy pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k.

Obecnie obowiązujące uregulowanie kwestii zgody pacjenta na zabieg leczniczy jest efektem długiej drogi od paternalizmu do partnerstwa w relacjach między lekarzem a pacjentem. Choć wymóg zgody pacjenta nie jest pomysłem nowym i podstaw kształtowania się tej instytucji można dopatrzeć się już w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych¹, to dopiero ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry z 1996 r.² kompleksowo unormowała warunki zgody pacjenta i określiła wymogi legalności zabiegów medycznych. Również w kodeksie karnym z 1997 r.³ pojawił się art. 192 zabezpieczający przewidziany ustawowo wymóg uzyskania zgody pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego. Mimo, iż obecne uregulowania w swoim zasadniczym kształcie obowiązują od prawie piętnastu lat, wciąż rodzą duże wątpliwości interpretacyjne i od lat na tematy związane z instytucją zgody pacjenta i jej prawnokarnym zabezpieczeniem toczą się dyskusje.

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych, Dz. U. Nr 38, poz. 382 (ze zm.).

² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jednolity), Dz. U. z 2011 r., Nr 277, poz. 1634 j. t. (ze zm.), dalej – ustawa o zawodzie lekarza.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 (ze zm.).

Celem niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie: jakie znaczenie dla art. 192 k.k. ma wymóg formy pisemnej zgody pacjenta przewidziany w ustawie o zawodzie lekarza?

Ze względu na ramy niniejszego opracowania poza rozważaniami pozostaną przypadki dopuszczalności przeprowadzenia zabiegu bez zgody pacjenta, zarówno w postaci tzw. wyjątku terapeutycznego i stanu wyższej konieczności medycznej, przewidzianych w ustawie o zawodzie lekarza, jak i przymusu leczniczego zawartego w innych ustawach.

I. Krótka charakterystyka obowiązujących regulowań dotyczących zgody pacjenta

Ustalenie znaczenia wymaganej formy wyrażenia zgody pacjenta na zabieg leczniczy wiąże się z doniosłymi konsekwencjami. Zależnie bowiem od tego, jaki rygor prawny został nadany formie zgody, różnie kształtować się będzie pozycja osoby wykonującej zabieg leczniczy bez otrzymania zgody w danej formie. Jeżeli pisemna forma zgody pacjenta to wymóg *ad probationem*, wtedy jej niezachowanie nie będzie powodować konsekwencji prawno-karnych. W przypadku uznania, że warunek pisemnego wyrażenia zgody jest zastrzeżony pod rygorem jej nieważności, to niezależnie od tego, czy zgoda faktycznie istnieje, brak zachowania formy mieścić się będzie w dyspozycji art. 192 k.k.

Przepis art. 192 k.k. stanowi: „§ 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”. Ze względu na ścisłe połączenie ustawy o zawodzie lekarza z art. 192 k.k. niezbędne jest skrótowe przedstawienie regulacji dotyczących zgody pacjenta.

Ogólną zasadę konieczności otrzymania zgody pacjenta statuuje art. 32 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza, w myśl którego, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych po uzyskaniu zgody pacjenta. Zgodnie z ust. 2 i 3 tego przepisu, w sytuacji gdy pacjent

jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażania zgody, zgody takiej może udzielić jego przedstawiciel ustawowy lub w zakresie zgody na badanie – opiekun faktyczny. Jeżeli zaś przedstawiciela takiego nie ma lub nie jest możliwe porozumienie się z nim, wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego. Dopiero po otrzymaniu zgody sądu lekarz, po przeprowadzeniu badania, może przystąpić do udzielania dalszych świadczeń, o czym stanowi ust. 8 przepisu. Zgodnie zaś z ust. 4, w przypadku ubezwłasnowolnionego całkowicie zgody udziela jego przedstawiciel ustawowy, a jeżeli ubezwłasnowolniony jest w stanie wypowiedzieć się z rozeznaniem, niezbędna jest także jego zgoda, jest to tzw. zgoda kumulatywna. Zgoda kumulatywna jest również wymagana, gdy małoletni pacjent ukończył 16 lat (ust. 5).

Ustawa reguluje także sytuację, gdy małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona lub chora psychicznie lub upośledzona umysłowo, ale dysponująca dostatecznym rozeznaniem wyraża sprzeciw na dokonanie czynności medycznej. Wtedy, poza zgodą przedstawiciela lub opiekuna faktycznego, wymagane jest również zezwolenie sądu opiekuńczego, o czym mówi art. 32 ust. 6 ustawy. Sąd opiekuńczy stanowi więc podmiot rozstrzygający w przypadku konfliktu pacjenta i jego przedstawiciela, gdy wymagana jest zgoda kumulatywna⁴.

Zgoda pacjenta, zgodnie z art. 32 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza, co do zasady jest ważna bez względu na formę, w jakiej została wyrażona. Może być wyrażona ustnie, a nawet poprzez zachowanie, które w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się przez pacjenta czynnościom medycznym.

Nieco inaczej ukształtowany został warunek uzyskania zgody pacjenta w przypadku zabiegu operacyjnego lub zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. W takiej sytuacji ustawa nakłada wymóg uzyskania poinformowanej zgody w formie pisemnej (art. 34 ust. 1 i 2 ustawy o zawodzie lekarza). Ponadto, jeżeli przedstawiciel ustawowy osoby małoletniej,

⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6-7, s. 92.

ubezwłasnowolnionej bądź niezdolnej do świadomego wyrażenia zgody sprzeciwia się wykonaniu zabiegu operacyjnego lub metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta, a podjęcie takiej czynności jest niezbędne do usunięcia niebezpieczeństwa utraty życia przez pacjenta lub ciężkiego uszkodzenia jego ciała albo ciężkiego rozstroju jego zdrowia, lekarz może podjąć takie działania na podstawie zgody sądu opiekuńczego (art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza).

Przedstawione wyżej uregulowania dotyczące zgody pacjenta na zabieg są bardzo szczegółowe, wręcz kazuistyczne. Nie ułatwia to jednak wyjaśnienia znaczenia formy zgody pacjenta na gruncie art. 192 k.k. Pojawia się trudność z określeniem charakteru prawnego zgody pacjenta oraz związanych z tym konsekwencji.

II. Koncepcja wymogu formy pisemnej zgody pacjenta ad probationem

Istotną kwestią związaną z instytucją zgody pacjenta na zabieg jest ustalenie jej prawnego charakteru. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia jest niezbędne do odpowiedzi na pytanie, czy do instytucji zgody pacjenta na zabieg mają zastosowanie przepisy o oświadczeniu woli z k.c.⁵, a jeżeli tak, to czy należy je stosować wprost czy jedynie przez analogię. Ustalenie charakteru prawnego tej instytucji pozwala bowiem na określenie, czy wyrażona została ważna prawnie zgoda, a więc określa granice penalizacji art. 192 k.k.

W doktrynie prezentowane są dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym, zgoda pacjenta to oświadczenie woli w rozumieniu cywilistycznym⁶. Natomiast zwolennicy drugiej koncepcji uważają, iż zgoda pa-

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 (ze zm.).

⁶ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 249; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, TNOiK, Toruń 2007, s. 121; M. Świdarska, *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, TNOiK, Toruń 2007, s. 29; M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, TNOiK, Toruń 2008, s. 160; stanowisko takie przyjął również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 grudnia 2004 r., sygn. II CK 303/04, OSP 2005, z. 11, poz. 131.

cja jest innym działaniem prawnym, podobnym do oświadczenia woli⁷.

Oświadczeniem woli w znaczeniu cywilistycznym jest każde zachowanie się człowieka, które w dostatecznie zrozumiały sposób wyraża wolę wywołania skutku prawnego w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku cywilnoprawnego⁸, ustanawia jakąś zmianę w stosunkach cywilnoprawnych⁹.

Zgoda pacjenta nie tworzy stosunku cywilnoprawnego między pacjentem a lekarzem ani nie zmienia żadnych istniejących już stosunków¹⁰. Skutkiem zgody pacjenta jest natomiast zezwolenie na naruszenie jego integralności cielesnej przez lekarza oraz rozłożenie ryzyka zabiegu pomiędzy lekarza a pacjenta¹¹. Trafnie zauważa to M. Sośniak, stwierdzając, że zgoda nie powoduje skuteczności czynności prawnej, lecz jedynie zgodność z prawem zezwolonej czynności faktycznej¹². Przyjąć więc należy, iż zgoda pacjenta na zabieg leczniczy nie jest oświadczeniem woli w rozumieniu cywilistycznym, a jedynie oświadczeniem podobnym do oświadczenia woli. Ze względu jednak na podobieństwo tych instytucji zasadne jest stosowanie przez analogię przepisów o oświadczeniu woli do zgody pacjenta¹³.

⁷ M. Safjan, *Prawo i Medycyna*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998, s. 35-36; M. Mozgawa, *Komentarz do art. 192 k.k.* (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolter Kluwer business, Warszawa 2012, s. 443; J. Wojciechowska, M. Królikowski, *Komentarz do art. 192 k.k.* (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221. Tom I*, s. 875; A. Zoll, *Komentarz do art. 192 k.k.* (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117 – 277 k.k.*, s. 526; M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, *Zabieg leczniczy bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s.28; J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16, s. 741; J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty Karnoprawne*, Kraków 2004, s. 143-144; pogląd taki wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. CSK 191/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 18.

⁸ A. Kawalko, H. Witzczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 122.

⁹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 219.

¹⁰ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 49; A. Michałek-Janiczek, *Autonomia małoletniego w zakresie leczenia*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 10, s. 60.

¹¹ D. Dziubina, *Prawny charakter zgody pacjenta na zabieg leczniczy w świetle art. 192 kodeksu karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, z. 2, s. 33-34.

¹² M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionej w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1959, nr 6, s. 142.

¹³ A. Dudzińska, *Zgoda na działanie medyczne*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 11, s. 76; A. Kobińska, *Problematyka formy pisemnej zgody udzielonej przez pacjenta*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 3, s. 86.

Problem w określeniu znamienia art. 192 k.k., jakim jest zgoda pacjenta, stanowi jej forma. W przypadku czynności medycznych niebędących zabiegami operacyjnymi albo metodami leczenia stwarzającymi podwyższone ryzyko dopuszczalna jest każda forma zgody pacjenta. Jak już wspomniano, zgodnie z art. 32 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, zgoda taka może być wyrażona ustnie, albo nawet poprzez takie zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanemu przez lekarza czynnościom medycznym. Nieco bardziej skomplikowana jest kwestia zabiegów operacyjnych i metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko. W takim przypadku bowiem ustawa wymaga zgody pacjenta w formie pisemnej. Przy założeniu, że przepisy k.c. o formie czynności prawnych należy stosować na zasadzie analogii ze względu na brak wskazania w ustawie o zawodzie lekarza skutków niezachowania formy pisemnej, należałoby uznać, że forma pisemna zgody pacjenta jest zastrzeżona pod rygorem *ad probationem*. Skutkiem takiego rozwiązania byłaby, zgodnie z art. 74 § 1 k.c. niedopuszczalność w sporze dowodu ze świadków ani dowodu z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności. Oznaczałoby to wyłączenie z zakresu penalizacji przepisu art. 192 k.k. sytuacji, gdy zgoda na zabieg operacyjny faktycznie była, lecz nie została sporządzona w formie pisemnej. Takie też stanowisko przyjął Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 11 kwietnia 2006 r. stwierdzając: „Niezachowanie pisemnej formy oświadczenia pacjenta wyrażającego zgodę na zabieg operacyjny (art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry jedn. tekst: Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943) nie powoduje nieważności zgody. Skutki niezachowania wymaganej formy określa art. 74 k.c.”¹⁴. Także M. Świdorska uznaje tę koncepcję i uzasadnia, iż rozwiązanie takie nie wymaga przesadnego

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. CSK 191/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 18.

formalizmu w sferze dóbr osobistych pacjenta, skoro pacjent rzeczywiście wyraża swoją wolę¹⁵.

III. Koncepcja wymogu formy pisemnej zgody pacjenta ad solemnitatem

Uznanie formy pisemnej zgody na zabieg operacyjny lub metodę leczenia o podwyższonym ryzyku za wymóg *ad probationem* ma jednak istotne wady.

Po pierwsze, stosowanie przez analogię przepisów oznacza, w zależności od możliwości ich zastosowania, stosowanie bez zmian lub z modyfikacjami¹⁶, natomiast w przypadku gdy po prostu obiektywnie ich zastosować nie można, ze względu na ich bezprzedmiotowość w danej sytuacji (gdy luka wymagająca wypełnienia nie istnieje), nie ma podstaw by analogię stosować. W wypadku regulacji dotyczących formy zgody pacjenta ma miejsce ta trzecia sytuacja. Przepis art. 32 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza wyraźnie mówi, że do wyrażenia zgody dopuszczalna jest każda forma, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Jeżeli więc ustawa przewiduje inną formę wyrażenia zgody, to wnioskując *a contrario*, niedopuszczalne jest w takim wypadku wyrażenie prawnie ważnej zgody w formie ustnej, bądź w formie czynności konkludentnych. Takim przepisem, przewidującym inną formę wyrażenia zgody pacjenta jest właśnie art. 34 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza. Należy więc do niego stosować nie art. 74 k.c., a interpretować go łącznie z art. 32 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza. Trafnie stwierdza M. Filar, że skoro ustawa wyraźnie wymaga formy pisemnej zgody, to

¹⁵ M. Świdowska, *Zgoda...*, s. 80; zob. także M. Safjan, *op.cit.*, s. 67-68; M. Śliwka, *op.cit.*, s. 138; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 157; M. Świdowska, *Forma zgody na zabieg medyczny*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 2, s. 56-57; A. Dyszlewska-Tarnawska, *Komentarz do art. 34 (w): L. Ogieńko (red.), Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 315; M. Boratyńska i P. Konieczniak wysuwają koncepcję idącą krok dalej, upatrując w formie pisemnej zgody nie cywilistyczną formę *ad probationem*, a formę mającą jedynie cel porządkowy, narzucającą pacjentowi pewną dyscyplinę w podjęciu i zakomunikowaniu woli i w razie sporu przesuwającą ciężar dowodu na lekarza – M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Difin, Warszawa 2001, s. 286.

¹⁶ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010, s. 230-231.

nie można w drodze wykładni tworzyć interpretacji, które by tę tezę negowały¹⁷.

Po drugie, zarzut zbytniego formalizmu przy uznaniu, że forma pisemna zgody zastrzeżona jest pod rygorem *ad solemnitatem*, wydaje się nietrafny. Pamiętać bowiem należy o tym, iż czynności, na które wymagana jest pisemna zgoda pacjenta łączą się z wyższym ryzykiem, dlatego też ustawodawca stawia ostrzejsze wymogi dla ważności wyrażonej zgody. Z jednej strony oczywiście zachowanie formy pisemnej zgody pacjenta jest ułatwieniem dowodowym, z drugiej jednak, jak zauważa R. Kubiak, gwarantować ma ochronę pacjenta, który mając wyrazić swoje stanowisko pisemnie, bardziej się nad nim zastanowi¹⁸.

Po trzecie, do wniosku, iż zgoda pacjenta jest zastrzeżona w formie pisemnej pod rygorem nieważności, prowadzi również analiza innych aktów prawnych z zakresu prawa medycznego.

Pierwszym aktem prawa medycznego, do którego należy się odnieść, jest ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹⁹, która reguluje tę samą instytucję zgody pacjenta, jednak traktuje ją nie jako obowiązek lekarza, a prawo pacjenta. Zgodnie z art. 18 ust. 1 tej ustawy zgodę na przeprowadzenie zabiegu operacyjnego lub zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta wyraża się w formie pisemnej. Natomiast ust. 3 tego przepisu nakazuje stosować odpowiednio m.in. art. 17 ust. 4 tej ustawy. Zgodnie zaś z art. 17 ust. 4 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, zgoda i sprzeciw mogą być wyrażone ustnie albo poprzez takie zachowanie osób uprawnionych do wyrażania zgody, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom albo brak takiej woli. Wydawać by się mogło, że taka konstrukcja przemawia za zastrzeżeniem formy pisemnej jedynie dla celów dowodowych. Jednak pamiętać należy, że odpowiednie stosowanie przepisu daje trzy możliwości

¹⁷ M. Filar, *op.cit.*, s. 274-275.

¹⁸ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 383-384.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jednolity), Dz. U. z 2012 r., Nr 30, poz. 159 j. t. (ze zm.).

– zastosowanie wprost, z modyfikacjami albo niestosowanie w ogóle, jeśli przepis jest bezprzedmiotowy w danej sytuacji²⁰. W przypadku wskazanym w art. 18 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta odpowiednie zastosowanie ma jedynie część art. 17 ust 4, która mówi o sprzecznie, bowiem art. 18 pominął tę kwestię. Nie można natomiast odnosić tego do formy zgody na zabieg operacyjny lub metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko, gdyż prowadziłyby to do uznania wymogu pisemności zgody za nieistniejący, nie wywoływałyby on żadnych skutków prawnych, a więc nie miałyby w ogóle racji bytu.

Drugim takim aktem jest ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z 2005 r.²¹. Stawia ona w art. 12 ust. 1 p. 7 wymóg, aby kandydat na dawcę wyraził dobrowolnie przed lekarzem pisemną zgodę. Pobranie organu od dawcy jest tak istotną ingerencją w dobra prawne pacjenta, że ustawodawca wymaga formy pisemnej zgody dawcy. Uznanie, iż wymóg formy zgody w tym przypadku nie ma znaczenia dla jej zaistnienia, spowodowałyby, że pozostałe warunki stawiane zgodzie w ustawie transplantacyjnej stałyby się fikcją, a wraz z nimi ochrona interesów dawców i biorców²².

Trzecim aktem prawnym wymagającym pisemnej formy zgody na wykonanie czynności medycznej jest ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi²³. Zgodnie z jej art. 15 ust. 1 p. 2 pobranie krwi od kandydata na dawcę jest dopuszczalne jedynie za pisemną zgodą na pobranie krwi, wyrażoną w obecności lekarza. Ustawa ta w rozdziale o przepisach karnych, w art. 31 zawiera wykroczenie polegające na pobraniu krwi z organizmu dawcy z naruszeniem warunków określonych w art. 15 ustawy, a więc także za pobranie krwi bez odebrania pisemnej zgody kandydata na dawcę, zagrożone karą grzywny. Należy

²⁰ L. Morawski, *op.cit.*, s. 244.

²¹ Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz. U. nr 169, poz. 1411 (ze zm.).

²² A. Złotek, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, z. 2, s. 185.

²³ Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi, Dz. U. Nr 106, poz. 681 (ze zm.).

więc uznać, że w tym przypadku wykonanie zabiegu bez zgody dawcy wyrażonej w formie pisemnej jest działaniem bezprawnym.

Zaznaczyć trzeba, iż przywołane wyżej przepisy dwóch ostatnich ustaw nie normują zgody na zabieg leczniczy, gdyż zabiegiem leczniczym nie jest ani pobranie organu, ani pobranie krwi, więc nie obejmuje ich dyspozycja art. 192 k.k.²⁴. Wykorzystanie tych regulacji wydaje się jednak uprawnione, bowiem zgoda na zabieg leczniczy i zgoda na zabieg nieleczniczy są instytucjami tożsamymi (z tą różnicą, że w pierwszym przypadku zgoda dotyczy zabiegów terapeutycznych, a w drugim nieterapeutycznych), mają taki sam cel i wywołują taki sam skutek prawny, jakim jest wyłączenie bezprawności naruszenia dóbr prawnych osoby poddawanej zabiegowi. Ponadto zakładając, iż system prawa jest spójny, nie sposób przyjąć, że tak samo uregulowana kwestia formy pisemnej zgody przy zabiegach leczniczych jest formą *ad probationem*, a przy zabiegach nieleczniczych – formą *ad solemnitatem*.

Powyższe rozważania na temat znaczenia formy zgody pacjenta prowadzą do wniosku, że w tym przypadku nie mają zastosowania przepisy dotyczące formy czynności prawnej z k.c. oraz, że wymóg formy pisemnej zgody pacjenta przewidziany jest pod rygorem nieważności tej zgody²⁵. Jeżeli więc zgoda pacjenta została wyrażona ustnie, choć ustawa stawia wymóg jej pisemności, to nie spełnia ona wszystkich warunków przewidzianych przez prawo, jest więc nieważna. Konsekwencją tego stanowiska jest uznanie, że wykonanie zabiegu leczniczego, gdy zgoda pacjenta nie została wyrażona w wymaganej formie pisemnej, zawiera się w dyspozycji art. 192 k.k. Nie oznacza to jednak, iż taka interpretacja jest zbyt radykalna. Nie są bowiem wykluczone sytuacje, w których, mimo że zgoda nie została wyrażona w wymaganej formie

²⁴ Zob. także A. Liszewska, *Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 81; P. Daniluk, *O pojęciach „zabieg leczniczy” i „pacjent” w rozumieniu art. 192 k.k.*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 4, s. 66-67.

²⁵ Zob. M. Filar, *op.cit.*, s. 274-275; R. Kędziora, *Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 7-8, s. 54; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 90.

pisemnej, okoliczności faktyczne będą przemawiać za tym, iż społeczna szkodliwość czynu będzie znikoma²⁶. Również sytuacje, w których zabieg wykonano, a obiektywnie niemożliwe było wyrażenie zgody przez pacjenta na piśmie, chociaż on sam był świadomy (np. pacjent jest sparaliżowany lub nie umie pisać²⁷), nie mogą być uznane za bezprawne²⁸. Są to przypadki atypowe i ze względu na to wymagają innego traktowania. Jeżeli więc obiektywnie niemożliwe jest otrzymanie pisemnej zgody pacjenta, choć jest on świadomy, jego zgodę wyrażoną w inny sposób uznać należy za złożoną prawidłowo.

Podsumowując, stwierdzić należy, iż zgoda pacjenta na zabieg leczniczy nie jest oświadczeniem woli w rozumieniu prawa cywilnego. Przepisy k.c. regulujące kwestię oświadczenia woli stosować więc można jedynie przez analogię. Ponadto, analiza unormowań ustawowych dotyczących wymogu formy pisemnej zgody pacjenta na zabieg prowadzi do wniosku, że warunek sporządzenia zgody w formie pisemnej na zabiegi operacyjne albo metody leczenia lub diagnostyki stwarzające podwyższone ryzyko dla pacjenta przesądza o ważności tej zgody. Jeżeli więc, mimo wymogu ustawowego, zgoda nie będzie miała takiej formy, jest nieważna. Wykonanie zabiegu leczniczego w takim przypadku, co do zasady, skutkować będzie wypełnieniem przez lekarza znamion czynu zabronionego z art. 192 k.k.

²⁶ M. Filar, *op.cit.*, s. 303.

²⁷ Kwestię tę zauważa również T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma...*, s. 89.

²⁸ M. Filar, *op.cit.*, s. 275.