Autonomia pacjenta a polskie prawo karne

Teresa Dukiet-Nagórska

Oficyna
a Wolters Kluwer business

monografie

Prawo jest na naszej stronie!

www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem: zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

Autonomia pacjenta a polskie prawo karne

Teresa Dukiet-Nagórska

Oficyna
a Wolters Kluwer business

Warszawa 2008

Stan prawny na 1 sierpnia 2008 r.

Recenzja:
prof. dr hab. Maria Szewczyk

Wydawca:
Ewa Wysocka

Redakcja:
Anna Konarzewska

Korekta:
Małgorzata Sobczak

Skład, łamanie:
JustLuk, Justyna Szumieł, Łukasz Drzewiecki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2008

ISSN: 1897-4392
ISBN: 978-83-7601-283-4

ISBN PDF-a: 978-83-264-1835-8

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów 7

Zamiast wstępu 11

Rozdział I
Zgoda pacjenta lub innego podmiotu uprawnionego jako warunek legalności działania lekarza 13
1. Uwagi wprowadzające 13
2. Czynności nieterapeutyczne – *numerus clausus?* 25
3. Informacja warunkiem skuteczności zgody 29
4. Podmiot uprawniony do uzyskania informacji 44
5. Przedmiot zgody 51
6. Zgoda antycypacyjna i oświadczenia *pro futuro* 60
7. Podmiot wyrażający zgodę 65
8. Problem ratowania samobójców 79
9. Forma zgody 83

Rozdział II
Czynności lekarskie podejmowane bez zgody uprawnionego podmiotu bądź przy jego sprzeciwie 88
1. Uwagi wprowadzające 88
2. Czynności lecznicze na podstawie zgody domniemanej 88
3. Czynności lecznicze o dwoistej naturze 100
4. Czynności nieterapeutyczne dokonywane bez uwzględnienia prawa człowieka do samostanowienia 123
5. Czy istnieje potrzeba powoływania się lekarza na stan wyższej konieczności? 133

Rozdział III
Prawnokarne konsekwencje wykonania czynności lekarskiej bez zgody uprawnionego podmiotu bądź przy jego sprzeciwie w sytuacji braku ustawowego upoważnienia do tego..... 145
1. Krótkie *résumé* dotychczasowych ustaleń..... 145
2. Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 192 § 1 k.k..... 146
3. Podmiot przestępstwa z art. 192 k.k. 147
4. Strona przedmiotowa przestępstwa z art. 192 k.k. 153
5. Strona podmiotowa przestępstwa z art. 192 k.k..... 157
6. Błąd związany z wykonywaniem czynności terapeutycznej – w tym zabiegu leczniczego – odnoszący się do okoliczności warunkujących istnienie skutecznej zgody bądź odmowy..... 158
7. Błąd co do prawa dotyczący postanowień odnoszących się do działań leczniczych 164
8. Błąd związany z wykonywaniem czynności nieterapeutycznej, odnoszący się do okoliczności warunkujących istnienie skutecznej zgody, jak też okoliczności aktualizujących przyzwolenie (niekiedy nakaz) na realizację działania z naruszeniem prawa pacjenta do samostanowienia 168
9. Błąd co do prawa dotyczący postanowień odnoszących się do działań nieterapeutycznych..... 169

Zamiast podsumowania..... 171

Bibliografia..... 173

Wykaz skrótów

Źródła Prawa

k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
k.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
k.k.w.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.)
Konstytucja RP	– ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
k.p.c.	– ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
k.p.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
k.r.o.	– ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.)
k.w.	– ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 109, poz. 756 z późn. zm.)

p.e.a.	– ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.)
p.r.d.	– ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 108, poz. 908 z późn. zm.)
p.u.s.p.	– ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.)
u.ch.z.z.	– ustawa z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach (Dz. U. Nr 126, poz. 1384 z późn. zm.)
u.i.l.	– ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz. U. Nr 30, poz. 158 z późn. zm.)
u.o.z.p.	– ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. 111, poz. 535 z późn. zm.)
u.p.	– ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 z późn. zm.)
u.p.k.t.n.	– ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411)
u.p.n.	– ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.)
u.p.o.o.	– ustawa z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz. U. z 2004 r. Nr 241, poz. 2416 z późn. zm.)
u.p.r.m.	– ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz. U. Nr 191, poz. 1410 z późn. zm.)
u.p.r.o.p.	– ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.)

u.p.s.k.	– ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz. U. Nr 106, poz. 681 z późn. zm.)
u.p.s.n.	– ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 11, poz. 109 z późn. zm.)
u.s.w.	– ustawa z dnia 26 kwietnia 1996 r. o Służbie Więziennej (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 207, poz. 1761 z późn. zm.)
u.ś.o.z.	– ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.)
u.w.t.p.a.	– ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 70, poz. 473 z późn. zm.)
u.z.l.l.d.	– ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.)
u.z.o.z.	– ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 z późn. zm.)
u.z.p.p.	– ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 57, poz. 602 z późn. zm.)

Wykaz skrótów nazw czasopism

CzPKiNP	– Czasopismo Prawa karnego i Nauk Penalnych
KPP	– Kwartalnik Prawa Publicznego
KZS	– Krakowskie Zeszyty Sądowe
KSP	– Krakowskie Studia Prawnicze
M. Praw.	– Monitor Prawniczy
OSA	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSN	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna

OSNKW	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPiKA	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PiM	– Prawo i Medycyna
PiP	– Państwo i Prawo
PPE	– Przegląd Prawa Europejskiego
Prob. Praworz.	– Problemy Praworządności
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
PS	– Przegląd Sądowy
RPEiS	– Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny
WPP	– Wojskowy Przegląd Prawniczy

Zamiast wstępu

Impulsu dla podjęcia tematu uwidocznionego w tytule dostarczyły osobiste doświadczenia związane z byciem pacjentem, a także doświadczenia moich bliskich. Można je w dużym skrócie ująć następująco:

zmiana modelu uprawiania medycyny z paternalistycznej na partnerską nie przebiega ani łatwo, ani szybko. Pacjent nadal niejednokrotnie traktowany jest przedmiotowo, zaś jego prawo do samostanowienia odbierane jest jako utrudnienie, które trzeba pokonać, sprowadzając problem do wymiaru czysto formalnego. Jest to zastanawiające skoro prawo do wyrażania przez pacjenta zgody na podejmowane wobec niego interwencje medyczne i prawo sprzeciwiania się im ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 z późn. zm.), *expressis verbis*, uregulowała kilkanaście lat temu, zaś późniejsza ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 z późn. zm.), w pewnym sensie, wzmocniła je, normując – dość szczegółowo – obowiązki lekarza związane z prawem pacjenta do samostanowienia.

Istniejący stan rzeczy sprawił, że nasunęło się podstawowe pytanie o jego przyczynę. Próba znalezienia na nie odpowiedzi zrodziła konieczność przeanalizowania obowiązującego stanu prawnego pod kątem jego przydatności dla zapewnienia poszanowania prawa do samostanowienia w relacji pacjent–personel medyczny, co stanowi podstawę rozważań o zasadności i kształcie kryminalizacji naruszeń autonomii pacjenta przeprowadzonej w art. 192 ustawy z dnia 6 czerwca 1996 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.) – które stanowią finalny cel tej pracy.

Nie jest podjęta ani problematyka błędu medycznego, ani eksperymentu medycznego, gdyż ich specyfika wymaga poświęcenia tym zagad-

nieniom osobnych monografii, ponadto zdecydowana większość problemów związanych z odpowiedzialnością karną za błąd medyczny została już w polskim piśmiennictwie wyjaśniona.

Rozdział I
Zgoda pacjenta lub innego podmiotu uprawnionego jako warunek legalności działania lekarza

1. Uwagi wprowadzające

Zasadą jest podejmowanie czynności lekarskich (leczniczych i nieleczniczych) za zgodą uprawnionej osoby (pacjenta lub osoby uprawnionej do występowania w jego imieniu), zatem zgoda stanowi jeden z wyznaczników legalności czynności lekarskich – art. 19 ust. 1 pkt 3 u.z.o.z. statuuje uprawnienie pacjenta do wyrażania zgody na podejmowane względem niego interwencje medyczne, a także uprawnienie do odmowy poddania się im. Ustawodawstwo przewiduje jednakże ich realizację także bez zgody, a nawet przy sprzeciwie. Wobec powyższego musi być postawione pytanie o prawnokarne konsekwencje braku wymaganej zgody przy podjęciu przez lekarza działania bądź zaniechania interwencji w związku z odmową poddania się działaniu, choć prawo nakazywało lekarzowi aktywność mimo takiego stanu rzeczy. Rozpoznania wymaga także sytuacja niemożności uzyskania stanowiska uprawnionego podmiotu, co skłaniać może lekarza tak do samodzielności w podejmowaniu decyzji, jak i rezygnacji z przeprowadzenia czynności.

Niektóre prawnokarne aspekty tej problematyki zostały już w piśmiennictwie podjęte, w szczególności wskazano na znaczenie zgody dla uznania lekarza gwarantem według art. 2 k.k. Zwrócić tu trzeba uwagę na wypowiedź P. Kardasa, który przeanalizował konsekwencje adresowania do lekarza nakazu działania na rzecz ochrony życia i zdrowia przy równoczesnym nałożeniu na niego obowiązku poszanowania prawa pacjenta

do samostanowienia. Jego zdaniem rozstrzygnięcie tej kwestii zależy od odpowiedzi na pytanie, czy aktualizacja obowiązków spoczywających na lekarzu-gwarancie zależy od zgody pacjenta, czy też nie. Autor ten słusznie przyjmuje, że zakres zastosowania normy sankcjonowanej, nakładającej na lekarza obowiązek podjęcia działania na rzecz ochrony życia czy zdrowia pacjenta ulega ograniczeniu w sytuacji braku zgody pacjenta[1]. Twierdzenie to stanowi konsekwencję przekonania, że „(…) określenie treści nakazu wykonania określonych czynności mających na celu zapobieżenie skutkowi wymaga uwzględnienia sprzężonych z nimi norm technicznych (zasady sztuki medycznej), wynikających z aktualnego stanu wiedzy medycznej oraz ocen społecznych i standardów kulturowych, a także przewidzianych przez przepisy prawa medycznego elementów określających warunki dopuszczalności przeprowadzenia tych czynności"[2]. Jest to pogląd bez wątpienia słuszny, jednakże – jak się wydaje – wymaga pewnego uzupełnienia. W rozważaniach poświęconych ustaleniu, kiedy lekarz jest gwarantem nienastąpienia ujemnych dla życia lub zdrowia skutków konieczne jest uwzględnienie rozróżnienia, jakie w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty wprowadzono dla wyspecyfikowania sytuacji braku możliwości wyrażenia zgody przez pacjenta (np. w związku z brakiem przytomności) oraz sytuacji, gdy pacjent sprzeciwia się interwencji medycznej. W tym pierwszym przypadku ustawa ta operuje pojęciem „bez zgody" (art. 33 ust. 1, art. 34 ust. 7)[3], podczas gdy w drugim pojawiają się różne określenia: „sprzeciwia się", „nie wyrażają zgody" (art. 32 ust. 6), „nie zgadza się" (art. 34 ust. 6). Otóż niewątpliwie lekarz nie staje się gwarantem wówczas, gdy pacjent, posiadając pełną zdolność do czynności prawnych i będąc w stanie pozwalającym na świadome podejmowanie decyzji, sprzeciwia się interwencji lekarza. Odmienną ocenę odnieść należy do sytuacji, gdy pełnoletni i nieubezwłasnowolniony pacjent jest takiej zdolności pozbawiony (np. w związku z nieprzytomnością), a zachodzi potrzeba natychmiastowej interwencji. Wówczas lekarz niewątpliwie jest gwarantem. Analogicznie rzecz się przedstawia, gdy mamy do czynienia z normą, która – w związku z wystąpieniem pewnych okoliczności – przewiduje działanie

[1] P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, PS 2005, nr 10, s. 81.

[2] Tamże, s. 79–80.

[3] W taki sam sposób termin „bez zgody" odczytuje M. Świderska, pisząc, że idzie o sytuację, gdy „pacjent lub przedstawiciel ustawowy nie zajęli (…) stanowiska" – *Przymus leczenia i innych zabiegów medycznych*, PiM 2004, nr 3, s. 18.

mimo sprzeciwu pacjenta. To rozróżnienie pociąga za sobą pewne konsekwencje, o czym będzie mowa dalej.

Przed przystąpieniem do analizy poszczególnych zagadnień, konieczne jest poczynienie pewnych ustaleń terminologicznych, gdyż aparatura pojęciowa ustaw składających się na prawo medyczne jest niejednolita i nieprecyzyjna.

Prawo medyczne składa się z ustaw, które nie tworzą spójnej całości. Jest tak dlatego, że pochodzą z różnych okresów i tworzone były w oparciu o niejednolite założenia aksjologiczne i terminologiczne. Ponadto przy konstruowaniu poszczególnych ustaw nie zadbano o precyzję sformułowań. W rezultacie tego wykładnia przepisów tworzących prawo medyczne napotyka na przeszkody. Z pewną przesadą można powiedzieć, że nie sposób dokonywać ich interpretacji zgodnie z jej zasadami. Szczególnych trudności nastręcza wykładnia systemowa. Także w literaturze występuje duże zróżnicowanie nazewnictwa.

Dla rozważań prawnokarnych istotne jest to, że kluczowe dla prawa medycznego pojęcie „świadczeń zdrowotnych" okazuje się być nieprzydatne ze względu na zbyt szeroki zakres[4].

Interesującą propozycję pewnej konwencji terminologicznej znajdujemy u M. Filara, który odróżnia trzy rodzaje interwencji podejmowanych przez lekarzy:

– czynność lekarską, rozumianą jako „każde działanie podjęte z zastosowaniem znanych medycynie technik i procedur, którego przedmiotem jest organizm ludzki";

[4] W art. 2 ust. 1 u.z.l.l.d. zamieszczono jedynie przykładowe wyliczenie świadczeń zdrowotnych, do których zaliczono: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie, rehabilitację, udzielanie porad lekarskich, wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich. Natomiast w art. 3 u.z.o.z. pomieszczono definicję i egzemplifikację: „Świadczeniem zdrowotnym są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania, w szczególności związane z: 1) badaniem i poradą lekarską, 2) leczeniem, 3) badaniem i terapią psychologiczną, 4) rehabilitacją leczniczą, 5) opieką nad kobietą ciężarną i jej płodem, porodem, połogiem oraz nad noworodkiem, 6) opieką nad zdrowym dzieckiem, 7) badaniem diagnostycznym, w tym z analityką medyczną, 8) pielęgnacją chorych, 9) pielęgnacją niepełnosprawnych i opieką nad nimi, 10) opieką paliatywno-hospicyjną, 11) orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia, 12) zapobieganiem powstawaniu urazów i chorób poprzez działania profilaktyczne oraz szczepienia ochronne, 13) czynnościami technicznymi z zakresu protetyki i ortodoncji, 14) czynnościami z zakresu zaopatrzenia w przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze". W ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 z późn. zm.) znajdujemy definicję będącą powtórzeniem treści zawartych w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej (z wyłączeniem egzemplifikacji) – art. 5 pkt 40.

- czynność leczniczą, która oznacza „każdą czynność lekarską podejmowaną w relacji do pacjenta na etapie profilaktyki, diagnozy, terapii i rehabilitacji, podjętą w celu ratowania jego życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpień fizycznych i psychicznych";
- zabieg lekarski oznaczający „każdą czynność leczniczą lub lekarską, która ze względu na właściwą jej technikę medyczną łączy się z naruszeniem integralności cielesnej pacjenta (np. zabieg operacyjny, iniekcja, pobranie płynu rdzeniowego) lub fizycznym wniknięciem w ciało pacjenta bez naruszenia tkanki cielesnej (np. sonda żołądkowa)"[5].

Dla M. Filara podstawowe znaczenie ma wyodrębnienie czynności leczniczych i pozostałych czyli nieleczniczych. Jest to w pełni słuszne podejście, gdyż rozróżnienie to w pełni koresponduje z – już niemal niekwestionowanym[6] – poglądem doktryny o potrzebie traktowania pewnych interwencji medycznych jako pierwotnie legalnych, zaś innych jako legalnych wtórnie.

W polskiej doktrynie koncepcję pierwotnej legalności czynności leczniczych wyraził po raz pierwszy A. Zoll. Autor ten wiąże istotę kontratypu ze spełnieniem dwóch wymogów: wystąpienia sytuacji konieczności poświęcenia jednego dobra dla ratowania innego dobra oraz społecznej opłacalności dokonanego wyboru. W konsekwencji jest zdania, że dla wykazania legalności zachowania nie ma potrzeby sięgania po konstrukcję kontratypu wówczas, gdy czyn nie stanowi ataku na dobro prawne, a także wtedy, gdy nie narusza on reguł postępowania z dobrem prawnym[7]. Zatem lekarz, który podejmuje działanie z nastawieniem na uratowanie życia, poprawę zdrowia czy zmniejszenie cierpień, nie ma antagonistycznego nastawienia do dobra prawnego, jakim jest życie czy zdrowie, toteż w tej sytuacji nie ma zamachu na dobro prawne. Wobec tego nie występuje

[5] M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000 r., s. 90. Dość podobnie istotę zabiegu rozumie R. Kędziora, która, opierając się na wypowiedzi J. Śliwowskiego, uznaje że zabiegiem jest „czynność lekarska powodująca bezpośrednie naruszenie powłoki cielesnej albo naruszenie tkanki mięśniowej, kostnej, czy mózgowej, przez umieszczenie przyrządów medycznych w ciele bez naruszania jego zewnętrznej powłoki", *Problematyka zgody pacjenta w świetle polskiego ustawodawstwa medycznego*, Prok. i Pr. 2003, nr 7–8, s. 43.

[6] Powszechność tego zapatrywania M. Filar wyraźnie sygnalizuje, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, PiM 2000, nr 5, s. 59. Przeciwnego zdania jest M. Boratyńska, która kategorycznie stwierdza: „Nie ma czegoś takiego jak pierwotna legalność zabiegu medycznego" – *Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, PiM 2007, nr 2, s. 23.

[7] A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 86–87; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 196.

tu wypełnienie znamion czynu zabronionego, a zatem czynności tego rodzaju mają charakter pierwotnie legalnych. Natomiast inną ocenę prawną formułuje się w odniesieniu do tych interwencji lekarskich, które wskazanym powyżej celom nie służą. W tych przypadkach mamy do czynienia z legalnością wtórną czyli kontratypem[8].

Wobec powyższego lekarz pobierający nerkę do przeszczepu zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411) nie dopuszcza się działania bezprawnego, jeśli jego zachowanie spełnia istotę kontratypu opisanego w tej ustawie.

W toku dalszych rozważań jako podstawa zostanie przyjęta teza o pierwotnej legalności czynności leczniczych.

Ustosunkowując się do skonstruowanej przez M. Filara definicji czynności leczniczych, trzeba wskazać, że objęcie jej zakresem także czynności podejmowanych na etapie diagnozy, profilaktyki i rehabilitacji, oznacza przyjęcie szerokiego rozumienia leczenia: obejmuje ono wszelakie działania służące zdrowiu. Bez wątpienia jest to podejście merytorycznie słuszne – jego akceptacja wymaga wszakże uprzedniego odrzucenia możliwości kierowania się w rozważaniach prawnokarnych aparaturą pojęciową prawa medycznego – co jest usprawiedliwione tym, że w ustawach składających się na to prawo brak jednolitości nazewniczej.

W analizach poświęconych przestępstwu z art. 192 § 1 k.k. M. Filar pisze: „Podjęcie przez lekarza czynności leczniczej (w szczególności w formie zabiegu leczniczego) w celu leczniczym i *lege artis* nie pociągnie za sobą odpowiedzialności za żadne ze skutkowych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, nawet gdyby zabieg taki się nie powiódł i spowodował powyższe następstwa"[9]. Równocześnie w uwagach o czynnościach nieterapeutycznych wypowiada stwierdzenie, że w tym przypadku lekarz „poniesie samoistną odpowiedzialność za przestępstwo z art. 192 k.k. oraz w zależ-

[8] Por. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 16; *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, PiM 2000, nr 5, s. 32.

Obszerną akceptującą analizę koncepcji prowadzącej do wyodrębnienia czynności lekarza pierwotnie i wtórnie legalnych daje w swych pracach A. Liszewska, *Kilka uwag na temat charakteru prawnego czynności leczniczych*, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Iuriduca 1995, t. 63, s. 103–113; *Odpowiedzialność lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 68–93. Także R. Kubiak aprobuje stanowisko A. Zolla, *Kontratyp dozwolonego eksperymentu w świetle teorii kolizji dóbr i opłacalności społecznej*, PiP 2005, z. 12, s. 67–68.

[9] M. Filar, *Lekarskie…*, s. 300.

ności od charakteru tej czynności za pozostające z nim w realnym zbiegu (art. 11 § 2 k.k.) przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu"[10]. W związku z tą konstatacją trzeba postawić pytanie, jakie treści autor ten przypisuje „zabiegowi leczniczemu" w kontekście art. 192 k.k. Odpowiedź na to pytanie daje następująca wypowiedź tego autora: „Zabiegiem leczniczym w rozumieniu art. 192 k.k. jest każdy zabieg lekarski przybierający formę czynności leczniczej (terapeutycznej) jak i czynności lekarskiej (nieterapeutycznej), podejmowany w stosunku do pacjenta na etapie profilaktyki, diagnozy, terapii i rehabilitacji, który ze względu na właściwą mu technikę medyczną łączy się z naruszeniem integralności cielesnej pacjenta przez naruszenie tkanki cielesnej lub fizycznym inwazyjnym wniknięciem w jego ciało bez naruszenia tej tkanki"[11]. Autor ponadto stanowczo stwierdza: „Kłóciłoby się ze zdrowym rozsądkiem, gdyby posługując się wykładnią czysto językową występujące na gruncie art. 192 k.k. pojęcie „zabieg leczniczy" ograniczać jedynie do zabiegu mającego charakter terapeutyczny"[12]. Z przytoczonej wypowiedzi M. Filara wysnuć można – jak się wydaje – dwa wnioski:

- tylko pewne naruszenia obowiązku uzyskiwania zgody pacjenta, przewidzianego w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty, kwalifikowane być mogą z przepisu art. 192 k.k., poza jego zakresem pozostaje wykonywanie takich interwencji medycznych, które nie naruszają integralności cielesnej, ani też nie polegają na wniknięciu w głąb ciała człowieka – np. dokonane bez zgody pacjenta badanie fizykalnego, osłuchowego, założenie opaski uciskowej czy opatrunku gipsowego;
- odpowiedzialność za przestępstwo z art. 192 k.k. wchodzi w grę nie tylko w związku z naruszeniem prawa do samostanowienia przy podejmowaniu działań określonych przez M. Filara jako czynności lecznicze, ale także pozostałych czynności lekarskich naruszających tkankę cielesną bądź wnikających w głąb ciała człowieka.

Przy takim podejściu „zabieg leczniczy" swoim zakresem obejmuje zarówno działania o charakterze terapeutycznym, jak i nieterapeutycznym.

Wcześniej także inni autorzy wyrazili pogląd odpowiadający szerokiemu sposobowi rozumienia istoty zabiegu leczniczego. Tytułem przykładu

[10] Tamże, s. 301.

[11] M. Filar, *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne) w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody*, PiM 2002, nr 13, s. 41.

[12] Tenże, *Lekarskie...*, s. 245.