

Agnieszka Liszewska

KILKA UWAG NA TEMAT CHARAKTERU PRAWNEGO CZYNNOŚCI LECZNICZYCH

1. Charakter prawny zabiegów leczniczych od dawna budzi zainteresowanie przedstawicieli nauki prawa. Dzieje się tak dlatego, że leczenie jest z jednej strony działalnością wysoce społecznie pożądaną, z drugiej zaś naruszającą chronioną przez prawo integralność ciała człowieka. Określenie podstawy i warunków legalności czynności leczniczych ma zatem ogromne znaczenie praktyczne, wyznacza bowiem granice, w których postępowanie lekarza jako pozostające w zgodzie z prawem nie może podlegać odpowiedzialności karnej.

Próba wprowadzenia do kodeksu karnego z 1969 r. przepisu ustalającego legalność zabiegów leczniczych zakończyła się jednak niepowodzeniem. Jak pisze W. Wolter, przeciwko tej regulacji „zaoponowali lekarze, podkreślając, że taki przepis wprost „ubliża” stanowi lekarskiemu. Bo czyż potrzeba aż ustawy, aby pomoc lekarską uznać za czyn, który nie jest przestępny?”¹ Stanowisko lekarzy, aczkolwiek nie pozbawione całkowicie racji, nie uzasadnia, jak sądzę, rezygnacji z rozważań nad legalnością zabiegów leczniczych, które nie pozostają bez wpływu ani na praktykę stosowania prawa, ani też na praktykę wykonywania zawodu lekarza.

Działalność lekarska, zwłaszcza dzisiaj, gdy nastąpił tak ogromny rozwój medycyny, ma wiele aspektów, choć niewątpliwie najważniejszym z nich jest leczenie. Dlatego na wstępie pragnę podkreślić, że dalsze rozważania dotyczyć będą charakteru prawnego wyłącznie zabiegów leczniczych, rozumianych jako czynności podjęte w celu ratowania życia i zdrowia oraz zmniejszenia cierpień we wszystkich możliwych formach, tj. diagnozy, terapii bądź profilaktyki. Problemy legalności pozostałych zabiegów lekarskich zostaną w tym opracowaniu pominięte².

¹ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 197.

² Wyjątek stanowią dwa zabiegi o charakterze mieszanym, tj. zabieg przerwania ciąży ze wskazań lekarskich oraz przeszczep *ex vivo*, które zostały omówione w końcowej części artykułu.

2. Przystępując do omawiania poszczególnych koncepcji uzasadnienia legalności czynności leczniczych zacznę od tych, które obecnie nie znajdują już raczej w doktrynie zwolenników.

Według jednego ze starszych poglądów uprawnienia lekarza do dokonywania zabiegów naruszających integralność ciała człowieka płyną z tzw. „prawa zawodowego”. Koncepcja „prawa zawodowego” wychodziła z założenia, że skoro państwo dopuszcza działalność lekarską i reguluje ją ustawowo, to jednocześnie uprawnia do dokonywania w ramach tej działalności wszelkich niezbędnych czynności, w tym nawet takich, które naruszają nietykalność cielesną człowieka. Przeciwno tej koncepcji wysuwano dwa zarzuty.

Po pierwsze, uznawanie legalności wyłącznie takich czynności leczniczych, które podjęte zostały przez osoby uprawnione do tego w myśl przepisów prawa, powodowałoby konieczność pociągania do odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu osób nie posiadających stosownego upoważnienia, nawet wówczas, gdy zabieg był przedsięwzięty w celu udzielenia pomocy i wykonany *lege artis*³.

Po drugie, koncepcja „prawa zawodowego” tworzy pole do nadużyć poprzez zalegalizowanie (niejako z woli państwa) wszelkich czynności wykonanych przez lekarza w stosunku do pacjenta, nawet takich, na które nie wyraża on zgody⁴.

Drugi z wymienionych argumentów stał się podstawą odrzucenia teorii „prawa zawodowego” na rzecz koncepcji uzasadniającej legalność zabiegu leczniczego na podstawie zgody pacjenta, traktowanej jako przejaw jego woli w zakresie poddania się określonym czynnościom wykonywanym przez lekarza. Uzasadnienie to nie było, jak się wydaje, najtrafniejsze i to z wielu powodów. Przede wszystkim, z punktu widzenia prawa karnego nie w każdym wypadku zgoda „pokrzywdzonego” władna jest wyłączyć bezprawność czynu. Za nieskuteczne prawnie należy uznać np. wyrażenie zgody na spowodowanie śmierci czy uszkodzenia ciała, są to bowiem dobra bezwzględnie chronione. Oparcie legalności wyłącznie na zgodzie pacjenta nie czyni ponadto zadość potrzebom praktyki, która często zmusza lekarza do podejmowania czynności w sytuacji uniemożliwiającej uzyskanie zgody na zabieg (np. konieczność udzielenia pomocy w nagłym wypadku, gdy pacjent jest nieprzytomny) albo wręcz wbrew woli pacjenta (np. ratowanie samobójcy). Przyjęcie zatem zgody jako podstawy prawnej działań lekarskich rodzi potrzebę tworzenia szeregu kazuistycznych wyjątków, które chroniłyby lekarza przed odpowiedzialnością karną. Pojawia się wreszcie problem, za jakie przestępstwo powinien odpowiadać lekarz wykonujący zabieg leczniczy

³ Por. J. Ruff, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1929, s. 17 oraz S. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 189.

⁴ J. Ruff, *Odpowiedzialność...*, s. 17.

co prawda bez zgody pacjenta, ale za to *lege artis*: czy za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, czy też jedynie za przestępstwo przeciwko wolności. Gdyby zgodzić się z poglądem, że brak zgody delegalizuje całkowicie czynności lekarza, to konsekwentnie należałoby przyjąć, iż powinien on odpowiadać karnie za naruszenie integralności ciała pacjenta⁵. Z tych względów, wydaje się, że koncepcja zgody chorego jako wyłącznej podstawy legalizacji zabiegów leczniczych ani nie spełnia oczekiwań lekarzy, ani też nie zadowala prawników.

Próbowano także uzasadniać podstawę prawną działalności lekarskiej prawem zwyczajowym, które uznaje tę działalność ze względu na jej społecznie pożyteczny cel⁶. Koncepcja ta nie została jednak w doktrynie powszechnie zaakceptowana.

Wreszcie na zakończenie przeglądu zarzuconych już obecnie poglądów warto wspomnieć o koncepcji odwołującej się do stanu wyższej konieczności jako najwłaściwszej podstawy prawnej działalności lekarskiej⁷. Koncepcja ta została odrzucona w doktrynie z dwóch powodów.

Po pierwsze, przyjęcie stanu wyższej konieczności uzasadniałoby legalność tylko takich zabiegów, które zostały podjęte w sytuacji bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, a nie w sytuacji, gdy uszkodzenie ciała czy rozstrój zdrowia już zaistniały⁸.

Po drugie zaś, według powszechnie dziś przyjmowanego poglądu, stan wyższej konieczności nie w każdym wypadku wyłącza bezprawność czynu, nie może zatem stanowić dostatecznego uzasadnienia legalności czynności leczniczych.

3. W polskiej literaturze prawnokarnej prezentowane są obecnie dwa zasadnicze stanowiska w kwestii określenia charakteru prawnego czynności leczniczych.

Według pierwszego z nich najwłaściwszą płaszczyzną legalizacji zabiegów leczniczych jest płaszczyzna kontratypów rozumianych jako okoliczności wyłączające bezprawność czynu realizującego znamiona typu przestępstwa. Koncepcja kontratypowa zakłada, że lekarz swoim zachowaniem naruszającym integralność ciała pacjenta wypełnia znamiona danego typu przestępstwa, jeżeli jednak czyni to zgodnie z wymogami stawianymi zabiegom leczniczym, jego postępowanie nie jest społecznie naganne, zatem i bezprawne⁹. Znamiona kontratypu czynności leczniczych zostały podzielone

⁵ Por. J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 34-35.

⁶ J. Ruff, *Odpowiedzialność...*, s. 19.

⁷ Por. S. Glaser, *Kilka uwag o podstawie prawnej działalności lekarskiej*, Lwów 1920, s. 2.

⁸ Por. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 287.

⁹ Tamże, s. 287.

na obiektywne i subiektywne. Do elementów obiektywnych tego kontratypu należą: posiadanie uprawnień do przeprowadzenia zabiegu, zachowanie zasad wiedzy i sztuki lekarskiej oraz zgoda pacjenta na zabieg. Elementem subiektywnym jest cel leczniczy, rozumiany jako cel ratowania życia, ochrony zdrowia lub zmniejszenia cierpień. Zdaniem autorów prezentujących w swoich pracach koncepcję kontratypową brak któregośkolwiek z wymienionych znamion czyni zabieg leczniczy bezprawnym z punktu widzenia prawa karnego i rodzi odpowiedzialność karną. Nie oznacza to jednak, iż odpowiedzialność ta w każdym wypadku jest odpowiedzialnością za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Przeprowadzenie zabiegu leczniczego bez posiadania wymaganych uprawnień przy spełnieniu jednocześnie wszystkich pozostałych warunków, powoduje odpowiedzialność jedynie za przestępstwo z art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza¹⁰, który stanowi, że podlega karze ten, kto „wykonuje czynności, określone w art. 1¹¹, nie posiadając do tego prawa na podstawie niniejszej ustawy bądź innych przepisów”¹². Mniej jednocześnie wypowiadają się zwolennicy koncepcji kontratypowej w kwestii kwalifikacji prawnej czynu lekarza, który wykonuje zabieg bez zgody pacjenta. K. Buchała uważa, że w takiej sytuacji „może wejść w grę odpowiedzialność za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, ewentualnie w zbiegu z przestępstwem przeciwko wolności”¹³. Zdaniem M. Cieślaka, zgoda chorego nie jest warunkiem koniecznym do wyłączenia bezprawności kryminalnej za śmierć bądź uszkodzenie ciała. Brak tej zgody natomiast „naraża daną osobę na odpowiedzialność za występki przeciwko wolności z art. 167 k.k.”¹⁴. Podobnie I. Andrejew wyraża pogląd, zgodnie z którym „aby czynność nie była zamachem na wolność człowieka, warunkiem jej prawności jest zgoda pacjenta”¹⁵. Istnieje zatem rozbieżność poglądów co do kwalifikacji prawnej zabiegu leczniczego wykonanego bez zgody pacjenta. Bez wątpienia zabieg taki stanowi zamach na wolność człowieka i powinien powodować odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 165 lub 167 k.k. Powstaje jednak pytanie, czy brak zgody stanowi również podstawę odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Wydaje się, że rację mają ci autorzy, którzy stoją na stanowisku, że zabieg leczniczy wykonany bez zgody chorego godzi jedynie w jego wolność, której at-

¹⁰ DzU nr 50, poz. 458 z późniejszymi zmianami.

¹¹ Art. 1 stanowi, że: „Wykonywanie zawodu lekarza obejmuje rozpoznawanie, leczenie i zapobieganie chorobom, a także wydawanie orzeczeń lekarskich”.

¹² K. Buchała, *Prawo...*, s. 288; W. Wolter, *Nauka...*, s. 198; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 258.

¹³ K. Buchała, *Prawo...*, s. 288.

¹⁴ M. Cieślak, *Polskie...*, s. 258.

¹⁵ I. Andrejew, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1978, s. 222.

rybutem jest prawo do decydowania o swoim losie. Nie godzi natomiast w życie lub zdrowie skoro został podjęty w celu leczniczym i wykonany *lege artis*¹⁶. Znaczenie zgody pacjenta dla oceny prawności zabiegu leczniczego jest problemem szerszym, wymagającym odrębnego opracowania. W tym miejscu warto jedynie zaznaczyć, że zgodnie z powszechnie przyjętym dziś poglądem uzyskanie zgody na zabieg jako warunek braku bezprawności czynu lekarza, nie dotyczy jedynie zabiegów operacyjnych, co sugeruje treść art. 17 powołanej wcześniej ustawy o zawodzie lekarza, lecz jest zasadą wynikającą z prawa człowieka do samostanowienia i nietykalności cielesnej, od której wyjątki wyraźnie określają przepisy prawa¹⁷.

Konsekwencje braku dwóch ostatnich znamion kontratypu czynności leczniczych, tj. celu leczniczego oraz wykonania zabiegu *lege artis*, nie budzą w doktrynie wątpliwości. Jeśli warunki te nie zostaną spełnione lekarz poniesie odpowiedzialność za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Kwalifikacja prawna czynu zależy wówczas od rodzaju spowodowanego skutku oraz rodzaju winy¹⁸.

4. Zdecydowanym przeciwnikiem kontratypowego uzasadnienia legalności czynności leczniczych jest obecnie w polskiej doktrynie prawa karnego A. Zoll, który przytacza następujące argumenty przemawiające, jego zdaniem, przeciwko tej koncepcji.

Po pierwsze, czynność lecznicza, która z istoty swej zmierza do ratowania życia, ochrony zdrowia czy zmniejszenia cierpień, nie może być jednocześnie traktowana jako atak na życie lub zdrowie, którego bezprawność zostaje dopiero „wtórnie” wyłączona. Koncepcja kontratypowa natomiast zakłada wyłączenie bezprawności czynności leczniczej na zasadzie wyjątku, przyjmując, że regułą jest wypełnianie przez lekarza zespołu znamion określonego typu przestępstwa.

Po drugie, w przypadku kontratypu ciężar dowodu spoczywa na osobie powołującej się na zaistnienie sytuacji kontratypowej. Oznacza to, że ciężar udowodnienia braku bezprawności spoczywałby na lekarzu, co zdaniem powołanego autora jest absurdalne¹⁹.

Po trzecie zaś, konsekwencją traktowania zabiegów leczniczych jako kontratypów jest to, że w razie wykonania zabiegu niezgodnie z regułami

¹⁶ Por. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 16. Autor ten podaje rozwiązanie przyjęte w kodeksie karnym austriackim, który zawiera odrębny typ przestępstwa stanowiąc w §110 ust. 1, że: „kto leczy inną osobę bez jej zgody, nawet z zachowaniem reguł wiedzy medycznej, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy albo grzywnie do 360 stawek dziennych”.

¹⁷ Tamże, s. 16–17; W. Wanałowska, W. Kulesza, *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988, s. 16–21.

¹⁸ K. Buchała, *Prawo...*, s. 288; W. Wolter, *Nauka...*, s. 198; M. Cieślak, *Polskie...*, s. 258.

¹⁹ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 11.

wiedzy i sztuki medycznej lekarz powinien odpowiadać za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, skoro podczas zabiegu umyślnie narusza integralność ciała pacjenta²⁰.

Pewne wątpliwości nasuwa ostatni z wymienionych argumentów. Zoll uważa, że konsekwencją przyjęcia koncepcji kontratypowej jest konieczność pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności karnej za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu w razie wykonania zabiegu niezgodnie z obowiązującymi regułami wiedzy i sztuki medycznej. Autor ten jednocześnie twierdzi, że nastawienie lekarza (w tym wypadku chodzi o chęć wyleczenia chorego) „nie wyłącza faktu, że umyślnie dokonuje on przy zabiegu chirurgicznym uszkodzenia ciała, często wręcz umyślnie pozbawia pacjenta ważnego organu”²¹.

Z poglądem tym polemizuje M. Filar podnosząc, iż umyślność czy nieumyślność „nie realizują się przecież jedynie w warstwie czysto behawioralnej, lecz także normatywnej. Działać umyślnie w sensie prawnokarnym nie oznacza przecież tylko wykonywać umyślnie (tj. przy zaangażowaniu woli i świadomości) jakąś czynność, lecz także robić to dla naruszenia określonego chronionego prawnie dobra”²².

Wydaje się, że w argumentacji Zolla uwidoczniła się pewna niekonsekwencja. Z jednej strony autor ten jako argument przeciwko koncepcji kontratypowej podnosi niemożność pogodzenia właściwego celu działalności lekarskiej jakim jest ochrona życia i zdrowia z zarzutem atakowania przez lekarza tych wartości społecznych, z drugiej zaś uważa, że przyjęcie tej koncepcji rodzi konieczność pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślnego uszkodzenia ciała pomijając zupełnie fakt, że subiektywnym znamieniem kontratypu czynności leczniczych jest cel leczniczy. Gdy w grę wchodzi to samo dobro prawne (w tym wypadku życie lub zdrowie pacjenta) wówczas, jak się wydaje, nie jest możliwe podejmowanie w stosunku do tego dobra jednej czynności w dwóch przeciwnych sobie celach. Nie można przecież jednocześnie działać z zamiarem spowodowania uszczerbku na zdrowiu i z zamiarem ratowania zdrowia tego samego człowieka. Inaczej problem ten przedstawia się przy dwóch różnych dobrach ewentualnie przy dwóch różnych, ale nie przeciwnych sobie celach. Można jednocześnie podejmować czynności w celu ratowania zdrowia jednej osoby i uszkodzenia ciała drugiej (typowym przykładem jest wykonanie przeszczepu nerki pobranej od człowieka żyjącego). Analogicznie, wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta spowoduje, że lekarz poniesie odpowiedzialność za umyślne przestępstwo przeciwko wolności, pomimo że działał w celu

²⁰ Tamże, s. 9.

²¹ Tamże, s. 10.

²² M. Filar, Recenzja książki A. Zolla: *Odpowiedzialność...*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 1, s. 121.

leczniczym. Zamiar pozbawienia człowieka prawa do decydowania o własnym losie nie wyklucza bowiem zamiaru ratowania jego życia czy zdrowia.

Pomimo wątpliwości jakie powstają w związku z trzecim spośród argumentów wysuwanych przeciwko koncepcji kontratypowej dwa pozostałe przemawiają, jak sądzę dostatecznie, za jej odrzuceniem.

W miejsce tej koncepcji A. Zoll proponuje uznanie tzw. „pierwotnej” legalności zabiegów leczniczych. Wcześniej w polskiej doktrynie prawa karnego podobnie ujmowali to zagadnienie także S. Śliwiński i A. Gubiński²³.

Zgodnie z poglądem S. Śliwińskiego ten, kto leczy „nie atakuje zdrowia lub życia ludzkiego, jeżeli wykonywa zabieg *lege artis*, tj. według wskazań wiedzy lekarskiej”²⁴, a zatem nie odpowiada za negatywne skutki leczenia, „ponieważ jego działanie nie przedstawia się jako uszkodzenie ciała lub zdrowia”²⁵.

Zdaniem natomiast A. Gubińskiego wyłączenie karnej bezprawności czynności leczniczych wypływa z samej ich istoty jako zabiegów społecznie pożytecznych, zmierzających do przywrócenia lub polepszenia stanu zdrowia człowieka albo powstrzymania postępów choroby²⁶.

Zoll, jako przeciwnik koncepcji kontratypowej, powołując się na naukę niemieckojęzyczną, a w szczególności austriacką podnosi, że zabiegi lecznicze przeprowadzone *lege artis* są legalne „pierwotnie” w tym sensie, iż nie realizują w ogóle znamion typów przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zoll wskazuje na to, że elementy typu przestępstwa nie wyczerpują się w ustawowym opisie czynu wyrażonym zespołem znamion. Aby zachowanie wypełniało zespół znamion musi ponadto atakować jakąś wartość społeczną, w przeciwnym bowiem wypadku nie jest społecznie niebezpieczne, a zatem zabronione. Ponieważ jednak prawo nie może zakazywać wszelkich działań narażających wartości społeczne na niebezpieczeństwo, określa się reguły postępowania, które mają na celu zminimalizowanie zagrożenia dla dóbr chronionych prawem. Reguły te wyznaczają pole społecznej akceptacji zachowań stanowiących zagrożenie dla wartości społecznych. W stosunku do zabiegów leczniczych w granicach społecznej akceptacji mieszczą się wszelkie zachowania zgodne z zasadami wiedzy i sztuki medycznej. Dlatego właśnie, zdaniem Zolla, zabieg leczniczy wykonany zgodnie z tymi regułami, nie wypełnia znamion typów przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, jest zatem „pierwotnie” legalny²⁷.

²³ Do poglądów S. Śliwińskiego skłania się obecnie G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 32–34.

²⁴ S. Śliwiński, *Prawo...*, s. 190.

²⁵ Tamże, s. 191.

²⁶ A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 45.

²⁷ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 12–13.

„Pierwotna” legalność charakteryzuje jednak, co dalej podkreśla w swoich wywodach Zoll, wyłącznie zabiegi lecznicze, tj. zabiegi podjęte w celu ratowania życia lub zdrowia albo ulżenia cierpieniom. Legalność pozostałych zabiegów lekarskich, do których należą m. in. zabiegi kosmetyczne oraz pobieranie tkanek od żywego człowieka, oparta jest na koncepcji kontratypowej, zakładającej tzw. „wtórna” legalność, czyli wyłączenie, przy spełnieniu ściśle określonych warunków, bezprawności czynu realizującego znamiona typu przestępstwa²⁸.

Wydaje się, że uznanie „pierwotnej” legalności zabiegów leczniczych jest właściwszym rozwiązaniem aniżeli traktowanie tych zabiegów jako kontratypów. To, co w ujęciu kontratypowym stanowi wyjątek, w rzeczywistości przecież jest regułą. Nie dlatego czynność lecznicza nie jest bezprawna, że brak jej elementu społecznej szkodliwości, ale właśnie dlatego, że nie jest społecznie szkodliwa nie może być uznana za bezprawną, nie wypełnia bowiem znamion żadnego typu przestępstwa. O legalności czynności leczniczej możemy mówić tak długo, jak długo jest ona wykonywana *lege artis*, tj. zgodnie z przyjętymi regułami wiedzy i sztuki medycznej. Naruszenie tych reguł świadczy bowiem o przełamaniu obowiązku ostrożności spoczywającym na lekarzu z racji wykonywanego zawodu i stanowi o bezprawności jego czynu.

Koncepcja „pierwotnej” legalności pozwala także na rozwiązanie sygnalizowanego wcześniej problemu kwalifikacji prawnej zachowania lekarza polegającego na przeprowadzeniu zabiegu wbrew woli pacjenta. Zwolennicy ujęcia kontratypowego nie są zgodni co do tego, czy lekarz wykonujący zabieg *lege artis* lecz bez uzyskania nań zgody ponosi odpowiedzialność wyłącznie za przestępstwo skierowane przeciwko wolności, czy też również za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Na gruncie koncepcji legalności „pierwotnej” problem ten należy uznać za rozstrzygnięty. Skoro wykonując zabieg *lege artis* lekarz nie wypełnia swoim zachowaniem znamion żadnego z przestępstw przeciwko życiu bądź zdrowiu, to pozostaje w sytuacji braku zgody pacjenta kwalifikować czyn lekarza wyłącznie z przepisów statuujących przestępstwa przeciwko wolności (art. 165 lub 167 k.k.).

5. Na zakończenie chciałabym zająć się pokrótce problemem charakteru prawnego dwóch zabiegów leczniczych, które ze względu na swoją specyfikę wymagają odrębnego potraktowania. Chodzi o zabieg przerwania ciąży ze względu na konieczność ratowania życia bądź zdrowia matki oraz zabieg przeszczepienia organu (lub tkanki) pobranego od osoby żyjącej. Zabiegi te mają charakter leczniczy tylko w stosunku do biorcy organu oraz matki, nie mają natomiast takiego charakteru w stosunku do dawcy tego organu i płodu. Przy określeniu charakteru prawnego zabiegu przerywania ciąży ze wskazań lekarskich dodatkową komplikację wprowadzają rozbieżności po-

²⁸ Tamże, s. 13–14.

głądów na temat sposobu traktowania płodu. E. Zielińska wymienia w swojej monografii trzy koncepcje przedmiotu ochrony przy przestępstwach przerywania ciąży, które jednocześnie wskazują na różne sposoby traktowania płodu. Koncepcja pierwsza przyjmuje, że przedmiotem ochrony jest płód jako żyjąca istota ludzka (nie narodzone dziecko), zgodnie z koncepcją drugą płód (lub ciąża) stanowi dobro *sui generis*, wreszcie według koncepcji trzeciej przedmiotem ochrony przy przestępstwach przerywania ciąży jest wyłącznie życie i zdrowie kobiety, a zatem poczęte dziecko nie posiada waloru dobra chronionego prawem²⁹. Jedynie przy przyjęciu koncepcji trzeciej, która, jak sądzę, nie zasługuje na aprobatę, legalność zabiegu przerwania ciąży ze wskazań lekarskich byłaby oceniana w ten sam sposób jak legalność wszystkich innych zabiegów leczniczych, a zatem opierając się na koncepcji „pierwotnej” legalności. Przyjmując natomiast, że płód ludzki stanowi dobro *sui generis*, czy też, że jest to nie narodzony człowiek, którego życie i zdrowie podlega ochronie, należy oceniać legalność tego zabiegu w stosunku do płodu na płaszczyźnie kontratytu. Znamiona tego kontratytu nie budzą wątpliwości ze względu na ich ustawowe określenie. W stosunku do matki jest to natomiast zabieg leczniczy „pierwotnie” legalny, zmierza bowiem do ochrony jej życia lub zdrowia.

Wykonanie czynności przeszczepienia organu (lub tkanki) jest również „pierwotnie” legalne tylko w odniesieniu do biorcy, czyli osoby, której życie lub zdrowie zostaje w ten sposób uratowane. Jeżeli przeszczep dokonany został *ex vivo*, pobranie organu od dawcy przedstawia się jako spowodowanie uszkodzenia ciała, a nierzadko wręcz jako spowodowanie poważnego kalectwa. Dlatego też nie budzi wątpliwości okoliczność, że w stosunku do dawcy wykonanie takiego przeszczepu nie jest zabiegiem leczniczym i wyłączenie jego bezprawności może nastąpić tylko na zasadzie potraktowania go jako mieszczącego się w granicach kontratytu. Kwestią sporną pozostaje jeszcze obecnie ustalenie znamion tego kontratytu³⁰. Niewątpliwie najważniejszym elementem decydującym o prawności takiego przeszczepu jest zgoda dawcy. Pojawia się jednak w tym miejscu pytanie, czy zgoda ta wyłącza bezprawność każdego uszkodzenia ciała, skoro życie i zdrowie nie są dobrami, którymi można swobodnie dysponować. Dlatego też istnieje duża rozpiętość poglądów w tej kwestii, poczynając od stanowisk negujących w ogóle prawne znaczenie zgody dawcy na uszkodzenie ciała³¹, poprzez koncepcje uznające znaczenie zgody, ale tylko na uszkodzenie określone w art. 156 § 2 k.k. (ściganie z oskarżenia prywatnego) lub

²⁹ E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990, s. 160.

³⁰ G. Rejman, *Odpowiedzialność...*, s. 80–86.

³¹ Tamże, s. 85–86.

też nawet cięższe lecz nie powodujące nieodwracalnych zmian w organizmie dawcy³², aż po koncepcję przyjmującą, że zgoda ta wyłącza bezprawność bez względu na stopień okaleczenia dawcy, o ile nie sprzeciwia się ona dobrym obyczajom³³. Niektórzy odwołują się także do stanu wyższej konieczności jako dodatkowego obok zgody elementu uzasadniającego legalność przeszczepu *ex vivo*³⁴.

Odminną, aniżeli koncepcja kontratypowa, propozycję rozwiązania problemu odpowiedzialności karnej lekarza dokonującego przeszczepienia organu pobranego od żywego człowieka przedstawiła w swojej pracy G. Rejman. Punktem wyjścia tego rozwiązania jest założenie, że przeszczep należy rozpatrywać jedynie w relacji dawca-biorca. Dawca występuje tu w roli osoby decydującej się na okaleczenie swojego ciała w celu niesienia pomocy biorcy. Ponieważ jednak nie może tego zrobić sam, posługuje się lekarzem, który występuje z kolei w roli „narzędzia” służącego urzeczywistnieniu tego celu. Koncepcja ta pozwala na potraktowanie lekarza jako „sprawcy pośredniego”, którego odpowiedzialność uzależniona jest od odpowiedzialności „sprawcy głównego” czyli dawcy. Z uwagi na to, że dawca nie ponosi odpowiedzialności karnej za okaleczenie, brak jest również podstaw do odpowiedzialności lekarza będącego jedynie wykonawcą jego woli. Mając na względzie okoliczność, że polskie prawo karne odrzuca teorię „sprawstwa pośredniego”, lekarz wystąpiłby jako „pomocnik w realizacji prawnie dopuszczalnej czynności, polegającej na pobraniu tkanki lub narządu dla niesienia pomocy choremu”³⁵.

Koncepcja ta wydaje się kontrowersyjna, ponieważ pomija rzeczywistą rolę lekarza, który przecież własnoręcznie wykonuje zabieg przeszczepienia organu, a nie tylko pomaga w wykonaniu takiego zabiegu. To lekarz faktycznie ratuje życie lub zdrowie chorego pacjenta za pomocą przeszczepu, nie może być zatem traktowany wyłącznie jako „narzędzie” służące osiągnięciu celu, do którego zmierza dawca. Ponadto warto zauważyć, że przyjęcie zaproponowanej konstrukcji dla wyjaśnienia legalności przeszczepów *ex vivo* mogłoby prowadzić do uznania na tej samej podstawie legalności innych zabiegów okaleczających pacjentów na ich żądanie bez wyraźnych wskazań lekarskich. W każdym takim wypadku lekarz pozostawałby bezkarny z racji tego, że byłby traktowany nie jako sprawca, lecz jak pomocnik w dokonaniu samookaleczenia, które nie jest prawnie zabronione. Dlatego też, podtrzymując pogląd, że wyłączenie bezprawności czynu lekarza w stosunku do dawcy

³² Tamże, s. 80–81.

³³ Tamże, s. 82.

³⁴ Por. S. Czerwiński, *Zgoda pokrzywdzonego, jako czynnik, wyłączający karalność czynu przestępnego*, „Głos Sądownictwa” 1935, nr 7–8, s. 540; G. Rejman, *Odpowiedzialność...*, 86–87.

³⁵ G. Rejman, *Odpowiedzialność...*, s. 84.

organu powinno opierać się na zasadach kontratypu, warto podkreślić, iż zespół znamion tego kontratypu pozostaje nadal sprawą otwartą i wymaga ustawowego określenia³⁶.

6. Jak wynika z przedstawionych rozważań, legalność czynności podejmowanych przez lekarza może mieć różne uzasadnienie prawne w zależności od charakteru tych czynności. W niniejszym opracowaniu zajęłam się wyłącznie zabiegami leczniczymi z pominięciem pozostałych zabiegów, które stanowią przecież także istotną część działalności lekarskiej. Wydaje się jednak, że problem charakteru prawnego czynności leczniczych jest obecnie bardziej kontrowersyjny z uwagi na rozpowszechnioną w polskiej literaturze przez A. Zolla koncepcję tzw. „pierwotnej” legalności, która dotychczas była przyjmowana raczej krytycznie³⁷. Argumenty prawne przemawiające w sposób, jak sądzę, dostateczny za przyjęciem tej koncepcji przedstawiłam wcześniej. W tym miejscu chciałabym jedynie dodać, że traktowanie czynności leczniczych jako „pierwotnie” legalnych czyni bez wątpienia zadość oczekiwaniom lekarzy, którzy nie bez powodu domagają się uznania, że zgodność z prawem wykonywanych przez nich zabiegów, jako służących ratowaniu życia i zdrowia ludzi, nie wymaga żadnego szczegółowego uzasadnienia. Punkt ciężkości rozważań nad odpowiedzialnością karną lekarza, przy przyjęciu koncepcji „pierwotnej” legalności, przesuwają się w kierunku określenia zasad wiedzy i sztuki medycznej, których naruszenie powoduje, że czynność lecznicza staje się bezprawna. Jest to jednak temat wymagający odrębnego opracowania.

Agnieszka Liszewska

SOME REMARKS ON THE LEGAL CHARACTER OF MEDICAL INTERVENTION

The paper refers to the conceptions of legality of medical intervention presented so far in the Polish literature. The oldest of them are the professional rules, patient's consent, socially useful aim and state of emergency. At present, in the Polish penal-legal doctrine two basic attitudes to the legality of medical intervention exist: the counter-typical or so-called „secondary” legality, and the „primary” legality. According to the followers of the counter-typical formulation the surgeon performing an operation infringes the bodily integrality of the

³⁶ Obecnie jedyną regulacją prawną tej kwestii są wytyczne Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie dokonywania zabiegu przeszczepienia nerek z 9 X 1975 r., („Dz. Urz. MZiOZ” nr 21, poz. 79).

³⁷ Por. M. Filar, *Recenzja...*, s. 120–121; M. Cieślak, *Polskie...*, s. 259–260. M. Cieślak krytykuje teorię tzw. „społecznej adekwatności”, która, jak się wydaje, leży u podstaw koncepcji „pierwotnej” legalności.

patient, which demonstrates the features of an offence. Therefore to make his action legal he must fulfil certain conditions constituting the features of the counter-type of medical treatment.

The first argument against the counter-typical conception is that a medical intervention aimed at saving the life or health of a human being cannot be treated like an infringement of private rights, which can be only „secondarily” excluded. Therefore more adequate seems to be the conception of „primary” legality, according to which a medical intervention performed following the rules of medical knowledge and skill does not demonstrate the features of an offence against the person, since it is not infringing those social values. Still, it has to be stressed that the conception of „primary” legality applies only to medical intervention. The legality of other medical care should be assessed on the counter-type basis.