

**Adam Złotek**

## **Charakter prawny zabiegu leczniczego – zarys problemu**

Na potrzeby niniejszego artykułu warto w pierwszej kolejności wyjaśnić pojęcia: czynności lekarskiej oraz leczniczej. Zdaniem Mariana Filara, zasadnicza różnica między obydwojema terminami leży w celu takich działań. Według niego, za czynność lekarską należy uznać każde działanie podjęte z zastosowaniem technik i procedur znanych medycynie, a których przedmiotem jest organizm ludzki<sup>1</sup>. Tak więc działania te podejmuje się nie tylko w celach leczniczych, ale także np. badawczych. Natomiast za czynność leczniczą należy uznać tylko „...takie działania lekarskie podejmowane w relacji do pacjenta, które jest podjęte w celu ratowania jego życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpień fizycznych i psychicznych”<sup>2</sup>. Cel leczniczy jest zrealizowany wówczas, gdy czynność lekarska w sposób zobiektywizowany skierowana jest na chorobę w sensie biologiczno-medycznym<sup>3</sup>. Wydaje się, że termin czynności leczniczych obejmuje także działania o charakterze profilaktycznym, w przeciwieństwie do terminu zabiegu leczniczego. Oba pojęcia: zarówno czynności leczniczej, jak i lekarskiej, w ujęciu M. Filara, są oderwane od kryterium podmiotowego, jakim jest osoba lekarza. Zdaniem tego autora czynność może mieć charakter leczniczy albo lekarski, niezależnie od tego czy dokonuje jej uprawniony lekarz, czy też nie. Marian Filar używa terminu czynności lekarskiej zamiennie z pojęciem lekarskich działań nieterapeutycznych. Z kolei synonimem określenia czynności leczniczej są działania terapeutyczne<sup>4</sup>. Reasumując, można zatem podzielić

<sup>1</sup> M. F i l a r, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 87–90.

<sup>2</sup> *Ibidem*, s. 90.

<sup>3</sup> P. D a n i l u k, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 46.

<sup>4</sup> Por. M. F i l a r, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 90.

wszelkie działania lekarza na te, których wyłącznym celem jest ratowanie zdrowia i życia pacjenta (działania terapeutyczne) oraz na te, które poza walorem leczniczym spełniają inne cele (działania nieterapeutyczne).

Natomiast Agnieszka Liszewska rozbudowuje wspomniany wyżej podział o trzecią kategorię – działań lekarskich, które nie mają jednolitego charakteru (tzw. działania mieszane terapeutyczno-nieterapeutyczne)<sup>5</sup>. Według tej autorki chodzi tutaj o taką kategorię działań, które w stosunku do jednego z podmiotów uczestniczących w zabiegu medycznym mają charakter leczniczy, w stosunku zaś do innego ten sam zabieg nie spełnia celu leczniczego. Jako przykład podaje ona przeszczepy *ex vivo*. Są to zabiegi o charakterze leczniczym jedynie w stosunku do biorcy organu, który dzięki temu zabiegowi może odzyskać zdrowie. Natomiast w stosunku do dawcy organu przeszczep nie ma charakteru leczniczego, bowiem dawca w wyniku operacji traci organ istotny dla jego zdrowia. Jak twierdzi A. Liszewska: „Mamy zatem do rozważenia jedną czynność lekarską (dokonanie przeszczepu), której celem jest jednocześnie ratowanie zdrowia jednego człowieka i uszkodzenie ciała innego”<sup>6</sup>. Moim zdaniem nie ma potrzeby wprowadzania dodatkowej, trzeciej kategorii czynności o charakterze mieszanym. Agnieszka Liszewska nie zauważa, że przeszczep *ex vivo* składa się z dwóch oddzielonych od siebie czynności o różnym charakterze. Pierwszą jest eksplantacja, czyli pobranie organu z organizmu dawcy; drugą implantacja, czyli przeszczepienie wcześniej pobranego organu do organizmu biorcy. Przeszczepu nie można zatem traktować jako jednej integralnej czynności składającej się zarówno z eksplantacji, jak i implantacji. Zgodnie z omawianym wyżej podziałem, czynność pobrania organu należy zaliczyć do działań o charakterze lekarskim, zaś wszczepienie wcześniej pobranego organu do czynności wyłącznie leczniczych.

Innym podziałem wprowadzonym przez M. Filara jest podział na zabiegi o charakterze leczniczym oraz lekarskim. Wyróżnianie tych dwóch rodzajów zabiegów ma znaczenie dla określenia zakresu znamion z art. 192 k.k.<sup>7</sup>, gdzie mowa jest o wykonywaniu zabiegów leczniczych bez zgody pacjenta. Kryterium odróżnienia czynności od zabiegu jest waga i stopień skomplikowania działania. Marian Filar zabieg lekarski definiuje jako: „...każdą czynność leczniczą lub lekarską, która ze względu na właściwą

<sup>5</sup> Por. A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 90–91 oraz M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 60–61.

<sup>6</sup> Por. A. Liszewska, *op. cit.*, s. 91.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553, ze zm.

jej technikę medyczną łączy się z naruszeniem integralności cielesnej pacjenta (np. zabieg operacyjny, iniekcja, pobranie płynu rdzeniowego itp.) lub fizycznym wniknięciem w ciało pacjenta bez naruszania tkanki cielesnej (np. sonda żołądkowa)<sup>8</sup>. Nie ulega wątpliwości, że w terminie zabiegu lekarskiego nie mieszczą się działania profilaktyczne. Zakres pojęcia zabiegu lekarskiego jest szerszy od zabiegu leczniczego. W tym drugim mieszczą się tylko te z zabiegów lekarskich, których celem jest wyłącznie poprawienie zdrowia pacjenta.

W doktrynie prawa nie budzi wątpliwości, że wszystkie zabiegi lekarskie, które nie mają celu wyłącznie leczniczego, są kontratypami. Spór istnieje co do kwestii charakteru prawnego zabiegów leczniczych.

Może to zabrzmieć trochę przewrotnie i prowokacyjnie, ale lekarz z zasady narusza dobra osobiste pacjenta, takie jak nietykalność cielesna, integralność fizyczna, prywatność czy życie intymne. Chyba każdy z nas zdaje sobie sprawę z tego, że działania lekarza godzą w najistotniejsze dobra człowieka, a więc w jego zdrowie i życie<sup>9</sup>. Można by powiedzieć, że lekarz, który pobiera nerkę od dawcy organu, dokonuje przestępstwa ciężkiego uszczerbku na zdrowiu określonego w art. 156 k.k. Intuicyjnie czujemy jednak opór, aby zakwalifikować takie działanie lekarza jako przestępstwo. Ta intuicyjność legła u podstaw poszukiwania uzasadnienia legalności dla zabiegów leczniczych i dała początek w sporze o charakter prawny tych czynności.

Zgodnie z koncepcją pierwotnej legalności, wszelkie zabiegi lecznicze podejmowane przez lekarza mają charakter legalny, są dla prawa karnego irrelevantne. Lekarz swoim działaniem, naruszającym np. integralność fizyczną człowieka, nie popełnia żadnego przestępstwa, nie realizuje bowiem określonych w ustawie znamion typu czynu zabronionego. Konsekwencją tego założenia jest to, że lekarz za swoje działania nie będzie odpowiadał karnie lub zawodowo, chyba że dopuści się błędu, naruszając reguły postępowania zawodowego w określonym przypadku<sup>10</sup>. Tak więc wszelkie działania lekarza są pierwotnie legalne, i dopiero na skutek zawinionego przez niego błędu w sztuce medycznej mogą stać się wtórnie nielegalne.

---

<sup>8</sup> Zob. M. Filar, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 90.

<sup>9</sup> Por. np. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 6; M. Boratyńska, *Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 2, s. 23.

<sup>10</sup> Por. np. A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 12; M. Filar, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 93–95; A. Liszewska, *op. cit.*, s. 71–74.

Z kolei koncepcja wtórnej legalności zabiegów lekarskich zakłada, że zabieg lekarski jest swego rodzaju kontratypem pozakodeksowym. Oznacza to, że każde działanie lekarza zawsze stanowi realizację znamion określonego w ustawie typu czynu zabronionego. Innymi słowy, lekarz dokonujący zabiegu zawsze popełnia czyn zabroniony, a więc jego zachowanie jest pierwotnie bezprawne. Jednak jeśli robi to w określonych okolicznościach, tzn. spełnia swoim zachowaniem elementy kształtujące ten specyficzny kontratyp, to w takim wypadku jego zachowanie zostaje usprawiedliwione i staje się wtórnie legalne<sup>11</sup>.

Zwolennikami tej drugiej koncepcji są Lech Gardocki oraz Andrzej Marek. Ten pierwszy w swoim podręczniku twierdzi, że czynności lecznicze zawsze stanowią naruszenie dóbr osoby leczonej, dlatego wymagają kontratypowego uzasadnienia. Warunkami tej okoliczności wyłączającej bezprawność jest działanie w celu leczniczym oraz dokonanie zabiegu zgodne z zasadami wiedzy lekarskiej<sup>12</sup>. Z kolei A. Marek w swoim komentarzu rozszerza zakres warunków wymaganych do tego, aby uznać czynność leczniczą za legalną w świetle prawa. Znamionami kontratypu zabiegu leczniczego są według A. Marka: cel leczniczy, działanie lekarza *lege artis*, zgoda pacjenta na leczenie oraz dokonanie zabiegu przez osobę uprawnioną do tego<sup>13</sup>.

Jeśli uznamy, że zabieg leczniczy jest kontratypem, to należy zastanowić się jakie znamiona tworzą tak określoną okoliczność wyłączającą bezprawność. Moim zdaniem, elementami tego specyficznego kontratypu będą: działanie w celu leczniczym oraz przeprowadzenie zabiegu zgodnie z regułami sztuki medycznej<sup>14</sup>. Andrzej Marek w swoim komentarzu uznaje, że znamieniem kontratypu zabiegu leczniczego jest również m.in. zgoda pacjenta na leczenie<sup>15</sup>. Uważam, że teza ta jest błędna. Jeśli uznamy, że zgoda jest znamieniem kontratypu zabiegu leczniczego to konsekwentnie musimy stwierdzić, że jej brak będzie zawsze powodował nie tylko odpowiedzialność karną z art. 192 k.k., ale także z odpowiedniego przepisu formułującego typ czynu zabronionego przeciwko zdrowiu i życiu. Nie będzie miało znaczenia to, że lekarz dokonał zabiegu w celu leczniczym i że nie popełnił żadnego błędu w sztuce medycznej. Konsekwencją tego będzie zawsze odpowiedzialność kumulatywna art. 192 k.k. z innym przestępstwem

<sup>11</sup> Por. M. Filar, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 93.

<sup>12</sup> Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 126–127.

<sup>13</sup> Por. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 184 i n.

<sup>14</sup> Identyczne stanowisko zajmuje L. Gardocki, *op. cit.*, s. 126–127.

<sup>15</sup> Por. A. Marek, *op. cit.*, s. 184 i n.

przeciwko zdrowiu i życiu. Myślę, że nie to było intencją ustawodawcy, który po to właśnie stworzył osobny art. 192 k.k., aby karać zachowanie lekarza wbrew woli pacjenta, nie odwołując się jednocześnie do przepisów określających przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu.

W tej chwili wypada się zatem zastanowić, dlaczego cel leczniczy oraz działanie *lege artis* mogą stanowić znamiona kontraktu zabiegu leczniczego. Na temat istoty kontraktypizacji piszą w swoim podręczniku Andrzej Zoll oraz Kazimierz Buchała, którzy uznają, że elementami konstruującymi każdy kontrakt są: kolizja dóbr prawnych, konieczność poświęcenia jednego z kolidujących dóbr oraz społeczna opłacalność takiego poświęcenia<sup>16</sup>. To te elementy stanowią istotę każdej okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Chodzi tu więc o taką sytuację, w której sprawca poświęca jedno dobro prawne kosztem drugiego i jest to jednocześnie poświęcenie konieczne oraz społecznie opłacalne i akceptowalne<sup>17</sup>.

Zdaniem A. Liszewskiej, z zabiegami leczniczym jest taki problem, że trudno w nich doszukać się jakiegokolwiek kolizji dóbr prawnych. Ze względu na cel leczniczy takich zabiegów, zdrowie pacjenta jako dobro ratowane jest tożsame z dobrem naruszonym przez lekarza<sup>18</sup>. Uważam, że może to być koronny argument, który nie pozwala na przyjęcie koncepcji kontraktypowej do zabiegów leczniczych. Z drugiej jednak strony jestem zdania, że to, czy mamy do czynienia z kolizją dóbr prawnych przy zabiegach leczniczych, czy też nie, jest zależne od poziomu, na którym rozważa się pojęcie dobra prawnego. Jeśli stwierdzimy, iż zdrowie pacjenta jest pewnym bytem o charakterze abstrakcyjnym, to wtedy rzeczywiście można powiedzieć, że w czasie zabiegu leczniczego dobrem ratowanym i naruszonym jest zdrowie pacjenta, a więc brak jest wymaganej dla każdego kontraktu kolizji dóbr. Jeśli natomiast przejdziemy na poziom konkretny dobra prawnego, to możemy powiedzieć o zdrowiu pacjenta jako np. o ogólnym stanie równowagi organizmu, albo o optymalnym stanie konkretnego organu pacjenta (np. wyrostka robaczkowego). W takim wypadku lekarz wycinając wyrostek robaczkowy uderza w zdrowie konkretnego organu pacjenta, ale jednocześnie przywraca ogólną równowagę całemu organizmowi. W takiej sytuacji mamy do czynienia z kolizją dóbr tego samego człowieka, co nie znaczy, że są to dobra tożsame.

<sup>16</sup> Por. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 200.

<sup>17</sup> Por. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, red. A. Zoll, Kraków 2004, teza 13 uwag wprowadzających do rozdz. III.

<sup>18</sup> Por. A. Liszewska, *op. cit.*, s. 84.

Zwolennikami koncepcji pierwotnej legalności w stosunku do zabiegów leczniczych jest w szczególności jej twórca Andrzej Zoll oraz Jacek Giezek. Ten ostatni w swoim podręczniku opowiada się za koncepcją A. Zolla, przyjmując po prostu, że wszelkie czynności lecznicze ze swej natury są legalne i nieintuicyjnym jest pojmowanie ich jako bezprawnych, które wymagają dopiero uzasadnienia kontratypowego<sup>19</sup>.

Andrzej Zoll przytacza szereg argumentów na poparcie tezy, że wszelkie czynności lekarza, których celem jest wyłącznie leczenie pacjenta, należy rozpatrywać przez pryzmat ich pierwotnej, a nie wtórnej legalności<sup>20</sup>.

Jak zauważa A. Zoll, lekarz, który podejmuje się leczenia pacjenta, działa dla jego dobra i w celu ratowania najważniejszych dóbr człowieka, więc nie można powiedzieć, że jednocześnie takie działanie stanowi atak na zdrowie bądź życie pacjenta. W podobnym tonie wypowiada się w literaturze A. Liszewska, która pisze: „Gdy w grę chodzi to samo dobro (w tym wypadku życie lub zdrowie pacjenta), wówczas nie jest możliwe podejmowanie w stosunku do tego dobra jednej czynności w dwóch przeciwstawnych sobie celach. Nie można przecież jednocześnie działać z zamiarem spowodowania uszczerbku na zdrowiu i z zamiarem ratowania zdrowia tego samego człowieka”<sup>21</sup>. Innymi słowy, nie da się sensownie powiedzieć, że człowiek tym samym zachowaniem ratuje drugiego człowieka i go jednocześnie atakuje. W takim wypadku brak jest bowiem zaatakowania relewantnej społecznie wartości (dobra) chronionej prawem, czyli brak jest społecznego niebezpieczeństwa czynu<sup>22</sup>. Z takimi argumentami A. Zolla nie zgadza się Juliusz Duda, który twierdzi, że „...utożsamia on pojęcia zaatakowania określonego dobra chronionego prawem oraz naruszenia określonego dobra. Pojęcie zaatakowania wiąże się immanentnie, także i semantycznie, z umyślnością działania. Jest oczywiste, iż lekarz podejmujący działania lecznicze nigdy nie zmierza do zaatakowania chronionego prawem dobra w postaci życia i zdrowia. Może jednak działaniem swym dobra takie obiektywnie naruszać”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Por. M. B o j a r s k i, J. G i e z e k, Z. S i e n k i e w i c z, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2006, s. 159–161.

<sup>20</sup> Por. A. Z o l l, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 10–13.

<sup>21</sup> Zob. A. L i s z e w s k a, *op. cit.*, s. 72. Podobnie w literaturze wypowiadali się także S. Śliwiński oraz A. Gubiński, którzy byli zdania, że wyłączenie bezprawności czynności leczniczych wypływa z samej ich istoty.

<sup>22</sup> A. Z o l l, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 60.

<sup>23</sup> Por. J. D u d a, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty prawnokarne*, Kraków 2004, s. 126.

Andrzej Zoll zaznacza, że leczenia nie można traktować jako działalności, która jest generalnie zabroniona, lecz przeciwnie, jest to działanie dozwolone i społecznie pożądane. Wszelkie zatem próby uzasadnienia legalności leczenia modelem kontratypowym wydają się niezwykle sztuczne, sprzeczne z intuicyjnym pojmowaniem czynności leczniczych. Przyznając rację A. Zollowi, chciałbym zwrócić uwagę na fakt, że istnieją także takie czynności lecznicze, których pacjent chce uniknąć i tylko z konieczności, żeby ratować swoje zdrowie, zgadza się na nie. Pojęcie leczenia kreowane przez A. Zolla jest nieco wyidealizowane, pokazuje, że leczenie jest czymś zawsze pożądanym społecznie i nie niesie za sobą żadnych zagrożeń dla pacjenta.

Andrzej Zoll zwraca także uwagę na konsekwencje, jakie niesie za sobą potraktowanie czynności leczniczych jako kontratypu. Zdaniem tego autora spowoduje to przeniesienie ciężaru dowodu na lekarza, który będzie musiał wykazać, że swoim zachowaniem wypełnił wszelkie znamiona kontratypu (np. uzyskał zgodę od pacjenta, zabieg wykonał zgodnie z wszelkimi kanonami sztuki medycznej itp.). Natomiast w sytuacji pierwotnej legalności zabiegu leczniczego to na oskarżycielu będzie spoczywał obowiązek wykazania, że lekarz nie dochował określonych obowiązków przewidzianych prawem<sup>24</sup>. Pogląd A. Zolla na temat ciężaru dowodu przy kontratypie nie przekonuje. Moim zdaniem, nie można powiedzieć, że w przypadku zabiegu leczniczego ujmowanego jako okoliczność wyłączająca bezprawność, ciężar dowodu spoczywa na lekarzu dokonującym zabiegu. Powołanie się na działanie w warunkach kontratypu w żadnym przypadku nie zmienia ciężaru dowodu. Jeżeli np. zostanie sformułowany zarzut spowodowania średniego uszczerbku na zdrowiu, a lekarz (lub ktoś inny) nie wspomni, że było to w ramach zabiegu leczniczego, sąd nie ma obowiązku dowodzenia, że nie zachodził żaden kontratyp. Z realizacji znamion typu czynu zabronionego domniemuje się, że czyn był przestępny i bezprawny. Można w takim wypadku skazać. Bez względu na to, jak ujmemy czynności lecznicze: czy jako pierwotnie legalne, czy jako wtórnie legalne, ciężar udowodnienia, że zostało popełnione przestępstwo będzie spoczywał na oskarżycielu. Andrzej Zoll wykazuje, że w modelu kontratypowym czynności leczniczych lekarz będzie musiał udowodnić np., że uzyskał pisemną zgodę pacjenta na zabieg<sup>25</sup>. Dokładnie takie same konsekwencje nastąpią w sytuacji, gdy zabieg uznamy za pierwotnie legalny, a pacjent zgłosi do prokuratury, że zo-

<sup>24</sup> Por. A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 11–12.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 10–11.

stało popełnione przestępstwo. Lekarz także i tutaj będzie musiał wykazać, że otrzymał zgodę na piśmie na zabieg. Moim zdaniem, argument natury procesowej, jaki przytacza A. Zoll, jest mało przekonujący. Sądzę, że należy się nim posługiwać bardzo ostrożnie w próbie uzasadniania racji o charakterze materialno-prawnym.

Andrzej Zoll dowodzi, że konsekwencją przyjęcia modelu kontratypowego dla czynności leczniczych będzie odpowiedzialność karna lekarza za umyślne przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu w sytuacji, gdy dokona on zabiegu niezgodnego z regułami sztuki lekarskiej. Zdaniem tego autora, lekarz w czasie zabiegu operacyjnego umyślnie narusza integralność ciała pacjenta, powodując co najmniej lekki uszczerbek na zdrowiu. Logiczną konsekwencją dokonania zabiegu w sytuacji wystąpienia błędu w sztuce lekarskiej będzie odpowiedzialność karna za typ umyślny przestępstwa przeciwko zdrowiu bądź życiu człowieka<sup>26</sup>. Takiemu stanowisku sprzeciwiają się w szczególności M. Filar oraz A. Liszewska. Zdaniem tego pierwszego: „umyślność i nieumyślność nie realizują się przecież w warstwie czysto behawioralnej, lecz także normatywnej. Działać umyślnie w sensie prawnokarnym nie oznacza przecież tylko wykonać umyślnie (tj. przy zaangażowaniu woli i świadomości) jakąś czynność, lecz także robić to dla naruszenia określonego, chronionego prawnie dobra”<sup>27</sup>. Moim zdaniem, o tym czy lekarz działa w sposób umyślny decydują każdorazowo przesłanki z art. 9 § 1 k.k. oraz art. 28 k.k., niezależnie od charakteru prawnego danej czynności. Można zatem wyobrazić sobie sytuację, w której lekarz będzie odpowiadał za przestępstwo umyślne w przypadku, gdy dokonał zabiegu leczniczego, traktowanego jako czynność pierwotnie legalna, naruszając zasady *lege artis* (np. lekarz wiedział, że dokonuje operacji niezgodnie z regułami sztuki i godził się jednocześnie na ewentualne negatywne konsekwencje zabiegu, mimo że sama operacja miała cel wyłącznie leczniczy). Podobnie, można wyobrazić sobie sytuację, gdy lekarz dokonuje zabiegu lekarskiego, mającego charakter kontratypu, niezgodnie z regułami sztuki medycznej i będzie odpowiadał za dokonanie przestępstwa nieumyślnego (np. w sytuacji nieświadomości dokonywania operacji niezgodnie z regułami sztuki medycznej).

Agnieszka Liszewska zarzuca A. Zollowi niekonsekwencję w toku argumentacji. Zdaniem tej autorki, z jednej strony wykazuje on, że nie można

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>27</sup> Zob. M. Filar, *Recenzja książki A. Zolla pn. „Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu”*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 1, s. 121.



potraktować czynności leczniczych jako wtórnie legalnych, ponieważ nie stanowią one ataku na zdrowie i życie człowieka, co wynika z ich istoty jako działań ratujących pacjenta. Jednocześnie przyjmuje, że w razie niepowodzenia lekarza, spowodowanego błędem w sztuce lekarskiej, lekarz poniesie odpowiedzialność za umyślne przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu, które wymaga przyjęcia, że lekarz jednak dokonał ataku na dobra chronione prawem. Zdaniem A. Liszewskiej, A. Zoll pomija subiektywne znamię kontratypu czynności leczniczych jakim jest cel leczniczy. Nie można zatem sensownie powiedzieć, że lekarz działa jednocześnie z zamiarem spowodowania uszczerbku na zdrowiu i z zamiarem ratowania zdrowia tego samego człowieka<sup>28</sup>.

Uważam, że zarzuty A. Liszewskiej są chybione. Andrzej Zoll wprost pisze, że czynność lecznicza ma charakter pierwotnie legalny, bo nie stanowi ataku na dobro prawne. Gdybyśmy natomiast przyjęli, że zabieg leczniczy jest kontratypem (a tak nie przyjmujemy), to dopiero wtedy konsekwentnie należałoby uznać, że każdy błąd w sztuce lekarskiej skutkuje umyślnym przestępstwem przeciwko zdrowiu i życiu. W żadnym razie A. Zoll nie sądzi, że błąd w sztuce lekarskiej przy dokonywaniu czynności leczniczej traktowanej jako czynność pierwotnie legalna skutkuje zawsze dokonaniem umyślnego przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu. Jest dokładnie odwrotnie.

Moim zdaniem, A. Zoll pozostaje w swym wywodzie niekonsekwentny z zupełnie innego powodu niż sugeruje A. Liszewska. W koncepcji pierwotnej legalności A. Zoll zalicza naruszenie dobra prawnego do znamion typu czynu zabronionego. Oznacza to, że sprawca, zgodnie z art. 28 § 1 k.k., powinien swoją świadomością obejmować również naruszenie dobra prawnie chronionego. Gdy lekarz swoim zachowaniem realizuje wszystkie znamiona typu czynu zabronionego (a więc narusza także dobro prawne, które jest znamieniem) i nie obejmuje swoją świadomością naruszenia konkretnego dobra prawnego, to wówczas będzie ponosił on odpowiedzialność karną za nieumyślne przestępstwo przeciwko zdrowiu i życiu, a nie, jak przekonuje A. Zoll, za typ umyślny takiego przestępstwa. W takim wypadku lekarz pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego. Jest przekonany, że leczy pacjenta, podczas gdy w rzeczywistości narusza jego zdrowie. Taki błąd wyłącza możliwość realizacji określonego typu czynu zabronionego w sposób umyślny.

---

<sup>28</sup> Zob. A. Liszewska, *op. cit.*, s. 72–73.

Juliusz Duda w swojej monografii przytacza także inne argumenty przeciwko koncepcji A. Zolla. Powołując się na M. Filara stwierdza, że trudno jest uznać, iż zabieg leczniczy jest pierwotnie legalny, jeżeli o jego legalności decydują czynniki późniejsze w czasie niż sam zabieg (np. ocena technicznego sposobu przeprowadzenia operacji). Po drugie, zdaniem J. Dudy, pierwotna legalność zabiegu leczniczego jest uzależniona od zgody pacjenta, która przecież sama w sobie stanowi oddzielny kontrakt<sup>29</sup>. Moim zdaniem, oba zarzuty formułowane przez J. Dudę są chybione. Czynniki decydujące o legalności danego zabiegu muszą wystąpić już w momencie jej dokonania, natomiast ocena tego, czy one wystąpiły, zawsze jest dokonana *ex post*, co wynika z samej natury dokonywania ocen. Z kolei zgoda pacjenta nie jest powszechnie uznawana w doktrynie za okoliczność kontratypową.

Istnieje także grupa przedstawicieli nauki (Włodzimierz Wróbel, Jarosław Majewski), którzy kwestionują potrzebę rozróżniania czynności pierwotnie i wtórnie legalnych. Zdaniem W. Wróbla, A. Zoll wprowadza pewne kryterium, które ma na celu odróżnienie tych dwóch kategorii legalności. Takim kryterium jest naruszenie normy sankcjonowanej. Zachowanie wtedy będzie wtórnie legalne, jeżeli naruszy jakąkolwiek normę sankcjonowaną, a dopiero wtórnie, ze względu na pewne okoliczności, usprawiedliwiamy takie zachowanie i stwierdzamy, że nie stanowi ono przestępstwa. Według W. Wróbla, istota problemu sprowadza się do rozumienia normy sankcjonowanej. Normę tę możemy wyprowadzać na różnych poziomach prawa, tzn. albo tylko i wyłącznie z przepisów znajdujących się w części ogólnej Kodeksu karnego, albo do jej zrekonstruowania użyjemy nie tylko tych przepisów, ale także innych, znajdujących się np. w systemie całego prawa karnego czy cywilnego. Zdaniem W. Wróbla, A. Zoll za pierwotnie legalne uznaje wszystkie te zachowania, które nie naruszyły norm sankcjonowanych określonych w przepisach części szczególnej prawa karnego. Okazuje się jednak, że mogły one naruszyć normę sankcjonowaną w innych przepisach prawa. Według W. Wróbla, w zależności od tego, na jakim poziomie będziemy badać naruszenie normy sankcjonowanej (na poziomie części ogólnej prawa karnego, na poziomie całości prawa karnego czy na poziomie całości systemu prawa), uznamy dane zachowanie za pierwotnie legalne lub nie. Jest to pewne kryterium formalne, zależne od techniki legislacyjnej ustawodawcy, które należy odrzucić, bo nie może decydować o tym, czy

---

<sup>29</sup> J. D u d a, *op. cit.*, s. 127.

coś jest pierwotnie, czy wtórnie legalne. Włodzimierz Wróbel posługuje się bardzo prostym przykładem wyroku sądowego, skazującego oskarżonego na karę pozbawienia wolności. Nikomu nie przyjdzie do głowy, żeby skazywać sędziego za podżeganie do pozbawiania innego człowieka wolności. Według kryterium postawionego przez A. Zolla, takie zachowanie byłoby pierwotnie legalne. To, co w tym wypadku decyduje o legalności zachowania, to brak bezprawności. Sędzia wydając wyrok podżega do pozbawienia wolności, ale nie jest to zachowanie bezprawne, mimo iż narusza normę sankcjonowaną określoną w art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 189 § 1 k.k., bowiem poza samym kodeksem istnieją inne normy, które stanowią o tym, że w pewnych wyjątkowych okolicznościach nie będzie to bezprawne. To, co uzasadnia zachowanie sędziego, to kolizja dóbr. Z jednej strony mamy bowiem zapewnienie bezpieczeństwa publicznego przed groźnym sprawcą przestępstwa, a z drugiej wolność skazanego. W okolicznościach przywołanych wyżej, to pierwsze dobro ma wyższą wartość, dlatego można uznać, że działanie godzące w drugie dobro nie jest bezprawne. Takie rozumowanie skądinąd jest charakterystyczne dla kontratyków, dlatego też należy stwierdzić, że w zasadzie nie ma znaczenia rozróżnienie między kategoriami pierwotnej i wtórnej legalności. Do podobnych wniosków dochodzi J. Majewski<sup>30</sup>.

Podzielałam stanowisko W. Wróbla. Okazuje się bowiem, że niezależnie od tego, czy dane zachowanie potraktujemy jako wtórnie, czy pierwotnie legalne, to konsekwencje praktyczne związane z odpowiedzialnością karną sprawcy będą identyczne. Powyższe rozróżnienie nie będzie decydować także o odpowiedzialności za umyślną lub nieumyślną formę przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu. Myślę, że o umyślności i nieumyślności decyduje cel zabiegu, który wpływa na stronę podmiotową takiego działania. Jeśli cel zabiegu jest leczniczy, to w zasadzie wyklucza możliwość przyjęcia formy umyślnej przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu. Jeżeli lekarz działa w celu leczenia pacjenta (realizuje swoim zachowaniem cel leczniczy), to jednocześnie nie ma świadomości, że swoim zachowaniem narusza dobro prawne, które to naruszenie, zgodnie z koncepcją A. Zolla, jest znamieniem typu czynu zabronionego. Gdy lekarz pozostaje w błędzie co do jakiegokolwiek okoliczności stanowiącej znamię przestępstwa, to nie może realizować go w formie umyślnej (art. 28 § 1 k.k.).

---

<sup>30</sup> Por. zapis dyskusji z IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego dotyczącego okoliczności wyłączających bezprawność czynu (Warszawa 16 maja 2007 r.), wypowiedzi W. Wróbla oraz J. Majewskiego.

Na marginesie warto dodać, że doktryna prawnicza nie wykształciła dotychczas precyzyjnych kryteriów odróżniających zachowania, które są pierwotnie legalne od zachowań, które stanowią okoliczność wyłączającą bezprawność. Jeśli już zdecydujemy się na uznanie takiego podziału, to kryterium rozróżnienia ma zasadnicze znaczenie praktyczne. Jak to się dzieje, że jedne sytuacje są w sposób oczywisty pierwotnie legalne i dlatego sąd w ogóle nie zajmuje się nimi i nie bada pod kątem zgodności z prawem (np. zachowanie sędziego wydającego wyrok pozbawienia wolności dla sprawcy przestępstwa), a drugie są zachowaniami pierwotnie legalnymi, ale wymagają badania ze strony sądu (np. lekarz dokonujący zabiegu leczniczego), wreszcie pewne sytuacje są legalne, ale dopiero wtórnie (np. działanie w stanie wyższej konieczności). Myślę, że poznanie odpowiedzi na tak postawione pytanie pozwoli jednoznacznie rozstrzygnąć kwestię potrzeby wprowadzania podziału na pierwotną i wtórną legalność.