

Wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.) – uwagi *de lege lata* oraz postulaty *de lege ferenda*

Performing a medical procedure without the patient's consent (art. 192 of the Polish criminal code) –*de lege lata* remarks and *de lege ferenda* propositions

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest problematyka dotycząca przestępstwa polegającego na wykonaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.). W pierwszej części Autor wskazuje na brak odpowiednika tego przestępstwa w poprzednich kodeksach karnych oraz na wynikające z tego konsekwencje, a także porusza kwestię dotyczącą możliwości powoływania się przez lekarza na stan wyższej konieczności w sytuacji, gdy pacjent nie wyraża zgody na przeprowadzenie zabiegu ratującego życie. W dalszej części zostały przedstawione znamiona czynu zabronionego z art. 192 k.k., ze szczególnym uwzględnieniem wymogów, jakie musi spełniać zgoda, aby miała ona znaczenie prawne, a także poruszono zagadnienie środków reakcji karnoprawnej, mogących znaleźć zastosowanie wobec sprawcy tego czynu. Na zakończenie Autor wskazuje na kwestie zbiegu przepisów oraz statystyki dotyczące omawianego czynu.

Przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym artykule jest problematyka dotycząca czynu zabronionego stypizowanego w art. 192 k.k., polegającego na dokonaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Analizę ustawowych znamion tego występku warto poprzedzić kilkoma uwagami natury ogólnej.

Na wstępie trzeba podkreślić, że art. 192 k.k. nie miał bezpośredniego odpowiednika we wcześniej obowiązujących kodeksach karnych, tj. Kodeksie karnym z 1932 r. oraz Kodeksie karnym z roku 1969¹. Nie oznaczało to jednak, że zachowania takie pozostawały poza sferą

¹ Wspomnieć jednak należy, że w projekcie Kodeksu karnego z 1963 r. pojawiło się przestępstwo (art. 266) polegające na wykonaniu zabiegu leczniczego bez zgody osoby uprawnionej. Przepis ten stanowił, że „§ 1 Kto

zainteresowania prawa karnego. Czyny takie były kwalifikowane w oparciu o inne przepisy. Przyjmowano, że wypełniają one znamiona przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu bądź też przestępstw przeciwko wolności². Rozwiązanie to, na co wskazuje m.in. A. Zoll, budziło wiele kontrowersji³. W pierwszym wypadku wątpliwości w głównej mierze dotyczyły założeń teoretycznych uzasadniających legalność czynności leczniczych skutkujących naruszeniem integralności cielesnej pacjenta, natomiast w drugim sprowadzały się do braku odpowiedniego przepisu, który byłby nastawiony *stricte* na ochronę prawa do decydowania o poddaniu się zabiegom leczniczym.

W doktrynie można wyróżnić dwojakię podejście w zakresie uzasadnienia legalności czynności leczniczych skutkujących naruszeniem integralności cielesnej pacjenta.

Pierwszą koncepcją jest tzw. koncepcja kontratypowa. W myśl tego podejścia lekarz, wykonując zabieg leczniczy, którego istota polega na naruszeniu integralności cielesnej, wyczerpuje tym samym formalnie znamiona przestępstwa polegającego na spowodowaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, względnie na naruszeniu czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia. Rozwiązanie to oczywiście nie musiało prowadzić do odpowiedzialności karnej lekarza za wskazane czyny. Otóż przyjmowano niejako wtórną legalizację tego typu zachowań w oparciu o okoliczność wyłączającą bezprawność, na którą składały się: cel leczniczy podjętego zachowania, działanie *lege artis* oraz uzyskanie zgody pacjenta⁴. Godny odnotowania jest fakt, że podejście to było szeroko rozpowszechnione w niemieckiej praktyce sądowej i prowadziło do kwalifikowania zabiegów leczniczych wykonywanych wbrew woli pacjenta, względnie jego przedstawiciela ustawowego, w oparciu o przepisy statuujące przestępstwa uszkodzenia ciała, nawet jeśli czynności te były przeprowadzone *lege artis* i zakończone ostatecznie powodzeniem⁵. Praktyka ta poddana została jednak krytyce niemieckiej doktryny⁶.

Druga koncepcja zakłada pierwotną legalność zabiegów leczniczych skutkujących naruszeniem integralności cielesnej pacjenta w kontekście przestępstw przeciwko zdrowiu, bez potrzeby odwoływania się do sytuacji kontratypowej. Warunkiem owej legalności jest

dokonyje zabiegu leczniczego na innej osobie bez wymaganej na to zgody lub zgody innej osoby uprawnionej albo wbrew ich sprzeciwowi, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2 lub grzywny. § 2 Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”. Idea wprowadzenia tego przepisu ostatecznie nie została jednak zrealizowana. Zob. M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012 r., s. 495.

² M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego...*, s. 495.

³ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 557.

⁴ M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego...*, s. 498.

⁵ Zob. szerzej: A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 1, s. 37.

⁶ Szerzej: *ibidem*, s. 38–39.

przeprowadzenie zabiegu *lege artis*. Wydaje się, że niemożliwe jest traktowanie zachowania lekarza zmierzającego do ratowania zdrowia bądź życia pacjenta jako równocześnie zachowania godzącego w te dobra prawne. Należy podzielić w tym miejscu pogląd wyrażony przez Śliwińskiego, że osoba, która leczy, „nie atakuje zdrowia lub życia ludzkiego, jeżeli wykonywa zabieg *lege artis*, tj. według wskazań wiedzy lekarskiej”⁷. Przyjęcie tego założenia uniemożliwia tym samym kwalifikowanie, w oparciu o przepisy określające przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu, czynności leczniczych wykonanych bez zgody pacjenta związanych z ingerencją w jego integralność cielesną.

Drugą możliwością w przypadku wykonania zabiegu bez zgody pacjenta w poprzednim stanie prawnym była kwalifikacja w oparciu o przepisy statuujące przestępstwa przeciwko wolności. W Kodeksie karnym z 1969 r. był to głównie art. 167 k.k.⁸ (przemoc lub groźba bezprawna w celu zmuszenia do określonego zachowania), którego jednak stosowanie w praktyce, w tego rodzaju stanach faktycznych, było w dużej mierze utrudnione. Trudności te wynikały z faktu, że lekarze, przeprowadzając zabiegi lecznicze bez zgody pacjenta, nie stosowali co do zasady wobec nich przemocy bądź groźby bezprawnej, które to elementy stanowiły cechy konstytutywne przestępstwa określonego w art. 167 d.k.k. W praktyce wykorzystywano raczej podstęp lub brak wiedzy pacjenta⁹. Drugim przepisem dawnego kodeksu karnego, pod który starano się dokonywać subsumcji zabiegów leczniczych bez zgody pacjenta, był art. 165 d.k.k.¹⁰ (bezprawne pozbawienie wolności). Podzielałam jednak pogląd, że prawo do autonomii w zakresie decydowania o poddaniu się czynnościom leczniczym jest samodzielnym dobrem prawnym i choć rodzajowo jest ono tożsame z szeroko rozumianym prawem do wolności jednostki, to jednak ze względu na swoją specyfikę i doniosłość zasługuje na odrębną ochronę karnoprawną¹¹.

Mając na względzie powyższe uwagi, wydaje się, że wprowadzenie do aktualnie obowiązującego kodeksu karnego nowego typu przestępstwa, art. 192 k.k., odnoszącego się wprost do wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, było zabiegiem uzasadnionym.

⁷ S. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 190–191.

⁸ Art. 167 § 1. Kto używa przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego zachowania się, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny.

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

⁹ A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 557.

¹⁰ Art. 165 k.k. z 1969 r. brzmiał:

§ 1. Kto pozbawia człowieka wolności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.

§ 2. Jeżeli pozbawienie wolności trwało dłużej niż czternaście dni lub łączyło się ze szczególnym udręczeniem albo w innych szczególnie ciężkich wypadkach, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

¹¹ A. Liszewska, *Zgoda pacjenta...*, s. 40.

Ponadto słusznie wskazuje się, że rozwiązanie to wynikało dodatkowo z konieczności należytej realizacji konstytucyjnie gwarantowanej zasady autonomii, jaka przysługuje człowiekowi w zakresie decydowania o własnym życiu i zdrowiu¹². Zasada ta wynika głównie z art. 41 ust. 1 oraz art. 47 *in fine* Konstytucji RP¹³. Nie bez znaczenia było również zastąpienie paternalistycznego modelu relacji pacjent – lekarz modelem partnerskim, w którym zgoda pacjenta ma moc legitymującą działanie lekarza¹⁴. Ten pierwszy, w którym o sposobie i zakresie informowania pacjenta o stanie jego zdrowia decydował głównie lekarz, czego konsekwencją było to, że zgoda na ewentualny zabieg leczniczy miała mniejsze znaczenie niż obecnie, wydaje się współcześnie dość anachroniczny¹⁵.

Drugim interesującym zagadnieniem natury ogólnej jest ewentualna możliwość powoływania się lekarza dokonującego zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta na konstrukcję stanu wyższej konieczności, czego konsekwencją byłoby wyłączenie odpowiedzialności karnej lekarza za tego rodzaju zachowanie. Na konstrukcję stanu wyższej konieczności rozumianego jako kontratyp składają się następujące elementy: istnienie rzeczywistego, bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra chronionego prawem; brak możliwości odwrócenia niebezpieczeństwa w inny sposób niż poprzez poświęcenie cudzego dobra prawnego (tzw. zasada subsydiarności); dobro poświęcone przedstawia wartość mniejszą niż dobro ratowane (tzw. zasada proporcjonalności); celem działania sprawcy jest uchylenie istniejącego, bezpośredniego niebezpieczeństwa¹⁶. Sytuacja, w której lekarz wykonuje zabieg leczniczy konieczny dla ratowania życia pacjenta, względnie nawet dla ratowania zdrowia w zakresie ciężkiego uszczerbku, bez jego zgody, formalnie mieści się w ramach tak rozumianego stanu wyższej konieczności. Zasada proporcjonalności w tej sytuacji wydaje się zachowana, gdyż lekarz poświęca dobro w postaci autonomii samostanowienia pacjenta w zakresie poddawania się zabiegom leczniczym, ratując tym samym jego życie bądź zdrowie, a więc wartości o obiektywnie większym znaczeniu społecznym. Jednak najczęściej można się spotkać ze stanowiskiem, że w tego typu sytuacjach nie można

¹² M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, *Zabieg leczniczy bez zgody pacjenta*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 26.

¹³ Art. 41 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że „Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”, natomiast art. 47 głosi, że „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”.

¹⁴ M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, *Zabieg leczniczy...*, s. 26.

¹⁵ Szerzej na temat modelu paternalistycznego zob. w: G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 61–62.

¹⁶ Zob. szerzej na temat stanu wyższej konieczności: J. Lachowski [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–31*, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Warszawa 2011, s. 831–874.

skutecznie powoływać się na stan wyższej konieczności¹⁷. Podobne stanowisko możemy znaleźć w orzecznictwie Sądu Najwyższego¹⁸. W literaturze przedmiotu podnosi się szereg argumentów na rzecz braku możliwości powoływania się lekarza na stan wyższej konieczności w tego rodzaju przypadkach. Wskazuje się, że dopuszczenie takiej możliwości spowodowałoby, że uprawnienie pacjenta do samostanowienia w zakresie swojego zdrowia stałoby się prawem fikcyjnym i iluzorycznym. Podkreśla się również, że stworzyłoby to niebezpieczeństwo instrumentalnego podejścia do życia i zdrowia pacjenta, a tym samym wpłynęłoby niekorzystnie na relację pacjent – lekarz. Wskazuje się również na aspekt korzystny dla lekarza, płynący z braku możliwości powoływania się na stan wyższej konieczności. Otóż dopuszczenie takiej możliwości spowodowałoby, że lekarz byłby obciążony całą odpowiedzialnością za los pacjenta, podczas gdy aktualnie odpowiedzialność ta jest w pewien sposób rozłożona, skoro zabiegi lecznicze są uzależnione od zgody tego drugiego¹⁹. Odnotować należy również zdanie odmienne w tej materii. N. Kłaczyńska stoi na stanowisku, że nie należy negować możliwości stosowania stanu wyższej konieczności w tego rodzaju sprawach, gdyż stanowią one w gruncie rzeczy istotę tej instytucji prawa karnego²⁰. Warto zauważyć również, że w doktrynie wskazuje się na pewne sytuacje, w których lekarz może powołać się skutecznie na szczególną postać stanu wyższej konieczności, jaką jest kontratyp kolizji interesów określony w art. 26 § 5 k.k.²¹ Chodzi tu o okoliczność, w której dorosły i nieubezpieczeni pacjenci nie jest w stanie (np. z tego powodu, że jest nieprzytomny) wyrazić zgody na zabieg operacyjny albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej dla niego podwyższone ryzyko, lekarz zaś stwierdzi, że zwłoka groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia²². Jak wskazuje M. Filar, w takich stanach faktycznych na lekarzu ciążyą dwa obowiązki o charakterze prawnym, przy czym zachodzi między nimi kolizja. Z jednej strony jest on zobowiązany do udzielenia pacjentowi pomocy w

¹⁷ M. Filar [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 970.

¹⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 28 listopada 2007 r., w którym to stwierdzono: „Nie jest dopuszczalne uwolnienie lekarza od odpowiedzialności za zmianę zakresu zabiegu operacyjnego bez zgody pacjenta, na podstawie art. 26 § 1 lub § 5 k.k., w sytuacji niespełnienia warunków określonych w art. 35 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943, ze zm.), gdyż oznaczałoby to zignorowanie, mających charakter gwarancyjny, ograniczeń wynikających z tego ostatniego przepisu”, OSNKW 2008, nr 2, poz. 14, Biul. SN 2008, nr 2, poz. 19.

¹⁹ Szerzej na ten temat: E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5.

²⁰ N. Kłaczyńska, *Z problematyki zgody pacjenta na zabieg leczniczy*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, tom 6, Wrocław 2000, s. 51.

²¹ Art. 26 § 5 brzmi: Przepisy § 1–3 [odnoszące się do stanu wyższej konieczności – uwaga autora] stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciążących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony.

²² M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 255–257.

sytuacji bezpośredniego niebezpieczeństwa dla jego życia, z drugiej zaś ma obowiązek uzyskania od niego zgody na takie działanie²³. Bezdiskusyjnie pierwszeństwo powinna mieć realizacja pierwszego obowiązku, gdyż ze społecznego punktu widzenia jest to obowiązek o większym znaczeniu. M. Filar dodatkowo jeszcze zwraca słusznie uwagę na doświadczenie życiowe, które każe przypuszczać, że gdyby pacjent był przytomny, to wyraziłby zgodę na podjęcie koniecznych czynności leczniczych²⁴.

Interesujące rozważania na tym polu przeprowadza również P. Kardas²⁵. Otóż Autor ten przedstawia argumentację, której wynikiem jest stwierdzenie, że na lekarzu nie ciążyą dwa sprzeczne ze sobą obowiązki (obowiązek ratowania życia, względnie zdrowia pacjenta, oraz obowiązek uzyskania od niego zgody na przeprowadzenie zabiegu leczniczego), ale że w tego rodzaju sytuacjach mamy do czynienia wyłącznie z jednym z nich – obowiązkiem uzyskania zgody, a tym samym nie ma potrzeby sięgania po konstrukcję z art. 26 § 5 k.k. Autor ten twierdzi, że w takich stanach faktycznych lekarz nie jest gwarantem nienastąpienia skutku, a tym samym podmiotem zdolnym do ponoszenia odpowiedzialności karnej za przestępstwo przez zaniechanie, gdyż norma statuująca obowiązek lekarza nie aktualizuje się w sytuacjach, w których brak jest zgody ze strony pacjenta na przeprowadzenie zabiegu leczniczego²⁶.

Wydaje się, że w przywołanym wcześniej przykładzie (sytuacja zagrożenia życia lub zdrowia dorosłego i nieubezważonego pacjenta oraz brak możliwości uzyskania od niego zgody na zabieg leczniczy z powodu pozostawania w stanie nieprzytomności) takowa argumentacja ma również zastosowanie. Podkreślić jednak należy, że w tego rodzaju stanach faktycznych brak owej zgody jest niezależny od woli pacjenta i wynika jedynie z okoliczności o charakterze zewnętrznym, co otwiera nam pole do dyskusji o istnieniu *in concreto* zgody o charakterze hipotetycznym. Tak więc rozumowanie P. Kardasa, z którym należy się zgodzić, w pewnych jednak specyficznych okolicznościach, przy przyjęciu tezy o istnieniu zgody domniemanej, uprawdopodobnionej o doświadczenie życiowe decydenta (w tym wypadku lekarza bądź grupy lekarzy), wydaje się prowadzić do nieco odmiennej konkluzji. Otóż skoro założymy, że istnieje owa zgoda, to konsekwencją tego jest również uznanie, że lekarz staje się gwarantem nienastąpienia skutku w zakresie przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu, a tym samym podmiotem zdolnym do poniesienia odpowiedzialności karnej za takowy skutek będący konsekwencją swojego zaniechania. Stąd też w przypadku podjęcia działania

²³ Ibidem, s. 257.

²⁴ Ibidem, s. 257.

²⁵ P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 10, s. 55–84.

²⁶ Ibidem, s. 82–83.

mającego na celu ratowanie życia lub zdrowia pacjenta nie narażałby się on na odpowiedzialność karną z art. 192 k.k., natomiast nie podejmując działania, narażałby się na odpowiedzialność za materialne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu (popelnione przez zaniechanie), a być może również za czyn z art. 162 k.k. Konkludując, przyjęcie takiej koncepcji faktycznie wykluczy zastosowanie w przedmiotowych sprawach art. 26 § 5 k.k., gdyż kolizja ta zostałaby wyeliminowana, przy czym jedynym z ciężących obowiązków byłoby ratowanie życia i zdrowia pacjenta. Należy przy tym podkreślić, że rozwiązanie takowe musi budzić jednak pewne zastrzeżenia, chociaż wydaje się społecznie uzasadnione i możliwe do wdrożenia. Otóż pojawia się zasadnicze pytanie o granice, w sferze przecież nieindifferentnej prawnokarnie, stosowania fikcji, nawet jeżeli wydają się one wysoce uprawdopodobnione. Rozstrzygnięcie takich kwestii powinno opierać się na rozwiązaniach ustawowych. Stąd też wydaje się, że należałoby w tym kontekście zgłosić postulat *de lege ferenda* w zakresie zmiany treści art. 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry²⁷ poprzez dodanie do niego nowego ustępu 7a, który stanowiłby, że „Art. 34 ust. 7²⁸ stosuje się odpowiednio w przypadku braku możliwości uzyskania zgody od dorosłego i nieubezważnowolnionego pacjenta, jeżeli wynika to z okoliczności niezależnych od uprawnionego do wyrażenia zgody, chyba że przed ich wystąpieniem pacjent stanowczo nie wyraził zgody na czynności, o których mowa w ust. 1; o okolicznościach tych lekarz dokonuje odpowiedniej adnotacji wraz z uzasadnieniem w dokumentacji medycznej”.

Wydaje się, że takie rozstrzygnięcie byłoby najbardziej jasne i zrozumiałe, zarówno dla lekarzy, jak i pacjentów. Nie byłoby potrzeby odwoływania się do art. 26 § 5 k.k., ani też konieczności sięgania po fikcję w postaci zgody domniemanej. Zastrzeżenie „chyba że przed ich wystąpieniem pacjent stanowczo nie wyraził zgody [...]” byłoby z kolei gwarancją poszanowania jego autonomii w zakresie decydowania o swoim zdrowiu i życiu, w sytuacji gdy ma co do tego zdolność w pełnym zakresie. Z pewnością zarzutem wobec tej koncepcji może być stwierdzenie, że rozwiązanie takowe jest niczym innym jak prawnym zadekretowaniem istnienia zgody dorozumianej. Według mnie jednak jest ono zdecydowanie

²⁷ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943, ze zm. (zwana dalej *ZawLekU*); świadomie pominięta została tu kwestia art. 33 tej ustawy (szerzej na temat tego przepisu w dalszej części tekstu), gdyż rozważany tu art. 34 stanowi *lex specialis* wobec tego pierwszego, a tym samym art. 33 nie może mieć zastosowania w przypadkach zabiegów operacyjnych bądź metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta.

²⁸ Przepis ten odnosi się do możliwości przeprowadzenia zabiegu operacyjnego bądź wdrożenia metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta, gdy zwłoka spowodowana procedurą uzyskiwania zastępczej zgody przez przedstawiciela ustawowego lub sąd opiekuńczy groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała bądź ciężkim rozstrojem zdrowia. Rozwiązanie to dotyczy *de lege lata* wyłącznie osób ubezważnowolnionych oraz małoletnich.

lepsze od aktualnego stanu prawnego, gdyż wypełnia pewną lukę prawną w tym istotnym dla społeczeństwa obszarze. Ponadto mamy również chociażby art. 162 k.k., nakazujący udzielanie pomocy osobom znajdującym się w bezpośrednim zagrożeniu życia lub zdrowia w zakresie ciężkiego uszczerbku. Wszak ustawodawca nie uzależnia w tym wypadku obowiązku niesienia takowej pomocy od zgody osoby znajdującej się w takiej sytuacji.

Analizę znamion ustawowych rozpocznę od problematyki przedmiotu ochrony. Biorąc pod uwagę fakt, że przestępstwo to określone jest w rozdziale XXIII, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wolności”, należy stwierdzić, że rodzajowym przedmiotem ochrony jest ogólnie rozumiana wolność. Mając na względzie stopniowość tego pojęcia, trzeba podkreślić, że indywidualnym przedmiotem ochrony jest w tym wypadku wolność w zakresie samostanowienia pacjenta o potrzebie poddania się zabiegowi leczniczemu²⁹. Jak już zostało to wcześniej podkreślone, prawo to ma swoje oparcie w Konstytucji RP (art. 41 ust.1 oraz art. 47). Tradycyjnie w doktrynie prawa karnego wyróżnia się wolność „od czegoś” i wolność „do czegoś”. Ta pierwsza definiowana jest w sposób negatywny (np. wolność od bezprawnego przymusu), przejawem drugiej zaś jest swoboda w zakresie wyboru³⁰. Wydaje się, że art. 192 k.k. chroni oba te aspekty wolności. Przykładem pierwszej jest klasyczny zabieg leczniczy bez zgody pacjenta. Naruszona tu zostaje wolność od przymusu leczenia. Przykładem drugiej jest sytuacja, w której lekarz przedstawia pacjentowi różne, alternatywne metody postępowania, po czym po wyborze przez pacjenta (oczywiście należycie poinformowanego) jednej z nich lekarz bez jego zgody ostatecznie decyduje się na inny wariant. Naruszona w tym wypadku zostaje wolność w zakresie wyboru określonego sposobu leczenia. Bliższa analiza tego zagadnienia nastąpi w rozważaniach na temat warunków legalności zgody na zabieg leczniczy.

Przechodząc do analizy strony przedmiotowej, należy stwierdzić, że czynność wykonawcza polega na wykonaniu zabiegu leczniczego w warunkach braku zgody na takie działanie ze strony pacjenta. Znamiona określające istotę przestępstwa z art. 192 k.k.

²⁹ M. Filar wskazuje, że „Przedmiotem ochrony indywidualnej w art. 192 jest wolność człowieka od wszelkich ograniczeń integralności jego woli co do przyzwolenia na przeprowadzenie wobec niego zabiegów leczniczych”, M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 968; podobnie M. Mozgawa: „Przedmiotem ochrony jest prawo pacjenta do samostanowienia w zakresie poddania się zabiegowi leczniczemu, a prawo to wywodzi się z godności człowieka i jest niezależne od zdolności do czynności prawnych” – M. Mozgawa [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2012, s. 443. Podobnie uważa także T. Bojarski: „Przedmiotem ochrony jest wolność człowieka w zakresie decydowania o poddaniu się leczeniu i sposobach tego leczenia” – T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2008, s. 365.

³⁰ K. Nazar-Gutowska, *Ewolucja ujmowania przestępstw przeciwko wolności w polskich kodeksach karnych*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, pod red. A. Michalskiej-Warias, I. Nowikowskiego, J. Piórkowskiej-Flieger, Lublin 2011, s. 474–475.

wywołują pewne rozbieżności. W pierwszej kolejności zwraca uwagę fakt, iż w polskim systemie prawnym brak jest legalnej definicji pojęcia „zabieg leczniczy”, co stwarza duże trudności interpretacyjne. W piśmiennictwie wyróżnić można w tej mierze dwa podejścia³¹. Jedno z nich, wąskie, sprowadza się do uznawania za zabiegi lecznicze wyłącznie operacyjnych zabiegów leczniczych. Drugie podejście natomiast, mające zdecydowanie większą liczbę przedstawicieli, traktuje jako zabieg leczniczy każde świadczenie o charakterze zdrowotnym. Według T. Bojarskiego szerokie rozumienie tego pojęcia znajduje oparcie w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty, który to akt prawny posługuje się szerokim znaczeniem terminu „świadczenie zdrowotne”, obejmującym czynności medyczne przeprowadzane przez lekarza³². Warto w tym miejscu przytoczyć często cytowaną definicję autorstwa M. Filara, według której „zabiegiem leczniczym w rozumieniu art. 192 k.k. jest każdy zabieg lekarski przybierający formę czynności leczniczej (terapeutycznej) lub 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 poprzez naruszenie jego tkanki cielesnej lub fizycznym inwazyjnym wniknięciem w jego ciało bez naruszania tej tkanki”³³. Nieco węższe znaczenie nadaje terminowi „zabieg leczniczy” T. Dukiet-Nagórska, według której „są to szeroko rozumiane czynności terapeutyczne – a więc służące profilaktyce, diagnozie, terapii lub rehabilitacji – o ile wiążą się one z wykonaniem zabiegu operacyjnego lub zastosowaniem innej metody o podwyższonym ryzyku”³⁴. Być może należałoby się zastanowić nad rozważeniem możliwości wprowadzenia do ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty definicji ustawowej pojęcia „zabieg leczniczy”. Jako punkt wyjścia mogłoby posłużyć cytowane przeze mnie wyżej rozumienie tego terminu przez M. Filara. Biorąc pod uwagę jednak specyfikę tej materii, przy ewentualnym tworzeniu takowej definicji ustawowej należałoby przeprowadzić konsultacje ze środowiskiem lekarzy.

Przedmiotem czynności wykonawczej w przypadku omawianego przestępstwa jest pacjent. W doktrynie słusznie przeważa szeroka interpretacja tego terminu. Pacjentem jest nie tylko osoba chora, ale także osoba zdrowa, która korzysta z różnego rodzaju usług

³¹ M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, *Zabieg leczniczy...*, s. 27.

³² Według T. Bojarskiego zabiegiem leczniczym jest każda czynność lecznicza (świadczenie lekarskie) realizowana na etapie profilaktyki, diagnozy, terapii, rehabilitacji. T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 349.

³³ M. Filar, *Lekarskie prawo...*, s. 247–248.

³⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 23.

medycznych o przykładowo profilaktycznym charakterze³⁵. Potwierdzeniem tego stanowiska może być definicja terminu „pacjent” przyjęta przez Światową Organizację Zdrowia, według której pacjentem jest osoba korzystająca ze świadczeń opieki zdrowotnej niezależnie od tego, czy jest chora, czy jest zdrowa³⁶. Warto zwrócić uwagę, że w polskim systemie prawa również mamy definicję tego pojęcia. Mowa o art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, według którego za pacjenta uważa się osobę zwracającą się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny³⁷.

Kolejnym elementem stanowiącym o istocie przestępstwa z art. 192 k.k. jest brak zgody na zabieg leczniczy ze strony pacjenta. W literaturze przedmiotu można spotkać dwie koncepcje dotyczące charakteru zgody pacjenta. Niektórzy autorzy uważają, że jest ona szczególną formą oświadczenia woli, co w konsekwencji oznacza, że aby była ona skuteczna, musi spełniać określone prawem cywilnym wymogi³⁸. Inni autorzy z kolei są zdania, że zgoda takowa zasadniczo różni się od oświadczenia woli będącego czynnością prawną. Pogląd ten znajduje swoje oparcie w płaszczyźnie teleologicznej. Zauważa się, że zgoda pacjenta jest jedynie wyrazem woli jednostki w zakresie rozporządzania dobrami, o których ma prawo decydować, a nie ma celu zabezpieczenia interesów osób, względem których jest ona kierowana³⁹. Wydaje się, że dodatkowym argumentem przemawiającym za tym stanowiskiem jest fakt, iż ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty przewiduje możliwość współdecydowania osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie o przeprowadzeniu na niej badania lub innego świadczenia zdrowotnego. Nie wchodząc w ten spór, warto zwrócić uwagę na pogląd wyrażony przez T. Dukiet-Nagórską. Według niej zajęcie pierwszego ze stanowisk sprawi, że ocena skuteczności zgody pacjenta będzie rozpatrywana wyjściowo w oparciu o przepisy regulujące skuteczność oświadczeń woli, zajęcie z kolei drugiego ze stanowisk również spowoduje ocenę owej legalności w oparciu o te przepisy, z tą różnicą, że będą one miały swoje zastosowanie nie bezpośrednio, ale na zasadzie analogii⁴⁰.

³⁵ Tak np.: S. Hypś [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, Warszawa 2012, s. 868.

³⁶ Definicja za: K.B. Kozłowska, *Rola i działanie Rzecznika Praw Pacjenta*, [w:] *Uwarunkowania prawne, ekonomiczne i socjologiczne funkcjonowania wybranych systemów ochrony zdrowia*, pod red. T. Mróz, Białystok 2011, s. 109.

³⁷ Dz.U. z 2012 r. poz.159.

³⁸ Tak M. Filar, *Lekarskie prawo...*, s. 249.

³⁹ Tak M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, *Zabieg leczniczy...*, s. 28.

⁴⁰ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta...*, s. 28.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na warunki, jakie musi spełniać wyrażona zgoda dla swojej skuteczności. W poniższych wywodach zaprezentowane zostaną wyłącznie warunki ważności zgody o charakterze ogólnym. Poza ramami tekstu pozostawiam natomiast tzw. warunki szczególne, które pojawiają się niekiedy w kontekście pewnego rodzaju zabiegów takich jak np. przerwanie ciąży bądź też eksperyment medyczny. Materia ta wymagałaby odrębnej, pogłębionej analizy.

Mając na uwadze powyższe oraz powołując się na koncepcję M. Filara, należy wskazać na następujące elementy o charakterze ogólnym, których istnienie warunkuje skuteczność zgody:

- a) osoba, która ogłasza swoją wolę, musi być uprawniona do jej wyrażenia, co oznacza, że osoba taka musi być prawnym dysponentem dóbr prawnych, na ingerencję w które wyraża swoją aprobatę,
- b) czynność będąca treścią zgody nie sprzeciwia się ustawie ani zasadom współżycia społecznego,
- c) zgoda musi być wyrażona świadomie, co oznacza, że jest wyrazem wolnej woli jednostki; nie może ona być wyrażona pod wpływem przymusu, czy to fizycznego, czy psychicznego, ani pod wpływem błędu, czy też w stanie psychicznym uniemożliwiającym jej wyrażenie,
- d) zgoda musi być wyrażona w odpowiedniej formie⁴¹.

W kontekście warunku pierwszego należy stwierdzić, że co do zasady wspomnianym dysponentem jest pacjent, którego zabieg ma dotyczyć. Uprawnienie to uwarunkowane jest posiadaniem zdolności do wyrażania zgody. Na ową zdolność składają się dojrzałość oraz stan psychiczny pacjenta. Przyjmując koncepcję, według której zgoda takowa nie stanowi oświadczenia woli w znaczeniu prawa cywilnego, jestem zdania, że dla bytu tego uprawnienia nie jest konieczne posiadanie przez jednostkę zdolności do czynności prawnych. Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry określa dodatkowo sytuacje, w których pacjent nie ma pełnej zdolności w zakresie wyrażenia zgody na zabieg leczniczy. Wymagana jest wtedy, w zależności od sytuacji, tzw. zgoda zastępcza lub tzw. zgoda kumulatywna⁴². Ze zgodą zastępczą, za którą uznaję zgodę wyrażoną zamiast pacjenta bądź też nawet wbrew jego woli, na gruncie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry mamy do czynienia w sytuacjach

⁴¹ Tak M. Filar, *Lekarskie prawo...*, s. 249.

⁴² M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego...*, s. 506.

określonych w art. 32 ust. 2⁴³, art. 32 ust. 3⁴⁴, art. 32 ust. 4 zdanie 1⁴⁵, art. 32 ust. 6⁴⁶, art. 32 ust. 8⁴⁷ – są to regulacje odnoszące się do zgody na badanie lub przeprowadzenie innego świadczenia zdrowotnego, oraz w art. 34 ust. 3⁴⁸, art. 34 ust. 6⁴⁹ – są to regulacje dotyczące wykonania zabiegu operacyjnego oraz stosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. Ze zgodą kumulatywną, rozumianą jako zgoda wyrażana równocześnie przez samego pacjenta oraz dodatkowo przez jego przedstawiciela, mamy do czynienia w następujących przypadkach określonych w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty: art. 32 ust. 2⁵⁰, art. 32 ust. 5⁵¹ – jeśli chodzi o zgodę na przeprowadzenie badania lub udzielenie innego świadczenia zdrowotnego oraz w art. 34 ust. 4⁵² – w przypadku zgody na zabieg operacyjny albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta. Należy w tym miejscu podkreślić, że zgoda kumulatywna jest jednak w poważny sposób ograniczona. Ograniczenie to wynika z faktu, że w sytuacjach gdy małoletni, który ukończył lat 16, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem sprzeciwia się czynnościom medycznym, zabiegowi operacyjnemu bądź stosowaniu metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej dla niego podwyższone ryzyko, to fakt ten wcale nie przekreśla możliwości legalnego przeprowadzenia takich zabiegów

⁴³ Jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe – zezwolenie sądu opiekuńczego.

⁴⁴ Jeżeli zachodzi potrzeba przeprowadzenia badania osoby, o której mowa w ust. 2, zgodę na przeprowadzenie badania może wyrazić także opiekun faktyczny.

⁴⁵ W przypadku osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej zgodę wyraża przedstawiciel ustawowy tej osoby.

⁴⁶ Jeżeli jednak małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego.

⁴⁷ Jeżeli pacjent, o którym mowa w ust. 2, nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna faktycznego albo porozumienie się z tymi osobami jest niemożliwe, lekarz po przeprowadzeniu badania może przystąpić do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych dopiero po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego, chyba że co innego wynika z przepisów ustawy.

⁴⁸ Lekarz może wykonać zabieg [operacyjny – uwaga autora] lub zastosować metodę, o której mowa w ust. 1 [metoda leczenia lub diagnostyki stwarzająca podwyższone ryzyko dla pacjenta – uwaga autora], wobec pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, po uzyskaniu zgody jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe – po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego.

⁴⁹ Jeżeli przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody nie zgadza się na wykonanie przez lekarza czynności wymienionych w ust. 1, a niezbędnych dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia, lekarz może wykonać takie czynności po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego.

⁵⁰ W przypadku osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej zgodę wyraża przedstawiciel ustawowy tej osoby. Jeżeli osoba taka jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie badania, konieczne jest ponadto uzyskanie zgody tej osoby.

⁵¹ Jeżeli pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest także jego zgoda.

⁵² Jeżeli pacjent ukończył 16 lat, wymagana jest także jego pisemna zgoda.

lecniczych, pod warunkiem jednak uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 6 w zw. z art. 34 ust. 5 ZawLekU).

Drugim wymogiem jest to, aby treść lub cel zabiegu, na który wyrażana jest zgoda, nie sprzeciwiał się ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Niewątpliwie zachowanie lekarza polegające na przeprowadzeniu zabiegu skutkującego uszkodzeniem ciała pacjenta na jego prośbę, motywowaną chęcią uniknięcia służby wojskowej, będzie stanowić czyn sprzeczny z prawem, a tym samym lekarz ten powinien ponieść odpowiedzialność karną z art. 143 § 2 k.k.⁵³ Innym przykładem odpowiedzialności karnej lekarza będzie przeprowadzenie za zgodą pacjenta zabiegu mającego na celu zmianę jego wyglądu, motywowaną chęcią uniknięcia odpowiedzialności karnej za wcześniej popełniony czyn. Lekarz dopuszczający się takiego zachowania odpowie za tzw. poplecznictwo (art. 239 k.k.)⁵⁴. Są to przykłady, które dość często służą zobrazowaniu przełamania tego wymogu⁵⁵.

Trzecim elementem ważności zgody jest to, aby była ona wyrażona w sposób świadomy. Na ową świadomość składa się szereg elementów. Jednym z najważniejszych jest to, aby pacjent przed wyrażeniem zgody był w należyty sposób poinformowany o treści zabiegu leczniczego, jego konieczności, czy też ewentualnych konsekwencjach jego przeprowadzenia bądź też braku wdrożenia. Obowiązek ten ma umocowanie ustawowe. Artykuł 31 ust. 1 ZawLekU stanowi, że „Lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”. Ustęp 4 przewiduje ograniczenie, w myśl którego lekarz, w sytuacjach wyjątkowych, gdy rokowania są niepomysłne dla pacjenta, może ograniczyć zakres udzielanych informacji pacjentowi. Jest on jednak wtedy zobligowany do przekazania tej informacji przedstawicielowi ustawowemu pacjenta lub osobie upoważnionej przez pacjenta. Wydaje się, że jest to słuszne rozwiązanie. Niejednokrotnie w medycynie podkreśla się, że pozytywne myślenie pacjenta ma bardzo duże znaczenie dla skuteczności terapii. Choć z drugiej strony wskazuje się również na wady tej konstrukcji wynikające z tego, że przepis ten daje zbyt dużo swobody lekarzowi w zakresie

⁵³ Tej samej karze [kara pozbawienia wolności do lat 3 – uwaga autora] podlega, kto, w celu ułatwienia innej osobie zwolnienia od obowiązku służby wojskowej albo odroczenia tej służby, za jej zgodą powoduje u niej skutek określony w art. 156 § 1 lub art. 157 § 1 albo w tym celu używa podstępnie dla wprowadzenia w błąd właściwego organu.

⁵⁴ Kto utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności kto sprawcę ukrywa, zacierając ślady przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego albo odbywa za skazanego karę, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

⁵⁵ M. Filar, *Lekarskie prawo...*, s. 260.

oceny faktycznej woli pacjenta, a tym samym może prowadzić do nadużyć w tym zakresie⁵⁶. Pojawiają się również postulaty, aby zastąpić to rozwiązanie wprowadzeniem rozmów w obecności psychologa, wyjaśniających pacjentowi wszystkie aspekty jego stanu zdrowia⁵⁷. Trzeba jednak pamiętać, że na żądanie pacjenta lekarz ma jednak obowiązek udzielenia pełnej informacji na temat jego zdrowia⁵⁸.

Dodatkowo warto wskazać, że obowiązek informowania pacjenta o jego stanie zdrowia wynika również z Kodeksu Etyki Lekarskiej. Artykuł 13 ust. 1 stanowi, że: „Obowiązkiem lekarza jest respektowanie prawa pacjenta do świadomego udziału w podejmowaniu decyzji dotyczących jego zdrowia”. Ponadto ustęp 2 wprowadza wymóg, aby informacja udzielana przez lekarza pacjentowi była przedstawiana w sposób zrozumiały. Należy również zwrócić uwagę na treść art. 16 ust. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej, który stanowi, że lekarz może nie informować pacjenta o jego stanie zdrowia bądź o leczeniu, pod warunkiem że pacjent wyraża takie życzenie.

Na konieczność w zakresie przystępnego informowania pacjenta o kwestiach dotyczących zabiegu wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku z 16 maja 2012 r., w którym stwierdzono, że „Sama aprobata pacjenta dokonania zabiegu, uzyskana w sytuacji braku uprzedniego udzielenia mu przystępnej informacji, nie może być traktowana jako zgoda w rozumieniu art. 32 i 34 ustawy z 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry”⁵⁹.

W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na sytuacje, w których dochodzi do konieczności zmiany, polegającej najczęściej na poszerzeniu zakresu, zabiegu leczniczego pierwotnie objętego zgodą uprawnionego. Przy analizie przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 192 k.k. podkreśliłem, że jednym z aspektów wolności w zakresie autonomii pacjenta do samostanowienia o swoim zdrowiu, bądź nawet życiu, jest wolność do wyboru konkretnej metody leczenia. Wydaje się więc zasadne, że takowa zmiana może prowadzić do odpowiedzialności karnej lekarza z art. 192 k.k. Są jednak ustawowo określone sytuacje, pragmatycznie uzasadnione, w których takowa zmiana zakresu zabiegu leczniczego nie będzie skutkowałą przypisaniem lekarzowi czynu z art. 192 k.k. Mowa o art. 35 ust. 1 ZawLekU, który stanowi, że: „1. Jeżeli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego albo stosowania metody leczniczej lub diagnostycznej wystąpią okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim

⁵⁶ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 269.

⁵⁷ A. Dudzińska, *Wymagana informacja udzielana pacjentowi*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 8, s. 97.

⁵⁸ Stanowi o tym wyraźnie art. 31 ust. 4 *in fine* ZawLekU oraz art. 17 *in fine* Kodeksu Etyki Lekarskiej z 2 stycznia 2004 r.; pełny tekst dokumentu dostępny na stronie: <[www.pznamazowszu.ghost.pl/Kodeks% 20Etyki %20Lekarskiej.pdf](http://www.pznamazowszu.ghost.pl/Kodeks%20Etyki%20Lekarskiej.pdf)>.

⁵⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2012 r., sygn. III CSK 227/11, Biul. SN 2012, nr 7, poz. 13.

uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, lekarz ma prawo, bez uzyskania tej zgody, zmienić zakres zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki w sposób umożliwiający uwzględnienie tych okoliczności. W takim przypadku lekarz ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności”. Ustęp 2 nakłada na lekarza dodatkowo obowiązek poczynienia odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej oraz poinformowanie o wdrożeniu takiej zmiany pacjenta, przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo sąd opiekuńczy. W literaturze przedmiotu panuje pogląd, że w przypadku rozszerzenia treści zabiegu leczniczego pierwotnie wyrażona zgoda legalizuje takową zmianę w dwóch wypadkach:

- a) gdy rozszerzenie zabiegu nie stanowi większego ryzyka dla pacjenta i jednocześnie nie odnosi się do organów szczególnie ważnych,
- b) gdy zabieg dotyczy szczególnie ważnych organów, bądź też związany jest ze wzmocnionym ryzykiem dla pacjenta, poszerzenie jego zakresu możliwe jest po spełnieniu warunków z art. 35 ust. 1 ZawLekU⁶⁰.

Również orzecznictwo zdaje się opierać na podobnym stanowisku⁶¹.

Zgoda, dla swej ważności, musi być wyrażona przez podmiot uprawniony w sposób dobrowolny. Wykluczone jest stosowanie wobec uprawnionego form przymusu fizycznego czy też psychicznego. W kontekście tego drugiego należy jednak stwierdzić, że perswazja ze strony lekarza, czy też innych osób, które mają na względzie dobro pacjenta, jest w tych wypadkach dopuszczalna. Zgoda wyrażona w takich okolicznościach powinna być traktowana jako wyrażona dobrowolnie, pod warunkiem że forma perswazji mieści się w społecznie akceptowanych ramach i nie wypełnia znamion któregoś z czynów zabronionych (np. przestępstwa określonego w art. 191 § 1 k.k.⁶²).

Czwartym ogólnym wymogiem dla skuteczności zgody jest jej odpowiednia forma. Zgodnie z art. 32 ust. 7 ZawLekU zgoda przez osobę uprawnioną może być wyrażona ustnie

⁶⁰ M. Filar, *Lekarskie prawo...*, s. 270.

⁶¹ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 29 grudnia 1969 r. (II CR 551/69, OSPiKA 1970, z. 11, poz. 224): „Jeżeli lekarz operujący stwierdził po otwarciu jamy brzusznej inny stan rzeczy, niż wynikał z badań klinicznych, może on w pewnych przypadkach przekroczyć zakres zgody na zabieg udzielonej przez pacjenta. Może to jednak nastąpić tylko w wypadkach szczególnych, gdy nieprzeprowadzenie koniecznego zabiegu groziłoby życiu pacjenta, albo gdy chodzi o nieznaczną, a niezbędną korekturę projektowanego zabiegu”. Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19 lutego 2008 r. (I ACA 34/08), w którym stwierdzono: „Bezprawne poszerzenie operacji cesarskiego cięcia poprzez podwiązanie jajowodów stanowi uszkodzenie ciała. Zdolność prokreacji jest fizjologią każdego człowieka, a pozbawienie tej zdolności stanowi swojego rodzaju antykoncepcję, która może nie być przez daną osobę akceptowana. Bez znaczenia dla bezprawności działania jest fakt, że kolejna ciąża stanowiłaby zagrożenie dla życia kobiety”.

⁶² Przepis ten stanowi: „Kto stosuje przemoc wobec osoby lub groźbę bezprawną w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

bądź też poprzez podjęcie takich czynności, które jednoznacznie świadczą o aprobachie w zakresie poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom medycznym (tzw. zgoda *per facta concludentia*). W przypadku zabiegów operacyjnych oraz metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko mamy do czynienia z obostrzeniem polegającym na konieczności uzyskania zgody uprawnionego mającej formę pisemną. Wątpliwości budzi kwestia, czy wymóg formy pisemnej ma charakter wymogu *ad probationem* (tj. wyłącznie dla celów dowodowych), czy też *ad solemnitatem* (tj. przesądza o prawnej skuteczności zgody). M. Filar opowiada się za drugim ze stanowisk, twierdząc, że brak pisemnej formy zgody powoduje jej nieważność. Uzasadnia to wagą materii, której zgoda dotyczy, oraz tym, że ustawa stanowi wyraźnie o wymogu pisemnej zgody⁶³. Odmienne zdanie w tej kwestii zajmuje T. Dukiet-Nagórska, która uważa, że niedochowanie formy pisemnej w tym wypadku nie przekreśla skuteczności zgody⁶⁴. Uzasadnieniem tej tezy jest art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Wydaje się, że przepis ten powinien znaleźć zastosowanie w rozpatrywanym przypadku. Żaden z przepisów określających zgodę uprawnionego podmiotu na zabieg operacyjny bądź też na wdrożenie metody leczenia lub diagnostyki wiążącej się z podwyższonym ryzykiem dla pacjenta nie zastrzega rygoru nieważności takowej zgody w przypadku niedochowania formy pisemnej. Podobne stanowisko zostało wyrażone w orzecznictwie. W wyroku z dnia 8 lipca 2010 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Przyjmując za dopuszczalne traktowanie tzw. zgody uświadomionej, przewidzianej w art. 34 ust. 1 ustawy z 1996 r. o zawodzie lekarza i dentysty jako oświadczenia woli, uznać należy, że zastrzeżenie formy pisemnej bez wskazania rygoru jej niezachowania powoduje jedynie konsekwencje przewidziane w art. 74 k.c., a zatem ograniczenia o charakterze dowodowym, lecz nie pozbawia zgody, nawet wyrażonej bez zachowania wskazanej formy, skuteczności prawnej. Tym bardziej nie można uznać, że nieskuteczna jest zgoda wyrażona na piśmie w formie podpisanego druku, choćby druk ten nie został wypełniony w sposób umożliwiający identyfikację zabiegu objętego zgodą. W tym wypadku przedmiot zgody podlega dowodzeniu wszelkimi środkami dowodowymi (art. 74 § 2 k.c.). Natomiast informacja zapewniająca pacjentowi warunki do wyrażenia zgody uświadomionej nie wymaga formy pisemnej”⁶⁵.

⁶³ M. Filar, *Lekarskie prawo...*, s. 274–275.

⁶⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta...*, s. 86–87.

⁶⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt II CSK 117/10, LEX nr 602677.

Kolejną kwestią wymagającą zasygnalizowania jest to, że ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry zawiera również rozwiązania dopuszczające przeprowadzenie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta lub innych podmiotów uprawnionych do jej wyrażenia. Zaistnienie określonych prawem okoliczności, o których niżej, powoduje brak odpowiedzialności karnej lekarza w oparciu o art. 192 k.k. Warunki, które muszą zostać spełnione, zależą od rodzaju zabiegu. W przypadku zabiegów innych niż zabiegi operacyjne lub metody leczenia czy diagnostyki stwarzające podwyższone ryzyko dla pacjenta lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innego świadczenia zdrowotnego bez zgody podmiotu uprawnionego, jeżeli pacjent wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan jego zdrowia lub wiek nie może wyrazić on zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym (art. 33 ust. 1 ZawLekU). Decyzję taką, w miarę możliwości, lekarz powinien skonsultować z innym lekarzem. Ponadto okoliczności te powinny zostać odnotowane w dokumentacji medycznej pacjenta. Nieco inaczej przedstawiają się warunki zgodnego z prawem przeprowadzenia bez wymaganej zgody zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki o podwyższonym ryzyku dla pacjenta. Kwestie te określa art. 34 ust. 7 ZawLekU, zgodnie z którym lekarz może wykonać tego rodzaju czynności bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. W takim przypadku lekarz ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności. O wykonywanych czynnościach lekarz niezwłocznie zawiadamia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sąd opiekuńczy. Natomiast zgodnie z art. 34 ust. 8 ZawLekU o okolicznościach tych lekarz informuje pacjenta oraz jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo sąd opiekuńczy, a także dokonuje odpowiedniej adnotacji wraz z uzasadnieniem w dokumentacji medycznej.

Na zakończenie omawiania strony przedmiotowej przestępstwa z art. 192 k.k. trzeba również podkreślić, że polskie prawo przewiduje również przypadki tzw. przymusowego leczenia. Materia ta, choć ściśle związana z poruszonymi przeze mnie zagadnieniami, zostanie tu wyłącznie zasygnalizowana poprzez wskazanie aktów prawnych przewidujących odstępstwo od zasady autonomii woli pacjenta. Za M. Mozgawą⁶⁶ należy wymienić:

⁶⁶ M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego...*, s. 517–518.

- a) Ustawę o ochronie zdrowia psychicznego z 19 sierpnia 1994 r.⁶⁷,
- b) Ustawę o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi z 5 grudnia 2008 r.⁶⁸,
- c) Ustawę o powszechnym obowiązku obrony z 21 listopada 1967 r.⁶⁹,
- d) Ustawę o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z 26 października 1982 r.⁷⁰,
- e) Kodeks postępowania karnego (art. 74 ust. 2)⁷¹,
- f) Kodeks karny wykonawczy (art. 118 § 2)⁷².

⁶⁷ Dz.U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1375; chodzi o art. 21 ust. 1 mówiący, że osoba, której zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, może być poddana badaniu psychiatrycznemu również bez jej zgody, a osoba małoletnia lub ubezwłasnowolniona całkowicie – także bez zgody jej przedstawiciela ustawowego, ponadto art. 23 ust 1 stanowi, że osoba chora psychicznie może być przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez zgody wymaganej w art. 22 (art. ten przewiduje, że przyjęcie do szpitala psychiatrycznego następuje za pisemną zgodą osoby uprawnionej – uwaga Autora) tylko wtedy, gdy jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Duże znaczenie w tym zakresie mają jeszcze dodatkowo art. 24, zgodnie z którym osoba, której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest ona chora psychicznie, może być przyjęta bez zgody wymaganej w art. 22 do szpitala w celu wyjaśnienia tych wątpliwości, a także art. 29 ust. 1, który stanowi, że do szpitala psychiatrycznego może być również przyjęta bez zgody określonej w art. 22 osoba chora psychicznie, której dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego, bądź też która jest niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia.

⁶⁸ Dz.U. z 2013 r. poz. 947; chodzi głównie o art. 5 ust 1 tej ustawy, w myśl którego osoby przebywające na terytorium RP są obowiązane, na zasadach określonych w tej ustawie, do poddawania się m.in.: zabiegom sanitarnym, szczepieniom ochronnym, badaniom sanitarno-epidemiologicznym, w tym również postępowaniu mającemu na celu pobranie lub dostarczenie materiału do tych badań, kwarantannie, leczeniu, hospitalizacji, izolacji.

⁶⁹ Dz.U. z 2015 r. poz. 144; art. 26 ust. 1 stanowi, że określenie zdolności do czynnej służby wojskowej osób stawiających się do kwalifikacji wojskowej należy do powiatowych i wojewódzkich komisji lekarskich, z zastrzeżeniem art. 29 ust. 1, natomiast zgodnie z ust. 1a w ramach czynności, o których mowa w ust. 1, osoby stawiające się do kwalifikacji wojskowej poddaje się obowiązkowym badaniom lekarskim, a także, stosownie do potrzeb i według decyzji przewodniczącego komisji lekarskiej, badaniom specjalistycznym, w tym psychologicznym, oraz obserwacji szpitalnej.

⁷⁰ Dz.U. z 2012 r. poz. 1356; art. 26 tej ustawy umożliwia zobowiązanie osób, które w związku z nadużywaniem alkoholu powodują rozkład życia rodzinnego, demoralizację małoletnich, uchylają się od pracy albo systematycznie zakłócają spokój lub porządek publiczny, do poddania się leczeniu w stacjonarnym lub niestacjonarnym zakładzie leczenia odwykowego.

⁷¹ Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555; art. ten stanowi, że oskarżony jest obowiązany poddać się:

a) oględzinom zewnętrznym ciała oraz innym badaniom niepołączonym z naruszeniem integralności ciała; wolno także w szczególności od oskarżonego pobrać odciski, fotografować go oraz okazać w celach rozpoznawczych innym osobom;

b) badaniom psychologicznym i psychiatrycznym oraz badaniom połączonym z dokonaniem zabiegów na jego ciele, z wyjątkiem chirurgicznych, pod warunkiem że dokonywane są przez uprawnionego do tego pracownika służby zdrowia z zachowaniem wskazań wiedzy lekarskiej i nie zagrażają zdrowiu oskarżonego, jeżeli przeprowadzenie tych badań jest nieodzowne; w szczególności oskarżony jest obowiązany przy zachowaniu tych warunków poddać się pobraniu krwi, włosów lub wydzielin organizmu, z zastrzeżeniem pkt 3;

c) pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze słuzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób.

Wskazując na podmiot przestępstwa z art. 192 k.k., trzeba zaakcentować dwa odmienne stanowiska w tej materii. Według pierwszego ujęcia sprawcą czynu zabronionego z art. 192 k.k. może być tylko osoba uprawniona do wykonywania czynności leczniczych (najczęściej będzie nią lekarz, ale również felczer, czy też w niektórych przypadkach pielęgniarka). A. Marek uzasadniał tę tezę w oparciu o zastosowane znamiona ustawowe tego przestępstwa: „pacjent” oraz „zabieg leczniczy”. Autor ten wskazywał dodatkowo, że poszerzenie zakresu zastosowania tego przepisu (w kontekście podmiotu) wymagałoby zastąpienia znamienia określonego jako „pacjent” sformułowaniem „osoba poddana zabiegowi”⁷³. Podobną interpretację prezentują też inni przedstawiciele doktryny⁷⁴. Odmienne stanowisko zajmuje M. Filar⁷⁵. Według niego podmiotem tego przestępstwa może być każdy, kto podejmuje się przeprowadzenia zabiegu o charakterze leczniczym, bez względu na to, czy jest on do tego uprawniony na podstawie przepisów szczególnych. Uzasadnieniem tego poglądu jest fakt, że osoby nieuprawnione, w sytuacji gdy podejmują się przeprowadzenia zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, pozostawałyby w lepszej sytuacji niż osoby do tego uprawnione. Narażałyby się one w zasadzie wyłącznie na odpowiedzialność wykroczeniową z art. 58 ust. 1 ZawLekU, bądź też ewentualnie na odpowiedzialność za przestępstwo określone w ust. 2 tej ustawy⁷⁶. Jednak mając na uwadze aktualne brzmienie przepisu, należałoby się skłonić raczej ku drugiemu ze stanowisk. Skoro ustawodawca w treści art. 192 k.k. posługuje się zaimkiem „kto” bez bliższego doprecyzowania podmiotu, to należy sądzić, że mamy do czynienia z przestępstwem powszechnym. Powołanie kwalifikacji kumulatywnej art. 58 ust. 2 ZawLekU z art. 192 k.k. w sytuacji, gdy osoba nieuprawniona dokonuje zabiegu o charakterze leczniczym bez zgody pacjenta, wydaje się pełniej odzwierciedlać zaistniały stan faktyczny⁷⁷. Być może jednak, mając na celu zażegnanie tego sporu, należałoby się zastanowić nad zmianą treści przepisu w zakresie podmiotu przestępstwa. Wprowadzenie określenia „Kto, mając

⁷² Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557; w myśl tego przepisu w wypadku gdy życiu skazanego grozi poważne niebezpieczeństwo, stwierdzone co najmniej przez dwóch lekarzy, można dokonać koniecznego zabiegu lekarskiego, nie wyłączając chirurgicznego, nawet mimo sprzeciwu skazanego.

⁷³ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 442.

⁷⁴ Podobnie uważa m.in.: M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego...*, s. 519; także T. Bojarski, *Kodeks karny...*, s. 350.

⁷⁵ M. Filar, *Kodeks karny...*, s. 969.

⁷⁶ Art. 58 brzmi: 1. Kto bez uprawnień udziela świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu, podlega karze grzywny.

2. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo wprowadza w błąd co do posiadania takiego uprawnienia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

3. Postępowanie w sprawach, o których mowa w ust. 1, toczy się według przepisów Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

⁷⁷ Zob. też A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 558.

odpowiednie uprawnienia, wykonuje [...]” rozstrzygnęłoby tę kwestię. Jasnym stałoby się, że sprawcą tego czynu mógłby być najczęściej lekarz, a w przypadku niektórych prostszych zabiegów również felczer, względnie pielęgniarka.

Wskazując na stronę podmiotową, podkreślić należy, że przestępstwo z art. 192 k.k. jest przestępstwem umyślnym. Możliwe jest przyjęcie wystąpienia zarówno zamiaru bezpośredniego, jak i zamiaru ewentualnego⁷⁸. Przy czym należy zauważyć, że zamiar ewentualny w zasadzie może odnosić się wyłącznie do elementu braku zgody. Wydaje się, że podjęcie samego zabiegu, ze względu na jego leczniczy charakter, wymaga zaistnienia zamiaru bezpośredniego, tzn. sprawca musi być nastawiony na osiągnięcie celu leczniczego⁷⁹. Stąd też należy przypuszczać, że ustawowy kształt tego czynu w zakresie zawinienia pozwala nam również na przyjęcie możliwości wystąpienia, przywoływanej czasem w doktrynie, konstrukcji zamiaru quasi-ewentualnego, gdzie część znamion objęta jest zamiarem bezpośrednim, a część zamiarem ewentualnym. Otóż sprawca wykonuje zabieg leczniczy – i to jest objęte jego zamiarem bezpośrednim, natomiast w zakresie braku zgody na takowe działanie ma on co do tego świadomość i jednocześnie godzi się na taki stan rzeczy.

Karami grozącymi za omawiany typ przestępstwa są: kara grzywny (od 10 do 540 stawek dziennych), kara ograniczenia wolności (w wymiarze od miesiąca do 12 miesięcy) oraz kara pozbawienia wolności (od 1 miesiąca do 2 lat). Z tego względu czyn ten ma status występku. Wykonanie wymierzonej kary może zostać, po spełnieniu wymogów przewidzianych w art. 69 k.k., warunkowo zawieszona; w przypadku zawieszenia wykonania kary grzywny lub kary ograniczenia wolności okres próby wynosi od roku do lat 3, natomiast w przypadku kary pozbawienia wolności okres próby wynosi od 2 do 5 lat. Z uwagi na to, że zagrożenie karą pozbawienia wolności nie przekracza 3 lat, możliwe jest zastosowanie wobec sprawcy czynu z art. 192 k.k. instytucji warunkowego umorzenia postępowania (po spełnieniu pozostałych warunków określonych w art. 66 k.k.). W przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary sąd odstępuje od wymierzenia kary i poprzestaje na orzeczeniu środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2–8 k.k. Odstąpienie od wymierzenia kary i poprzestanie na zastosowaniu jedynie środka karnego może również nastąpić na podstawie art. 59 k.k. (a więc w sytuacjach, gdy społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, a cele kary zostaną spełnione przez zastosowany środek karny).

Co do środków karnych mogących mieć zastosowanie w przypadku popełnienia tego przestępstwa należy wymienić: obowiązek naprawienia szkody, zakaz wykonywania

⁷⁸ M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, *Zabieg leczniczy...*, s. 47.

⁷⁹ Podobnie T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia zgody...*, s. 158.

określonego zawodu (np. lekarza, pielęgniarki) lub zajmowania określonego stanowiska (np. ordynatora szpitala), czy też podanie wyroku do publicznej wiadomości.

Pamiętać również należy, że przestępstwo to jest objęte bezwzględnie wnioskowym trybem ścigania, co oznacza, że dla wszczęcia postępowania wymagane jest złożenie wniosku o ściganie przez osobę uprawnioną. Z chwilą złożenia wniosku postępowanie toczy się z urzędu. Wydaje się, że jest to słuszne rozwiązanie, gdyż uwzględnia sytuacje, w których pacjent nie wyraził zgody na zabieg, ale po jego przeprowadzeniu uznał, że zabieg ten był jednak potrzebny. Oczywiście wyrażenie takowej zgody *ex post* nie prowadzi do legalizacji samego zabiegu, ale znajdzie swoje odbicie w niewniesieniu wniosku o ściganie, a tym samym, ze względu na zaistnienie przeszkody procesowej (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.), spowoduje brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby, która zabieg taki przeprowadziła.

Oczywiście możliwe jest cofnięcie wniosku. W postępowaniu przygotowawczym następuje ono za zgodą prokuratora, natomiast w postępowaniu sądowym za zgodą sądu, ale tylko do rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie. Ponowne złożenie wniosku jest niedopuszczalne.

Warto parę słów poświęcić również problematyce zbiegu przepisów. Wydaje się, że w aktualnym stanie prawnym możliwy jest zbieg przepisu art. 192 k.k. z art. 58 § 1 lub 2 *ZawLekU* w sytuacji, gdy zabieg leczniczy bez zgody pacjenta został przeprowadzony przez osobę nieuprawnioną. Odmienne zdanie prezentuje w tej kwestii M. Mozgawa, co jest wynikiem traktowania tego przestępstwa jako przestępstwa indywidualnego⁸⁰. Możliwy jest także zbieg przepisu art. 192 k.k. z odpowiednim przepisem statuującym materialne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, pod warunkiem jednak, że skutek takowy byłby wynikiem zawinionego przez lekarza naruszenia zasad sztuki lekarskiej⁸¹. Ponadto możliwy jest zbieg z przepisem art. 217 § 1 k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej), art. 191 § 1 k.k. (zmuszanie – w sytuacji gdy pacjent został zmuszony do poddania się zabiegowi leczniczemu poprzez stosowanie wobec niego przemocy lub groźby bezprawnej). Wskazuje się również na możliwość zaistnienia zbiegu z art. 197 § 1 lub 2 k.k. w sytuacji, gdy sprawca wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, a przy okazji dopuszcza się wobec niego obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej (np. w trakcie badania ginekologicznego)⁸².

⁸⁰ M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego...*, s. 521.

⁸¹ M. Filar, *Kodeks karny...*, s. 970.

⁸² M. Mozgawa [w:] *System prawa karnego...*, s. 521.

Warto także przyjrzeć się statystykom dotyczącym stosowania art. 192 k.k.⁸³ Otóż zwraca uwagę bardzo mała liczba wszczynanych postępowań w oparciu o tę kwalifikację. Jak wynika ze statystyk policyjnych, w 2013 r. wszczęto zaledwie 5 takich postępowań, przy czym nie stwierdzono ostatecznie żadnego przestępstwa. Podobna sytuacja miała miejsce w latach wcześniejszych; w okresie od 2001 do 2012 roku liczba wszczynanych postępowań wahała się rokrocznie w granicach 6–8, natomiast liczba stwierdzonych przestępstw oscylowała w granicach od 1 do 7 w skali roku. Dane te pozwalają, jak sądzę, na postawienie hipotezy, że w przypadku czynu określonego w art. 192 k.k. możemy mieć do czynienia z dużą ilością tzw. ciemnej liczby przestępstw. Wydaje się również, że bezwzględnie wnioskowy charakter tego przestępstwa także ma wpływ na taki stan rzeczy.

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że wprowadzenie do Kodeksu karnego art. 192, penalizującego wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, było słusznym rozwiązaniem. Ustawowy kształt tego czynu może co prawda wywoływać pewne wątpliwości, przy czym mają one raczej charakter doktrynalny, chociaż wspomniany przeze mnie brak definicji ustawowej terminu „zabieg leczniczy” może mieć istotny wpływ na określenie sfery penalizacji wyrażonej w art. 192 k.k.

Zagrożenie karą wydaje się adekwatne do zgeneralizowanego stopnia społecznej szkodliwości tego rodzaju czynów. Pozytywnie należy również ocenić tryb ścigania tego przestępstwa, gdyż możliwe są sytuacje, w których pacjent początkowo nie wyrażał zgody na zabieg, a dopiero po jego przeprowadzeniu uznał, że zgody takowej powinien jednak wcześniej udzielić. Nie wnosząc wniosku o ściganie, nie narazi tym samym na odpowiedzialność karną lekarza. Pewne zastrzeżenia jednak zdają się pojawiać w korespondującej z art. 192 k.k. ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Stąd też proponowany postulat odnoszący się do ewentualnego rozważenia wprowadzenia do tego aktu prawnego nowego rozwiązania (ust. 7a w art. 34 ZawLekU).

ABSTRACT

The article discusses the problems connected with the offence of performing a medical procedure without the patient's consent (art. 192 of the Polish criminal code). The author stresses the fact that this offence has had no predecessor in the earlier Polish criminal codes and describes the consequences of it. He also discusses the admissibility of the doctor's appeal to necessity when the patient does not consent to a life-saving medical procedure. Then the

⁸³ Statystyki policyjne dostępne pod adresem: <<http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-4/63487,Zabieg-leczniczy-art-192.html>> [dostęp: 20 lutego 2015 r.].

author presents the statutory features of the offence described by art. 192, paying special attention to the requirements connected with the legally valid consent. Next the issue of appropriate criminal sanctions for the offender is discussed, as well as the problem of the concurrence of provisions. Statistical data referring to the discussed offence are also presented.