

УДК 343.6(430)

ЗГОДА ПАЦІЄНТА ЯК ПІДСТАВА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ КАРАНІСТЬ ДІЯННЯ У МЕДИЧНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ФРН

А. Шкодяк

*Львівський національний університет імені Івана Франка,
вул. Університетська, 1, Львів, Україна, 79000,
e-mail: aljona.shkodjak@gmail.com*

Досліджено роль та правову природу інституту «згоди пацієнта» в медичному кримінальному праві Федеративної Республіки Німеччина. Розкрито роль конституційної норми щодо захисту гідності людини, теорії захисту правового блага в кримінальному праві Німеччини. З'ясовано вимоги, за умови дотримання яких згода пацієнта буде вважатися дійсною. Проаналізовано обов'язок лікаря поінформувати пацієнта щодо майбутнього медичного втручання, вимоги щодо дійсності такого інформування, його взаємозв'язок із згодою пацієнта. Визначено поняття згоди пацієнта як підстави, що виключає караність діяння, в медичному кримінальному праві Федеративної Республіки Німеччина.

Ключові слова: інформування, лікар, медичне втручання, кримінальна відповідальність.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2019.68.201>

Постановка проблеми. Питання відповідальності медичних працівників завжди було гострою темою в юридичній науковій дискусії в Україні та зарубіжних країнах. Медичне кримінальне право ФРН є однією із тих складових кримінального права ФРН, що є в постійній динаміці розвитку. В Україні цей інститут кримінального права потребує більше уваги, розвитку та удосконалення. Тому для отримання необхідного досвіду та знань можна звернутися до закордонного досвіду.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Інститут згоди пацієнта в медичному кримінальному праві Німеччини був досліджений та описаний в працях таких науковців, як Бернд Хайнріх, Ерік Хільгендорф, Констанца Янде, Рюдігер Мартіс та Мартіна Вінкхарт-Мартіс, Клаус Роксін та Ульріх Шрот, Фрідріх Ульзенхаймер та ін. В українській правовій науці це питання під таким кутом розглянуто не було.

Мета статті. Основною метою цієї статті є з'ясувати правову природу та роль згоди пацієнта та кореспондуючий їй обов'язок лікаря поінформувати пацієнта про медичне втручання в медичному кримінальному праві ФРН.

Виклад основного матеріалу. В Основному Законі Федеративної Республіки Німеччина передбачено, що гідність людини (Menschenwürde) є недоторканою (абз. 1 ст. 1) [2]. Гідність людини є основоположним та найвищим фундаментом блага у німецькому праві. В німецькій філософії та теорії права через гідність людини визначаються основоположні права та законні вимоги особи, як, наприклад, право на життя, тілесну недоторканість, свободу висловлювань, захист від катувань, право на самовизначення та ін. Ця конституційна норма наскрізь пронизує всі галузі права Німеччини і має, зокрема, величезний вплив у кримінальному, медичному та медичному кримінальному праві Німеччини.

На відміну від українського права, в ФРН право на самовизначення передбачено не лише для народів, але й для кожної окремої людини. Зокрема, кожна

людина та кожна група має право вільно та без втручання інших вирішувати свої справи та питання доти, поки вони не виходять за межі визнаних правил відповідного суспільства. В Конституції Німеччини це право забезпечене, передусім, в абз. 1 ст. 1 та абз. 1 ст. 2: «Кожен має право на вільний прояв своєї особистості, до тих, поки він не порушує права інших та не порушує конституційний порядок або звичаєві закони». Передусім сьогодні цей термін використовують у зв'язку з правом на сексуальне самовизначення, правом на інформаційне самовизначення, правом на евтаназію, на тілесну недоторканість, право на аборт [10].

«*Voluntas aegroti suprema lex*», що в перекладі з латини означає «воля хворого є головним принципом лікарської діяльності» [5, ст. 132].

Особливістю медичного та кримінального права ФРН є те, що будь-яке медичне втручання в організм людини розглядають як вчинення злочину, передбаченого §223 Кримінального кодексу ФРН, а саме – тілесне ушкодження. Уперше таку позицію було висвітлено в Рішенні Суду Німецького Рейху від 31.05.1894 року (RGSt 25, 375 ff.) і відтоді залишається пануючою в теорії кримінального права Німеччини. Відповідно до цього рішення, будь-яке медичне втручання, незалежно від того, чи є воно життєво необхідним за медичними показниками чи ні, розцінюється як втручання в тілесну недоторканість особи та є тілесним ушкодженням у розумінні кримінального права. І не мало жодного значення те, чи медичне втручання було здійснено на благо пацієнта і чи справді настав бажаний результат лікування. Підставою для такої судової практики є захист автономії пацієнта [4, ст. 10–11; 7]. Так, першочергове значення надається не бажанню і обов'язку лікаря врятувати життя та здоров'я пацієнта, а праву пацієнта на тілесну недоторканість та на самовизначення.

Та якби справді усіх лікарів в Німеччині притягали до кримінальної відповідальності за виконання ними їхніх професійних обов'язків, то навряд чи сьогодні хтось погодився б працювати там лікарем. Кожен лікар знає, що згода пацієнта на проведення медичного втручання в кримінальному та медичному кримінальному праві ФРН є підставою, котра виключає караність діяння. Щоб отримати згоду пацієнта, лікар зобов'язаний поінформувати останнього щодо майбутнього медичного втручання. Ці два правові інститути, що дуже тісно взаємопов'язані між собою, передбачені не лише в кримінальному, але й у цивільному праві Німеччини.

Давайте з'ясуємо поняття згоди пацієнта та обов'язку інформування лікарем, які складові вони мають і яку роль відіграють в кримінальному та медичному кримінальному праві ФРН. І розпочнемо ми із згоди пацієнта.

«Згода» у кримінальному праві ФРН є підставою, що виключає караність діяння, яка виникла на основі звичаєвого права. Оскільки підстави, що виключають караність діяння, часто трактуються і діють на користь злочинця, то таке звичаєве обґрунтування вважається допустимим [3, ст. 196]. У німецькому кримінальному праві панує теорія захисту правового блага. За теорією завдання кримінального права – захист певного правового блага, яким є право чи інтерес окремої особи чи суспільства, котре законодавець вважає настільки важливим, що створив для цього кримінально-правову норму [3, ст. 2]. Такими благами, наприклад, є життя, здоров'я особи, право власності, навколишнє середовище, суверенітет тощо. У разі згоди перевіряється те, чи власник правового блага згідний із пошкодженням цього блага. В такому випадку, незважаючи на те, що склад злочину був реалізований, відпадає такий важливий елемент, як протиправність діяння. Причиною для

виключення карності діяння є принцип «volenti noj fit iniuria» (тому, хто хотів такого, не завдається протиправне діяння) [3, ст. 201].

Проф. Бернд Хайнріх визначає такі ознаки згоди як підстави, що виключає карність діяння:

1) існування правового блага – означає, що має бути можливість «розпоряджатися» правовим благом. Тобто, таке правове благо має бути індивідуальним (здоров'я, власність). Не можна «відмовитися» від загальних благ (наприклад, довкілля) та не можна відмовитися від такого індивідуального правового блага, як життя. Водночас, відмовитися від тілесної недоторканості не забороняється [3, ст. 201]. Заборона відмови від такого індивідуального правового блага, як життя, пов'язано зі спеціальною нормою § 216 КК ФРН (вбивство, вчинене на прохання потерпілого (асистоване самогубство)) та судовою практикою Федерального Верховного Суду Німеччини;

2) уповноважений має бути дієздатним. Відповідно до пануючої думки, ця особа має з огляду на свої розумові та моральні якості усвідомлювати значення та наслідки втручання в будь-яке правове благо. До того ж, він повинен знати, що через свою поведінку він відмовляється від захисту правового блага, та належно оцінює ситуацію, що склалась;

3) згода має бути роз'яснена безпосередньо або конклюдентно;

4) згода має бути надана безпосередньо власником правового блага (або уповноваженим щодо цього правового блага). Щоправда, допускається представництво. Сумніви допустимі в тому випадку, коли йдеться про вищі особисті правові блага (наприклад, згода опікуна на припинення заходів, що підтримують життя);

5) згода має бути надана перед вчиненням злочину. Тобто, власник правового блага не може постфактум «легімітизувати» раніше вчинений карний вчинок когось іншого і так усунути його карність;

6) згода має бути чинною на момент вчинення злочину. Надана згода може бути відкликана в будь-який момент;

7) згода має бути вільна від недоліків волевиявлення. Згода, отримана внаслідок погроз, залякування, обману або помилки є недійсною;

8) зрештою, злочинець повинен діяти, знаючи про згоду та на її основі [3, ст. 202–204].

Проф. Ерік Хільгендорф та проф. Рольф Шмідт до вищеперелічених ознак згоди додають ще одну, а саме – відсутність аморальності. Ця ознака зумовлена §228 КК ФРН, який вказує що «той, хто вчиняє тілесне ушкодження за згодою потерпілої особи, діє лише тоді протиправно, коли діяння, незважаючи на згоду, порушує загальноприйнятні норми моралі» [11]. З погляду медичного кримінального права, тут важливу роль відіграватимуть об'єкт та ціль лікарських дій. Аморальними є, наприклад, об'єктивно шкідливі втручання, які не мають на меті жодних раціональних цілей, а навіть є об'єктивно дурними (каліцтво або шахрайство зі страхуванням) [4, ст. 18]. Такими можна вважати надмірне та шкідливе для здоров'я збільшення грудей або операції, які роблять з метою стати схожим або на іграшку Барбі, або з метою бути схожим на одного з зіркових кумирів з Голівуду.

Як було зазначено, власник або його представник можуть дати згоду на посягання на певне правове благо. Законом не визначено певної вікової межі, з якої особа може дати згоду. Тобто, це може бути повнолітня та неповнолітня особа.

Відповідно до пануючої теорії розсудливості (Lehre von der Einsichtsfähigkeit) згода неповнолітньої особи у сфері кримінального права є дійсною тоді, коли така особа, відповідно до своїх розумових та моральних здібностей, здатна розуміти та

оцінювати характер, значення та наслідки спрямованого проти неї посягання, та усвідомлювати відмову від захисту свого правового блага. Згода не є правочином у розумінні цивільного права і тому тут не можуть бути застосовані правила щодо волевиявлення за Цивільним Кодексом ФРН [3, ст. 206]. Оскільки йдеться не про виникнення, зміну чи припинення прав і пов'язаний з цим захист прав неповнолітнього, а про караність діяння, тому важко встановити певну вікову межу. Тобто, вирішальною буде «природна» розсудливість особи, але не цивільно-правова дієздатність. Тому під час оцінки згоди неповнолітнього потрібно брати до уваги не лише обставини та впливи, які були на момент надання такої згоди, але й природні можливості такої особи оцінювати та усвідомлювати ситуацію, що склалася.

Проф. Ерік Хільгендорф зазначає, що неповнолітня особа може сама надавати згоду на проведення медичного втручання, якщо вона володіє необхідними розумовими та моральними здібностями. Однак, малолітня особа (до 14 років) у всіх випадках визнається такою, що не може самостійно надавати згоду на медичне втручання. Тому лікар повинен отримати таку згоду від батьків або опікунів малолітнього. Дещо складнішим є питання з особами у віці 14-18 років (неповнолітні). Тут діє таке правило: чим малозначніше є медичне втручання та його можливі наслідки, тим вірогідніше буде прийнята згода неповнолітнього. Водночас, чим молодшим є пацієнт, тим імовірніше буде відхилена його здатність надавати згоду, і навпаки.

Якщо неповнолітній є повністю здатним реально оцінювати ситуацію, то перевагу матиме його бажання, а не бажання законних представників. Якщо неповнолітній не володіє здатністю оцінювати та усвідомлювати ситуацію, потрібно отримати згоду батьків [4, ст. 15]. Оскільки батьки можуть взаємоуповноважувати один одного надавати згоду на медичне втручання щодо своєї дитини, Федеральний Верховний Суд ФРН у своєму рішенні від 28.06.1988 розробив трирівневу концепцію (*Dreistufentheorie*) отримання згоди батьків. Так, суд поділив медичні втручання на три види:

1) щоденні або рутинні випадки – легкі захворювання та поранення. У такому випадку лікар «без запитань спирається на це, що присутній з батьків є уповноважений іншим для прийняття рішень»;

2) середньої тяжкості – це лікарські втручання з незначними ризиками. Лікар повинен «спершу переконатися, що присутній з батьків є уповноважений іншим на надання згоди, а також з'ясувати, наскільки широким є це повноваження»;

3) важкі випадки – великі за обсягом операції з важкими наслідками та значними ризиками. Лікар повинен обов'язково переконатися в наявності згоди відсутнього з батьків щодо майбутнього медичного втручання.

Але Суд не зазначав, яким саме чином це повинно бути зроблено, які зусилля повинен докласти лікар до цього, як об'єктивно визначити достовірність наданої інформації. Також, не встановлено як той чи інший конкретний випадок зачислити до певної категорії [4, ст. 15–16; 12].

У випадку, коли повнолітній пацієнт, який в результаті непритомності, шокowego стану, психічної неосудності, нестримного болю не є в стані оцінити необхідність та значення медичного втручання, право згоди переходить не по «*ipso iure*» до найближчого родича (другого з подружжя або дорослої дитини). У цьому випадку, відповідно до §1896 ЦК ФРН, для такого хворого суд призначає опікуна. Якщо ж пацієнт завчасно склав медичне розпорядження (довіреність на представлення інтересів пацієнта) (абз. 5 §1904 ЦК ФРН), то призначення опікуна не потрібно [12].

Окрім звичайної згоди в кримінальному праві ФРН є ще два її види: імовірна (*mutmaßliche Einwilligung*) та умовна (*hypothetische Einwilligung*).

Під **імовірною згодою** розуміють неписану звичаєву визнану підставу, що виключає караність діяння, за якої діяння, що посягає на правове благо, вчинене або з об'єктивної точки зору в матеріальних інтересах потерпілого (в інтересах власника правового блага), або, хоча і використовується винятково злочинцем, все ж не порушує законні інтереси власника правового блага.

Про **умовну згоду** йдеться в тих випадках, коли всупереч відсутній чіткій згоді та всупереч можливості отримати таку завчасно безсумнівним є те, що власник правового блага погодився б, якби його запитали про це вчасно. І хоча умовна згода передбачена в реч. 2 абз. 2 §630h ЦК ФРН, їх також застосовують і в кримінальному праві.

Ці обидва види згоди мають однакові ознаки, а саме:

1) є можливими тоді, коли не було надано чіткої згоди або не було чітко відмовлено в такій згоді;

2) уповноважений повинен бути дієздатним і має йтися про існуюче правове благо, яким уповноважений може розпоряджатися (аналогічно, як і при звичайній згоді);

3) не має даної раніше згоди [3, ст. 211–212, ст. 724].

Тобто, в обох випадках немає об'єктивної можливості отримати згоду від власника правового блага в даний момент, однак, відповідно до обставин, очікується, що він погодився б, оскільки таке втручання є в його інтересах. Основною сферою застосування цих підстав є медичне кримінальне право.

Приклад, коли може бути застосована імовірна згода – це розширення меж проведення операції. Передумовами є те, що таке розширення здійснюється в інтересах пацієнта, згода на це від пацієнта не може бути отримана і такі дії відповідають істинним бажанням пацієнта. Якщо за допомогою розширення меж операції лікарі уникнуть безпосередньої загрози непоправної шкоди здоров'ю або смерті, то відповідно до судової практики вважають, що таке рішення було прийнято з точки зору бажання пацієнта. Якщо ж розширення меж операції з точки зору медицини є розумним, однак немає жодної реальної загрози життю або здоров'ю пацієнта, то лікар змушений отримати його згоду [4, ст. 26].

Судовою практикою ФРН визначені такі варіанти дій лікаря у разі розширення меж операції:

1) при гострій загрозі життю та без підстав вважати, що пацієнт висловився б проти зміни (розширення) плану операції, лікар не лише уповноважений, а й зобов'язаний змінити чи розширити план операції;

2) лікар повинен припинити операцію, щоб отримати згоду пацієнта для медично необхідної зміни чи розширення плану операції, коли це є можливим без жодної загрози для життя чи здоров'я пацієнта;

3) допустимість лікарського втручання на підставі імовірної згоди пацієнта не обмежується лише життєво важливими показниками, але й схвалюється в тому випадку, якщо переривання операції та нове втручання за певних обставин пов'язані не лише із великою загрозою, але й із подальшою тілесною та душевною шкодою [13].

Наприклад, якщо під час кесаревого розтину гінеколог з'ясує, що майбутні вагітності становитимуть загрозу для жінки та її майбутньої дитини, і вирішує одразу провести стерилізацію жінки без її згоди. У цьому випадку імовірна згода як підстава, що виключає караність діяння, не може бути застосована, оскільки під час проведення операції не було жодної реальної загрози життю жінки. Тому лікар може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за завдання тілесного ушкодження.

Згода пацієнта на проведення медичного втручання є одним із складових елементів права на самовизначення та гідності людини. Такому праву особи кореспондує обов'язок лікаря проінформувати пацієнта, що передбачений в §630e ЦК ФРН: «Особа, що проводить лікування, зобов'язана роз'яснити пацієнтові всі важливі для прийняття рішення обставини. До них особливо належать вид, обсяг, перебіг, очікувані результати та ризики втручання, а також його обов'язковість, невідкладність, властивості та шанси на успіх з врахування поставленого діагнозу чи терапії. При інформуванні також потрібно вказати альтернативні можливості, коли декілька медичних аналогічних показаних та загальноприйнятих методів можуть спричинити принципово різні ускладнення, ризики або шанси на зцілення» [1, ст. 183]. Таке інформування також називають «поінформоване самовизначення» (Selbstbestimmungsaufklärung).

В медичному та медичному кримінальному праві виділяють такі види інформування: 1) інформування щодо діагнозу (Diagnoseaufklärung); 2) інформування щодо ризиків (Risikoaufklärung); 3) інформування щодо перебігу захворювання (Verlaufserklärung); 4) інформування щодо терапії (Therapieaufklärung) [5, ст. 132–133; 4, ст. 19; 8; 12]

У разі інформування щодо діагнозу пацієнтові має бути повідомлена вся інформація про результати огляду та про прогнози подальшого розвитку хвороби. Лікар не повинен залякувати пацієнта через вид та зміст діагнозу. Діагнози можуть бути повідомлені в зв'язку з тим, що вони мають велике значення для пацієнта, наприклад, через вплив на його подальший спосіб життя, або коли пацієнт прямо запитує про це. Інформування щодо ризиків стосується роз'яснення пацієнтові можливих ускладнень та загроз, пов'язаних з медичним втручанням. На практиці цей вид інформування пов'язують із проблемою обсягу інформування, про що йтиметься згодом [5, ст. 133–134; 4 ст. 19].

Під час проведення інформування щодо перебігу захворювання пацієнтові потрібно повідомити можливий подальший розвиток хвороби та пов'язаний з цим стан його здоров'я та про запропоновану йому терапію. Сюди належить інформація про різні методи лікування, про вид, важкість, обсяг, хід проведення та болісність втручання, а також про очікувані результати. Інформування щодо терапії охоплює відомості про потрібне лікування та про поведінку пацієнта, що запобігатиме ускладненням. Таке інформування спрямоване більше не на реалізацію права на самовизначення пацієнта, а на запобігання шкоди [4, ст. 19].

На практиці всі ці види інформування пересікаються між собою. Для того, щоб інформування було визнано таким, що здійснене належно, воно має містити та відповідати таким передумовам: 1) особа, яка зобов'язана проінформувати; 2) особа, яку інформують; 3) форма проведення інформування; 4) момент проведення інформування; 5) обсяг інформування.

Відповідно до §630e ЦК ФРН **особою, яка зобов'язана провести інформувати**, є «лікуючий лікар або особа, що володіє необхідною освітою для проведення відповідного втручання» [1, ст. 183]. Це означає, що лікар, який проводитиме медичне втручання, повинен особисто надати інформацію про майбутнє втручання. Делегація такого обов'язку допускається щодо іншого лікаря, але не щодо молодшого медичного персоналу [4, ст. 21]. Лікар своєчасно та зрозуміло інформує пацієнта лише в своїй спеціалізації [6, ст. 368; 8; 12]. Наприклад, лікар-хірург проводить роз'яснення стосовно ходу та очікуваних результатів операції, а лікар-анестезіолог – щодо застосування наркозу та його можливих наслідків.

Під особою, яка володіє «необхідною освітою» розуміють особу, «яка на підставі своєї закінченої спеціальної освіти отримала необхідну теоретичну кваліфікацію для проведення майбутнього втручання, і якщо вона ще не продемонструвала їх на практиці, що є власне необхідним для проведення такого втручання». Має бути перевірено, що «така особа справді володіє необхідними знаннями, щоб повноцінно роз'яснити пацієнтові про всі без винятку основні обставини проведення медичного втручання» [12]. Наприклад, лікар-інтерн, який провчився 20 місяців в інтернатурі, може провести роз'яснення щодо нетяжкого медичного втручання [6, ст. 28].

Особа, яку інформують, – це особа, яка надає згоду на медичне втручання. Важливо зазначити якщо пацієнт або особа, яка представляє його інтереси, не володіють німецькою мовою на достатньому рівні, то лікар повинен залучити або перекладача, або інших медичних працівників, які на достатньому рівні володіють мовою пацієнта. Згідно із судовою практикою, якщо немає можливості залучити перекладача, лікар інформує за допомогою мови жестів та малюнків, схем. Якщо ж пацієнт не володіє німецькою мовою на достатньому рівні, ніхто з персоналу не володіє потрібною мовою, а пацієнт не може оплатити послуги перекладача, то лікар, окрім невідкладного випадку, може відмовити у наданні медичних послуг [6, ст. 394–395].

ЦК ФРН не передбачає обов'язкової письмової **форми роз'яснення**. Однак, у клінічній практиці поширеним є використання інформаційних формулярів, які підписують пацієнти. Лікарі можуть використовувати їх у суді як доказ того, що інформування щодо медичного втручання справді проводилося. Хоча достатнім доказом також може бути точний запис лікаря про проведену розмову в історії хвороби пацієнта. В центрі інформування пацієнта є не цей формуляр, а сповнена довіри розмова лікаря і пацієнта, під час якої пацієнтові у зрозумілій формі, із врахуванням індивідуальних особливостей конкретного випадку, доносять інформацію щодо наявної ситуації, під час якої пацієнт отримує відповіді на всі свої питання. Інформаційний формуляр може підготувати пацієнта до розмови, але в жодному разі не може замінити її [8].

Важливим є **момент інформування пацієнта**. Відповідно до §630e ЦК ФРН інформують в такий термін, щоб пацієнт міг прийняти рішення, все добре обміркувавши. Тобто, пацієнт повинен мати час для того, щоб зважити всі «за» та «проти», без тиску з боку медичних працівників, обговорити це питання зі своїми рідними тощо. Оскільки практично досить важко визначити, чи не буде запізно інформувати пацієнта в той чи інший момент, судовою практикою встановлено таку формулу: все залежить від невідкладності та важкості втручання, попередніх знань пацієнта, але й також від галузі медицини [12].

Пізнє роз'яснення допускають лише в екстрених випадках. При реальній загрозі життя людини інформування може бути визнане дійсним, навіть якщо воно проведене за декілька хвилин чи секунд перед медичним втручанням. При дуже важких втручаннях, які пов'язані зі значними ризиками, інформують у заздалегідь визначений час, ще до узгодження дати проведення втручання. У разі менш важких втручань з обмеженими ризиками інформування вважають вчасним за день до його проведення. Така сама ситуація і з роз'ясненнями стосовно ризиків, пов'язаних із наркозом. При амбулаторних втручаннях, які пов'язані із незначними ризиками, роз'яснення може проводитися і в день проведення втручання [4, ст. 20; 8].

Але якщо пацієнт підписав інформаційний формуляр, який був переданий йому задовго до операції, дорогою в операційну і після отриманого уколу із

заспокійливими засобами та зауваженням лікаря, що в іншому випадку можна було б не робити операцію, то таку згоду не можна вважати дійсною. В той же час, проведення роз'яснювальної розмови о 18:00 за день до операції на відкритому серці може бути своєчасною, якщо: 1) пацієнт був поінформований в основному про вид та обсяг операції кардіологом, що направив його на операцію; 2) пацієнт отримав інформаційний формуляр перед 14:00 за день до операції і мав можливість прочитати його перед проведенням інформування і прийняв рішення щодо операції ще до того, як його забрали до лікарні, тобто без впливу хірурга; 3) основні ризики операції на відкритому серці є загальновідомими [6, ст. 354, 361].

Щодо питання пластичних операцій, які не спричинені нагальними медичними потребами, то для них судовою практикою розроблені ще суворіші критерії проведення інформування та отримання згоди. У разі пластичних операцій пацієнт повинен бути всебічно, а можливо навіть і безжалісно, поінформований про всі, без винятку, ризики, оскільки тут ризики втручання набувають зовсім іншого значення через відсутність показань до проведення. В такому випадку інформувати потрібно перед або під час встановлення терміну для прийому особи в стаціонар лікарні. Наприклад, інформування ввечері (в цьому конкретному випадку – приблизно о 20:00) напередодні косметичної операції (тут – підтяжка черевної стінки або абдомінопластика) є запізнілою, оскільки пацієнтка лише тоді дізналась про значні естетичні наслідки операції (збільшення шраму знизу живота з 15 до 45 см або довгострокове порушення чутливості в цій ділянці) [7].

Останнім важливим елементом є **обсяг інформування**, в якому воно має бути проведене. У §630e ЦК ФРН зазначено, що інформування повинно бути зрозумілим для пацієнта [1, ст. 183]. Початковим пунктом визначення обсягу роз'яснення можна взяти його мету: пацієнт повинен знати і зіставити користь та ризики від майбутнього втручання, та на основі цих знань і міркувань прийняти самостійне рішення.

Для полегшення життя лікарів у судовій практиці розвинуто таку формулу визначення обсягу інформування: «пацієнт повинен бути настільки поінформований про результати медичного огляду, а також про вид, шанси та ризики медичного втручання, щоб розумна людина на місці пацієнта могла розпорядитися своїм рішенням про згоду». Зокрема, йдеться про таке:

1) Спершу пацієнтові повинен бути роз'яснений хід виконання втручання, його вид, мета та можливі альтернативи. Пацієнт повинен знати не лише про стандартні методи лікування, але й про існуючі альтернативні методи, наприклад, замість стандартної операції довготривале медикаментозне лікування. Не можуть бути запропоновані застарілі методи лікування.

2) Пацієнт повинен бути повідомлений про найбільш імовірні та гарантовані наслідки втручання, наприклад, суттєвий біль та післяопераційний стан. Сучасна судова практика вказує на те, що потрібно розповідати не лише про типові та статистично найбільш поширені ризики, пов'язані з тим чи іншим втручанням, але й найбільш рідкісні ризики, коли виникнення їх може погіршити та обтяжити фізичний стан та подальший стиль життя пацієнта.

3) Також тут діє правило: чим терміновішим є втручання та чим більшою є загроза життю пацієнта на проведення медичного втручання, тим менше вимог є для проведення інформування. Тобто, чим необхіднішим є швидке втручання, що врятує життя, тим менше повинен «бавитися» лікар із роз'ясненням [4, ст. 22; 8].

Вважаємо, що до цих критеріїв можна зачислити також такий, як врахування індивідуальних особливостей пацієнта. Наприклад, можуть бути взяті до уваги знання та освіта пацієнта, якщо пацієнт вже проходив таке саме лікування чи

переніс схожу операцію. Також, якщо пацієнт сам за освітою медик, то обсяг інформування можна зменшити.

Висновки. 1) Гідність людини є недоторканою. Ця конституційна норма основоположна в німецькому праві. Відповідно до неї особу завжди трактують як людину, а не як об'єкт. Гідність людини охоплює собою інші основні права, зокрема право на тілесну недоторканість (що передбачена в ст. 2 Конституції ФРН) та право на самовизначення. Завдяки цьому на перше місце виходить право пацієнта вирішувати щодо проведення медичного втручання, а не професійний обов'язок лікаря здійснити таке втручання, навіть якщо воно вчиняється на користь хворого.

2) Обов'язок лікаря щодо інформування пацієнта та згода останнього є двома фундаментальними правовими інститутами кримінального, медичного та медично-кримінального права Федеративної Республіки Німеччина. Якщо згода пацієнта є формою реалізації права на самовизначення, що гарантується Основним Законом ФРН, то кореспондуючий їй обов'язок лікаря щодо інформування є одним зі способів захисту цього конституційного права особи. В 1894 році Суд Німецького Рейху розцінив будь-яке втручання лікаря в організм пацієнта без його згоди на це як порушення права на тілесну недоторканість і визнав це діяння кримінально караним. Згода пацієнта, надана на таке втручання, є підставою, яка виключає караність діяння.

3) Згода пацієнта буде дійсною, якщо вона надана пацієнтом або його представником на підставі своєчасного роз'яснення лікаря, що буде проводити медичне втручання, щодо виду, обсягу, плану проведення, очікуваних наслідків та ризиків цього втручання. Для того, щоб інформування вважали дійсним, ним займається лікар, який буде проводити медичне втручання, настільки вчасно та в такому обсязі, щоб пацієнт міг без тиску зважити всі «за» та «проти», та прийняти самостійне рішення щодо втручання.

4) Вважаємо, що згода пацієнта на проведення медичного втручання – це дійсне добровільне волевиявлення, дозвіл пацієнта на проведення медичного втручання, що є проявом конституційного права особи на самовизначення, якому кореспондує обов'язок лікаря інформувати пацієнта стосовно виду, обсягу, плану проведення, очікуваних наслідків та ризиків конкретного медичного втручання, яка є підставою, що виключає караність діяння лікаря.

Список використаних джерел

1. Bürgerliches Gesetzbuch Deutschland: vom 18. August 1896 (Stand: 5. Juli 2018). – München : dtv Verlagsgesellschaft mbH, 2018.
2. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: vom 23. Mai 1949. – Bonn : Bundeszentrale für politische Bildung, 2017. – 114 S.
3. Bernd Heinrich: Strafrecht – Allgemeiner Teil. 3. Auflage – Verlag W. Kohlhammer, 2016. – 778 S.
4. Hilgendorf Eric: Einführung in das Medizinstrafrecht. – München : C.H. Beck oHG, 2016. – 133 S.
5. Janda Constanze: Medizinrecht. 3. Auflage – UVK Verlagsgesellschaft mbH, 2016. – 415 S.
6. Martis Rüdiger, Winkhart-Martis Martina: Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar, 2018. – 1578 S.
7. Oberlandesgericht Frankfurt am Main – Urt. v. 11.10.2005 – 8 U 47/04: [Elektronische Ressource]. – Zugriff : http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:1934868
8. Roxin Claus, Schroth Ulrich: Handbuch des Medizinstrafrechts. 4. Auflage, 2010.
9. Schmidt Rolf: Strafrecht – Allgemeiner Teil (Grundlagen der Strafbarkeit; Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens). 18. Auflage. – Grasberg bei Bremen, 2017.

10. Seite «Selbstbestimmungsrecht». In: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 21. Oktober 2018, 13:14 [Elektronische Ressource]. – Zugriff : <https://de.wikipedia.org/wiki/Selbstbestimmungsrecht> (Abgerufen: 28. Januar 2019, 14:12 UTC).
11. Strafgesetzbuch (StGB).
12. Ulsenheimer Friederich: *Arztstrafrecht in der Praxis*. 5. Auflage, 2015.

References

1. *German Civil Code: of 18.08.1896* (status 5.07.2018). (2018). Munich: Publishers C.H. Beck oHG, 2018.
2. *Basic Law for the Federal Republic of Germany: of 23.05.1949*. (2017). Bonn: Federal Agency for Civic Education, 2017.
3. Heinrich, B. (2016). *Criminal law – General Part*. 3 edition. Stuttgart: Publishers W. Kohlhammer.
4. Hilgendorf, E. (2016). *Introduction to the Medical criminal law*. Munich: Publishers C.H. Beck oHG.
5. Janda, C. (2016). *Medical law. 3 edition*. Konstanz and Munich: Publishers UVK Verlagsgesellschaft mbH.
6. Martis, R., & Winkhart-Martis, M. (2018). *Medical malpractice law – Case group commentary*. Cologne: Publishers Dr. Otto Schmidt KG.
7. Roxin, C., & Schroth, U. (2010). *Manual for Medical criminal law*. 4 edition. Stuttgart and Munich: Publishers Richard Boorberg.
8. Schmidt, R. (2017). *Criminal law – General Part. (Bases of criminal liability; Structure of criminal expertise)*. 18 edition. Grasberg bei Bremen: Publishers Dr. Rolf Schmidt GmbH.
9. *German Criminal Code: of 15.05.1871* (status 30.10.2017). Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. Retrieved from <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>
10. *Ulsenheimer Friederich* (2015). *Criminal law for the medical doctor in practice*. 5 edition. Heidelberg: C.F. Müller GmbH
11. *Frankfurt Higher Regional Court – Judgment of 11.10.2005 – 8 U 47/04*. Retrieved from http://www.lareda.hessenrecht.hessen.de/lexsoft/default/hessenrecht_lareda.html#docid:1934868
12. *Page «Right to self-determination»* (2018, October 21). January 28, 2019, Retrieved from <https://de.wikipedia.org/wiki/Selbstbestimmungsrecht>

PATIENT'S CONSENT AS THE PUNISHMENT'S EXCLUDING GROUND IN MEDICAL CRIMINAL LAW OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

A. Shkodiak

*Ivan Franko National University of Lviv,
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,
e-mail: aljona.shkodjak@gmail.com*

The article provides an analysis of the criminal, civil and medical criminal law norms of the Federal Republic of Germany, examines the judicial practice concerning the right of a person to bodily integrity and the right to self-determination.

The dignity of a person is considered to be a key concept in German law, which comprises all basic human rights. The person's right to self-expression is determined through the dignity of a person. And this places a premium on the patient's consent to medical intervention, and not the duty of the doctor to carry out such an intervention.

The author explores the role and legal nature of the «patient's consent» institute in medical criminal law of the Federal Republic of Germany. Since the theory that any medical

intervention into the human body is considered to be a bodily injury prevails in German criminal law, the legal institute of the patient's consent is deemed to be of paramount importance. This institute is regarded in criminal law of the Federal Republic of Germany as a ground excluding the punishment of an act. At the same time, the patient's consent is a manifestation of the implementation of a person of their constitutional right to self-expression.

The requirements regarding the validity of the patient's consent and the corresponding responsibility of the doctor to inform the patient are considered. In order for the informing to be valid and carried out in compliance with all the requirements, it shall be conducted by the doctor who is going to carry out the medical intervention in a timely manner and in such a way that the patient could make an independent decision concerning the intervention. The patient's consent will be valid if provided by the patient or their representative on the basis of a timely explanation by the doctor who is going to carry out the medical intervention regarding the type, volume, plan, expected effects and risks of this intervention. The article describes in detail the essence of each of these requirements; case law concerning the age limit with the achievement of which the person can give consent for medical intervention is illuminated.

The variants of patient's consent for medical intervention, including probable and conditional consent are also indicated, as well as the situations in which they can be applied.

Keywords: informing; doctor; medical intervention; criminal liability.

*Стаття: надійшла до редакції 16.02.2019
прийнята до друку 21.05.2019*