Toruń, 28.08.2017 r.

dr hab. Monika Wałachowska
Wydział Prawa i Administracji
UMK w Toruniu

RECENZJA ROZPRAWY DOKTORSKIEJ Pani Edyty Wasilewskiej

pt. *Kryteria ustalania zadośćuczynienie pieniężnego za krzywdę na rzecz pacjenta*

napisanej pod kierunkiem prof. nadzw. dr hab. Anny Konert

I. Wybór tematu pracy.

Wybór tematu pracy niewątpliwie zasługuje na uznanie, problematyka zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę na rzecz pacjenta ma istotne znaczenie nie tylko z teoretycznego, ale i praktycznego punktu widzenia. Zagadnienie to wpisuje się nie tylko do kanonu klasycznych zagadnień prawa odszkodowawczego, ale odgrywa coraz większe znaczenie w praktyce – poszkodowani pacjenci żądają bowiem kompensacji nie tylko niemajątkowej szkody na osobie, ale coraz częściej dochodzą zadośćuczynienia za naruszenie praw pacjenta.

Zakres rozprawy jest bardzo wąski, niemniej jednak jest to uzasadnione merytorycznie, mnogość zagadnień związanych z tą tematyką wymagał bowiem pogłębionej analizy prawno – dogmatycznej. Jak podkreśliła Autorka, wybór tematu uzasadniały przede wszystkim specyficzny charakter roszczenia o zadośćuczynienie, znaczenie społeczne omawianych przypadków oraz brak całościowego opracowania o charakterze monograficznym tej problematyki.

Praca podzielona jest na cztery rozdziały, każdy podzielony jest na mniejsze jednostki redakcyjne, w tym zakresie układ pracy nie budzi zastrzeżeń. Autorka posłużyła się typowymi metodami badawczymi, w ograniczonym zaś zakresie metodą prawno – porównawczą. W pracy wykorzystano bogatą literaturę przedmiotu (w języku polskim), liczne orzecznictwo, analizie poddano przepisy prawne (jednak nie wszystkie – zob. uwagi formalne i szczegółowe). Niektóre

ważne pozycje z literatury niestety pominięto (np. monografię E. Bagińskiej nt. związku przyczynowego, komentarze do ustawy o prawach pacjenta, zwłaszcza dotyczące kompensacji krzywdy wynikłej ze zdarzeń medycznych. Poza tym spis bibliografii jest w niektórych fragmentach niestaranny (np. brakuje pełnego tytułu wykorzystanych prac, zob. np. Bladowski, Gola, Kaliński, Szpunar itd.). Autorka niekiedy również nie sięga do najnowszych wydań pewnych publikacji (np. cyt. *Prawo medyczne* M. Nesterowicza z 2007 roku). Niekiedy Autorka nie podaje aktualnych Dz.U. zawierających teksty jednolite ustaw (np. ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty).

Rozprawa uwzględnia stan prawny na dzień 10.06.2017 r.

II. Uwagi formalne.

Lektura pracy prowadzi do wniosku, że Autorka dobrze opanowała warsztat naukowy, niemniej jednak w pracy zdarzają się „literówki"; można mieć również sporo uwag o charakterze stylistycznym (np. Autorka pisze, że „pacjent jest wyposażony w prawa", albo że „prawa pacjenta są regulacją" itp.; albo, że w prawie jest „zapis" – zob. s. 141 [zapis jest w prawie spadkowym]; że pacjent ma „przywilej" wyrażenia zgody; „mierzenie rozmiaru krzywdy – zob. np. s. 223 – chodzi o „ustalanie", mierzyć można np. odległość; „szkody osobowe" zamiast „szkody na osobie – s. 231; „szkoda zdrowotna" zamiast „szkoda na osobie": „wadliwe zachowanie lekarza" – lepiej pisać o zawinionym). Poprawy wymaga także interpunkcja (np. s. 30 – problem z przecinkami). Jeśli zaś chodzi o przypisy, można zwrócić uwagę, że posługując się kursywą w tytułach cytowanych opracowań, nie należy już stosować cudzysłowu (używamy albo jednego, albo drugiego); poza tym niekiedy w przypisach (nawet na tej samej stronie – zob. s. 49) Autorka nie używa kursywy w tytułach, a potem już tak – należałoby to ujednolicić. Powołując się w tekście na poglądy doktryny, sugerowałabym pisać „Autork/-ka" z wielkiej litery. Poza tym proszę zwrócić uwagę, że cytując strony internetowe, należy podawać datę dostępu/odczytu oraz dane Autora (jeśli są dostępne). Oprócz tego można wskazać, że niekiedy Autorka używa zbędnych wstępów, powtórzeń itp., są one zbędne, *meritum* wynika z treści (np. s. 57).

Nasuwa się także inna uwaga ogólna – niekiedy Autorka odwołuje się tylko do ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, innym razem do ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – sugerowałabym, jeśli taka sytuacja ma miejsce, aby podawać przepisy obu tych ustaw (ewentualnie także innych ustaw szczególnych, jeśli jest to konieczne, np. w odniesieniu do prawa do wyrażenia zgody lub sprzeciwu na udzielenie świadczenia zdrowotnego). W tym kontekście można zadać pytanie, dlaczego Autorka skupia się przeważnie na lekarzu (np. w kontekście winy, należytej staranności, prawa do informacji, czy klauzuli sumienia), nie analizując uregulowanych przecież w innych przepisach zagadnień tożsamych (np. odnośnie do farmaceuty czy pielęgniarki). W tym kontekście należy również zauważyć, że szczególnie brakuje uwag na temat praw pacjenta w świetle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (niezwykle interesujące mogłyby być uwagi dotyczące kryteriów ustalania zadośćuczynienia, a zwłaszcza roli czynników subiektywnych, czy zadośćuczynienia dla pacjentów małoletnich). Poza tym niekiedy brak jest wskazanego miejsca publikacji orzeczeń (zob. np. s. 63, 66); zdań nie zaczynamy od skrótu (np. s. 67 : „R. Piłat w tym względzie...”). Sugerowałabym sprawdzić również poprawność przypisów (np. s. 237 – przypis 630 – nie jestem współautorką żadnej publikacji z p. Górskimi).

III. Uwagi szczegółowe.

Główną tezą pracy jest przekonanie, że zadośćuczynienie pieniężne na rzecz pacjenta przyznawane jest w zbyt niskiej wysokości (s. 11). Jeśli chodzi o tezy uzupełniające Autorka wskazuje dalej, że „trudności, jakie sprawia pacjentowi wykazanie zarówno winy personelu medycznego w nieprawidłowości postępowania leczniczego lub szpitala w uchybieniach jego organizacji, jak i związku przyczynowo skutkowego pomiędzy takim zdarzeniem a doznaną krzywdą, mają bezpośredni wpływ na wysokość realnie uzyskiwanej przez pacjenta z tego tytułu kwoty pieniężnej”. Poza tym Autorka stwierdza, że sumy przyznawane jako zadośćuczynienie nie spełniają walorów kompensacyjnych i wreszcie, że na wysokość zadośćuczynienia wpływają funkcje, jakie pełni to świadczenie.

Przechodząc do uwag szczegółowych i polemicznych, nie mogę podzielić tezy, że polskie prawo medyczne spełnia wszystkie standardy międzynarodowe, zwłaszcza przewidziane w Konwencji Bioetycznej (s. 17). Sądzę, że jest to pewien skrót myślowy, ponieważ jeśli weźmiemy pod uwagę choćby brak regulacji prawnej w Polsce problematyki testów genetycznych i ochrony danych genetycznych, okaże się, że niektóre standardy wymagają jeszcze od ustawodawcy wprowadzenia istotnych zmian (sama zresztą Konwencja nie została ratyfikowana przez Polskę.

Nie mogę się również zgodzić z rozumieniem pojęcia pacjenta przyjętego w pracy (s. 18) – Autorka pisze, że pacjent jest zawsze osobą chorą, niepełnosprawną itd., tymczasem nie zawsze tak jest. Przykładowo do naruszenia praw pacjenta może dojść już na etapie diagnozy, kiedy pacjent jeszcze nie wie, czy coś mu dolega. Niejasny jest też dalszy wywód Autorki (s.19), można odnieść wrażenie, że utożsamia Ona błąd medyczny z niezachowaniem należytej staranności, tymczasem są to pojęcia odmienne. Dyskusyjna jest też teza, że „słusznie można bowiem podejrzewać, że gdyby przepisy prawa zapewniały właściwą reakcję na naruszenia praw pacjenta, to nie byłyby te naruszenia tak poważne i częste jak ma to w chwili obecnej miejsce" (s. 19). Można mieć wrażenie, że Autorka upatruje w przepisach dotyczących zadośćuczynienia za naruszenie praw pacjenta narzędzia, które powinno mieć charakter represyjny i prewencyjny, tymczasem funkcją zadośćuczynienia jest przede wszystkim kompensacja. Nie sadzę, aby przepisy o charakterze cywilnoprawnym były głównym narzędziem, dzięki któremu poziom kompensacji doznanej krzywdy mógłby być jeszcze wyższy. Niekiedy problemem nie jest sama treść przepisów, ale sposób jego stosowania oraz wiele innych czynników choćby natury procesowej (ciężar dowodu itp.). Ponadto, idąc tym tokiem rozumowania można by przyjąć, że fakt posiadania obowiązkowego OC przez podmioty lecznicze również powoduje, że naruszeń jest więcej, niż gdyby „przepisy prawa zapewniały właściwą reakcję na naruszenia praw pacjenta".

Dyskusyjne jest również stwierdzenie, że „zadośćuczynienie to przy tym jedyna forma pieniężna wyrównania uszczerbku o charakterze niemajątkowym przewidziana w przepisach prawa cywilnego" (s. 20). Czy jednak, przynajmniej w pewnym stopniu, funkcji kompensacji (w rozumieniu szerokim) nie spełnia też suma na cel społeczny przewidziana w art. 448 k.c.?

Nie jest również dla mnie jasne stwierdzenie, że skuteczność instytucji zadośćuczynienia została wsparta „przeciwdziałaniem przedawnieniu roszczenia" (s. 20 *in fine).* Czy należy odczytywać to w ten sposób, że omawiane roszczenie nie powinno się przedawniać? Co w takim razie z argumentem o pewności prawa i dążeniem do uregulowania sytuacji prawnej dłużnika? W kontekście przedawnienia i terminu *a temporae scientie* dotyczącego szkody na osobie, proszę zwrócić uwagę, że art. 442(1) został znowelizowany w kwietniu 2017 r. Czy ta zmiana ma znaczenie dla rozważań Autorki? Niejasne jest również założenie, że „skuteczność zadośćuczynienia zależy od zbywalności i dziedziczności roszczenia" (s. 21) – byłoby tak chyba, gdyby główną funkcją roszczenia była represja (zwłaszcza w związku z dziedzicznością).

Podzielam pogląd Autorki, że status pacjenta może mieć także *nasciturus* (s. 28), nie bardzo jednak rozumiem, co Autorka ma na myśli pisząc o jego godności. Czy Jej zdaniem roszczenia, o których pisze mogą być podnoszone także w związku z tzw. szkodą prekoncepcyjną (czy ma tu zastosowanie art. 446(1) k.c.)? Jeśli chodzi o zdolność prawną *nasciturusa* Autorka przedstawia różne koncepcje, jednak sama nie zajmuje stanowiska. Może to mieć jednak znaczenie dla oceny zasadności roszczenia o zadośćuczynienie. Poza tym można zadać pytanie, czy oprócz zdrowia *nasciturus* ma jeszcze jakieś inne dobra osobiste podlegające ochronie (zob. s. 29)?

Nieścisła jest uwaga na s. 31, że korzystanie z systemu ochrony zdrowia musi być dobrowolne. Musiałoby to przecież oznaczać, że prawo nie dopuszcza np. przypadków przymusu leczenia. Ciekawe są rozważania na temat bezpośredniego stosowania Konstytucji (art. 8) – zob. s. 32 – 33, co wręcz skłania do postawienia pytania, czy w związku z naruszeniem jakiś praw pacjenta możliwe jest oparcie powództwa o zadośćuczynienie pieniężne wprost na Konstytucji?

Jeśli o zgodę na udzielanie świadczeń zdrowotnych zbyt daleko idąca jest teza, że „wszelkie czynności medyczne podjęte bez zgody pacjenta – nawet wówczas, gdy zostały dokonane *lege artis* – są działaniem bezprawnym i stanowią naruszenie zarówno praw, jak i dóbr osobistych pacjenta" (s. 39) O ile rzeczywiście mowa o naruszeniu, to nie zawsze ma ono charakter bezprawny (np. w przypadkach działania bez zgody wyraźnie uregulowanych w przepisach prawa). Poza tym można odnieść wrażenie, że to zawsze lekarz „prowadzący"

„odbiera" zgodę. Tymczasem np. w związku z planowaniem zabiegu operacyjnego, nie tylko lekarz operujący powinien udzielać informacji i odebrać zgodę (może to być także anestezjolog). Autorka nie analizuje też szczegółowo przypadków tzw. zgody kumulatywnej czy zastępczej i związanego z nimi obowiązku informacyjnego (jest to szczególnie istotne po nowelizacji ustawy o prawach pacjenta w marcu br., wskutek której obowiązek informacyjny przecież znacznie poszerzono pod względem podmiotowym). Warto również rozważania o zgodzie uzupełnić o możliwość sprzeciwu oraz odstąpienia od udzielania świadczeń zdrowotnych. Z kolei jeśli chodzi o prawo do informacji (s. 41) i cytowane orzeczenia, można mieć wątpliwości, czy dotyczą one każdego przypadku i że w pełni wszystkie zachowały aktualność. Nie jest również jasny pogląd Autorki co do oceny sytuacji, w której wskutek braków w dokumentacji medycznej dochodzi w istocie do naruszenia prawa do informacji np. o stanie zdrowia. Czy zasadne jest wówczas roszczenie o zadośćuczynienie pieniężne?

Sądzę również, że rozważania dotyczące tajemnicy medycznej należało wyodrębnić w postaci samodzielnej jednostki redakcyjnej (zob. s. 44) tym bardziej, że w 2016 r. w znaczący sposób znowelizowano przepisy dotyczące tajemnicy medycznej po śmierci pacjenta (wprawdzie Autorka bada tylko zadośćuczynienie na rzecz pacjenta, to jednak pamiętać należy, że informacje objęte tajemnicą mogę także dotyczyć dóbr osobistych osób trzecich). Brakuje w tej części również rozważań poświęconych tajemnicy medycznej uregulowanej w innych przepisach, w szczególności tajemnicy psychiatrycznej i związanych z tym szczególnych ograniczeń dowodowych i dotyczących dokumentacji medycznej (zob. art. 51 – 52 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego z 1994 r.). W kontekście tajemnicy medycznej, ciekawa jestem, jak Autorka zapatruje się na dziedziczenie roszczenia w tym przypadku. Uzupełnić należałoby też uwagi dotyczące zakresu przedmiotowego tajemnicy medycznej (o informacje uzyskane także od osób trzecich) oraz wskazania relacji treści tajemnicy medycznej do treści dokumentacji medycznej.

Uważam, że warto byłoby choć ogólnie scharakteryzować także inne prawa pacjenta, a więc prawo do dokumentacji medycznej, do leczenia bólu (zwłaszcza po nowelizacji z marca br.), zgłaszania działań niepożądanych, kontaktu z innymi osobami, prawa do obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, prawo do opieki duszpasterskiej i do depozytu.

Można się domyślać, że Autorka sygnalizuje tylko te prawa, których zawinione naruszenie daje wprost prawo do żądania zadośćuczynienia na podstawie art. 4 ustawy o prawach pacjenta w zw. z art. 448 k.c., niemniej jednak takie ujęcie nie jest przekonywujące. Słusznie Autorka zauważyła we wcześniejszych rozważaniach, że regulacje poświęcone prawom pacjenta i dobrom osobistym wzajemnie się nie wykluczają (uważam, że pozostają w relacji krzyżowania się – Autorka mogłaby ten wątek pogłębić), zatem należałoby się zastanowić, czy np. w razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta (bądź innych uprawnionych osób) do dostępu do dokumentacji medycznej, istnieją inne podstawy żądania zadośćuczynienia.

Jeśli chodzi o stosunek art. 445 i 448 k.c. (s. 47), Autorka kwestionuje koncepcję dualizmu zadośćuczynienia, uznając jednocześnie, że odpowiedzialność z art. 448 k.c. oparta jest na zasadzie winy, co jednak należałoby głębiej uzasadnić. W związku z tym, że niekiedy udzielanie świadczeń zdrowotnych może mieć postać wykonywania władzy publicznej, nasuwa się pytanie, czy wówczas odpowiedzialność także oparta jest na zasadzie winy? Jakie jest stanowisko doktryny i judykatury? Z kolei jeśli chodzi o relację art. 4 ustawy o prawach pacjenta i art. 445 § 3 k.c. (s. 52), to czy są one w jakimś związku? Wywód w tym miejscu jest niejasny.

Rozwinięcia wymagałyby także uwagi dotyczące „umowy o leczenie" (s. 51, s. 103), bowiem Autorka nie wskazuje, co to jest za typ czy rodzaj umowy. Jest to istotne w kontekście istotnego podziału na zobowiązania starannego działania i zobowiązania rezultatu, co może wpłynąć na przesłanki odpowiedzialności oraz sposób liczenia przedawnienia roszczeń. Warto by było również doprecyzować rozważania na s. 58 – wydaje się bowiem, że Autorka nie utożsamia pojęć „krzywda" i „szkoda niemajątkowa", czym one się zatem różnią? Czy krzywdą jest już zatem samo naruszenie? Przykładowo czy krzywdą podlegającą kompensacji byłoby już samo zakażenie pacjenta? Autorka opisuje różne postacie krzywdy (s. 60) i w związku tym nasuwa się wątpliwość, czy krzywdą podlegającą kompensacji jest już sama „obawa o własne życie i zdrowie"? Czy znane jest Autorce jakieś orzecznictwo w tym zakresie? Podobnie – czy jest krzywdą „utrata zaufania do systemu opieki zdrowotnej"?

Ciekawe są rozważania o winie (s. 73 – 74), ciekawa jestem, czy znane są Autorce przypadki odpowiedzialności za działanie umyślne lub z rażącego niedbalstwa? Jeśli zaś chodzi o standard należytej staranności (s. 79 – 80) Autorka pisze o różnych elementach o charakterze

organizacyjnym, nie jest jednak jasne, czy to, w jakich warunkach lekarza udziela świadczeń zdrowotnych może wpływać na jego winę, czy jest to tylko element istotny z punktu widzenia winy np. przełożonego (szpitala). Dla jasności wywodu sugerowałabym to uporządkować. Dalej Autorka zauważa, że „podczas, gdy lekarz ustawowo obowiązany jest do świadczeń w zakresie ograniczonym do metod i środków mu dostępnych, pacjentowi w tym samym czasie przysługuje nieograniczone prawo do świadczeń odpowiadających aktualnym zasadom wiedzy medycznej". Jak to jednak odnieść do codziennej praktyki? Można przecież sobie wyobrazić sytuację, gdy np. pacjent w szpitalu powiatowym X wie, że na świecie dostępne są jakieś metody leczenia, ale nie w mieście X – czy można wówczas mówić o (zawinionym) naruszeniu praw pacjenta? Czy jest to przypadek utraconej szansy np. niepogorszenia/polepszenia stanu zdrowia? Czy za niedofinansowanie służby zdrowia odpowiadać powinien lekarz/szpital/ubezpieczyciel? Moim zdaniem w takiej sytuacji pytanie nie powinno brzmieć, czy taka sytuacja zagraża dobrom pacjenta (bo oczywiście tak jest), ale czy doznana w związku z tym szkoda będzie skutkiem działania/zaniechania zawinionego (zob. też s. 81).

Dalej – zob. s. 84, 108 – Autorka zdaje się utożsamiać, analizując art. 355 k.c., pojęcia ostrożności i staranności. Czy one rzeczywiście oznaczają to samo? Czy istnieje powszechny obowiązek zachowania ostrożności? Następnie (s. 87) Autorka podaje ciekawe przykłady (ale bez wskazania źródła), niemniej jednak nie wszystkie są jasne, a niektóre raczej dotyczą odpowiedzialności szpitala, a nie lekarza (np. ustalanie dni i godzi odwiedzin, pobieranie opłat za opiekę pielęgnacyjną, zakaz używania telefonów komórkowych, stosowanie kar (?) wobec palących pacjentów [skąd ten przykład?]; „piętnowanie pacjentów" (?); „stosowanie nadmiernej siły"(?); zakaz spacerów(?) – można się wręcz zastanawiać, skąd Autorka czerpie te przykłady? Czy są na to jakieś badania lub orzeczenia?). Jeśli zaś chodzi o winę własną podmiotu leczniczego (np. szpitala) – zob. s. 88 – 89 – czy podstawą będzie art. 415 czy 416 k.c.? Czy można stosować art. 429 k.c.? Jeśli chodzi w związku z tym o problem braku personelu czy zbyt małej liczby personelu, Autorka utożsamia to z winą organizacyjną – a co jeśli wynika to z niedofinansowania przez NFZ? Czy szpital za to odpowiada? A jeśli tak, to czy ma roszczenie regresowe do NFZ? Czy odpowiada tylko NFZ (jeśli tak, to na jakiej podstawie prawnej)? Autorka przytacza ciekawe orzeczenie dotyczące niewłaściwego przechowywania środka

trującego obok leków (s. 90) – czy Autorka widzi możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności pielęgniarki (oraz lekarza – np. jeśli podanie danego leku powinno odbywać się w obecności lekarza albo to wręcz tylko lekarz powinien lek podać)? Ciekawy jest również przykład „wadliwej organizacji finansowej" (s. 91) – czy to jest przykład winy własnej szpitala? Na czym może polegać? Jaka jest wówczas podstawa odpowiedzialności? Czy „niedostateczne finansowanie" to wina szpitala? Co oznacza „niewłaściwe rozdzielenie środków finansowych"? Czy szpitalowi w ogóle wolno to robić? [z uwagi na dyscyplinę finansów publicznych] – wywody w tym zakresie sugerowałabym doprecyzować. W związku z bardzo interesującymi przykładami powyżej zadziwiające jest, że Autorka w ogóle nie zajmuje się pojęciem „błędu medycznego" i odnosi go do wymogu zachowania należytej staranności np. przez lekarza. Tymczasem pojęcie błędu medycznego nie jest z tym pojęciem tożsame.

Nie mogę zgodzić się z tezą, że wskutek nowelizacji k.c. w 2004 r. i wprowadzenia m.in. art. 417(2) odpowiedzialność na zasadzie słuszności przestała istnieć (s. 100 *in fine*). Czy naprawdę Autorka nie widzi *de lege lata* żadnej możliwości oparcia odpowiedzialności za krzywdę wyrządzoną udzielaniem świadczeń zdrowotnych na zasadach słuszności? Przypadków tych jest niewiele, ale przecież mogą wystąpić... Następnie Autorka zauważa postępującą obiektywizację odpowiedzialności (s. 102), czy zatem Jej zdaniem oparcie odpowiedzialności np. lekarza na zasadzie ryzyka jest uzasadnione (zob. s. 102 – 106), czy postulat wprowadzenia domniemania winy popiera? Czy rzeczywiście system dotyczący zdarzeń medycznych w Polsce został oderwany od winy w znaczeniu subiektywnym? Czy gdziekolwiek z taką sytuacją mamy do czynienia? Poza tym można zadać pytanie, czy w Polsce nadal system kompensacji ze zdarzeń medycznych jest nadal połączony ubezpieczeniem (zob. s. 102). Autorka błędnie pisze, że komisja wojewódzka rozstrzyga o świadczeniach (s. 102), gdy tymczasem jej zadaniem jest tylko ustalenie zdarzenia medycznego.

Podzielam uwagi Autorki dotyczące trudności dowiedzenia winy w tzw. procesach medycznych. W związku z tym dziwi, że Autorka w ogóle nie pisze o procesie dowodzenia i stosowanych przecież w praktyce konstrukcjach, dzięki którym sytuacja pacjenta jest korzystniejsza (chodzi zwłaszcza dowód *prima facie*). Podobnych rozważań brakuje również jeśli chodzi o dowód istnienia adekwatnego związku przyczynowego. Zabrakło również uwag

dotyczących przyczynowości we wspomnianym jedynie postępowaniu w sprawie zdarzeń medycznych. Dlatego może warto by było wyodrębnić część poświęconą właśnie ciężarowi dowodu w procesach medycznych?

Dyskusyjna jest moim zdaniem teza, że trudności, jakie sprawia pacjentowi wykazanie zarówno winy personelu medycznego, jak i np. uchybień w organizacji, czy związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy takim zdarzeniem a krzywdą pacjenta, mają bezpośredni wpływ na wysokość realnie uzyskiwanej z tego tytułu kwoty pieniężnej (s. 119). Raczej trudności te wpływają m.zd. na przypisanie odpowiedzialności, a nie na wysokość kwoty (ktoś jest odpowiedzialny, albo nie, zaś na wysokość zadośćuczynienia może wpływać przede wszystkim udowodnienie rozmiaru krzywdy [przecież krzywda nie może być „częściowo" w związku przyczynowym, a poza tym w Polsce przyjmuje się koncepcję jedności szkody]).

Autorka podkreśla, że powód powinien dokładnie określić wysokość żądanej kwoty (s. 121), co mogłoby sugerować, że nie może rozszerzyć powództwa. Jaka jest zatem rola spraw podobnych, skoro zdaniem Autorki powód powinien bardzo precyzyjnie określić wysokość żądanej kwoty (s. 123)? Poza tym, czy pomocne może być w tym względzie sięgnięcie do art. 189 k.p.c. albo art. 322 k.p.c.? Nieprecyzyjna jest także teza, że „lekarz nie udzielając pacjentowi pełnej informacji, spełniając jednak przytoczone powyżej przesłanki, również w tym przypadku nie spowoduje, że naruszeniu ulegnie jakiekolwiek prawo i dobro osobiste pacjenta" (s. 131). W tym przypadku naruszenie będzie, ale nie będzie ono bezprawne (czym innym jest przecież naruszenie, a czym innym bezprawność. Przykładowo zwolnienie lekarza przez sąd z obowiązku zachowania tajemnicy medycznej spowoduje jej naruszenie, ale nie będzie ono bezprawne). W tym kontekście nie zgadzam się z Autorką, że w związku ze stosowaniem 261 § 2 k.p.c. „ lekarz wedle własnego uznania podejmuje decyzję o wyjawieniu informacji dotyczących pacjenta objętych tajemnicą" (s. 132); uważam, że lekarz jest tylko depozytariuszem, a nie dysponentem tajemnicy.

Pisząc o szacowaniu zadośćuczynienia dla osób nieprzytomnych, nie zdających sobie sprawy z doznanego uszczerbku (s. 137 – 138) Autorka nie wspomina ważnym wyroku SN z 16 IV 2015 r. (I CSK 434/14). Przychyla się do poglądu P. Graneckiego, że zadośćuczynienie to nie suma pieniężna, ale przyjemność, którą poszkodowany może sobie dzięki niej

dostarczyć/odczuwa. Uważam, że jest to nie do obrony w przypadku np. kompensacji szkód prenatalnych czy wobec osoby, która jest np. nieprzytomna na skutek zdarzenia (i wówczas *de facto* to np. przedstawiciel ustawowy jest dysponentem przyznanych środków). Dalej Autorka podaje ciekawy przykład (s. 143 – 144), nie wiadomo jednak, czy stan faktyczny jest wymyślony przez Autorkę, czy pochodzi z orzecznictwa? W związku z tym nasuwa się pytanie, jakie w podanym stanie faktycznym, podstawy prawne dla zadośćuczynienia widziałaby Autorka? Czy chodzi faktycznie wyłącznie o naruszenie praw pacjenta? W tym kontekście warto ponadto zwrócić uwagę, że Autorka w ogóle nie wspomina o istotnych w tym kontekście skargach z tytułu *wrongful life/birth/conception*, a pisała przecież o *nasciturusie*. W podanym przez Nią przykładzie niewątpliwie co najmniej jest z tych skarg mogłaby być podstawą powództwa o zadośćuczynienie). Ponadto można się zastanawiać, co stałoby się, gdyby na skutek niedochowania należytej staranności przez lekarza i niepoinformowania pacjentki o czasem wręcz letalnych wadach płodu, dziecko zmarło po kilku dniach? A co w przypadku urodzenia martwego dziecka? Czy Autorka widziałaby tu jakieś podstawy do zadośćuczynienia pieniężnego? Jeśli tak, to dla kogo i na jakiej podstawie prawnej?

Autorka następnie dowodzi, że różne czynniki brane sąd pod uwagę przy szacowaniu zadośćuczynienia w zależności od podstawy prawnej zadośćuczynienia (s. 151), ale czy tak być powinno? Czy zatem okoliczności wyrządzenia szkody wpływają na rozmiar krzywdy i wysokość zadośćuczynienia? Pomocny jest z pewnością stopień uszczerbku na zdrowiu, ale słusznie Autorka podnosi, że to również – jeśli nie przede wszystkim – niejednokrotnie to indywidualne okoliczności po stronie poszkodowanego w większy sposób wpływają na wysokość zasądzonego zadośćuczynienia (s. 153 – 154). Czy jednak „wszelka omyłkowość bądź niezręczność" wpływa na zakres krzywdy (s. 159)? W jaki sposób?? Czy omyłkowość/niezręczność Autorka utożsamia z niezachowaniem „choćby podstawowej staranności"? Jeśli tak, to jest to teza zbyt daleko idąca – przykładowo w sytuacji, w której lekarz uszkodził inny narząd w związku z nietypową budową anatomiczną albo niewidocznym w badaniu obrazowym stanie rozległości np. guza, czy to jest „niezachowanie podstawowej staranności", czy to ma być rażące niedbalstwo?

Ciekawe jest cytowane orzeczenie SA w Katowicach (s. 163), w którym sąd negatywnie ocenił postawę ubezpieczyciela (odmowa wypłaty zadośćuczynienia) jako wpływającą na

rozmiar krzywdy, jednak czy orzeczenie to Autorka ocenia pozytywnie? Czy faktycznie postawa podmiotu, który nie jest sprawcą i pozostaje poza stosunkiem odszkodowawczym (mimo, że odpowiada na zasadzie gwarancyjnej, w sposób akcesoryjny) może mieć znaczenie dla oceny rozmiaru krzywdy? Czy jednak nie chodzi tutaj o wyłącznie subiektywne odczucia poszkodowanego, występującego z *actio directa*...? Czy pozytywnie ocenia Autorka orzeczenie (s. 174), w którym wzięto pod uwagę kryterium majątkowe (koszt porodu w prywatnej placówce)?

Rozwinięcia wymagałyby wywody dotyczące koncepcji przyczynienia się (s. 177), zwłaszcza w kontekście osób ubezwłasnowolnionych czy małoletnich. Poza tym ograniczono się wyłącznie do niepoddania się zabiegowi operacyjnemu (co analogicznie dotyczyłoby także czynności podwyższonego ryzyka), a nie wspomniano o innych zachowaniach/zaniechaniach pacjenta, które *in casu* można analizować w kontekście przyczynienia się (np. gdy pacjent nie uczęszcza na rehabilitację, nie przyjmuje leków, nie stawia się na wizyty i badania kontrolne, nie przestrzega innych zaleceń, np. co do diety, trybu życia itp.) [które z tych zaleceń Autorka uznałaby za mające charakter „podwyższonego ryzyka" – czy np. byłoby to przyjmowanie leków, badania krwi, zdjęcia RTG?].

Jeśli chodzi zaś tezę (s. 187), że bezcelowe jest rozważanie możliwości zastosowania art. 440 k.c. do zadośćuczynienia z uwagi na krąg podmiotowy, to nie mogę się z nią zgodzić. Autorka zdaje się zakładać, że skoro istnieje obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia OC, do wypłaty odpowiedniej kwoty będzie zawsze zobowiązany ubezpieczyciel. Tymczasem przecież może się zdarzyć, że suma gwarancyjna z OC uległa wyczerpaniu albo ubezpieczyciel wystąpił z roszczeniem regresowym do lekarza. Ponadto Autorka wskazuje na bezcelowość rozważań w tym zakresie także w odniesieniu do przypadków, gdy nie doszło do zawarcia umowy obowiązkowego OC – ta teza jest niepełna i może rodzić u Czytelnika pewne wątpliwości: po pierwsze w razie niezawarcia umowy np. przez podmiot leczniczy prowadzący szpital, „sankcją" jest możliwość wykreślenia z rejestru. Po drugie w takiej sytuacji odpowiada szpital. Tezę tę zatem należało rozwinąć, nie każdy wszak Czytelnik ma wiedzę z zakresu ubezpieczeń gospodarczych. Niemniej jednak, jeśli przypadek niezawarcia umowy OC dotyczyłby np. lekarza prowadzącego indywidualną praktykę, zagadnienie to wyglądałoby zupełnie inaczej (podmiot

odpowiada przecież wówczas własnym majątkiem; poza tym nawet w razie posiadania takiego ubezpieczenia, szkoda może przewyższać sumę gwarancyjną, wówczas np. lekarz czy pielęgniarka odpowiada cały swoim majątkiem, obecnym i przyszłym; co więcej nawet, jeśli np. lekarz zawarł umowę ubezpieczenia OC„nadwyżkowego", może ono być niewystarczające albo umowa będzie zawierała wyłączenia odpowiedzialności ubezpieczyciela). Ponadto proszę mieć na uwadze, że wystąpienie z *actio directa* przez poszkodowanego jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem. Wreszcie należy podkreślić, że argument odwołujący się do istnienia obowiązkowych ubezpieczeń OC podmiotów leczniczych nie jest m.zd. rozstrzygający w omawianym zakresie. Raczej należałoby rozważyć, czy w związku z treścią np. art. 445 § 1 k.c. czy art. 4 PPU w zw. z art. 448 k.c. (mowa o możliwości przyznania „odpowiedniej" sumy pieniężnej) odwoływanie się do treści art. 440 k.c. jest w ogóle zasadne. Osobiście raczej skłaniałabym się do poglądu, że właśnie z uwagi na to kryterium „odpowiedniości", a co za tym idzie konieczności uwzględnienia przez organ orzekający całokształtu okoliczności sprawy, nie ma potrzeby sięgania do art. 440 k.c. Takie ujęcie może być także przydatne w sprawach transgranicznych, gdzie właśnie stan majątkowy poszkodowanego, czy wręcz szerzej – stopa życiowa kraju, w którym żyje poszkodowany, była jednym z kryteriów branych pod uwagę także przez SN, przy czym składy orzekające różnie podchodziły do tego kryterium, wydaje się jednak, że przeważa obecnie stanowisko, że kryterium to nie może mieć charakteru rozstrzygającego, a jedynie pomocniczy [z uwagi na najistotniejsze, jaką jest funkcja kompensacyjna zadośćuczynienia] – skoro zadośćuczynienie nie może być „symboliczne", a stanowić dla uprawnionego „ekonomicznie odczuwalną wartość" [dzięki temu pośrednio również spełniona może być przez tą kwotę funkcja satysfakcji].

Podzielam uwagi Autorki odnośnie do niejednolitości w orzecznictwa w zakresie procentowego określania stopnia uszczerbku na zdrowiu i związanej z tym niejednolitości co do wysokości kwot (nawet przy podobnej wielkości uszczerbkach (s. 194)). Wprawdzie można powiedzieć, że sądy są niezależne, a sędziowie niezawiśli, to jednak skoro Autorka uważa taką sytuację za „niesprawiedliwą reakcję systemu prawa na naruszenia" (s. 195), to należałoby – omawiając czynniki brane pod uwagę przy szacowaniu zadośćuczynienia nawiązać do „roli spraw podobnych" (element ten niejednokrotnie pojawia się w orzecznictwie SN i sądów

powszechnych, szczególne zaś znaczenie może mieć w przypadkach transgranicznych). Autorka dalej podnosi (s. 195), że sądy biorą pod uwagę sytuację ekonomiczną podmiotu odpowiedzialnego – czy jednak istnieje dostateczna liczba orzeczeń sądowych, aby stawiać tak ogólną tezę? Rzeczywiście fakt złej sytuacji majątkowej np. pozwanego szpitala może być podnoszony przez jego pełnomocnika, ale sądy raczej wówczas twierdzą, że zły stan majątkowy pozwanego nie może doprowadzić do obniżenia zadośćuczynienia, gdyż podważyłoby to funkcję kompensacyjną tego świadczenia.

Autorka twierdzi, że średnie sumy przedstawione w cytowanym raporcie to 100 tys. zł, i że jest to kwota zbyt niska (s. 196). Jaką zatem uważałaby za „odpowiednią"? Można się bowiem zastanawiać, czy takie uogólnienie jest w ogóle możliwe? Nie do końca jasne jest również, w jaki sposób „funkcje zadośćuczynienia mają być głównym kierunkiem określania jego wysokości" (s. 196). W konsekwencji nie dowiadujemy się, w jaki sposób Autorka widzi „zwiększenie funkcji represyjnej i prewencyjnej" zadośćuczynienia w związku z wyrządzeniem szkód medycznych (s. 201 – 202). Dyskusji wymagałoby ustalenie, czy faktycznie rodzaj szkody miałby uzasadniać odmiennie traktowanie danej grupy poszkodowanych (jak to rozwiązać w świetle konstytucyjnej równości wobec prawa?). Wówczas trzeba by chyba też powiedzieć, że z uwagi na masowość szkód komunikacyjnych, zadośćuczynienia w tych przypadkach także powinny być wyższe. Czy masowość albo specyfika szkód nie zachwiałaby ogólnymi zasadami co do funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej?

Dyskusji wymaga również teza Autorki (s. 202), że możliwe jest zapewnienie funkcji prewencyjnej poprzez zasądzanie wyższych kwot tytułem zadośćuczynienia. Mam co do tego wątpliwości, zwłaszcza w związku z obowiązkiem zawarcia umowy ubezpieczenia OC podmiotów leczniczych. Sądzę, że funkcja prewencyjna ma znaczenie przy odpowiedzialności osobistej, ta natomiast *de facto* ma ona miejsce nieczęsto w sprawach medycznych. Ponadto funkcja ta odgrywa znaczenie w związku z odpowiedzialnością karną i zawodową. Tymczasem w związku z coraz większą rolą ubezpieczeń OC (w większości obowiązkowych) niektórzy Autorzy mówią wręcz o „zmierzchu" tradycyjnej odpowiedzialności deliktowej. Czy zatem powrót dzisiaj do represji i prewencji jest uzasadniony?

Jako jeden z czynników, która ma znaczenie przy szacowaniu wysokości zadośćuczynienia Autorka uznaje zainteresowanie mediów i społeczeństwa sprawami medycznymi (s. 212). Nie mogę zgodzić się z tezą, że zainteresowanie sprawą powinno się wprost „przekładać" na wysokość zasądzonej kwoty. Musiałoby to oznaczać, że im bardziej „spektakularny" czy skandaliczny (co samo w sobie jest wysoce ocenne) przypadek, tym kwota powinna być wyższa. Ten argument wpisuje się w dyskusję o polityce prawa, ale w ramach prawa odszkodowawczego ten czynnik nie może mieć znaczenia (co innego w prawie karnym, gdzie prewencyjnie i represyjnie może działać np. podanie do publicznej wiadomości informacji o tożsamości skazanego lekarza). Przeciwnie do Autorki uważam, że podstawową funkcją zadośćuczynienia jest kompensacja doznanej krzywdy, bez względu na podstawę prawną roszczenia. Funkcje pozostałe traktuję jako uzupełniające.

Ciekawe są wywody prawno-porównawcze (s. 221 i n.), Autorka nie wskazuje jednak wyraźnie, czy tabele we Francji, Włoszech, Hiszpanii mają charakter wiążący dla sędziego (ale też np. ubezpieczyciela. Niekiedy odwołuje się do tabel z 2011 r., a są już z 2017 – zob. s. 227)? Autorka pisze, że taryfikator w Polsce nie występuje (s. 222), a przecież Rozporządzenie wykonawcze do ustawy o prawach pacjenta, w zakresie dotyczącym wynagrodzenia szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych, posługuje się swoistym „taryfikatorem". Następnie Autorka pisze, że w Polsce nie do pomyślenia byłoby, aby osoby bliskie poszkodowanego otrzymały zadośćuczynienie dla siebie (s. 226). Być może jest to w sprzeczności tradycyjnie ujmowanymi podstawami roszczeń dla osób pośrednio poszkodowanych, jednak w pracy pominięto w ogóle problematykę zadośćuczynienia za naruszenie więzi rodzinnej (art. 448 k.c.) i fakt, że w Polsce zapadły już orzeczenia zasądzające np. osobom bliskim poszkodowanego zadośćuczynienie (np. wyrok SA w Warszawie z 18.01.2016 r., obecnie skierowany do rozstrzygnięcia przez skład 7 sędziów). Co więcej, w kwietniu 2017 r. skierowano pytanie prawne do SN w tym zakresie. Wprawdzie pytanie prawne nie dotyczy szkody o charakterze seksualnym (o tym zdaje się pisze Autorka), niemniej jednak problem istnieje i powoli sądy zaczynają w tego typu sprawach odchodzić od powoływanej w pracy zasady, że zadośćuczynienie należy się wyłącznie osobie bezpośrednio poszkodowanej.

Wreszcie można mieć wrażenie, że wszystkie procesy medyczne są przewlekłe (s. 239), co zwiększa poczucie krzywdy (s. 240). Czy zatem w większym zakresie odpowiadać ma za to np. ubezpieczyciel? Z taką tezą trudno byłoby się zgodzić (wyższa oczywiście będzie kwota odsetek za opóźnienie). Jeśli chodzi o odsetki uwagi Autorki są niepełne, nie z wszystkimi się zgadzam (np. jeśli chodzi o datę wymagalności). W przypadku, gdy zobowiązanym do wypłaty zadośćuczynienia jest ubezpieczyciel, art. 455 k.c. nie ma zastosowania, gdyż zobowiązanie ubezpieczyciela ma charakter terminowy (zob. ustawę o ubezpieczeniach obowiązkowych ... z 2003 r.).

Podsumowując swoje wywody Autorka twierdzi, że „gdyby bowiem przepisy prawa zapewniały odpowiednią reakcję na naruszenia praw pacjenta, to nie byłyby wówczas te naruszenia tak poważne i częste jak ma to miejsce w chwili obecnej" (s. 250), z czym trudno się zgodzić – nawet najbardziej zaawansowane i nowoczesne rozwiązania nie uchronią nas przed błędami medycznymi, naruszeniem zasad staranności zawodowej itd. Dodaje, że podstawową tezą pracy było założenie, że kwoty przyznawane jako zadośćuczynienie są zbyt niskie i nie spełniają przez to funkcji kompensacyjnej (s. 256). Jednocześnie Autorka nie wskazuje, w jakiej wysokości kwoty zadośćuczynienia byłyby odpowiednie, ani w jaki sposób to osiągnąć (zob. też s. 260 – Autorka zestawia kwoty zadośćuczynienia z cenami rynkowymi – czy zasadnie?). Można polemizować, czy faktycznie to, że szkoda zostaje wyrządzona w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych jest czynnikiem, który powinien wpływać na wysokość kwot. Szkoda niemajątkowa ma charakter niewymierny bez względu na to, w jakich okolicznościach została wyrządzona, istotne są natomiast jej rozmiar i skutki na przyszłość. Z podobnymi przecież problemami może spotkać się poszkodowany, który został np. zniesławiony w mediach, ofiara przemocy seksualnej czy uczestnik wypadku w górach. Faktem jest oczywiście, że bardzo utrudnione jest dla laika udowodnienie związku przyczynowego, czy konkretnej osoby, która nie dochowała należytej staranności, niemniej jednak w orzecznictwie już dawno wypracowano reguły, dzięki którym udaje się te trudności w wielu sprawach przezwyciężyć (domniemania faktyczne, dowód *prima facie*, *res ipsa loquitur*). Pewnym rozwiązaniem miałoby być zdaniem Autorki zapewnienie poszkodowanym satysfakcji, jako właściwej reakcji systemu prawnego na naruszenie. Czy zawsze funkcję tę ma pełnić wysoka kwota zadośćuczynienia? Przecież niekiedy

może wystarczyć samo ustalenie naruszenia albo zasądzenie odpowiedniej kwoty na cel społeczny.

Na koniec można dodać, że wywody w pracy mogłyby być uzupełnione o rozważania poświęcone możliwości zastosowania instytucji *compensatio lucri cum damno*, dziedziczeniu roszczenia (zwłaszcza problemu, w jakiej wysokości przechodzi ono na spadkobierców). Brakuje też uwag poświęconych zadośćuczynieniu za naruszenie więzi rodzinnych (przykładowo w razie bezprawnego umieszczenia pacjenta w szpitalu psychiatrycznym).

IV. Uwagi końcowe.

Autorka podjęła próbę oceny pewnego modelu ustalania wysokości zadośćuczynienia na rzecz pacjenta. Myślę, że mimo uwag polemicznych i krytycznych udało się Autorce wskazać na najistotniejsze problemy teoretyczne i praktyczne związane z analizowanymi zagadnieniami oraz przedstawić własne propozycje. Mimo pominięcia pewnych istotnych zagadnień i pewnych „niedociągnięć" natury formalnej, praca spełnia wymogi przewidziane w art. 13 ustawy z 14.03.2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz stopniach i tytule w zakresie sztuki, potwierdzając umiejętność Autorki do prowadzenia badań naukowych.

Wnoszę o dopuszczenie pracy do publicznej obrony.

Monika Watachowska