

Maria Boratyńska, Zakład Medycyny Sądowej WUM
temat wprowadzający: "**Proszę mnie przepuścić: jestem lekarzem.**"
O kontratybie czynności leczniczej

(To nie ja jestem autorem poniższego zestawienia.)

KWALIFIKACJA KARNA OBRAŻEŃ

pozbawienie zdolności płodzenia

- u kobiet w okresie rozrodczym jest to niezdolność zajścia w ciążę, donoszenia, urodzenia drogami naturalnymi i wykarmienia dziecka, (dwa ostatnie są to kryteria względne)
- u mężczyzn - niezależnie od wieku - niezdolność do zapłodnienia i odbywania stosunków płciowych

Kontratyp – okoliczność wyłączająca bezprawność czynu. Przy jej zaistnieniu działanie, które literalnie wypełnia znamiona (cechy) czynu zabronionego (przestępstwa), nie stanowi przestępstwa.

Wiele zależy więc od tego, w jakich okolicznościach doszło do spowodowania obrażeń.

Obrażenia mogą zostać spowodowane różnymi przyczynami:

- wypadkiem (do pewnego stopnia) losowym: niesławne zawalenie się hali katowickiej podczas wystawy gołębi, podczas którego pewien młody mężczyzna doznał zmiążdżenia nogi i rozległych obrażeń z uszkodzeniem korzenia penisa włącznie;
- spowodowane przez osobę niebędącą lekarzem (kraksa samochodowa, katastrofa kolejowa np. pod Szczekocinami),
- celowym działaniem zwyrodniałego sprawcy (jakiś Kuba Rozpruwacz odrąbujący kobietom piersi),
- nieudanym zabiegiem kosmetycznym (operacja powiększająca penis),
- nieudolnym obrzezaniem (kazuś Davida Reimera – chłopiec w wieku 7 miesięcy doznał z tej okazji zwęglenia penisa);
- **zabiegiem leczniczym.**

Niezależnie od przyczyny skutki mogą być obiektywnie takie same, czy to laparotomia, czy *seppuku* (zwane prostacko *harakiri*) czy napaść z nożem w ciemnym zaułku.

Nie będzie natomiast jednakowa kwalifikacja prawna z punktu widzenia odpowiedzialności karnej, odszkodowawczej ani dyscyplinarnej (zawodowej).

Przed wszystkim: do odpowiedzialności za czyny własne prowadzi tylko zachowanie ZAWINIONE.

Liczy się przy tym kwalifikacja, jakie dobro prawne pokrzywdzonego było objęte *intencją* naruszenia przez sprawcę. Lekarz z reguły nie nastaje ani na życie, ani na zdrowie pacjenta, więc z przytłaczającej większości nielicznych w sumie spraw karnych z lekarzami jako oskarżonymi **czyn przypisany** w wyroku skazującym zdefiniowany jest jako nieumyślne

narażenie na niebezpieczeństwo:

Kodeks karny:

Art. 160. § 1. Kto [umyślnie] naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu,

podlega karze pozbawienia wolności **do lat 3.**

§ 2. Jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa **nieumyślnie**, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności **do roku.**

§ 4. **Nie podlega karze** za przestępstwo określone w § 1–3 sprawca, **który dobrowolnie uchylił** grożące niebezpieczeństwo.

§ 5. Ściganie przestępstwa określonego w § 3 następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Po drugie: zabieg medyczny o charakterze leczniczym, jeśli wykonany zgodnie z pozostałymi przesłankami legalizującymi, nie będzie stanowić przestępstwa, choćby jego następstwa były nie wiadomo jak fatalne.

Czynność fachowa wykonana przez lekarza w celu leczniczym nie może być co do zasady traktowana na równi z popełnieniem przestępstwa uszkodzenia ciała, choć może być za nie uznana w razie niezachowania przesłanek legalizujących działanie w takich okolicznościach.

Czynność medyczna zawsze pociąga za sobą potrzebę wagi zysku z uszczerbkiem, a co najmniej szans i ryzyk dla dóbr prawnych oraz interesów pacjenta. Podejmowanie decyzji klinicznej odbywa się niemal zawsze przy niepewności rezultatu, a często w sytuacji wymagającej pośpiechu. Według słów znanego chirurga:

„W grze o najwyższą stawkę pozwalamy sobie na niesłuchanie wiele. Szpikujemy pacjentów lekami, wbijamy w nich igły i wkładamy rurki, usypiamy ich i zaglądamy im do wnętrza, naruszamy równowagę chemiczną, biologiczną i fizyczną organizmu. Wszystko to robimy, trwając w niewzruszonym przekonaniu o naszych lekarskich kompetencjach. (...) Informacje często bywają niewystarczające, a dane naukowe dwuznaczne, ludzka pamięć jest zawodna, a umiejętności zawsze niedoskonałe. Nawet przy najprostszym zabiegu nie można zagwarantować, że w jego wyniku stan pacjenta się poprawi; czasami nie ma nawet gwarancji, że pacjent przeżyje.”

(A. Gawande, *Komplikacje. Zapiski chirurga o niedoskonałej nauce*), s. 12 i 25)

Zazwyczaj naruszeniu podlega kilka prawnie chronionych dóbr pacjenta, **których żadnej osobie innej niż lekarz nie byłoby wolno naruszać**: nietykalność cielesna, nienaruszalność fizyczna, szeroko rozumiane zdrowie - w sensie stanu w punkcie wyjścia do zabiegu, po którym pacjent może wyjść pocięty (choć potem pozszywany), niekompletny, skłuty, zatruty, obolały i otumaniony. Ich katalog zależy od konkretnego przypadku klinicznego, podobnie jak katalog dóbr ratowanych.

Jednak **gdy okaże się, iż cel zdrowotny opieki ustał albo nigdy go nie było – pozostaje naruszenie dóbr prawnych na zasadach ogólnych**, obwarowane właściwymi sankcjami.

Dlatego **czynność medyczna zawsze wymaga uzasadnienia przez cel**, a to sprowadza się do **istnienia okoliczności usprawiedliwiających** np. rozcinanie pacjentowi brzucha, zagładanie tam i wypruwanie flaków.

Każdy inny (poczytalny) sprawca na miejscu lekarza poszedłby za to siedzieć bez

słuchania żadnych tłumaczeń.

Kontratypowa koncepcja czynności leczniczej

W charakterze przesłanek kontratypu, czyli legalizujących czynności leczniczą, wymienia się:

- 1) **cel leczniczy**,
- 2) wykonanie czynności **zgodnie z aktualnym stanem wiedzy i należyłą starannością** („*lege artis*”),
- 3) **zgoda własną pacjenta lub zastępczą** (o ile ustawa nie przewiduje wyjątku),
- 4) posiadanie przez wykonawcę **kwalifikacji fachowych potwierdzonych formalnie**.

Czynność lecznicza nie ma jednej, zwartej definicji i stanowi jakby *patchwork* zszyty z części rozproszonych po systemie prawnym. Warunek celu leczniczego nie wynika *explicite* z żadnych przepisów; wymóg staranności określa ustawa lekarska, ustawa o prawach pacjenta oraz Kodeks Etyki Lekarskiej. Z tych samych aktów wynika zasada, że czynność lecznicza musi być poprzedzona zgodą pacjenta (mająca podstawowe oparcie w Konstytucji RP), ale wyjątki od niej są określone w jeszcze innych aktach prawnych, częściowo „pozamedycznych”, wreszcie - wymóg posiadania przez leczącego odpowiednich kompetencji potwierdzonych formalnie daje się wywnioskować tylko z treści art. 58 u.z.l.:

Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty

Art. 58. 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.

Przesłanki czynności leczniczej stanowią **warunki jej poprawności, dopuszczalności**, a ponadto jeszcze warunki kontratypu. **Konkretna czynność lecznicza powinna być wykonywana w zgodzie z nimi także wówczas, gdy nie realizuje znamion żadnego typu czynu zabronionego.**

Stwierdzenie to ma znaczenie praktyczne w odniesieniu do wymogu staranności: czynność lecznicza niestaranna może ze względu na kontekst sytuacyjny nie wyrządzać szkód zdrowotnych, a nawet nie stwarzać żadnego ich ryzyka¹. Nie stanowi wówczas przestępstwa przeciwko zdrowiu ani też deliktu prawa cywilnego, sama czynność może być jednak określona jako abstrakcyjnie wadliwa pod względem prawnym. Jeśli jej wykonawcą był lekarz lub inny profesjonalista objęty ustawowym reżimem odpowiedzialności zawodowej, w grę wchodzi jeszcze skazanie za **przewinienie zawodowe**.

Natomiast w zestawieniu z czynem zabronionym lub z zachowaniem wyrządzającym szkodę cywilną - spełnienie przesłanek czynności leczniczej działa kontratypowo, tj. wyklucza obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością.

Gdy wszystkie te warunki konieczne zostaną spełnione łącznie, nie ma przestępstwa ani naruszenia porządku prawnego, natomiast gdy zabraknie choćby jednego – czyn pozostaje bezprawiem (i jest, być może, przestępstwem).

¹ Przykład niech stanowi niepoprawne zinterpretowanie pewnego faktu (np. wyniku badania dodatkowego) przy stawianiu rozpoznania, które nie wpłynęło na ostateczną treść diagnozy.

W przypadku czynności leczniczej **sens prawny poszczególnych przesłanek nie jest taki sam** i niespełnienie każdej z nich może mieć inne znaczenie dla odpowiedzialności. Co więcej, znaczenie to może być różne dla prawa karnego, cywilnego i odpowiedzialności zawodowej.

1) **Cel leczniczy** ma **znaczenie różnicujące**: działanie medyczne, które nie jest podjęte w celu leczniczym, nie stanowi czynności leczniczej. Nie wynika z tego żaden dalszy wniosek co do jego zgodności albo sprzeczności z prawem.

Czynność z użyciem technik właściwych medycynie, a **niemająca celu leczniczego**, może być **świadctwem zdrowotnym innego rodzaju** (przy tym spełniającym właściwe mu warunki ustawowe albo też nie – np. pobranie do przeszczepu), może być działaniem medycznym niemającym szczególnej regulacji ustawowej, lecz dopuszczalnym na ogólnych zasadach systemowych (jak czynności kosmetyczne), wreszcie – działaniem medycznym zabronionym (np. zabójstwo eutanatyczne przez celowe podanie śmiertelnej dawki leku, np. niesławnego pavalonu).

Cel leczniczy stanowi **okoliczność legalizującą działanie**, z tym że na polu działalności medycznej możliwe są jak widać także inne okoliczności legalizujące.

Jeśli jednak **nie zachodzi żadna spośród tych okoliczności legalizujących** (np. cel kosmetyczny, podstawa prawna z ustawy transplantacyjnej albo z ustawy o planowaniu rodziny, jak przy przerwaniu ciąży ze zgwałcenia) – **interwencja w organizm pozbawiona celu leczniczego równa się przestępstwu uszkodzeniu ciała**.

2) **Uchybienie prawidłom wiedzy medycznej i należytej staranności**, jeśli zawinione, pociąga za sobą odpowiedzialność cywilną za szkody i krzywdy w ten sposób wyrządzone. Niedochowanie należytej staranności jest wykładane jako wina nieumyślna – niedbalstwo. "Nienależytość" równa się obiektywnemu uchybieniu (także informacyjnemu), a niestaranność oznacza takie warunki podmiotowe, w których uchybienia można było uniknąć.

W pewnych okolicznościach dodatkowych takie naruszenia wypełniają też znamiona przestępstwa nieumyślnego narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo śmierci albo ciężkiego rozstroju zdrowia.

3) Leczenie przy **braku uświadomionej zgody pacjenta** równa się napaści, bezprawnemu naruszeniu, zamachowi na jego nietykalność osobistą, uprawniającemu do znanej z licznych przekazów reakcji typu: "*Ręce przy sobie!*" (oczywiście w sensie metaforycznym).

Na równi z brakiem zgody taktowane jest w sądownictwie **udzielenie przez pacjenta zgody wadliwej** (np. wymuszonej, wymanipulowanej, wyjednanej podstępem, pod wpływem groźby, kłamstwem – np. że zabieg niczym nie grozi, udzielonej w warunkach niedoinformowania mającego wpływ na decyzję o zgodzie, w stanie otumanienia lekami, w atmosferze pośpiechu i presji psychicznej uniemożliwiających zastanowienie).

Leczenie bez zgody pacjenta pociąga za sobą **odpowiedzialność odszkodowawczą również wtedy, gdy było prowadzone prawidłowo!** Naruszający ponosi odpowiedzialność za wszystkie skutki wynikające z popełnionego w ten sposób bezprawia, w tym za niedopuszczalne wkroczenie w prywatność pacjenta, jak również nawet za typowe dla zabiegu skutki uboczne lub powikłania, o ile pacjent nie został o nich uprzedzony.

Bezpośrednie pogwałcenie autonomii w postaci przejścia do porządku nad wyraźną odmową zgody (albo brakiem zgody w postaci milczenia i bierności) zdarza się przypuszczalnie stosunkowo rzadko, ale jednym z przykładów możliwych uchybień jest wyczekiwanie, aż

sprzeciwiający się leczeniu pacjent straci przytomność, a razem z nią możliwość protestowania.

Innym przykładem działania bez wymaganej zgody jest ignorowanie woli pacjenta w podeszłym wieku.

Jeszcze innym – zmiana zakresu interwencji w trakcie wykonywanego zabiegu bez naglącej potrzeby opanowania bezpośredniego niebezpieczeństwa u pacjenta, z którym aktualnie kontakt logiczny jest niemożliwy (np, w znieczuleniu ogólnym).

Kodeks karny przewiduje **przestępstwo leczenia bez zgody** (art. 192 kk), z tym że musi być ono popełnione **umyślnie**:

Kodeks karny

Art. 8. Zbrodnię można popełnić tylko umyślnie; występki można popełnić także **nieumyślnie, jeżeli ustawa tak stanowi.**

Art. 192. § 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

(Nie ma tutaj nic o nieumyślności – co znaczy, że to przestępstwo może zostać popełnione tylko umyślnie!)

Staranność i zgoda jako przesłanki kontratypu są sprzężone w szczególny sposób. W niektórych przypadkach leczenie poza zakresem zgody jest tym samym leczeniem bez wskazań medycznych, niestarannym i godzącym w chroniony interes zdrowotny pacjenta (zatem w „reguły postępowania ze zdrowiem”, a nie tylko w abstrakcyjną autonomię).

Takie podejście pozwala między bezprawnymi czynnościami leczniczymi wyróżnić przypadki:

1) czystego nieumyślnego zamachu na zdrowie. Grupa ta obejmuje czynności lecznicze wykonane za zgodą pacjenta, ale z punktu widzenia podręcznikowego nieprawidłowe. Liczą się one jako przestępstwa nieumyślne przeciwko zdrowiu (życiu).

2) umyślnego zamachu na autonomię i zarazem nieumyślnego zamachu na zdrowie. Są to interwencje, które uchylają warunkowi zgody i niezależnie od tego są niestaranne. Chodzi o przypadki w rodzaju „nie dość, że lekarz podjął leczenie podstępem, to jeszcze nie potrafił tego leczenia przeprowadzić właściwie”. Zbieżność zamachów w jednym czynie ma charakter przypadkowy.

3) umyślnego zamachu na zdrowie i zarazem na autonomię. Są to działania podjęte w celu leczenia, ale przy zignorowaniu woli pacjenta i wyrządzające istotną szkodę zdrowotną, mającą wymiar funkcjonalny. W uproszczeniu można powiedzieć, że chodzi o działania okaleczające funkcjonalnie, w każdym razie nie wystarczy samo naruszenie integralności cielesnej, by mówić o zamachu na zdrowie.

4) czystego umyślnego zamachu na autonomię. Należą tu czynności, które sprowadzają się do samego tylko zamierzonego leczenia bez zgody (tj. poza jej zakresem) - przestępstwa z art. 192 § 1 k.k. Jako umyślny zamach na autonomię traktować należy nie tylko podjęcie przymusowego leczenia bez podstawy prawnej (co w praktyce może się zdarzać rzadko), lecz także przypadki leczenia na podstawie zgody uzyskanej podstępnie przez kłamstwo, przemilczenie lub inne manipulowanie informacją na temat rzeczywistego sensu wykonywanej

czynności² albo leczenia osoby z wyłączoną kompetencją decyzyjną, jeśli wykraczają poza szczególne upoważnienia wynikające z art. 33 i 35 u.z.l.

Jako przykładowe naruszenia „czystej autonomii” można wymienić podstępne badanie psychiatryczne (co odbywa się bez kontaktu fizycznego z badanym), wykonanie przemocą fizycznego badania podstawowego (co już obejmuje osłuchiwanie, opukiwanie i obmacywanie), a nawet usunięcie podczas operacji tkanki lub narządu wykraczające poza zakres zgody, lecz bez uzasadnienia z punktu widzenia art. 35 u.z.l. (np. usunięcie „zbędnej”, nieczynnej, lecz zarazem niegrożącej infekcją nerki). W tym ostatnim przypadku dochodzi do naruszenia integralności (całości cielesnej), lecz nie ma szkody zdrowotnej pojmowanej funkcjonalnie.

5) nieumyślnego zamachu na autonomię. Są to przypadki, w których wykonawca narusza autonomię pacjenta bez takiego zamiaru, lecz w wyniku niestaranności, np. pomija niechcący przy informowaniu fakty istotne dla podjęcia decyzji klinicznej lub przekazuje informację w formie niezrozumiałej.

6) W medycynie mogą się jeszcze zdarzyć sytuacje czystego umyślnego zamachu na zdrowie, polegające na **wykonaniu czynności godzącej w zdrowie przy świadomości, że jest ona nieuzasadniona**. Mogą one być popełnione z jakiegokolwiek motywacji (pod pozorem leczenia może się ukrywać nawet zabójstwo), ale najczęściej będzie chodziło o próbę oszustwa na szkodę pacjenta lub instytucji ubezpieczeniowej. Należy o tym wspomnieć dla porządku, podkreślając jednocześnie, że nie są to czynności lecznicze, lecz jedynie **pozorujące leczenie** (wykonawca udaje, że działa w celu leczniczym). Nie mają one żadnego uzasadnienia społecznego i wolno uznać za bezdyskusyjne, że powinny być traktowane jako zamach na zdrowie na zasadach ogólnych, a „medyczność” wykonania stanowi prawnie nieistotny *modus operandi*, bez żadnego wpływu na ocenę.

Całe powyższe rozróżnienie ma znaczenie tylko dla prawa karnego.

Niezależnie od dodatkowej ochrony praw pacjenta w przepisie szczególnym (art. 4 u.prawach.pacjenta) **integralność cielesna i psychiczna chronione są na zasadach ogólnych jako dobra osobiste**, zgodnie z progiem ochrony przewidzianym przez Kodeks cywilny.

Kodeks cywilny

Art. 23. Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności **zdrowie, wolność**, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

Art. 24. § 1. Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny.

§ 2. Jeżeli skutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych.

² Przypadki manipulacji pacjentem bardzo przypominają znamię przestępstwa oszustwa („za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania”), tyle że nie odnoszą się do rozporządzenia mieniem.

Zatem np. każda **laparotomia** stanowi naruszenie integralności cielesnej: z punktu widzenia prawa cywilnego jest wyjściowo bezprawnym rozcięciem brzucha i oczywistym uszkodzeniem ciała, legalizowanym dopiero wtórnie przez m.in. leczniczy cel zabiegu.

W ujęciu prawa cywilnego **uzasadnienie dla wyłączenia bezprawności czynności leczniczej skutkującej szkodą na osobie (ewentualnie krzywdą) opiera się na jednoczesnym spełnieniu trzech warunków: zamiaru leczenia, zgody poszkodowanego (pacjenta) i „ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju” staranności wykonawcy** (art. 355 § 1 k.c.). **Sama zgoda by tu nie wystarczyła**, gdyż cywilistyka uznaje, że skuteczność zgody na naruszenie dóbr osobistych nie obejmuje niektórych naruszeń, w tym ciężkiego uszkodzenia ciała (przy wspomnianej wyżej laparotomii wystąpi jeszcze dodatkowe, choć niewielkie ryzyko skutku śmiertelnego). Ponadto zgoda na naruszenie przez lekarza dóbr osobistych nie zwalnia go z obowiązku staranności (ma on postępować tak, by potencjalne szkody minimalizować). Sama w sobie należyta staranność w ogóle nie legalizuje naruszeń cudzych dóbr osobistych, w każdym razie gdy chodzi o czynności, które z założenia i według świadomości wykonawcy mają takie dobra naruszyć. Do wyłączenia bezprawności tym bardziej nie wystarczają same „moralnie dobre intencje”, za jakie można uznać cel leczniczy.

W każdym razie: nieuzasadniona celem leczniczym plus zgodą pacjenta interwencja w organizm jest równoznaczna napaści Kuby Rozpruwacza.

4) Wymienione na końcu formalne uprawnienia działającego należą do warunków dopuszczalności czynności leczniczej, natomiast nie stanowią składnika kontraktu. Problem występuje na tle przypadków, gdy działanie medyczne wykonała osoba nieuprawniona w celu leczniczym, za *uświadomioną* zgodą pacjenta, ze względu na wskazania uznawane przez medycynę i w sposób, który z jej punktu widzenia jest właściwy, a skutek tej czynności pacjent doznał uszczerbku zdrowotnego.

Gdyby działał „profesjonalista z certyfikatem”, można by mówić o przypadkowym powikłaniu, powstaje jednak kwestia, czy wolno dojść do takiego wniosku, gdy wykonawca nie ma uprawnień zawodowych.

W tych okolicznościach działająca osoba popełnia przestępstwo i (w uproszczeniu) odpowiada za **uprawianie znachorstwa**. W naszym prawie obowiązuje norma, by nie podejmować się leczenia, nie mając uprawnień; co wynika z samego istnienia art. 58 u.z.l.

(Oj, popędzić by kota tym wszystkim bioenergoterapeutom, homeopatom, różdżkaczom i innym szarlatanom),

Jako przepis pozakodeksowy nie określa on *explicite*, co stanowi przedmiot ochrony. Jeśli jest nim abstrakcyjny porządek publiczny ani monopol zawodowy lekarzy, nie jest to reguła postępowania ze zdrowiem (życiem) ludzkim. Przy założeniu, że naruszenie reguły postępowania stwarza co najwyżej domniemanie wzrostu ryzyka dla dobra prawnego, jest oczywiste, że gdy „znachor” postępował tak samo, jak zrobiłby lekarz na jego miejscu, nie ma podstawy do skazania za materialne przestępstwo przeciwko zdrowiu (życiu), niezależnie od nieszczęść, jakie dotknęły leczonego.

Odpowiedzialność karna za znachorstwo jest więc formalna i nie prowadzi do dalszej odpowiedzialności „za skutek”. Także prawo cywilne mimo bezprawności znachorstwa nie traktuje szkody wywołanej leczeniem przez nieuprawnionego jako samoistnej podstawy

odszkodowania ani zadośćuczynienia. Można tylko rozważyć, czy brak uprawnień formalnych pozwala na postawienie domniemania faktycznego, że taka osoba nie ma również stosownej wiedzy i umiejętności.

Przykładowo: Wrywanie zęba w stodole pacjentowi siedzącemu na fotelu wymontowanym z samochodu *prima facie* nie wskazuje na leczenie realizowane przez profesjonalistę (a nawet trudno będzie powiedzieć, czy w ogóle jest to leczenie). Wykonawca będzie więc musiał pozytywnie się z tego wytłumaczyć: np. że nie miał na miejscu lepszego sprzętu, że został wezwany do pacjenta niemogącego dojechać do gabinetu i że posiada prawo wykonywania zawodu respektowane w Polsce.

Jest to historia autentyczna, o której swego czasu donosiła prasa. Lekarz dojeżdżał z Ukrainy i tanio leczył polskich niezamożnych pacjentów z przygranicznych wsi w stodole udostępnionej grzecznościowo przez jednego z gospodarzy. Ktoś inny przytąszczył fotel wymontowany ze starego gruchota. Podobno u siebie w kraju dentysta ten był cenionym lekarzem, a polscy pacjenci nie zgłaszali doń najmniejszych zastrzeżeń ciesząc się z niskich stawek i wygody obsługi na miejscu, bo nie musieli wyprawiać się na leczenie daleko od swych gospodarstw. Dentysta nie tylko wrywał zęby: leczył je też zachowawczo przywożąc ekwipunek samochodem. Nie miał jednak prawa wykonywania zawodu w Polsce, więc gdy sprawa wyszła na jaw – ku rozczarowaniu pacjentów przestał przyjeżdżać.

Stomatolog przyjmujący zaś w eleganckim, prywatnym gabinecie będzie wyjściowo w korzystniejszej sytuacji dowodowej, chyba że jego obcy akcent i personalia skłonią do zadania pytania o prawo wykonywania zawodu w Polsce.

Jest to również sprawa autentyczna, rozpoznawana przez Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie, przy czym niemiecki imigrant okazał się niebywałym wprost partaczem i dlatego jego dokonania zostały zgłoszone jako przewinienia zawodowe. Rzecznik odpowiedzialności zawodowej rutynowo przeprowadził w gabinecie kontrolę dokumentacji. W toku jednej ze spraw wyszło na jaw, że działalność gabinetu firmowała żona - Polka, a obywatel niemiecki - podobnie jak jego nieporównanie lepszy ukraiński kolega po fachu - nie miał prawa wykonywania zawodu na terytorium RP.

Podsumowując: Kompetencja formalna (w sensie posiadania prawa wykonywania zawodu w Polsce) nie jest wprawdzie składnikiem kontratypu czynności leczniczej, niemniej pozostaje **warunkiem dopuszczalności** leczenia. Wykonywanie czynności leczniczych „bez uprawnień” jest karalne, sama ustawa nakazuje więc przypadki takie odróżniać od leczenia przez uprawnionego.

Rozróżnienie między uprawnionym a nieuprawnionym może być, hipotetycznie, odniesione do podziału czynności leczniczych na:

a) wykonywane przez osobę wykonującą zawód medyczny i przez nieprofesjonalistę.

Nie ma podstawy, by twierdzić, że w Polsce obowiązuje absolutny zakaz rozpoznawania chorób oraz ich leczenia przez nieprofesjonalistów. Zakaz taki byłby zresztą absurdalny w wymiarze praktycznym, bo obejmowałby samo tylko postawienie jakiegokolwiek rozpoznania przy użyciu medycznej terminologii. Tym samym stanowiłoby wykroczenie wezwanie zespołu pogotowia słowami „sąsiad ma zawał serca” (co już jest postawieniem wstępnego rozpoznania); wzywający musiałby ograniczyć się do podawania symptomów, np. „sąsiad zgłasza bóle zamostkowe o charakterze piekąco-gniotącym, promieniujące do żuchwy po prawej stronie i do prawej ręki”, lecz starannie unikać wypowiedzenia nazwy jakiegokolwiek jednostki chorobowej (!). Oczywiście, że nie o to chodzi.

Intuicyjnie można zgadywać, że np. do wykonywania operacji neurochirurgicznych potrzeba jakichś uprawnień formalnych, równolegle jednak istnieje szeroka klasa działań leczniczych, które ich nie wymagają, z najbardziej oczywistym przykładem domowego leczenia

dzieci pozostających pod władzą rodzicielską oraz czynności ratowniczych³. W tej grupie przypadków nikt nie dopatruje się niczego nagannego. Z żadnych jednak przepisów prawa pozytywnego nie da się wyprowadzić kryteriów takiego podziału.

Z pewnością nie uważa się w praktyce za zarezerwowane dla lekarza wykonywania drobnych zabiegów w obrębie naskórka i skóry właściwej (np. usunięcie wbitego ciała obcego), opatrywania ran i toalety okolic rany, oczyszczenia kanału ucha apteczną oliwą w sprayu, pomierzenia komuś pulsu, temperatury ciała, ciśnienia tętniczego, wykonania zastrzyku podskórnego osobie, która lek do iniekcji uzyskała na receptę. Pozostaje jednak szeroki obszar działań leczniczych o niejasnym statusie (np. szycie ran).

b) Wykonywane przez lekarza albo lekarza dentystę i przez osobę mającą inny zawód medyczny

Podział ten jest bardziej czytelny: dla osób wykonujących zawód pielęgniarki, położnej, ratownika medycznego, felczera przepisy taksatywnie wymieniają rodzaje czynności, które mogą one wykonywać samodzielnie, ewentualnie pod nadzorem lekarza.

c) Wykonywane przez lekarza i przez lekarza dentystę.

Kompetencje zawodowe lekarza dentysty ustawa ogranicza do udzielania świadczeń zdrowotnych „w zakresie chorób zębów, jamy ustnej, części twarzowej czaszki oraz okolic przyległych” (art. 2 ust. 2 u.z.l.), wykonanie czynności leczniczej w innych partiach anatomicznych odbywa się więc „bez uprawnień”.

d) Wykonywane przez lekarza mającego nieograniczone prawo wykonywania zawodu i przez lekarza stażystę, o którym mowa w rozdziale 3 u.z.l.

Lekarz odbywający staż podyplomowy jest uprawniony do wykonywania zawodu (zatem m.in. czynności leczniczych) „wyłącznie w miejscu odbywania stażu, z zastrzeżeniem art. 30”⁴. Mimo że ustawa lekarska nie posługuje się już nazwą „ograniczone prawo wykonywania zawodu”, w istocie uprawnienia stażysty do leczenia pozostają ograniczone.

e) Wykonywane przez lekarza mającego specjalizację odpowiadającą danej sytuacji klinicznej i rodzajowi wykonywanej czynności i lekarza, który tego warunku nie spełnia.

Specjalizacja ma znaczenie z punktu widzenia art. 18 ust. 2 pkt 2 ustawy o działalności leczniczej: lekarz wykonujący zawód w formie indywidualnej specjalistycznej praktyki lekarskiej jest obowiązany „posiadać specjalizację w dziedzinie medycyny odpowiadającej rodzajowi i zakresowi wykonywanych świadczeń zdrowotnych”. Posiadanie specjalizacji warunkuje też wpis do rejestru podmiotów prowadzących działalność leczniczą (art. 5 u.d.l.). Nie jest jednak oczywiste, czy i na ile specjalizacja limituje przedmiotowo dopuszczalność udzielania świadczeń zdrowotnych. Z pewnością zakres specjalności medycznej należy pojmować permissywnie i elastycznie, jednak nie bez granic i wolno uznać, że np. radiolog parający się samodzielnie neurochirurgią działa „bez uprawnień”.

Podsumowując: cel leczniczy, właściwe technicznie (staranne) wykonanie czynności oraz prawidłową zgodę pacjenta należy traktować jako składniki kontraktów leczenia, tworzące

³ Czynności te charakteryzuje względna prostota, nie ma jednak powodów, by je wyodrębnić spośród działań leczniczych.

⁴ Art. 15 ust. 3b u.z.l.

jego specyficzną strukturę i uchylające bezprawność (legalizujące) naruszenie prawnie chronionych dóbr pacjenta, nazywanych dobrami osobistymi.

Kompetencje formalne do tych składników literalnie nie należą, niemniej mają one własne, samoistne znaczenie prawne jako warunek dopuszczalności leczenia oraz ze względu na odpowiedzialność karną za leczenie bez wymaganych uprawnień⁵.

⁵ Mimo że ten ostatni warunek ma inny sens prawny, z dydaktycznego punktu widzenia wypada go omawiać łącznie z pozostałymi.