

Wykonanie zabiegu medycznego za zgodą domniemaną.

24.02.2011

Dr n. praw. Rafał Kubiak

p. o. kierownika Zakładu Prawa Medycznego

Katedra Nauk Humanistycznych

Uniwersytet Medyczny w Łodzi

1. Uwagi wprowadzające

W poprzednich częściach cyklu wskazano, iż wykonanie zabiegu medycznego bez skutecznej prawnie zgody sprawia, iż jest on nielegalny. Lekarz może zatem ponieść odpowiedzialność cywilną, karną i zawodową. Niekiedy jednak przepisy prawa i normy deontologiczne pozwalają na interwencję medyczną mimo braku zgody, a nawet wbrew woli pacjenta (ewentualnie innej osoby kompetentnej do wyrażenia aprobaty). Przypadki te można podzielić generalnie na dwie grupy: zabiegi wykonywane za tzw. domniemaną zgodą oraz sytuacje, w których możliwe jest stosowanie przymusu leczenia albo innych zabiegów lekarskich. Przedmiotem tej części cyklu będzie ta pierwsza kategoria, tj. przeprowadzenie interwencji medycznej za domniemaną zgodą. Określenie to ma charakter pewnej konwencji językowej, gdyż w literaturze przedmiotu nie ma zgodności co do charakteru prawnego takich działań. W piśmiennictwie cywilistycznym można bowiem znaleźć pogląd, iż lekarz podejmuje wówczas swe czynności jako tzw. *negotium gestor*, czyli osoba prowadząca cudzą sprawę bez zlecenia. Podstawę prawną stanowią wówczas art. 752 i nast. Kodeksu cywilnego¹. Istnieje również zapatrywanie, iż czynności lekarskie będą wówczas oparte o konstrukcję stanu wyższej konieczności (uregulowaną w art. 424 K.c. oraz art. 26 K.k.). Działanie w granicach tego stanu skutkuje wyłączeniem bezprawności (winy) i tym samym odpowiedzialności. Założeniem tej konstrukcji jest zaś możliwość poświęcenia jednego dobra w celu ratowania innego, posiadającego wyższą wartość społeczną (np. wolności pacjenta w celu ochrony jego życia). Należy jednak przyjąć, iż regulacja zawarta w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty² (zwanej dalej "UZL") ma pierwszeństwo przed wspomnianymi przepisami normującymi stan wyższej konieczności. Tym samym konstrukcji tej nie można stosować w omawianej sytuacji³. Nie dokonując dalszych pogłębionych analiz prawnych, można w uproszczeniu przyjąć, że zabieg medyczny będzie dopuszczalny za domniemaną zgodą, w przypadku gdy:

- pacjent posiadający pełną zdolność do czynności prawnych znajduje się w stanie, w którym nie może świadomie zająć stanowiska odnośnie do danego zabiegu medycznego;
- pacjent nie jest samodzielnie kompetentny do wyrażenia zgody, a nie ma przedstawiciela ustawowego (w zakresie badania – opiekuna faktycznego) albo nie można się z nim porozumieć, z okoliczności wynika jednak, iż gdyby osoba kompetentna do udzielenia zgody mogła to uczynić, to najprawdopodobniej zgodziłaby się na zabieg.

Konstrukcja ta jest zatem oparta na pewnym faktycznym domniemaniu, iż pacjent (przedstawiciel ustawowy) dążyłby do ochrony swego życia i zdrowia i aprobował interwencje medyczne mające na celu ich ratowanie. Zakłada się zatem, że jeśli przemawiają

za tym względy celowości medycznej, to pacjent nie sprzeciwiałby się wykonaniu danej czynności leczniczej⁴.

2. Normy deontologiczne i prawne

Możliwość przeprowadzenia interwencji medycznej za domniemaną zgodą jest przedmiotem regulacji aktów zarówno etyczno-deontologicznych, jak i prawnych. W tej pierwszej grupie za przykład może posłużyć art. 15 ust. 3 Kodeksu Etyki Lekarskiej, który stanowi, że: "wszczenie postępowania diagnostycznego, leczniczego i zapobiegawczego bez zgody pacjenta może być dopuszczalne tylko wyjątkowo w szczególnych przypadkach zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób". Podobne rozwiązanie można odnaleźć w art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (tzw. konwencji bioetycznej). Przepis ten przewiduje, iż "jeżeli, ze względu na nagłą sytuację, nie można uzyskać wymaganej zgody, interwencję medyczną można przeprowadzić bezzwłocznie, o ile jest niezbędna z punktu widzenia korzyści zdrowotnej danej osoby".

Na gruncie prawnym pierwowzorem obecnej regulacji był art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza⁵. Dopuszczał on dokonanie zabiegu operacyjnego bez wymaganej zgody w sytuacji, gdy chory był nieprzytomny, ewentualnie niemożliwe było porozumienie się z jego ustawowym przedstawicielem (faktycznym opiekunem), a zwłoka w wykonywaniu zabiegu mogła mieć ujemne następstwa. Warunkiem skorzystania z tej dyspensy było jednak uzyskanie opinii innego lekarza oraz uczynienie stosownej adnotacji w karcie operacyjnej.

Unormowanie to było jednak sformułowane zbyt lakonicznie i nie uwzględniało innych zabiegów niż operacyjne. Ponadto odnosiło się jedynie do przypadków, gdy pacjent był nieprzytomny, pomijało natomiast sytuację, w której chory co prawda nie stracił przytomności, ale jego stan wykluczał możliwość podejmowania świadomych decyzji (np. pozostawał pod wpływem leków ograniczających percepcję). W obecnej ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty prawodawca poświęcił tej materii znacznie więcej miejsca, niekiedy wręcz tworząc nadregulację (art. 32 ust. 9 UZL). Zagadnienie to zostało ujęte przede wszystkim w art. 32 ust. 8, 33 oraz 34 ust. 7 i 8. Do przepisów tych częściowo odsyła również art. 19 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶.

Wspomniane unormowania dotyczą generalnie trzech sytuacji:

- wykonania badania,
- przeprowadzenia zabiegów prostych,
- wykonania zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta.

W omawianej sferze mieści się również konstrukcja tzw. wyjątku terapeutycznego, tj. dopuszczalności przekroczenia zakresu udzielonej zgody – art. 35 UZL, która będzie przedmiotem kolejnego opracowania.

3. Wykonanie badania

Zezwolenie na przeprowadzenie takiej czynności można odczytać z treści art. 32 ust. 8 UZL. Dokonanie wykładni tej normy wymaga jednak szerszego spojrzenia przez pryzmat całego

art. 32 UZL. Wynika z niego bowiem, iż zasadniczo wykonanie świadczenia zdrowotnego wymaga zgody pacjenta, ewentualnie zgody zastępczej albo kumulatywnej. Jeśli jednak pacjent, który nie może samodzielnie zająć stanowiska (tj. pacjent małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody), nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna faktycznego albo porozumienie się z tymi osobami jest niemożliwe, udzielenie takich świadczeń zdrowotnych może nastąpić dopiero po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego. Przepis ten stanowi jednak o "dalszych świadczeniach zdrowotnych", które mogą być poprzedzone badaniami. Można zatem przyjąć, iż w przypadku konieczności przeprowadzenia badań u pacjentów małoletnich lub znajdujących się w stanie uniemożliwiającym im świadome wyrażenie zgody dozwolone jest ich wykonanie bez zgody sądu opiekuńczego (oczywiście jeśli nie ma możliwości uzyskania zgody zastępczej albo kumulatywnej). W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż pojęcie badań na gruncie ustawy "należy wiązać z najbardziej podstawową postacią czynności lekarza, polegającą na oględzinach ciała i badaniu fizykalnym"⁷.

4. Przeprowadzanie zabiegów prostych

Z art. 33 i 34 ust. 7 i 8 UZL wynikają odrębne warunki dopuszczalności wykonania zabiegu medycznego za domniemaną zgodą odnośnie do zabiegów prostych i operacyjnych oraz o podwyższonym ryzyku dla pacjenta. Niestety ustawodawca nie zdefiniował tych pojęć. Próbę rozstrzygnięcia tych kwestii podjęto więc w literaturze. Proponowano więc, by w celu przyporządkowania danego zabiegu do wspomnianych kategorii wykorzystać m.in. kryterium stopnia "technicznego skomplikowania zabiegu". Należy również wziąć pod uwagę warunki, w jakich zabieg jest wykonywany, oraz kwalifikacje i doświadczenie personelu medycznego⁸. Do grupy zabiegów o podwyższonym ryzyku można zaliczyć na przykład te interwencje medyczne, które wymagają dodatkowej zgody osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego, tj. punkcję podpotyliczną lub lędźwiową przeprowadzaną w celu pobrania płynu mózgowo-rdzeniowego lub podania leków, leczenie metodami śpiączkowymi (śpiączki atropinowe, śpiączki insulinowe) czy leczenie elektrowstrząsami⁹. Zdaniem M. Nesterowicza w kategorii tej mieszczą się takie zabiegi, jak cystoskopia, odma czaszkowa, arteriografia, koronografie, biopsja nerek, wątroby, nakłucia szpiku kostnego itp.¹⁰ Wyliczenie to ma jednak charakter przykładowy. Wydaje się bowiem, iż stworzenie zamkniętego katalogu takich zabiegów nie jest możliwe. Ich ocena musi każdorazowo uwzględniać uwarunkowania związane z danym jednostkowym przypadkiem.

W piśmiennictwie przyjmuje się dość powszechnie, iż w sytuacji konieczności wykonania zabiegu prostego znajduje zastosowanie art. 33, natomiast gdy chodzi o zabiegi operacyjne (oraz inne o podwyższonym ryzyku) – art. 34 ust. 7 i 8 UZL¹¹. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie praktyczne, gdyż ustawodawca skonstruował odmiennie katalog warunków dopuszczalności interwencji medycznej w obu tych normach.

Art. 33 zezwala zatem na wykonanie badania lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody, jeśli zostaną spełnione wymienione następujące przesłanki:

1. **Pacjent wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej.** Z semantycznego punktu widzenia niezwłoczny to "taki, który powinien nastąpić w jak najkrótszym czasie, natychmiast, bez zwłoki"¹². Użyte w cytowanym przepisie sformułowanie należy zatem odnosić do przypadków, gdy konieczne jest podjęcie możliwie jak najszybciej interwencji medycznej, zwłoka spowoduje bowiem pogorszenie zdrowia pacjenta, utrudni diagnostykę, wydłuży lub skomplikuje ewentualną przyszłą terapię¹³. Aby

można było skorzystać z tej dyspensy, nie jest konieczne wystąpienie niebezpieczeństwa utraty życia czy poważnych zagrożeń dla zdrowia pacjenta.

2. **Pacjent ze względu na wiek lub stan zdrowia nie może wyrazić zgody.**

Z unormowania tego wynika, iż priorytet ma udzielanie świadczeń zdrowotnych po uzyskaniu zgody pacjenta. Przeprowadzenie ich bez zgody dopuszczalne jest jedynie wtedy, gdy jej osiągnięcie będzie obiektywnie niemożliwe. Ustawa wskazuje na dwie przyczyny takiego stanu rzeczy: wiek pacjenta (np. chory jest małoletni – poniżej 16. roku życia – jego stanowisko nie ma więc znaczenia prawnego) oraz stan zdrowia. W tej drugiej grupie mogą mieścić się przypadki chorych, którzy co prawda posiadają pełną zdolność do czynności prawnych, ale ze względu na przykład na pozostawanie pod wpływem leków ograniczających percepcję czy też z powodu stanu silnego wycieńczenia lub zaburzeń psychicznych nie mogą świadomie zdecydować o swym leczeniu.

3. **Porozumienie się z przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym pacjenta nie jest możliwe.**

Rozwiązanie to koresponduje z konstrukcją zgody zastępczej oraz kumulatywnej, znajdzie więc zastosowanie zwłaszcza w odniesieniu do leczenia pacjentów małoletnich oraz całkowicie ubezwłasnowolnionych. Zgodnie z art. 32 ust. 2 i 4 UZL osobą kompetentną do udzielenia zgody jest wówczas przedstawiciel ustawy chorego. Natomiast art. 32 ust. 3 wskazuje na takie uprawnienia opiekuna faktycznego, ale jedynie gdy wystąpi konieczność przeprowadzenia badania. Niekiedy jednak uzyskanie stanowiska tych podmiotów nie jest możliwe. Chory może bowiem w ogóle nie mieć przedstawiciela ustawowego (np. sąd opiekuńczy nie zdążył jeszcze wyznaczyć opiekuna prawnego dla dziecka, którego rodzice zginęli w wypadku samochodowym) albo nie można się z nim skontaktować. Brak porozumienia się z takim podmiotem może mieć miejsce zarówno w sytuacji, gdy faktycznie nie ma go w miejscu udzielania świadczenia zdrowotnego i nie istnieje możliwość skontaktowania się z nim np. telefonicznie, ale także, gdy faktycznie przebywa w miejscu udzielania świadczenia, ale jest w takim stanie, iż porozumienie z nim nie jest możliwe, np. jest nieprzytomny, pozostaje pod wpływem alkoholu itp.

4. **Lekarz powinien skonsultować decyzję o podjęciu czynności medycznych z innym lekarzem.**

Obowiązek konsultacyjny nie ma jednak charakteru bezwzględnego, ustawodawca posłużył się bowiem zwrotem "powinien w miarę możliwości". Frazę tę należy jednak interpretować restrykcyjnie. Oznacza to, iż lekarz powinien dołożyć wszelkich starań, by uzyskać opinię swego kolegi, a dopiero gdy z przyczyn obiektywnych (np. ze względu na dynamikę sytuacji) faktycznie nie będzie mógł się skontaktować z innym lekarzem, może podjąć decyzję samodzielnie. Konsultacja powinna objąć zarówno ocenę niezwłoczności interwencji medycznej, jak i jej kierunek oraz zakres planowanych czynności.

5. **Adnotacja w dokumentacji medycznej.**

Okoliczności, w jakich został przeprowadzony zabieg, powinny zostać szczegółowo opisane w dokumentacji chorego. Wpis powinien zatem obejmować uzasadnienie podjęcia natychmiastowej interwencji oraz wykonania jej bez uzyskania wymaganej zgody. W dokumentacji należy również zamieścić informację o przeprowadzonej konsultacji ewentualnie jej braku wraz z umotywowaniem takiego zaniechania. Dokonanie odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej stanowi nie tylko obowiązek ustawowy, ale odgrywa również istotną rolę praktyczną. Materiał taki może bowiem w przyszłości stanowić podstawowy dowód w potencjalnym sporze, zwłaszcza sądowym. Lekarz powinien zatem starannie wypełnić tę przesłankę.

Zrealizowanie wymienionych warunków uprawnia lekarza do podjęcia czynności medycznych bez uprzedniego uzyskania zgody. W związku z tą regulacją można mieć jednak pewne wątpliwości: czy przepis ten jedynie zawiera zezwolenie na wykonanie zabiegu, czy nakłada obowiązek jego wykonania? Ustawodawca posłużył się bowiem zwrotem "jest dopuszczalne", co sugerowałoby jedynie przyznanie lekarzowi takiego uprawnienia. Jednakże zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej przepis ten należy rozpatrywać przez pryzmat art. 30 UZL, który nakłada na lekarza obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej w każdym przypadku niecierpiącym zwłoki. Określenie to koresponduje więc ze zwrotem występującym w art. 33 UZL, który stanowi o niezwłocznej pomocy lekarskiej. Zbieżność tych fraz dała autorce asumpt do twierdzenia, iż zajęcie przesłanek z art. 33 UZL **skutkuje obowiązkiem podjęcia interwencji medycznej**¹⁴.

Drugie pytanie brzmi: czy na podstawie omawianej normy możliwe jest wykonanie zabiegu medycznego wbrew woli pacjenta? We współczesnym piśmiennictwie, hołdującym ochronie autonomii chorego, przyjmuje się dość powszechnie pogląd, iż omawiana regulacja nie daje podstaw do podejmowania interwencji medycznej przy sprzeciwie chorego (jeśli jest on kompetentny do wyrażenia swego stanowiska)¹⁵. Bardziej złożony problem dotyczy przypadku, gdy chory przed utratą zdolności do udzielenia zgody (np. przed utratą przytomności) zadeklarował swoje zdanie na temat leczenia, w chwili jego podjęcia nie był już jednak w stanie go podtrzymać. Zagadnienie to wiąże się jednak z konstrukcją oświadczeń *pro futuro* oraz zgody antycypacyjnej, o czym była mowa w poprzedniej części cyklu.

5. Wykonanie zabiegów operacyjnych oraz zabiegów o podwyższonym ryzyku dla pacjenta

Omówiony w poprzednim punkcie przepis ma zastosowanie w przypadku potrzeby przeprowadzenia zabiegów prostych, czyli mało inwazyjnych. Natomiast odrębnie została ujęta sytuacja, gdy konieczne jest natychmiastowe wykonanie operacji lub innej interwencji, która może być związana ze podwyższonym ryzykiem. Biorąc pod uwagę, iż tego rodzaju zabiegi mają znacznie istotniejsze konsekwencje dla zdrowia pacjenta i silniej ingerują w sferę jego autonomii, ustawodawca dopuścił możliwość ich przeprowadzenia po spełnieniu obostrzonych warunków. Zostały one określone w art. 34 ust. 7 i 8 UZL.

Przepis ten należy jednak interpretować w kontekście całego art. 34. W ust. 7 przewiduje się bowiem, że lekarz może wykonać zabieg operacyjny ewentualnie zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta, bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Z redakcji tej normy wynika zatem, iż znajduje ona zastosowanie w sytuacji zgody zastępczej (udzielonej przez przedstawiciela ustawowego) albo zezwolenia sądowego. *Prima facie* pominięto więc problematykę osób, które posiadają pełną zdolność do czynności prawnych (tym samym nie mają przedstawiciela ustawowego), ale ich stan wyklucza świadome podjęcie decyzji o leczeniu (np. pacjent jest nieprzytomny). W literaturze podnosi się jednak słusznie, iż użycie sformułowania "bez zgody właściwego sądu opiekuńczego" pozwala na objęcie omawianą regulacją wszelkich przypadków, gdy zgoda sądowa co do zasady jest wymagana. Według zaś art. 34 ust. 3 UZL sąd udziela zezwolenia m.in. w przypadku, gdy pacjent jest niezdolny do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, a nie ma przedstawiciela ustawowego¹⁶.

Sekwencja działań lekarza powinna być więc w takiej sytuacji następująca: w pierwszej kolejności należy uzyskać aprobatę samego zainteresowanego; jeśli jego stan uniemożliwia podjęcie decyzji, należy wystąpić do sądu opiekuńczego o wydanie zezwolenia na konkretny zabieg (a nie np. o ubezwłasnowolnienie chorego); dopiero gdy oczekiwanie na rozpatrzenie sprawy oraz wydanie orzeczenia byłoby zbyt długie i spowodowałoby zagrożenia, o których mowa w art. 34 ust. 7, możliwe jest skorzystanie z tego przepisu i wykonanie zabiegu bez niczyjej zgody. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, można wskazać kolejny przypadek zastosowania omawianej normy: pacjent nie ma kompetencji do udzielenia zgody (gdyż jest małoletni lub został ubezwłasnowolniony). Wówczas zasadniczo wymagana jest zgoda zastępcza. Jeśli jednak nie ma on przedstawiciela ustawowego ewentualnie nie można się z nim porozumieć, to wykonanie zabiegu wymaga uzyskania zezwolenia sądowego. Podobnie jednak jak w omówionej wcześniej sytuacji, gdy oczekiwanie na orzeczenie sądowe byłoby zbyt długie w kontekście pilności zabiegu, możliwe jest powołanie się na rozwiązanie przyjęte w art. 34 ust. 7.

Polemiczne natomiast wydaje się zastosowanie tego przepisu do przypadków sprzeciwu ze strony przedstawiciela ustawowego (np. rodzica odmawiającego leczenia z powodów religijnych). W piśmiennictwie prezentuje się jednak dość powszechnie tezę, iż omawianą normę można wykorzystać również w takich sytuacjach¹⁷.

Bardziej pogłębioną analizę tego zagadnienia przedstawiła T. Dukiet-Nagórska. Autorka ta twierdzi, iż art. 34 ust. 7 UZL stosuje się do wszelkich sytuacji, w których ustawa wymaga wydania orzeczenia sądowego zastępującego zgodę na zabieg leczniczy¹⁸. Według zaś art. 34 ust. 6 UZL zgoda sądowa może być wydana m.in. w przypadku, gdy przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody nie zgadza się na wykonanie przez lekarza zabiegu operacyjnego lub zastosowania metody leczenia albo diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. Wówczas zgoda ta zastępuje stanowisko przedstawiciela sądowego i umożliwia podjęcie danej interwencji medycznej wbrew jego woli. Jednak zgoda taka może być wydana tylko wówczas, gdy przeprowadzenie zabiegu jest niezbędne "dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia".

Z kolei w art. 34 ust. 7 UZL ustawodawca użył nieco bardziej warunkowej formuły: posłużenie się tym przepisem jest możliwe, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie jedynie groziłaby niebezpieczeństwem. Ze złożenia tych obu sformułowań wynika zatem, iż art. 34 ust. 6 wymaga niejako bardziej ekstremalnej sytuacji, niebezpieczeństwo już istnieje, a podjęcie czynności medycznych jest niezbędne dla jego uchylenia.

Rozumowanie to przywiódło autorkę do konstatacji, iż zastosowanie art. 34 ust. 7 UZL w przypadku sprzeciwu przedstawiciela ustawowego może mieć miejsce, jeśli zostaną uprzednio spełnione warunki art. 34 ust. 6. Kolejność działań lekarskich powinna być zatem następująca: w przypadku sprzeciwu przedstawiciela ustawowego należy wystąpić do właściwego sądu opiekuńczego o wydanie zgody przełamującej ten sprzeciw. Orzeczenie takie może jednak zapaść, gdy istnieje niebezpieczeństwo utraty życia pacjenta lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia. Jeśli zaś rozpatrywanie sprawy w takich okolicznościach powodowałoby nadmierne odsunięcie w czasie wykonania pilnego zabiegu, lekarz może powołać się na art. 34 ust. 7 i wykonać go wbrew woli przedstawiciela ustawowego oraz bez zgody sądowej¹⁹. Na marginesie warto jednak dodać, iż mimo że lekarz może przeprowadzić interwencję medyczną wbrew stanowisku rodziców, nie zwalnia go to

z obowiązku informacyjnego. Nadal zatem musi przekazać rodzicom dane, o których mowa w art. 31 ust. 1 UZL, czyli np. dotyczące rozpoznania, planowanego zabiegu czy rokowania.

Przechodząc do wskazania przesłanek opisanych w art. 34 ust. 7 i 8, można je ująć następująco:

1. **Zwłoka spowodowana postępowaniem sądowym** w celu wydania orzeczenia zastępującego wymaganą zgodę na zabieg medyczny groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem:
 - o utraty życia,
 - o ciężkiego uszkodzenia ciała lub
 - o ciężkiego rozstroju zdrowia.

W przeciwieństwie więc do dyspozycji art. 33, w którym jest mowa o niezwłocznej pomocy lekarskiej, w przypadku zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku dla pacjenta stan zagrożenia musi być poważniejszy. Przy czym nie chodzi o większą bliskość czasową, ale o skutki zaniechania interwencji medycznej. W piśmiennictwie prezentuje się bowiem tezę, iż podjęcie działań lekarskich na podstawie art. 34 ust. 7 UZL może nastąpić nie tylko wówczas, gdy niebezpieczeństwo to jest już bezpośrednio. Zrealizowanie się zagrożenia (np. w postaci utraty życia) może być więc bardziej odległe w czasie²⁰.

2. **Lekarz ma obowiązek konsultacyjny.** Konstrukcja ta jest zbliżona do zawartej w art. 33 UZL. Ustawa wprowadza jednak w tym zakresie silniejsze obostrzenia. Lekarz powinien bowiem uzyskać opinię innego lekarza, ale zasadniczo tej samej specjalności. Użyte w przepisie sformułowanie zawiera jednak podwójną warunkowość. Unormowanie to należy zatem odczytywać następująco: lekarz w pierwszej kolejności powinien zwrócić się o konsultację do kolegi tej samej specjalności; jeśli nie jest to możliwe, powinien uzyskać opinię innego lekarza dowolnej specjalności i dopiero jeśli i taka konsultacja jest niemożliwa, może jej całkowicie zaniechać.
3. **Poinformowanie o wykonanych czynnościach.** W poprzednim stanie prawnym (przed 2009 r.) przepisy obliigowały do przekazania informacji jedynie przedstawicielowi ustawowemu, opiekunowi faktycznemu lub sądowi opiekunówemu. Pominięto natomiast samego pacjenta. Wydaje się, iż rozwiązanie to korespondowało z wcześniejszym zamysłem ustawodawcy, iż omawiany przepis należy stosować jedynie do zgody zastępczej czy zgody sądowej. Przyjmując jednak, że norma ta odnosi się również do aprobaty samego chorego, ustawodawca uzupełnił treść tej regulacji poprzez zobowiązanie lekarza do poinformowania również samego zainteresowanego, czyli chorego. Powinność ta wynika aktualnie z art. 34 ust. 8 UZL²¹. Przekazanie danych powinno nastąpić "niezwłocznie", a zatem możliwe jak najszybciej. Wydaje się zatem, iż nie wystarcza umieszczenie takich danych w karcie informacyjnej z leczenia szpitalnego wydawanej pacjentowi w chwili wypisania ze szpitala.
4. **Adnotacja w dokumentacji medycznej.** Powinna ona zawierać dane dotyczące konieczności wykonania zabiegu, uzasadnienie pominięcia zgody pacjenta i odstąpienia od zwrócenia się do sądu opiekuńczego o wydanie zgody na zabieg. Należy również opisać przebieg i zakres zabiegu, a także zamieścić wzmiankę o uzyskaniu opinii innego lekarza oraz o przekazaniu informacji uprawnionym podmiotom.

Na zakończenie warto podkreślić, iż omawiana konstrukcja ma charakter wyjątkowy. Pozwala zatem na wykonanie określonej interwencji medycznej jedynie w ekstremalnym przypadku. Zabieg zaś musi być powiązany i ukierunkowany na usunięcie zagrożenia utraty życia czy ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Jeśli niebezpieczeństwo to minie, przeprowadzanie kolejnych interwencji wymaga uzyskania odpowiedniej zgody pacjenta lub sądu.

Kolejnym przypadkiem, który można omawiać w kontekście domniemanej zgody na zabieg medyczny, jest tzw. wyjątek terapeutyczny. Konstrukcja ta pozwala na podjęcie interwencji medycznej wykraczającej poza zakres udzielonej aprobaty. Ze względu na jej odrębną regulację będzie ona przedmiotem rozważań w kolejnej części cyklu.

1. Por. przykładowo: M. Sośniak: Cywilna odpowiedzialność lekarza. Warszawa 1968: 55–57; M. Nesterowicz: Prawo medyczne. Toruń 2000: 90; M. Świdorska: Zgoda pacjenta na zabieg medyczny. Toruń 2007: 179–180.
2. Tekst jedn. Dz. U. z 2008 r., Nr 136, poz. 857, z późn. zm.
3. A. Górski: O obowiązku lekarza poinformowania pacjenta i zgodzie pacjenta na zabieg. *Studia Iuridica* 2001; 39: 83; A. Liszewska: Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny. *Prawo i Medycyna* 1999; 1: 85. Dla porządku należy dodać, iż pojęcie zgody domniemanej występuje również w kontekście pobierania komórek, tkanek i narządów ze zwłok w celach transplantacyjnych. W polskim systemie prawnym przyjęto bowiem tzw. model *opting out*. Polega on na tym, że eksplantacja ze zwłok jest dopuszczalna, gdy dawca za życia wyraźnie nie sprzeciwi się takiej czynności. Wówczas przyjmuje się domniemanie, iż wyraził zgodę na wykonanie takiego zabiegu. Por. art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. nr 169, poz. 1411, z późn. zm.). Patrz szerzej: R. Kubiak: *Prawo medyczne. Wykłady specjalizacyjne*. Warszawa 2010: 484–487 i literatura tam podana.
4. Dz. U. Nr 50, poz. 458, z późn. zm.
5. Dz. U. z 2009 r., Nr 52, poz. 417, z późn. zm.
6. T. Dukiet-Nagórska: Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim. *Prawo i Medycyna* 2000; 6–7: 78.
7. D. Dziubani: Prawny charakter zgody pacjenta na zabieg leczniczy w świetle art. 192 Kodeksu karnego. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2000; 2: 33.
8. Por. rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 4 sierpnia 1995 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych wymagających odrębnej zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego (Dz. U. Nr 100, poz. 503).
9. M. Nesterowicz: *Prawo...*, s. 83.
10. Por. przykładowo: M. Świdorska: *Zgoda...*, s. 172, T. Dukiet-Nagórska: *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*. Warszawa 2008: 89 i nast.
11. M. Szymczak (red.): *Słownik języka polskiego*. Tom II. Warszawa 1988: 377.
12. M. Safjan: *Prawo i medycyna*. Warszawa 1998: 46.
13. T. Dukiet-Nagórska: Niepodjęcie – zaprzestanie terapii a prawo karne. *Prawo i Medycyna* 2010; 1: 36.
14. Por. przykładowo: A. Zoll: Zaniechanie leczenia – aspekty prawne. *Prawo i Medycyna* 2000; 5: 35.
15. Zdaniem M. Filara brak wyraźnej regulacji w tym obszarze należy potraktować jako tzw. lukę prawną. Może ona być jednak usunięta w drodze wykładni logicznej i celowościowej. Ostatecznie autor opowiada się za zastosowaniem art. 34 ust. 7 również do osób pełnoletnich i nieubezwłasnowolnionych, które jednak znajdują się w stanie wyłączającym możliwość udzielenia skutecznej prawnie zgody. M. Filar: *Postępowanie lecznicze (świadczenia zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*. *Prawo i Medycyna* 2003; 13: 41 i nast.
16. Por. przykładowo: A. Zoll: Granice legalności zabiegu medycznego. *Prawo i Medycyna* 1999; 1: 29; R. Kędziora: *Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego*. *Prokuratura i Prawo* 2003; 7–8: 41.
17. T. Dukiet-Nagórska: Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim. *Prawo i Medycyna* 2000; 6–7: 78; *taż*: Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej. *Prawo i Medycyna* 2005; 19: 22.
18. T. Dukiet-Nagórska: *Autonomia...*, s. 92–94.