

Z problematyki odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej

RAJNHARDT KOKOT, MIRA BANASIEWICZ

Katedra Prawa Karnego Materialnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Problematyka dysfunkcji profesjonalnych działań zmierzających do zachowania lub poprawy zdrowia pacjenta, powszechnie określana mianem „błędu w sztuce lekarskiej”, coraz częściej budzi szerokie zainteresowanie, wywołując rezonans zarówno w literaturze specjalistycznej – zwłaszcza medycznej i prawniczej – jak również w środkach masowego przekazu. Media systematycznie donoszą o domniemanych uchybieniach diagnostycznych czy terapeutycznych, toczących się postępowaniach sądowych – karnych i cywilnych – i zapadających w nich wyrokach. Społeczna dyskusja na ten temat zajmuje sporo miejsca w publicystyce, na łamach prasy, na forach dyskusyjnych i w innych formach społecznej komunikacji. Przyczyn tego stanu rzeczy jest wiele. Naturalnym źródłem medialnego wyczulenia na tę kwestię jest niewątpliwie powszechność korzystania z usług medycznych, których każdy jest potencjalnym odbiorcą. Rodzi to z oczywistych względów żywe zainteresowanie ich poziomem i rzetelnością. Dotyczą one najważniejszych z osobistych dóbr człowieka – nie tylko w sensie humanistycznym, ale i utylitarnym – zdrowia i życia – dóbr szczególnych – przemijających i niepowtarzalnych, a w innym ujęciu – kruchych i ulotnych. Zmiany mentalne związane ze szczególnym „docenieniem” i dowartościowaniem tych dóbr, rodzaj wszechobecnego kultu zdrowia i propagowanie zdrowego stylu życia w znaczący sposób wpływać muszą na zaintere-

sowanie i ocenę zachowań, od których istnienie i jakość tych wartości zależy. Jednocześnie taki stan rzeczy jest zapewne także wynikiem zmian w sferze „świadomości pacjenta”. Przeobrażenia z tym związane prowadzą do nowej jakości relacji pacjent–lekarz, w której ten pierwszy nie jest już tylko podmiotem poddanym procesowi leczenia, a staje się w tym postępowaniu równoprawnym partnerem, z którym współdziałanie ma nie mniejsze znaczenie niż stosowane lecznicze metody, zabiegi i środki farmakologiczne. W efekcie z jednej strony rodzi to oczekiwanie pełnej wiedzy na temat swego stanu zdrowia i ekspozowania podmiotowego prawa do tej wiedzy, z drugiej zaś tworzy rodzaj postawy roszczeniowej wobec lekarza, stanowczego domagania się od niego działań skutecznych, podejmowanych z najwyższą, a co najmniej należyłą starannością, dla których zasada *primum non nocere* wyznacza absolutne minimum lekarskiej poprawności etycznej i zawodowej. Można założyć, że taki stan jest także do pewnego stopnia skutkiem ubocznym rosnącej komercjalizacji usług medycznych, aktualizującej w tej sferze w stopniu dotąd nieznanym zasadę „płacę – wymagam”. Powyższe okoliczności wzmacniają więc skłonność do „kontroli jakości” świadczeń medycznych i ich oceny, a ewentualne nieprawidłowości w tej sferze nie spotykają się już z charakterystyczną dla nie tak odległej przecież przeszłości pobłażliwością i „rozumieniem”.

Historycznie rzecz ujmując, problematyka tzw. błędu w sztuce lekarskiej sięga starożytności, a więc czasów kształtowania się zawodu lekarza. Od kiedy bowiem człowiek zaczął profesjonalnie pomagać drugiemu człowiekowi w podtrzymaniu zdrowia i przedłużaniu życia, naturalnym stanem rzeczy wynikającym z ludzkiej natury musiały też być lecznicze uchybienia i omyłki. Wzmianki o odpowiedzialności tej grupy zawodowej za nieprawidłowości w leczeniu znajdujemy już w źródłach z okresu najdawniejszych cywilizacji. Przypadki takie karano najczęściej bardzo surowo, a wystarczającą przesłanką odpowiedzialności karnej, co stanowiło w owym czasie zresztą jej standard, było istnienie choćby luźnego powiązania przyczynowo-skutkowego między poczynaniami medyka, a skutkami na zdrowiu jego pacjenta. Kwestia winy albo nie miała znaczenia, albo miała znaczenie jedynie symboliczne, pozostając w obszarze intuicji i wrażeń oceniającego. Nie trzeba dodawać, że na jakość tej odpowiedzialności ogromny wpływ miała także pozycja społeczna samego

pacjenta i jego rola w życiu publicznym¹, a pochówki panujących i możnych wraz z ich nieskutecznymi medykami, nie należały w owym czasie do rzadkości.

Relatywnie bogaty przekaz w zakresie odpowiedzialności lekarza za niepowodzenie w leczeniu zawierają źródła historyczne odnoszące się do kultury babilońskiej, egipskiej, indyjskiej i greckiej. W Mezopotamii medycyna miała charakter empiryczno-supranaturalistyczny, z głęboko zakorzenionym wpływem astrologii i metafizyki. Chorobę pojmowano jako coś obcego, demonicznego, tkwiącego w ciele człowieka. Terapia polegała głównie na odprowadzaniu modłów i innych zrytualizowanych praktykach, nierzadko z pogranicza magii i okultyzmu. Zbiór praw króla Hammurabiego zawierał zaskakująco wiele postanowień odnoszących się do praktyki lekarskiej, w tym uprawianej z naruszeniem częściowo wykształconych już jej zasad². Znamienny dla poruszanej problematyki jest następujący fragment Kodeksu Hammurabiego: „Jeżeli lekarz zada człowiekowi ciężką ranę nożem brązowym i śmierć tegoż spowodzi [...] albo oko tego człowieka zniszczy, należy mu ręce odciąć”³. Granice karnej reakcji wobec ówczesnych medyków, co stanowiło wyraz swoistej postępowości tej kodyfikacji, wyznaczała zasada niestosowania wobec nich kary śmierci⁴. Dzięki greckim przekazom autorstwa Herodota i Diodora przetrwały informacje zawarte w najbogatszym źródle wiedzy o kulturze egipskiej, w tym o medycynie – Księdze Thota. Według tzw. *corpus hermeticus* lekarz ściśle przestrzegający zawartych tam zasad nie ponosił odpowiedzialności nawet w przypadku niepowodzenia kuracji. Do jego obowiązków należało wskazywanie chorym leków, które z powodzeniem były stosowane przez poprzednich lekarzy⁵. Lecząc zaś samowolnie, w razie powikłań mógł zostać skazany nawet na karę śmierci⁶. O medycynie starożytnych Indii najszerszą wiedzę czerpiemy z pism ówczesnych lekarzy – Charaka

¹ Z. Marek, *Błąd medyczny. Odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007, s. 13.

² W. Szumowski, *Historia medycyny filozoficznie ujęta*, Warszawa 1994, s. 24.

³ *Ibidem*.

⁴ Z. Marek, *op. cit.*, s. 13.

⁵ W. Grzywo-Dąbrowski, *Odpowiedzialność lekarza w związku z wykonywaniem pracy zawodowej (w zakresie rozpoznania i leczenia chorób oraz wydawania orzeczeń lekarskich)*, Warszawa 1958, s. 9.

⁶ W. Szumowski, *op. cit.*, s. 26.

i Susruta. W kulturze tej nacisk położony był bardziej na praktykę lekarską aniżeli na wiedzę czysto teoretyczną. Nauka zawodu rozpoczynała się już w wieku dwunastu lat. Szczególną uwagę przywiązywano do ćwiczeń manualnych. W świętych księgach (*Charaka Samhita* i *Susruta Samhita*) pisano: „Kto jest wykształcony tylko teoretycznie a praktyki nie zna, nie będzie wiedział, co ma czynić, gdy dostanie pacjenta [...]”⁷. Jak wynika z przekazów, zawód lekarza był bardzo dobrze płatny, prestiżowy, ale i wymagający szczególnych cech charakteru, dbałości i sumienności, a źle wykonane zabiegi obwarowane były surowymi sankcjami⁸. Najobszerniejszej wiedzy na temat historii medycyny dostarcza jednak, uważana za kolebkę europejskiej, a nawet światowej medycyny, nauka starożytnej Grecji. Tak stało się głównie za sprawą dzieł i poglądów pochodzącego z Grecji Hipokratesa – lekarza, cechującego się niezwykłą, nie tylko jak na owe czasy, wiedzą i umiejętnościami medycznymi. Już w swojej epoce uchodził za niedoścignionego wykładowcę i mistrza w zakresie medycyny. Hipokrates doskonale zdawał sobie sprawę z tego, jak trudną sztuką jest leczenie. Pisał: *Vita brevis, ars longa, tempu praeceps, experimentum periculosum, iudicium difficile*⁹. W jego refleksji nad „sztuką leczenia” mieściła się pełna świadomość tego, jak trudnym wyzwaniem jest „wyrzekowanie” w leczeniu, czyli poprzedzające terapię diagnozowanie stanów chorobowych, a co za tym idzie, jak realna jest możliwość popełnienia błędu. W swych dziełach, niezależnie od wiedzy *stricte* medycznej, eksponował wartości związane z powołaniem i etyką lekarską¹⁰. Jego sława przetrwała w tekście przysięgi jego imienia rozpoczynającej naukę medycyny, od czasów starożytnych po współczesne, w której te właśnie wartości w nie mniejszym stopniu od rzetelnej medycznej wiedzy wyznaczają standardy sztuki medycznej¹¹.

⁷ *Ibidem*, s. 41.

⁸ T. Trzeziński, *Historia medycyny*, Warszawa 1988, s. 51.

⁹ W. Szumowski, *op. cit.*, s. 87.

¹⁰ B. Seyda, *Dzieje medycyny w zarysie*, Warszawa 1973, s. 44.

¹¹ B. Popielski, *Medycyna i prawo*, Warszawa 1968, s. 317; Świadczy o tym fragment, uwidaczniający wynikającą z niej powinność każdego lekarza do bycia szlachetnym człowiekiem, wzorowym specjalistą: „Sposób życia urządzać będę chorym dla ich dobra podług sił moich i zdolności, dalekim będąc od wszelkiego uszkodzenia i krzywdy wszelkiej. Nigdy nikomu, ani na żądanie, ani na prośby nieczyje, nie podam trucizny, ani też nigdy takiego sam nie poweżmę zamiaru, jak również nie udzielię żadnej niewieście środka poronnego. W czystości i niewinności świętej zachowam życie moje i sztukę moją”.

Jak z tego wynika, zasady, przesłanki i zakres odpowiedzialności za błędy w sztuce leczenia w epoce starożytnej nie były ani precyzyjne, ani jednolite. Stanowiły, co oczywiste, projekcję ogólnego stanu prawa karnego w owym czasie, jego charakteru i reguł odpowiedzialności. Wiedza na ten temat oparta jest zresztą głównie na egzegezie nielicznych wzmianek, które przetrwały, a które czynione najczęściej na marginesie opracowań tematycznie bardziej uniwersalnych, jedynie problem ten sygnalizowały. Zmiany, jakie w tej sferze w kolejnych okresach historycznych następowały, trudno uznać za znaczące. Ich dynamika i zakres pozostawały w relacji do ogólniejszych przeobrażeń w prawie karnym na drodze jego rozwoju i racjonalizacji. Bezsporne jest wszakże, że regulacje prawne w tym zakresie ewoluowały z korzyścią dla lekarzy. Dopiero jednak zwrócenie uwagi na szczególną stronę podmiotową tej kategorii czynów – ich nieumyślność – będące osiągnięciem nowoczesnego prawa karnego, stanowiło w historii karnej odpowiedzialności, w tym za błąd w sztuce leczenia, niewątpliwie moment zwrotny. Wspomniany historyczny proces racjonalizowania odpowiedzialności karnej lekarza miał swój typowy przebieg także na gruncie prawa polskiego.

W polskim kodeksie karnym z 1932 r., wbrew propozycjom jednego z głównych inicjatorów i animatorów kodyfikacji prawa karnego W. Makowskiego, nie znalazły się przepisy szczególne dotyczące odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej. Oznaczało to ponoszenie odpowiedzialności na podstawie ogólnych przepisów chroniących życie i zdrowie człowieka, a co za tym idzie, w grę wchodziła kwalifikacja z przepisów penalizujących nieumyślne spowodowanie śmierci, nieumyślne uszkodzenie ciała lub też narażenie na niebezpieczeństwo utraty zdrowia lub życia¹². Jak wskazuje piśmiennictwo, stanowisko to, choć przypieczętowane uchwaleniem kodeksu karnego w 1932 r., nie zostało powszechnie zaakceptowane, a spory towarzyszące regulacjom przedkodyfikacyjnego prawa karnego w Polsce nie wygasły¹³. Utrzymywa-

¹² A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Zakamycze 1988, s. 32 i n.

¹³ W obcych ustawodawstwach porozbiorowych obowiązujących czasowo na ziemiach polskich po odzyskaniu niepodległości stan prawny w tym zakresie charakteryzował się znacznym zróżnicowaniem. Ustawa karna austriacka z 1852 r. odrębnie penalizowała błędy w sztuce, które wywoływały ujemne skutki dla życia lub zdrowia pacjenta. Kodeks karny niemiecki z 1871 r. i rosyjski z 1903 r. nie przewidywały takiej odpowie-

ło się zapatrywanie nawiązujące do potrzeby odrębnej regulacji odpowiedzialności karnej lekarza. W literaturze pojawiła się kwestia oceny możliwości pociągnięcia lekarza zatrudnionego w szpitalu państwowym lub w innym społecznym zakładzie służby zdrowia za zawinione błędne zabiegi lecznicze do odpowiedzialności karnej na podstawie przepisów o przestępstwach urzędniczych¹⁴. W konsekwencji także w orzecznictwie sądowym ukształtowały się odmienne stanowiska. Wedle pierwszego z nich, lekarz zakładu społecznego służby zdrowia naruszający uprawnienia i obowiązki, wywołujące następstwa opisane w ustawie karnej, zawsze traktowany miał być jako urzędnik, niezależnie od tego, czy w grę wchodziły czynności lecznicze, czy też administracyjne, dotyczące zarządu lecznictwem. Podstawę odpowiedzialności lekarza miały więc stanowić przepisy art. 286–292 k.k. z 1932 r. Dodatkowym uzasadnieniem dla tego kierunku interpretacji był art. 21 ust. 3 rozporządzenia Prezydenta RP z 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych, zgodnie z którym funkcjonariusze szpitali publicznych podlegali odpowiedzialności karnej i korzystali z opieki prawa na równi z urzędnikami publicznymi¹⁵. Praktyka ta była krytykowana przede wszystkim przez środowisko lekarzy, którzy słusznie podnosili, iż nie powinno się łączyć oceny prawnej zabiegów leczniczych z całkowicie odmiennymi w charakterze przestępstwami urzędniczymi¹⁶. Poza tym zwracano uwagę, że lekarze praktykujący prywatnie albo w spółdzielniach pracy, a więc niebędący urzędnikami, ponosili odpowiedzialność karną za następstwa błędów w leczeniu jedynie na podstawie przepisów chroniących życie i zdrowie człowieka¹⁷. Wątpliwości lekarzy podzielił Sąd Najwyższy, wskazując w jednym z wyroków, że błędy w sztuce popełnione w zakresie działalności leczniczej, czy to przez lekarzy szpitalnych, czy też przez prowadzących praktykę prywatną, powinny być rozpatrywane przede

działności lekarza za błąd w sztuce. Opierała się ona na przepisach regulujących odpowiedzialność za spowodowanie śmierci lub uszkodzenie ciała na skutek niezachowania obowiązku ostrożności ciężącego na sprawcy m.in. z racji wykonywania danego zawodu. Zob. A. Liszewska, *op. cit.*, s. 31–32.

¹⁴ J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym w doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 39.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, s. 41.

¹⁷ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 37.

wszystkim pod kątem widzenia przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Stanowisko to miał uzasadniać rodzaj naruszonych lub zagrożonych dóbr prawnych, jakimi są życie lub zdrowie pacjenta¹⁸. W orzecznictwie Sądu Najwyższego w tym czasie wytworzyła się też praktyka różnicowania podstaw prawnych odpowiedzialności lekarza w zależności od charakteru tego zachowania¹⁹. Jeżeli polegało ono na wadliwym wykonaniu czynności leczniczej, będącej zarazem naruszeniem obowiązków w zakresie sprawowania zarządu, lekarz zakładu społecznej służby zdrowia podlegał odpowiedzialności karnej za przestępstwo urzędnicze²⁰. W uchwale siedmiu sędziów z 23 marca 1961 r. Sąd Najwyższy wprost stwierdził, że: „Czyn lekarza należy traktować jako przestępstwo urzędnicze z art. 286 k.k. tylko wówczas, gdy czyn ten stanowi zarazem uchybienie w zakresie funkcji o charakterze zarządu”²¹. Trzeci, ukształtowany w orzecznictwie Sądu Najwyższego nurt wiązał się z całkowitym rozdzieleniem czynności zawodowych od czynności administracyjnych. Podkreślono, że błędne wykonanie poszczególnych czynności wiąże się z dwiema, odrębnymi podstawami odpowiedzialności karnej²². Droga wytyczoną przez kodeks karny z 1932 r. poszli autorzy kolejnej kodyfikacji prawa karnego. Kodeks karny z 1969 r. również nie przewidywał odrębnej podstawy odpowiedzialności karnej lekarza za popełnienie błędu w sztuce, tym samym opierała się ona na przepisach penalizujących ogólnosprawcze, nieumyślne zachowania spowodowania śmierci lub uszkodzenia ciała. Nowego znaczenia nabrała kwestia kwalifikacji prawnej zachowania lekarza, jako przestępstwa urzędniczego. Pojęcie „urzędnika” zastąpione zostało pojęciem „funkcjonariusza publicznego”, którego desygnat znaczeniowy znalazł się w art. 120 § 11 k.k. z 1969 r. Brzmienie i interpretacja tego przepisu jasno wskazywały, że sprawowanie zawodu, który czyni z lekarza osobę szczególnego zaufania publicz-

¹⁸ Wyrok SN z dnia 23 sierpnia 1955 r., IV K 574/55, za J. Sawicki, *op. cit.*, s. 42.

¹⁹ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 38.

²⁰ Według SN, przykładem takiego zachowania było np. zaniechanie wydania zarządzenia o pozostawieniu chorego w zakładzie, w sytuacji gdy jego stan zdrowia wskazywał na niezbędność obserwacji klinicznej, umożliwiającej postawienie właściwej diagnozy i przedsięwzięcie właściwego leczenia. *Ibidem*, s. 38.

²¹ Uchwała SN z dnia 23 marca 1961 r., VI KO 13/61; za J. Sawicki, *op. cit.*, s. 43; do tego stanowiska przychyła się także B. Popielski, *op. cit.*, s. 362.

²² A. Liszewska, *op. cit.*, s. 39.

nego, nie jest wystarczającą przesłanką dla przyjęcia, że jest on funkcjonariuszem publicznym²³. Na takim stanowisku stała także judykatura. W jednym z orzeczeń sądowych w takiej sprawie wyrażono pogląd, że czyn lekarza należy traktować jako przestępstwo urzędnicze z art. 246 k.k. tylko wtedy, gdy stanowi on zarazem uchybienie w zakresie funkcji o charakterze zarządu, błędy zaś oraz ich skutki w zakresie działalności leczniczej w stosunku do pacjenta powinny być rozpatrywane głównie pod kątem przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu²⁴.

W nurcie wcześniejszych kodyfikacji karnych pozostał również kodeks karny z 1997 r. Konsekwentnie nie typizuje on autonomicznego typu czynu zabronionego – zachowania lekarza naruszającego lub narażającego życie lub zdrowie pacjenta – jako *lex specialis* wobec ogólnosprawczych zamachów na życie bądź zdrowie człowieka zachodzących w warunkach świadomej lub nieświadomej nieumyślności. W szczególności nie zawiera on samoistnej podstawy odpowiedzialności lekarza za sam fakt niewłaściwego zastosowania przezeń leczenia (nieostrożnego zachowania diagnostycznego lub terapeutycznego) bez względu na to, czy wystąpiły jakiegokolwiek negatywne skutki, czy też nie. Za podstawę prawnokarnej oceny takich zachowań wzięte więc być muszą unormowania ogólne w tym zakresie. Poza tym w art. 115 § 13 k.k. pominięto w katalogu osób uznawanych za funkcjonariuszy publicznych osoby pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością. W wyniku tego, istniejący jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. problem możliwości kwalifikacji prawnej zachowania lekarza jako przestępstwa urzędniczego ostatecznie utracił aktualność. Lekarz, przy obecnym brzmieniu przepisu, nie może być bowiem uznawany za funkcjonariusza publicznego, z wyjątkiem przypadku naruszenia prawa w związku z czynnościami o charakterze administracyjnym przez lekarza kierującego placówką medyczną²⁵.

W obecnie obowiązującym stanie prawnym przy rozpatrywaniu odpowiedzialności karnej lekarza za błąd w sztuce mogą wchodzić w grę następujące przepisy kodeksu karnego: art. 155 k.k. (nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka), art. 156 § 2 k.k. (nieumyślne spowodo-

²³ *Ibidem*, s. 43–44.

²⁴ Wyrok SW we Wrocławiu z dnia 10 maja 1973 r., V KR 564/73, OSPiKA 1974/7–8 poz. 174.

²⁵ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 45.

wanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), art. 157 § 3 k.k. (nieumyślne spowodowanie lżejszego niż opisane w art. 156 § 2 k.k. naruszenia czynności ciała lub rozstroju zdrowia) oraz art. 160 § 3 k.k. (nieumyślne narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu). Wymienione przestępstwa, z wyjątkiem narażenia na niebezpieczeństwo, mają jednoznacznie charakter skutkowy. Oznacza to, że nie będzie można rozważać odpowiedzialności karnej lekarza za błąd w sztuce, jeżeli nie wystąpią wymienione w tych przepisach skutki. Sporna w literaturze pozostaje właściwość przestępstwa z art. 160 § 3 k.k. Według zwolenników materialnego charakteru tego występkę, za skutek należałoby uznać spowodowany stan bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo, poprzez jego wywołanie lub nieprzeszkodzenie mu²⁶. Z kolei reprezentujący zapatrywanie przeciwnie podnoszą, że przyjęcie skutkowości tego przestępstwa, abstrahując od chwiejnych podstaw takiego rozumowania o istocie skutku, jako zmiany w obiektywnej rzeczywistości, prowadziłoby do znalezienia się poza zakresem odpowiedzialności na podstawie tego przepisu pewnych kategorii zachowań, których charakter oraz stopień naganności bezspornie wskazują i uzasadniają odpowiedzialność na tej właśnie podstawie²⁷. Wskutek przyjęcia takiej regulacji kodeksowej lekarz ponosi zatem odpowiedzialność wyłącznie na podstawie ogólnych przepisów penalizujących przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu człowieka, czyli odpowiada na takich samych podstawach, co inne osoby popełniające przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci lub uszkodzenia ciała²⁸. W sytuacji podjęcia przez lekarza czynności leczniczych w celu ratowania zdrowia lub życia chorego – rzecz jasna rzeczywistych, a nie jedynie pozorowanych – charakterystyczny dla przestępstw umyślnych, tzw. zły zamiar jest z góry wyeliminowany²⁹. Jednocześnie lekarz, który pod pozorem zabiegów leczniczych umyślnie powodowałby szkodliwe dla pacjenta skutki, takie jak uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia czy nawet śmierć, popełniałby pospolite przestępstwo umyślne niemające nic wspólnego

²⁶ B. Popielski, *op. cit.*, s. 363.

²⁷ Por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 394–395.

²⁸ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 45.

²⁹ M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 130.

z błędem lekarskim³⁰. To zaś, że przestępny zamiar kamuflował, realizując go „pod osłoną” możliwej, profesjonalnej nieostrożności stanowiłoby niewątpliwie istotną okoliczność zwiększającą jedynie naganność takiego zachowania.

Za punkt wyjścia do rozważań o normatywnej naturze błędu w sztuce lekarskiej uznać można stanowisko A. Liszewskiej, która słusznie stwierdza, iż błąd ten oznacza naruszenie przez lekarza, świadomego podjęcia czynności medycznej, obowiązujących go w konkretnym wypadku, wypracowanych na gruncie nauki i praktyki reguł postępowania zawodowego, które wymagają odwołania się do wiedzy i praktyki medycznej, nie zaś do elementarnych, powszechnie uznawanych zasad postępowania wobec dóbr prawnych w postaci życia i zdrowia człowieka, które na gruncie prawa stanowi podstawę do stwierdzenia naruszenia obowiązku ostrożności³¹. Podstawą odpowiedzialności sprawcy za każde przestępstwo nieumyślne jest stwierdzenie niezachowania przez niego wymaganej w danych okolicznościach ostrożności³². W związku z treścią art. 9 § 2 k.k.

³⁰ B. Popielski, *op. cit.*, s. 359.

³¹ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 28.

³² W doktrynie prawa karnego brak jednomyślności co do tego, czy naruszenie obowiązku ostrożności zawiera się w ustawowej określoności, a co za tym idzie jest elementem typu, czy też jego nienaruszanie należy do znamion kontratypu. Za pierwszym stanowiskiem, traktującym reguły postępowania jako element ustawowej określoności czynu zabronionego, opowiada się A. Zoll. Jest to według niego koncepcja bardziej przystająca do rzeczywistości, przede wszystkim ze względu na to, że w sytuacjach, gdzie zachowanie nie narusza obowiązujących przepisów i zasad ostrożności, nie ma potrzeby sięgania po konstrukcję kontratypu dopuszczalnego ryzyka dnia codziennego. Nie można bowiem uznać za społecznie szkodliwy czyn zgodny z regułami ostrożności, lecz pozostający zarazem w związku przyczynowym z zagrożeniem chronionego prawnie dobra. Za tym stanowiskiem opowiada się także J. Giezek. Utrzymuje on, że skoro bezprawność w istocie wymaga stwierdzenia ujemnej wartości zachowania, to okoliczności, które na taką ocenę wpływają nie mogą funkcjonować na zasadzie wyjątku od reguły (tzn. kontratypu). Niezachowanie obowiązku ostrożności jest cechą postępowania sprawcy, która decyduje w sposób pozytywny o jego bezprawności. Braku takiego naruszenia nie można potraktować jako okoliczności mającej jedynie walor negatywny, odgrywającej rolę dopiero na etapie wykluczania bezprawności, którą już wstępnie założono w wyniku stwierdzenia realizacji znamion typu czynu zabronionego. J. Giezek ilustruje przyjęte stanowisko przykładem lekarza postępującego zgodnie z obowiązującymi w medycynie regułami ostrożności, którego legalności zachowania nie ma przecież potrzeby usprawiedliwiać za pomocą kontratypu, czy też uznawać jego zachowanie za z reguły bezprawne, a jedynie na zasadzie wyjątku legal-

statuującego odpowiedzialność karną za przestępstwo nieumyślne, należy zauważyć, że dla oceny postępowania lekarza w przypadku popełnienia błędu w sztuce przy wykonywaniu zabiegu leczniczego, istotne są kryteria ustalenia niezachowania przez lekarza ostrożności wymaganej w danych okolicznościach³³. Wymagana ostrożność ujmowana jest zazwyczaj w postaci reguł postępowania wobec dobra przedstawiającego wartość społeczną, zwanych w skrócie regułami ostrożności³⁴. W uzasadnieniu do projektu kodeksu karnego z 1997 r. wskazano, że reguły ostrożności dostosowywane są do warunków, w których określona czynność może być podjęta³⁵. Należy zaznaczyć, że podstawę do odpowiedzialności karnej daje tylko taka nieostrożność, której towarzyszyło w czasie wykonywania czynu w sposób nieostrożny przeświadczenie, że niebezpieczeństwo wywołania skutku istnieje lub co najmniej przeświadczenia takiego można było od sprawcy oczekiwać³⁶. Obiektywna nieostrożność jest więc cechą zachowania, które spowodowało określony przebieg przyczynowości i zaistniały skutek w sferze dóbr chronionych prawem. Jest warunkiem danego skutku przy każdym nieumyślnym przestępstwie przeciwko życiu i zdrowiu³⁷. Na tym tle obiektywna nieostrożność zachowania lekarza polega na naruszeniu kanonu postępowania *lege artis* i odznacza się sprzecznością z obowiązującymi regułami postępowania medycznego³⁸. Raz jeszcze należy podkreślić, że odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce uzależniona jest od zrealizowania znamion jednego z nieumyślnych, ogólnosprawczych typów przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. W przeciwieństwie do przestępstw umyślnych, w przypadku przestępstw nieumyślnych dałoby się uniknąć negatywnego skutku, gdyby tylko

ne. Zob. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 87 i n.

³³ A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, Prawo i Medycyna 1999, nr 1, s. 33.

³⁴ J. Giezek, *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, Tom I, art. 1–31, Kolonia Ltd. 2000, s. 51.

³⁵ Podajemy za: J. Giezek [w:] J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 75.

³⁶ Wyrok SN z 2 sierpnia 2001 r., II KKN, LEX nr 51381; E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman (red.), J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 464.

³⁷ M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *op. cit.*, s. 140.

³⁸ *Ibidem*, s. 141.

sprawca postępował ostrożnie³⁹. *Communis opinio* przyjmuje się właśnie, że odmiennosc przestępstw umyślnych i nieumyślnych wynika m.in. z tego, że ujemna ocena czynu umyślnego ma swe źródło w negatywnym wartościowaniu subiektywnego nastawienia (woli) sprawcy, podstawę zaś ujemnej oceny czynu nieumyślnego stanowi obiektywna sprzeczność zachowania z nakazaną i wymaganą w obrocie starannością⁴⁰. A. Zoll, zauważając, że naruszenie wymaganej w obrocie prawnym ostrożności jest także podstawą ujemnej oceny czynów umyślnych wskazuje zarazem, że w odniesieniu do przestępstw umyślnych zamiar skierowany na naruszenie dobra stanowiącego wartość społeczną po prostu przysłania wagę naruszenia reguł postępowania wobec atakowanego dobra. To prowadzi dalej do skutku, że dowiedzenie zamiaru zniszczenia bądź uszkodzenia określonego dobra zwalnia od potrzeby przeprowadzenia specjalnego dowodu dla wykazania zamiaru naruszenia odpowiedniej reguły postępowania chroniącej to dobro⁴¹.

W myśl przywołanego już art. 9 § 2 k.k. czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć. W związku z tym, należy z większą uwagą przyjrzeć się zagadnieniu obiektywnej przewidywalności możliwości narażenia na niebezpieczeństwo dobra chronionego prawem oraz zagadnieniu obiektywnego naruszenia obowiązującej reguły postępowania z danym dobrem. Zachowanie wymaganej ostrożności koreluje bezpośrednio z oczekiwaną od jednostki powinnością rozpoznania i odpowiednią oceną niebezpieczeństwa grożącego dobru chronionemu prawem. Wymaga to dokonania za każdym razem oceny, czy wystąpiły przesłanki danej czynności oraz jaki będzie jej przebieg, biorąc pod uwagę okoliczności towarzyszące oraz możliwość nastąpienia różnych zmian⁴². Dla przestępstw nieumyślnych kluczowe znaczenie ma nie to, że sprawca przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego, ale to że możliwość

³⁹ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 100.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 100 i n.

⁴¹ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność*, Warszawa 1982, s. 35.

⁴² A. Liszewska, *op. cit.*, s. 102.

taką mógł w ogóle przewidzieć⁴³. To stanowi zarazem minimum podstawy odpowiedzialności za czyn nieumyślny. W związku z tym, naruszenie obowiązku ostrożności eliminuje obiektywna niemożność przewidywania⁴⁴. Chcąc wymienić kryteria obiektywnej przewidywalności, napotyka się trudności związane z istniejącymi w doktrynie prawniczej w tej kwestii rozbieżnościami. Uzasadnione wydaje się przyjęcie poglądu zdecydowanej większości, która przyjmuje, że badając, czy w danym przypadku zachodziła obiektywna przewidywalność, należy rozważyć możliwość rozpoznania zagrażającego niebezpieczeństwa przez rozsądną i kompetentną jednostkę, znajdującą się w sytuacji sprawcy i posiadającą wiedzę na temat wszystkich elementów stanu faktycznego, tzn. tych rozpoznawalnych dla roztropnego człowieka, ale i tych, które były dodatkowo znane sprawcy⁴⁵. Ostatni element wyznaczający obiektywną możliwość przewidywania zezwala na uwzględnienie specyficznej wiedzy działającego, wyższej od przyjętego w określonym środowisku standardu dla kompetentnego obserwatora⁴⁶. Należy podkreślić, że ocena czy wymagana ostrożność została naruszona, czy też nie, powinna nastąpić z pozycji *ex ante*, tzn. z chwili czynu⁴⁷. Nie każdy błąd diagnostyczny, jak przyjmowano w judykaturze, stwierdzony *ex post*, może być uznany *eo ipso* za błąd sztuki lekarskiej, który należy oceniać z pozycji *ex ante*, czyli w zależności od zakresu informacji rzeczywiście posiadanych przez lekarzy stawiających diagnozę czy dostępnych dla nich przy odpowiednim staraniu⁴⁸. Dodać należy również, że niektóre zaistniałe, ujemne z punktu widzenia dóbr chronionych prawem skutki, które były obiektywnie przewidywalne i możliwe do uniknięcia, są z prawnokarnego punktu widzenia irrelewantne. Tak dzieje się w przypadku, gdy skutki te mieszczą się w granicach społecznie akceptowanego ryzyka⁴⁹.

⁴³ J. Giezek [w:] M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne*, Warszawa 2004, s. 123.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 103.

⁴⁶ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 44.

⁴⁷ A. Zoll, *op. cit.*, s. 44.

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 8 września 1973 r., I KR 116/72, OSNKW 1974/2/26.

⁴⁹ J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, PiP, 1992, nr 1, s. 65.

W takiej sytuacji, przewidywanie możliwości pojawienia się ujemnego skutku nie jest dostatecznym warunkiem naruszenia obowiązku ostrożności⁵⁰. Przyjmuje się bowiem, że dobra wartościowe ze społecznego punktu widzenia nie mogą być chronione przed każdym zniszczeniem⁵¹. Trafnie ujął to A. Zoll, pisząc: „Znane są sytuacje, w których zachowanie człowieka pozostawało w związku przyczynowym z naruszeniem dobra, ale człowiek nie był w stanie zapobiec naruszeniu dobra i jego przyczynienie się nie naruszyło żadnej reguły postępowania z danym dobrem. W takim wypadku czyn naruszający dobro stanowiące wartość społeczną nie może być określany jako społecznie szkodliwy, jeśli nie chce się społecznej szkodliwości zachowania rozumieć czysto kauzalnie. Zachowanie takie nie może być również sprzeczne z normą, jako że prawo może nakazywać lub zakazywać tylko takich zachowań, nad których przebiegiem człowiek jest w stanie panować”⁵². Autor dodaje przy tym, że prawo nie może być czynnikiem powstrzymującym rozwój cywilizacyjny, nie może zabraniać każdego zachowania, które mogłoby być przyczyną ujemnych następstw dla dóbr mających wartość społeczną⁵³. Zapatrywanie to wzmacnia jeszcze K. Buchała, argumentując, że prawo jako regulator życia społecznego, nie może być obojętne wobec bogactwa problematyki, jaką ten postępek techniczny niesie, za cenę utraty funkcji regulatora życia⁵⁴.

Ostrożność zachowania jest niewątpliwie związana z przestrzeganiem uznanych w danym kręgu reguł postępowania wobec dobra prawnego⁵⁵. Zadaniem reguł ostrożności jest zminimalizowanie wystąpienia szkodliwych następstw, zabezpieczenie dóbr przed zniszczeniem. Wskazuje się, że reguły wypracowane przez określoną dziedzinę wiedzy, której przedmiotem zainteresowania jest dane dobro, w tym medycynę, mają charakter obiektywny⁵⁶. Niemożliwe jest stworzenie zamkniętego katalogu reguł ostrożności. Ich źródłem są bowiem nie tylko poszczególne akty

⁵⁰ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 103.

⁵¹ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 95.

⁵² *Ibidem*, s. 95 i n.

⁵³ *Ibidem*, s. 96 i n.

⁵⁴ K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwołone ryzyko*, Warszawa 1971, s. 140.

⁵⁵ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 104.

⁵⁶ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 96.

normatywne, ale i prawa przyrody⁵⁷. Zgodnie ze stanowiskiem większości przedstawicieli doktryny prawa karnego, kryteria ustalenia czy określone zachowanie było ostrożne, pokrywają się z kryteriami oceny obiektywnej przewidywalności. W związku z tym należy wziąć pod uwagę sumienną, rozważną jednostkę, znajdującą się w takich okolicznościach w jakich znalazł się sprawca, posiadającą aktualną wiedzę i doświadczenie, oceniane *ex ante*⁵⁸. W związku z tym uznać należy, iż zachowanie lekarza może być potraktowane jako realizujące znamiona nieumyślnego przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu człowieka wtedy i tylko wówczas, gdy zostanie ustalone, że pomimo iż miał on obiektywną możliwość przewidywania spowodowania szkodliwego dla pacjenta skutku, postąpił niezgodnie z wypracowaną przez naukę i praktykę medyczną dla takiego indywidualnego przypadku, regułą postępowania⁵⁹. Nie należy wszakże tracić z pola widzenia, że czynności lecznicze są z natury rzeczy ryzykowne, a samo przewidywanie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia nie jest dostateczną przesłanką bezprawności. Dopóki bowiem lekarz postępuje ostrożnie, skutki podejmowanych przez niego czynności leczniczych mieszczą się w granicach społecznej akceptacji⁶⁰.

Jak już zaznaczono, stanowisko co do kryteriów oceny ostrożności zachowania lekarza nie jest jednolite. Zdecydowanie przeważa jednak opinia, zgodnie z którą miarę ostrożności, na którą składa się tak obiektywna przewidywalność, jak i obiektywna sprzeczność zachowania z regułami postępowania, wyznacza, jak trafnie ujmuje to A. Liszewska, „model rozsądnego i kompetentnego człowieka znajdującego się w sytuacji sprawcy, posiadającego znajomość wszystkich elementów stanu faktycznego, w tym również tych, które dodatkowo znał działający”. Prawnokarna ocena określonego zachowania lekarza nie może odbywać się w próżni, tzn. bez uwzględnienia posiadanej specjalizacji lekarskiej, dodatkowych informacji i właściwości sprawcy. Przyjmowana obiektywna ocena jest po części uwarunkowana kryteriami zindywidualizowanymi. W związku z tym należy się zastanowić, jak dalece można indywidualizować przyjęty model zachowania oraz jakie okoliczności stanu faktycznego i właściwości sprawcy będą miały wpływ na bezprawność czynu,

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 104.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 107.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 108.

a jakie na postawienie zarzutu winy. Indywidualizacja miary ostrożności przejawia się więc w braniu pod uwagę okoliczności czynu oraz właściwości sprawcy⁶¹. Nie ma wątpliwości, że oceniając wpływ konkretnych warunków na działalność lekarza, należy rozważyć także instrumentalne zaplecze, jakim lekarz dysponuje – stan wyposażenia szpitali i gabinetów lekarskich w odpowiednią aparaturę i inne środki medyczne, dostępność określonych metod diagnostyki i terapii. Ocena zachowania lekarza pod kątem spełnienia wymogów ostrożności musi być zrelatywizowana do wymienionych powyżej okoliczności, na które najczęściej lekarz nie ma żadnego wpływu⁶². O konieczności tak rozumianej relatywizacji reguł postępowania wspomina także A. Zoll⁶³. Słuszną uwagę czyni A. Liszewska, wskazując, że jeżeli istnieje realna szansa przetransportowania pacjenta do odpowiednio wyposażonej placówki leczniczej i dzięki temu przeprowadzenia zabiegu w sposób prawidłowy, to wykonanie go w warunkach niewłaściwych powinno być uznane za sprzeczne z wymaganą ostrożnością⁶⁴.

Drugim czynnikiem indywidualizującym model postępowania lekarza, poza okolicznościami stanu faktycznego, są osobiste właściwości sprawcy. Korzenie tego stanowiska sięgają prawa rzymskiego, w którym standard tzw. rozsądnego człowieka wyprowadzono z osobowego wzorca *diligens pater familias*⁶⁵. Wzorzec ten sformułowany został, jak się przyjmuje, pod wpływem filozofii greckiej, gdzie posługiwano się znanym np. Arystotelesowi modelem pojęcia człowieka idealnego – *spudajos aner*⁶⁶. Przyjęcie koncepcji średniej miary wymagań i wynikającego z niej standardu zachowania, na co zwracano uwagę w doktrynie prawniczej, bezzasadnie stawia lekarzy dysponujących szczególnymi zdolnościami w pozycji korzystniejszej niż lekarzy, których poziom zawodowy jest niższy od wymaganego „średniego”⁶⁷. Nie można byłoby bowiem

⁶¹ *Ibidem*, s. 107–111.

⁶² *Ibidem*, s. 111.

⁶³ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 55.

⁶⁴ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 112.

⁶⁵ Po raz pierwszy został on użyty w opublikowanym w 533 r. *Digesta Iustiniani*. J. Kochanowski, *Standard „rozsądnego człowieka” w prawie karnym*, *Studia Iuridica* 1999, nr XX, s. 125.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 126.

⁶⁷ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 113.

uznać za naruszające obowiązek ostrożności zachowania lekarza, który pomimo posiadania pewnych ponadprzeciętnych zdolności nie wykorzystał ich, zadowolając się zastosowaniem przeciętnych metod. Pojawiły się wobec tego nowe koncepcje, a wśród nich teoria indywidualizacji modelu postępowania w zależności od zakresu wiedzy, jak i zdolności sprawcy. Koncepcja ta nakazuje lekarzowi, świadomemu swej niezdolności do wykonania określonej czynności, niepodejmowanie jej, jeżeli chce zachować należytą ostrożność. Wybitnemu zaś lekarzowi nakazuje wykorzystanie swoich umiejętności, nie pozwalając na ograniczenie czynności tylko do modelu średniej miary lekarza. We wszystkich sytuacjach mieszczących się pomiędzy tymi ekstremami powinno się kierować regułą, zgodnie z którą o tym, jakie zachowanie jest w konkretnym przypadku nakazane decydują oprócz okoliczności tego przypadku, także indywidualne zdolności sprawcy. Teoria ta nie znalazła jednak wielu zwolenników wśród przedstawicieli doktryny prawniczej. Wskazuje się bowiem, że powoduje ona nieporozumienia, będące wynikiem pomieszania elementów bezprawności i winy⁶⁸. Poza tym poważnym argumentem przemawiającym przeciwko tej koncepcji jest fakt, że jej akceptacja prowadziłaby do zaniżenia poziomu wymagań stawianych lekarzom. Działyłoby się tak za sprawą przyjęcia, iż w tych sytuacjach, w których lekarz z powodu braku odpowiedniej wiedzy lub zdolności nie miał obiektywnej możliwości właściwego zachowania się, należałoby uznać, że jego czyn jest zgodny z wymaganym od niego poziomem staranności, tym samym pozostaje w zgodzie z prawem. Zdaniem A. Zolla, nie należy sprowadzać kwestii oceny miary obowiązku ostrożności do indywidualizowania za każdym razem modelu wymaganego zachowania do możliwości sprawcy, lecz do stopnia posiadanej wiedzy w danej dziedzinie medycyny⁶⁹. Chodzi więc o wzorzec lekarza odpowiadający danej specjalizacji, tzn. takiej specjalizacji, jaką posiada lekarz, którego zachowanie przychodzi ocenić. Powinno się więc kreować wzorce dla lekarza stażysty, lekarza nieposiadającego w ogóle specjalizacji oraz dla lekarzy specjalistów poszczególnych płaszczyzn wiedzy medycznej⁷⁰. Jeszcze inaczej kwestię tę ujmuje K. Buchała, z którego rozważań na temat poziomu wymagań stawianych w ramach obowiązku ostrożności można

⁶⁸ *Ibidem*, s. 113–114.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 115.

⁷⁰ A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 56.

wnioskować, że miernikiem wymagań stawianych lekarzowi jest poziom lekarza „dobrego”, odpowiadającego mierze średniej staranności. Lekarza takiego charakteryzuje zatem posiadanie odpowiedniego dla danej dziedziny wiedzy doświadczenia oraz cecha staranności wykonywania czynności leczniczych⁷¹. Pogląd odbiegający od przytoczonych reprezentuje J. Sawicki, według którego miarą poziomu wymaganej ostrożności powinny być najwyższe wymagania wiedzy medycznej i najwyższe standardy. Należy przy tym zaznaczyć, że autor ten twierdzi, iż większość elementów badanych z reguły na płaszczyźnie decydującego o bezprawności czynu naruszenia obowiązku ostrożności, tj. przede wszystkim okoliczności stanu faktycznego, czy też specjalizacja lekarza, będzie rozpatrywana dopiero na płaszczyźnie winy⁷². W piśmiennictwie prawniczym za wadę tej koncepcji uznaje się fakt, że z odpowiedzialności karnej można byłoby zwolnić lekarza dopiero przy orzeczeniu braku winy, a nie już na etapie oceny bezprawności⁷³. W sytuacji więc, gdy niezgodność zachowania lekarza z najwyższymi standardami medycyny byłaby spowodowana okolicznościami niezależnymi od niego, rozważanie takiego zachowania jako sprzecznego z normą sankcjonowaną uznaje się za nietrafne⁷⁴. W związku z powyższym najbardziej słuszną pod pewnymi warunkami koncepcją wydaje się ta, która za miarę przyjmuje, jak ujęła to A. Liszewska, „rozsądnego i kompetentnego lekarza danej specjalności, znajdującego się w sytuacji sprawcy i wyposażonego w jego wiedzę na temat okoliczności towarzyszących zabiegowi”⁷⁵. Autorka jednak trafnie zauważa, że teoria ta nie bierze pod uwagę szczególnych zdolności sprawcy, czyniąc sytuację lekarzy wybitnych o wiele korzystniejszą. W konkluzji słusznie proponuje, aby szczególne umiejętności lekarza były uwzględniane przy ocenie zachowania pod względem wypełnienia obowiązku ostrożności. Wskazuje, że jeżeli stwarzają one lekarzowi obiektywną możliwość uniknięcia negatywnego skutku, to ich niewykorzystanie powinno być uznane za sprzeczne z wymaganą w takim przypadku ostrożnością⁷⁶.

⁷¹ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 115.

⁷² J. Sawicki, *op. cit.*, s. 85.

⁷³ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 117.

⁷⁴ *Ibidem*; B. Popielski, *op. cit.*, s. 357.

⁷⁵ A. Liszewska, *op. cit.*, s. 117.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 118.

W charakterze końcowej refleksji należy stwierdzić, że problematyka błędu w sztuce lekarskiej stanowi jeden z pierwszoplanowych punktów stycznych prawa karnego materialnego i medycyny, obok takich jak granice prawnokarnie irrelewantnego eksperymentu medycznego czy zgoda pacjenta na zabieg leczniczy. Z tych powodów, jak wspomniano, spotyka się z niesłabnącym zainteresowaniem nauki prawa karnego. Jak trudna jest prawnokarna ocena takich zachowań, świadczy relatywnie niewielka liczba skazań za nieumyślne przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu popełnione wskutek niezachowania przez lekarzy wymaganych reguł ostrożności na tle obiegowych informacji, wrażeń i odczuć społecznych, co do zakresu tego zjawiska. Ogólniejszych przyczyn takiego stanu rzeczy należy z pewnością upatrywać w dogmatycznej złożoności problematyki świadomej, a zwłaszcza nieświadomej nieumyślności. Szczególna sytuacja prawna lekarza, płynność samego pojęcia „sztuki lekarskiej”, wreszcie specyficzny i specjalistyczny charakter czynności leczniczych mogących realizować znamiona nieumyślnego czynu przeciwko życiu lub zdrowiu, interpretację takich stanów faktycznych czynią jeszcze bardziej skomplikowaną. Powszechnie znane trudności procesowe towarzyszące postępowaniu dowodowemu w sprawach dotyczących błędu w sztuce lekarskiej stanowią naturalne następstwo takiego stanu rzeczy, a wynikające z zasad procesowych gwarancje odnoszące się do przypadków „dowodowo wątpliwych” nierzadko mają do nich zastosowanie.