

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

Toruń, 23.04.2022.

RECENZJA ROZPRAWY DOKTORSKIEJ

autorstwa Pana mgra Andrzeja Girdwoyń

pt. *Należyta staranność lekarza,*

napisanej pod kierunkiem dr hab. Beaty Janiszewskiej
przy udziale promotora pomocniczego dra Witolda Borysiaka

Działając na podstawie uchwały Rady Naukowej Dyscypliny Nauki Prawne Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 20.12.2021 r., niniejszym przedkładam recenzję złożonej rozprawy.

I. Wybór tematu rozprawy.

Wybór tematu rozprawy niewątpliwie zasługuje na uznanie – jest to zagadnienie istotne zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia. Tematyka ta wpisuje się w zakres podstawowych zagadnień prawa odszkodowawczego, stanowiąc pewien wkład w rozwój nauki prawa cywilnego. Praca zawiera ciekawe uwagi, propozycje wykładni przepisów, uwzględnia także ewolucję przepisów i praktyki stosowania prawa, gdy chodzi o pojęcie należytej staranności i w dużym stopniu odnosi to do standardu staranności lekarza.

Zaletą rozprawy może wydawać się uwzględnienie kontekstu prawno-porównawczego, niemniej jednak akcenty w tym zakresie nie są rozłożone równomiernie, przez co Czytelnik ma wrażenie, że w przeważającej części praca odwołuje się do dorobku pochodzącego z prawodawstw germańskich. Z jednej strony taki układ pracy można uzasadnić tym, że Autor

próbuję „przenieść” pewne koncepcje wypracowane zwłaszcza w literaturze niemieckiej, z drugiej jednak – biorąc pod uwagę dorobek polskiej doktryny i judykatury, taki „zabieg” wydaje się niejednokrotnie nieuzasadniony, a wręcz sztuczny. Widoczna w pracy niewątpliwa fascynacja Autora dorobkiem nauki niemieckiej nie może jednak prowadzić do tego, że nie uwzględnia się rodowodu i wykładni innych przepisów (oprócz art. 355 § 1 k.c., który jest „osią” wywodów Autora), do których Autor zresztą się odwołuje (w szczególności chodzi o art. 415 k.c. i wykładnię pojęcia winy, głęboko zakorzenioną przecież nie w kulturze praw germańskich, ale romańskich, o czym będzie jeszcze mowa).

Rezultaty badań Autora w wielu aspektach zasługują na pozytywną ocenę, niemniej jednak „przenoszenie” wprost na grunt prawa polskiego dorobku doktryny niemieckiej nie wydaje się przekonujące. Pewne wątki dodatkowo nie zostały przez Autora poruszone czy pogłębione, a o nie rozprawa powinna być uzupełniona (zob. pkt III).

II. Uwagi formalne.

Należy podkreślić bardzo dobry warsztat naukowy Doktoranta oraz dbałość o stronę formalną pracy. Uwagę zwracają bardzo starannie sporządzone przypisy, wykaz skrótów, bibliografia i spis treści, w pracy jest zaledwie kilka „literówek”, zatem strona formalna pracy nie budzi zastrzeżeń. Jedyne, co można poprawić w tym aspekcie, to spis niektórych orzeczeń (być może łatwiej byłoby „poruszać się” po spisie np. orzeczeń sądów powszechnych, gdyby zostały uporządkowane według siedziby sądu i chronologicznie). Sądzę również, że wykaz skrótów powinien znaleźć się w początkowej części rozprawy, a nie na końcu, ale to wyłącznie sugestia.

Walorem rozprawy jest to, że pracę czyta się łatwo, mimo że Autor analizuje bardzo trudne i sporne zagadnienia. Wywody Doktoranta są przejrzyste i dobrze udokumentowane, choć niektóre wypowiedzi domagają doprecyzowania (zob. pkt III recenzji), z pewnymi тезami Autora trudno się zgodzić lub wymagają one rozwinięcia, niemniej jednak praca jest napisana w sposób bardzo przystępny, staranny. Niejednokrotnie Autor polemizuje z тезami zawartymi w powoływanym polskim piśmiennictwie czy orzecznictwie, czyniąc to na wysokim poziomie debaty naukowej i prezentując własne stanowisko. Widać, że Doktorant bardzo dobrze zbadał literaturę (choć zdarzają się braki, które trudno wytłumaczyć) i wybraną judykaturę, swoje zaś przemyślenia artykułuje w sposób klarowny, nierzadko również formułując ciekawe wnioski



na przyszłość. Warto jednak zwrócić uwagę, że cytaty z literatury obcej (przeważnie w j. niem.), przytaczane w przypisach, powinny być – dla jasności wyводу – przetłumaczone.

Praca jest drobiazgowo podzielona na trzy części i łącznie dziesięć rozdziałów, te zaś na mniejsze jednostki redakcyjne, dzięki czemu Czytelnikowi łatwo „poruszać się” po jej fragmentach. Walorem pracy jest to, że Autor w poszczególnych częściach podsumowuje swoje rozważania, co ma charakter porządkujący i pozwala przejść do kolejnych fragmentów. Taki układ pracy uważam za prawidłowy i jednocześnie ułatwiający Czytelnikowi kontynuację lektury. Całość wieńczy zakończenie, które stanowi podsumowanie dotychczasowych rozważań i zawiera wnioski, które tylko w części podzielał.

Warto również podkreślić, że Autor przebadał imponującą liczbą pozycji naukowych i innych opracowań oraz powołał dużą liczbę orzeczeń, starannie je przytaczając i formułując na ich podstawie wnioski i własne propozycje. Niestety niedosyt budzi to, że wiele orzeczeń, które wprost dotyczą postaci winy lekarza pominięto, zaś bardziej skupiono się na tych, które dotyczą należytej staranności w ogóle. Tymczasem pracę z pewnością wzbogaciłyby m.in. orzeczenia czy pozycje z polskiej literatury, które dotyczą chociażby winy lekarza w zespole operacyjnym czy też – skoro Autor ten wątek w pracy porusza – orzeczenia dotyczące poszczególnych postaci błędu medycznego, w których rozważa się właśnie, na czym polegało niedochowanie należytej staranności i sama bezprawność.

Doktorant dobrze opanował warsztat naukowo – badawczy, ma predyspozycje do prowadzenia pracy naukowej, niemniej jednak przedstawiając kontekst prawno-porównawczy „wpadł w pułapkę” fascynacji systemami germańskimi i szwajcarskim, nie uwzględniając „rodowodu” i tradycji art. 415 k.c., co spowodowało nieprawidłowe rozłożenie akcentów i nieuwzględnienie odmiennego rozumienia pewnych pojęć w tych „kulturach” prawnych. Wprawdzie polemika prowadzona przez Autora jest na wysokim poziomie dyskursu naukowego i dowodzi dojrzałości Doktoranta oraz potwierdza Jego zdolności do dalszego samodzielnego prowadzenia badań, to jednak pewne wywody są zbyt jednostronne i „przesiąknięte” dokonaniem zwłaszcza przedstawicieli doktryny niemieckiej, nie uwzględniając szerszego, niezbędnego kontekstu, nie doceniając w szczególności wpływu doktryny francuskiej na interpretację polskich przepisów (zob. zwłaszcza art. 415 k.c., w którym nie wyodrębniono dwóch odrębnych przesłanek odpowiedzialności, ale winę *sensu largo*, obejmującą bezprawność oraz winę *sensu stricto*, utożsamianą najczęściej w praktyce właśnie z niedochowaniem należytej staranności. Tymczasem Autor bezprawność i winę

traktuje jako „odrębne przesłanki” (zob. np. s. 17), choć dalej pisze, że „obie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej bywają trudne do rozróżnienia w praktyce (s. 112), co nie pozwala ocenić, jaki jest ostatecznie pogląd Autora, gdy chodzi o rozumienie winy w świetle art. 415 k.c. Jest to o tyle istotne, że Autor uznaje, że z odpowiedzialnością na zasadzie winy mamy do czynienia, gdy zostanie spełniona m.in. przesłanka „zachowania podmiotu będącego zawinionym naruszeniem porządku prawnego” (s. 121), twierdząc jednocześnie, że wina i bezprawność do dwie przesłanki (tamże).

Na koniec w tej części warto wskazać, że Autor zaznacza we wstępie, że „praca uwzględnia stan prawny, literaturę i orzecznictwo na dzień 31 marca 2021 r.”, co jest dla mnie pewnym zaskoczeniem, biorąc pod uwagę fakt, że praca – według mojej wiedzy – została złożona dopiero w listopadzie 2021 r., zaś uchwałę o skierowaniu jej do recenzji podjęto w grudniu 2021 r. Jest to o tyle istotne, że wiosną 2021 r. ukazał się tom 5 *Systemu Prawa Medycznego* (red. E. Bagińska) pt. *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, gdzie bardzo dużo uwag poświęcono właśnie należytej staranności lekarza oraz poszczególnym przypadkom jego odpowiedzialności, powołano ogromną liczbę orzeczeń i piśmiennictwa. Brak odwołania się do tej pozycji z literatury uważam za poważne uchybienie.

III. Uwagi szczegółowe

Pracę na temat należytej staranności lekarza przyjąłem do recenzji z dużym zainteresowaniem, ponieważ problematyka ta nie tylko wpisuje się w zakres klasycznych zagadnień prawa odszkodowawczego, ale miała także wskazać związek wątków odpowiedzialności cywilnej z zagadnieniami praktycznymi, co jednak nie do końca się udało (rozważania teoretyczne powinny być moim zdaniem połączone z ukazaniem, czy faktycznie sposób wykładni proponowany przez Autora jest do obrony w świetle orzecznictwa sądowego. Tymczasem orzeczeń dotyczących należytej staranności lekarza jest powołanych zbyt mało).

Pewien niedosyt budzi fakt, że Autor skupia się na rodowodzie art. 355 § 1 k.c., zaś w dużo mniejszym stopniu prowadzi rozważania w kontekście art. 415 k.c., który w wielu przypadkach stanowi podstawę odpowiedzialności lekarza (także gdy, jak słusznie zauważa Autor, dochodzi do zbiegu reżimów odpowiedzialności w świetle art. 443 k.c.), co powoduje, że nadmiernie

poszukuje On inspiracji w prawodawstwach germańskich i szwajcarskim, pomijając wpływ, jaki miało prawo francuskie i ewolucja prawa odszkodowawczego na wykładnię art. 415 k.c. Jest to o tyle zaskakujące, że skoro wina występuje w praktyce najczęściej właśnie jako wina nieumyślna, utożsamiana z niedochowaniem należytej staranności, Autor skupia się na pierwotnym wzorze zawartym w art. 276 ust. 1 BGB, nie biorąc pod uwagę innego podejścia prawa niemieckiego i ujmowania bezprawności i winy jako instytucji odrębnych, co nie ma z kolei miejsca w prawie polskim.

Nietrudno nie dostrzec również doniosłości praktycznej zagadnień poruszanych przez Doktoranta, co wiąże się nie tylko z przesłankami i granicami odpowiedzialności odszkodowawczej. Tym bardziej więc wywody należałoby uzupełnić o problematykę należytej staranności w kontekście rozwoju nowych technologii w medycynie.

Autor posłużył się w dysertacji metodą formalno-dogmatyczną, prawno-porównawczą oraz metodą historyczną. W pracy przeanalizowano bardzo liczne przepisy prawne (polskie, obce), orzecznictwo i stanowisko doktryny prawniczej.

Zasadniczym celem rozprawy było wykazanie, że instytucja należytej staranności pełni w polskim prawie cywilnym funkcję przypisania skutków prawnych, a następnie przedstawienie, w jaki sposób ta reguła znajduje w lekarskich procesach o odszkodowanie i zadośćuczynienie. W tym celu analizie poddano źródła instytucji należytej staranności w polskim prawie cywilnym, wskazano na teoretyczne cechy reguły przypisania skutku oraz postawiono sobie inne cele szczegółowe (s. 10).

Gdy chodzi o cele badawcze i uzasadnienie wyboru tematu rozprawy Autor, jak się wydaje zakłada, że w każdym przypadku niedochowania należytej staranności przez lekarza powstaje po jego stronie obowiązek zapłaty odszkodowania lub zadośćuczynienia (s. 9). Tymczasem nie powinno się tracić z pola widzenia faktu, że przecież powstać mogą także roszczenia niemajątkowe, a poza tym – do czego Autor też nie nawiązuje bardziej szczegółowo – coraz częściej niedochowanie należytej staranności przez lekarza jest źródłem nie tylko szkody na osobie czy śmierci pacjenta (a czasem do nich wyrządzenia w ogóle nie dochodzi), ale „tylko” naruszenia praw pacjenta (a ponadto – naruszenie tylko niektórych praw pacjenta jest źródłem roszczeń majątkowych). Takie założenie nie oddaje moim zdaniem całokształtu

zagadnień, które związane są należyłą starannością lekarza. Istotne jest również to, że Autor – jak się wydaje – zakłada, że w omawianych przypadkach lekarz ponosi osobistą odpowiedzialność majątkową za skutki niedochowania należytej staranności. Tymczasem nie można tracić z pola widzenia faktu, co potwierdzają także moje doświadczenia praktyczne, że w istocie ciężar odpowiedzialności majątkowej spoczywa z reguły na ubezpieczycielu w związku z zawarciem umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, która ma charakter obowiązkowy, nierzadko także „uzupełniany” przez tzw. ubezpieczenia nadwyżkowe czy dobrowolne OC w zakresie nieobjętym ubezpieczeniem obowiązkowym (zwłaszcza gdy chodzi o zawinione naruszenie praw pacjenta). Wprawdzie odpowiedzialność ubezpieczyciela ma charakter akcesoryjny, w granicach sumy określonej w przepisach czy samej umowie, to jednak pomijanie tej problematyki budzi pewien niedosyt (również z uwagi na możliwość regresu, co istotne w świetle rozważań o rażącym niedbalstwie i winie umyślnej).

Autor zakłada również, że „umowa o leczenie” z reguły zawierana jest przez pacjenta z lekarzem, tymczasem nie dowiadujemy się, czy tak jest w istocie. Z moich doświadczeń wynika raczej odmienny wniosek, a mianowicie w wielu przypadkach umowa zawierana jest nie osobiście z lekarzem czy lekarzem dentystą wykonującym indywidualną praktykę lekarską, ale np. z kliniką, z którą medyka łączy umowa (o pracę lub o świadczenie usług). Gdyby z tej perspektywy analizować obowiązek zachowania należytej staranności, być może warto by było spojrzeć także na – wielokrotnie wspomniane przez Autora – uwarunkowania podmiotowo – przedmiotowe, w których lekarz wykonuje swój zawód i które być może wpłynęłyby na sposób oceny tego, czy standard należytej staranności został dochowany, czy też zachowanie lub zaniechanie lekarza miałyby charakter zawiniony, a więc umożliwiałyby postawienie mu zarzutu.

Warto także zwrócić uwagę, że Autor nie omawia w pracy odpowiedzialności za zaniechanie ani nie odnosi się do problematyki standardów należytej staranności chociażby w okresie pandemii. Można przecież się zastanawiać, na ile sytuacja niewątpliwie nadzwyczajna, z którą od 2020 r. mierzy się służba zdrowia, może wpływać na interpretację standardu należytej staranności lekarza (i innych podmiotów wykonujących działalność leczniczą i udzielających świadczeń zdrowotnych). Szczególnie istotne mogłoby być omówienie tej problematyki choćby na przykładzie przypadków nieudzielenia pomocy czy jej opóźnionego udzielenia wskutek problemów natury organizacyjnej, braków kadrowych czy przemęczenia

m.in. lekarzy. Jest to o tyle istotne, że przecież w związku z pandemią wprowadzono do naszego ustawodawstwa karnego „klauzulę dobrego Samarytanina”, zatem zasadne jest zastanowienie się, na ile ta koncepcja mogłaby znaleźć zastosowanie także na gruncie odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza.

Wywody Autora wzbogaciłyby także rozważania na temat należytej staranności lekarza w związku z rozwojem technologii i coraz powszechniejszego udzielania świadczeń na odległość („telemedycyna”, „teleświadczenie”), a także posługiwaniem się algorytmami sztucznej inteligencji. Całkowite pominięcie tych wątków powoduje, że praca omawia już wcześniej analizowany stan rzeczy i skupia się wyłącznie na „tradycyjnej” medycynie, nie uwzględniając postępu i konieczności wykładni przepisów w kontekście nowych zjawisk i związanych z tym problemów i wyzwań.

W **rozdziale pierwszym**, który ma charakter wprowadzający, Autor omówił rys historyczno-prawny instytucji należytej staranności, skupiając się na wpływie prawa niemieckiego i szwajcarskiego na treść samego pojęcia należytej staranności. Omówiono wzorce staranności stosowane w różnych ustawodawstwach i ich ewolucję oraz rozwiązania przyjęte w Kodeksie zobowiązań. Autor podkreślił dwuaspektowe rozumienie winy jako obejmującej bezprawność i winę w sensie subiektywnym (winę dookreślono w art. 240 k.z.). Wskazał, że zarówno k.z., jak i k.c. posługują się zdepersonalizowanym wzorcem należytej staranności, który ma jednolity charakter.

W **rozdziale drugim** zanalizowano definicję legalną zawartą w art. 355 § 1 k.c., odwołując się także do pojęć staranności wewnętrznej i zewnętrznej. Wskazując, że „ pewne okoliczności zewnętrzne” mogą uniemożliwić realizację повинного zachowania i wyrządzenia szkody (s. 40), nie odniesiono tego jednak do lekarza, co być może powinno mieć miejsce już w tym fragmencie.

Trafne są uwagi o kontekście, w którym miało miejsce oceniane zachowanie, jednak zabrakło odniesienia do lekarza (zob. s. 42 – przywołane orzeczenie dotyczy umowy przewozu). Jest to tym bardziej istotne, że sąd w cyt. wyroku kategorycznie stwierdza, że wzorzec należytej staranności nie jest oparty na indywidualnych cechach dłużnika, z czym można się zgodzić co do zasady, nie zapominając jednak, że nieco inny standard będzie wymagany od np. lekarza-stażysty, a inny – od wysokiej klasy specjalisty z wieloletnim doświadczeniem (w praktyce temu drugiemu łatwiej niekiedy będzie postawić zarzut winy).

W rozdziale trzecim omówiono „cechy i konstrukcję wzorca” należytej staranności w Kodeksie cywilnym, podkreślając jego jednolity charakter. Autor stoi jednocześnie na stanowisku, że w prawie polskim nie istnieje ogólny obowiązek zachowania należytej staranności. Można w związku z tym zadać pytanie, czy zdaniem Autora istnieje obowiązek niewyrządzenia drugiemu szkody czy też dbałości o interesy czy prawa osób trzecich? Jak Autor ocenia zatem funkcjonowanie wzorca należytej staranności w kontekście zasady *neminem leadere*? Czy zasada ta ma znaczenie przy ocenie czy lekarz dochował należytej staranności, a zatem czy jego obowiązkiem jest tylko niesienie pomocy czy także nieszkodzenie?

Ciekawe są rozważania dotyczące obiektywizmu wzorca, choć wymagają pewnego uściślenia. Ciekawa jest poglądu Autora – w kontekście twierdzenia, że nie uwzględnia się okoliczności indywidualnych dłużnika i zależnych tylko od niego (zob. s. 49) – odnośnie do faktu, że niekiedy lekarz ma prawo wyboru metody leczenia np. w trakcie zabiegu operacyjnego, gdy dochodzi o poszerzenia pola operacyjnego. Przecież to właśnie doświadczenie lekarza, jego umiejętności stanowią ową „indywidualną okoliczność”. Stanowisko Autora jest tym bardziej niejasne w tym względzie, że dalej pisze, iż nie wyklucza On możliwości uwzględnienia konkretnych okoliczności i uwarunkowań (s. 50 – 51). Czy zatem w przypadku lekarza (czy może też innego profesjonalisty) powinno się brać pod uwagę indywidualne cechy czy uwarunkowania, czy też nie? Jeśli odpowiedź byłaby pozytywna, jaki punkt odniesienia należałoby przyjąć (skoro mowa o wzorcu obiektywnym) i jakie są granice tej indywidualizacji? Waga tego zagadnienia wymaga powołania przykładów z orzecznictwa, czego jednak zabrakło. Przykładów z orzecznictwa brakuje również, gdy chodzi o rozważania na temat relacji art. 355 § 1 i § 2 k.c., zwłaszcza, że Autor wskazuje, iż wzorzec z § 2 konstruuje się na podstawie nieco innych kryteriów niż w § 1 (s. 57), zatem w mniejszym stopniu uwzględnia się elementy pozaprawne, jak np. zasady doświadczenia życiowego (s. 58). W tym kontekście celowe byłoby np. odniesienie tego do winy w nadzorze (np. pooperacyjnym czy sprawowanym nad osobą znajdującą się na obserwacji psychiatrycznej czy o ograniczonej świadomości) – czy jest to przykład winy lekarza czy może należy ujmować to jako winę organizacyjną? Ciekawa jestem, w jaki sposób ów wzorzec starannego lekarza należy budować i jakie kryteria ocenne zastosować przy badaniu, czy np. skutek niedochowania należytej staranności pacjent zdołał targnąć się na swoje życie. Warto się zatem zastanowić czy samo naruszenie zasad etyki zawodowej (a więc m.in. troski o dobro pacjenta) samo w sobie może

stanowić o winie lekarza? Wreszcie, doprecyzowania wymaga teza, że wzorzec dłużnika-profesjonalisty oznacza wymaganie podwyższonej staranności – jeśli tak jest, to jaki byłby sens ustawowo określonych zasad wykonywania zawodu m.in. lekarza? Raczej, co zresztą Autor podkreśla w innym miejscu, profesjonalizm tej grupy zawodowej prowadzi do wniosku, że minimalny poziom staranności jest *per se* wyższy, skoro wymagany od osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych (zob. s. 127 – 128 – choć tutaj raczej traktuje się takie „partykularne okoliczności” jako „dowód braku winy”; zob. też s. 168).

W rozdziale czwartym Autor zanalizował regułę przypisania skutku prawnego i zestawiał ją z funkcją należytej staranności. Biorąc pod uwagę skądinąd ciekawą analizę doktryny niemieckiej *a propos* obiektywnego przypisania skutku oraz analizę normatywnego związku przyczynowego i koncepcję subiektywnego przypisania skutku (kryterium winy), Autor odniósł się do prawa polskiego. W Jego ocenie pojęcia używane w doktrynie niemieckiej można porównać z polskimi i uznać, że bezprawność jest odróżniana od winy (s. 76), co prowadzi Go do wniosku, że bezprawność i wina to odrębne przesłanki odpowiedzialności deliktowej opartej o art. 415 k.c. Niemiecka reguła przypisania skutku to zatem nic innego, jak możliwość postawienia zarzutu. Autor pomija jednak, że polskiej cywilistyce wina w świetle art. 415 k.c. jest pojęciem obejmującym zarówno element subiektywny, jak i obiektywny. Niejasne jest w tym kontekście stwierdzenie, że „reguły przypisania odpowiedzialności odszkodowawczej abstrahują od kryteriów o charakterze podmiotowym, na rzecz kryteriów zobiektywizowanych”. Taka teza jest do obrony tylko wówczas, jeśli uzna się bezprawność jako odrębną przesłankę odpowiedzialności, z czym trudno mi się zgodzić. Jeśli natomiast - jak się to tradycyjnie przyjmuje w Polsce – uznać winę za obejmującą bezprawność i winę *sensu stricto*, wówczas teza ta jest zbyt daleko idąca, biorąc pod uwagę choćby treść art. 425 – 426 k.c. (oznacza to zatem, że o ile np. osoba małoletnia poniżej 13 r.ż. może odpowiadać majątkiem na zasadzie ryzyka, to już nie na podstawie art. 415 k.c., gdyż winy przypisać jej nie można).

Skoro zatem Autor przyjmuje jednolite rozumienie reguły przypisania skutku (s. 78) i odnosi się *de facto* do koncepcji zarzucalności, to traci sens podział na bezprawność i winę jako odrębnych przesłanek (oczywiste jest przecież, że w razie uchylecia lub braku bezprawności nie będzie można mówić o winie). Czym zatem jest dla Autora „wina w tradycyjnym ujęciu” (s. 79) i jak to się ma do tezy o „zobiektywizowanej kategorii

zarzucalności” (tamże)? Jeśli chodzi o obiektywizację wzorca, można się z tym zgodzić, jeśli zaś o całkowite oderwanie się od uwarunkowań podmiotowych po stronie dłużnika (inaczej jednak Autor pisze na s. 83), nie w każdym przypadku – jeśli mowa o należytej staranności lekarza – teza ta wydaje się do obrony. Ujęcie winy w prawie niemieckim i polskim jest odmienne, zatem transpozycja wszystkich omawianych rozwiązań do prawa polskiego (s. 82) mnie nie przekonuje, choć doceniam interesującą argumentację Autora.

W rozdziale piątym Autor przedstawił kryterium przypisania odpowiedzialności w reżimie kontraktowym. Cenne są uwagi dotyczące tego, czy obowiązek zachowania należytej staranności stanowi element treści zobowiązania (s. 84 – 92). W dalszej części Autor krytycznie podchodzi do podziału na zobowiązania rezultatu i starannego działania, proponując też alternatywne ujęcie (a nawet w dalszych rozważaniach stwierdza, że każde zobowiązanie jest zobowiązaniem rezultatu, bo zmierza do zaspokojenia interesu wierzyciela – s. 184). Sądzę, że w prawie medycznym podział ten jest szczególnie istotny, gdyż zakwalifikowanie zobowiązania do jednej lub drugiej kategorii pozwala ustalić, czy i za co odpowiada dłużnik, a więc kiedy mamy do czynienia z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (inaczej przecież ocenimy to w przypadku umowy o leczenie uciążliwych zmian skórnych, a inaczej w przypadku umowy o wykonanie dopasowanego aparatu ortodontycznego). Trudno zgodzić się z poglądem, że nigdy cel, do którego zmagają się zachowania dłużnika, nie może być objęty treścią stosunku zobowiązaniowego (s. 95). Wystarczy podać choćby przykład umowy o wykonanie protezy zębowej, wstawienie implantu czy wykonanie konkretnego dzieła (np. z zakresu dermatologii estetycznej – usunięcie konkretnego znamienia). W takich przypadkach samo nieosiągnięcie rezultatu może być podstawą przypisania odpowiedzialności o ile dłużnik się z niej nie zwolni. Tym bardziej zatem, gdy chodzi o umowę o leczenie, trudny do obrony jest pogląd o zawarciu umowy gwarancyjnej – czy miałyby to oznaczać, że lekarz „udziela gwarancji”, że np. implant zębowy się „przyjmie” albo że po prostu pacjenta wyleczy? Podział, który Autor odrzuca, paradoksalnie ułatwia postępowanie dowodowe w sprawach medycznych, i jest przydatny w praktyce, czego dowodzi bogate piśmiennictwo francuskie i polskie (zwłaszcza M. Nesterowicz, E. Bagińska) oraz orzecznictwo polskie, którego niestety Autor nie przywołał. Na marginesie można zapytać, czy naprawdę jest sens podważać utrwaloną praktykę i poglądy po to, by móc „przenieść” do Polski rozwiązania niemieckie?

Pisząc dalej o funkcji wzorca należytej staranności przy modyfikowaniu zakresu (podstawy) odpowiedzialności dłużnika (s. 104 i n.) Autor twierdzi, że w przypadku poszerzenia zakresu odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadza ograniczeń dla stron czynności prawnej (s. 109), choć takie umowne zastrzeżenia muszą mieścić się w granicach zasady swobody umów (s. 110). Jak odnieść te uwagi np. do umowy ubezpieczenia tzw. nadwyżkowego, w którym ubezpieczyciel zobowiązuje się do kompensacji uszczerbków będących bezpośrednim następstwem działania lub zaniechania lekarza? Czy dopuszczalna jest w związku z tym klauzula w umowie dobrowolnego OC lekarza, na podstawie której ubezpieczyciel odpowiada wyłącznie za rażące naruszenie praw pacjenta lub dokonane z winy umyślnej? Czy nie przeczyłoby to istocie tego typu umów?

Gdy chodzi o uwagi w **rozdziale szóstym**, niejasny jest dla mnie pogląd Autora, że stopień winy w prawie cywilnym „nie ma aż tak istotnego znaczenia, jak w prawie karnym” (s. 123) – nie dowiadujemy się bowiem, czy stopień winy może wpływać na zakres odpowiedzialności. W sprawach medycznych, których jednak w rozprawie w tym aspekcie nie przywołano, wysoki stopień winy jest niekiedy brany pod uwagę jako okoliczność, która mogła wpłynąć na stopień odczuwanej krzywdy i przez to może doprowadzić to do podwyższenia zadośćuczynienia pieniężnego (np. gdy lekarz działał w celu przestępczym albo rażąco naruszając obowiązki doprowadził swoim zaniechaniem do powstania uszczerbku o nieodwracalnym charakterze). Autor stwierdził również, że „w przypadku odpowiedzialności za czyn własny na zasadzie winy, takie modyfikacje [co do podstawy odpowiedzialności – uw. MW] co do zasady nie są dozwolone”, z czym też można polemizować: nie wskazano podstawy takiego zakazu, a można mieć wątpliwości, czy w ramach dobrowolnych ubezpieczeń OC lekarza takich właśnie „modyfikacji” zastosować by nie można. Stopień winy ma przecież znaczenie także dla ewentualnych roszczeń regresowych ubezpieczyciela. Niejasne są także pojęcia „głównych reżimów odpowiedzialności” (s. 132 – czy są zatem jakieś „inne”?) czy „podstawowych modeli odpowiedzialności” (tamże). Chyba chodziło po prostu o „reżimy” *ex delicto i ex contractu*. Nie przekonuje też pogląd o stosowaniu art. 355 § 1 k.c. w reżimie deliktowym „siłą tradycji” i ze względów praktycznych (s. 132 *in fine* – 133), raczej – wynika to z utożsamiania winy z art. 415 k.c. z niedochowaniem należytej staranności („zwykłej” lub „profesjonalnej”).

Gdy chodzi o źródła i pojęcie obowiązku należytej staranności lekarza (**rozdział siódmy**) brakuje szerszego odniesienia się do prawa francuskiego, skoro tak liczni przedstawiciele doktryny prawa medycznego w Polsce (zwłaszcza „toruńska szkoła prawa medycznego” na

czele z prof. M. Nesterowiczem czy przedstawiciele UŁ, UG) się do niego odnosi i czerpie inspirację przy wykładni art. 415 k.c. W tym rozdziale i innych uwagę zwraca też fakt, że odnośnie do wielu zagadnień Autor pomija Autorów spoza UW, co może powodować wrażenie, że inni przedstawiciele doktryny nie wypowiadają się na pewne tematy, co nie jest faktem, zwłaszcza uwzględniając pominięty przez Autora tom 5 *Systemu Prawa Medycznego* pod red. E. Bagińskiej. Omawiając system odpowiedzialności bez winy czy w inny sposób zaostrożonej pominięto choćby opracowania Pani prof. K. Bączyk-Rozwadowskiej. Teza, że adekwatnym kontekstem interpretacyjnym dla polskiego prawa są rozwiązania przyjęte w prawie niemieckim, szwajcarskim i austriackim (s. 141) jest kontrowersyjna, nie uwzględnia bowiem wpływu prawa francuskiego na treść i wykładnię art. 415 k.c., który w sprawach medycznych jest przecież „osią” rozważań o winie.

Gdy chodzi o wzorzec należytej staranności lekarza (**rozdział ósmy**) w przypadkach umownej relacji z pacjentem, Autor wychodzi – jak się wydaje – z założenia, że źródłem zobowiązania jest umowa lekarz – pacjent [tak też s. 174, rozdział dziewiąty] (chyba, że chodzi także o trójstronny stosunek prawny w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych? Czy wówczas też Autor przyjmuje powstanie węzła umownego między pacjentem a lekarzem? – zob. też s. 176, przyp. 615 i zawarte tam uwagi. Stroną umowy nie jest pacjent), w ramach której wzorzec będzie bardziej rygorystyczny (s. 160) niż ustawowy – chodzi o wzorzec czy zakres odpowiedzialności, a więc możliwość przyjęcia na siebie przez lekarza szerszego zakresu obowiązków niż „standardowy”? Wywód ten warto doprecyzować.

W przypadku zaś cytowanego M. Neumayra (przyp. 558) można się zastanawiać, czy Autor dopuszcza takie rozwiązania w świetle prawa polskiego (zawężenie odpowiedzialności lekarza) w związku z eksperymentem medycznym czy na szczególne życzenie pacjenta? Skoro zwłaszcza eksperyment jest ściśle uregulowany ustawowo (tak, gdy chodzi o dopuszczalność jego prowadzenia, jak i odpowiedzialność, także ubezpieczeniową), to czy takie umowne modyfikacje są dopuszczalne? Nie jest także jasne, jaki to „interes” majątkowy pacjenta nie zostanie zaspokojony w razie niedochowania należytej staranności (s. 161) – czy „interese pacjenta” może być uchronienie go przed doznaniem szkody? Co w tym kontekście oznacza zatem „szacowanie przez lekarza ryzyka prowadzonej działalności” (s. 162)? Czy nie jest to, aby aspekt oceny ryzyka ubezpieczeniowego?

Kompletnie nietrafiony jest argument – ponownie zaczerpnięty z doktryny niemieckiej – jakoby obiektywny charakter miernika należytej staranności odgrywał rolę z punktu widzenia finansowych aspektów funkcjonowania publicznej (a dlaczego nie prywatnej? – uw. MW) służby zdrowia, skoro koszty odszkodowań i zadośćuczynień zasądzanych na rzecz pacjentów ponoszą często szpitale finansowane ze środków publicznych (s. 162). Można mieć wątpliwości czy taka teza przystaje do polskich realiów (czy bowiem sam system służby zdrowia w Niemczech i Polsce jest identyczny? Jeśli nie, to jaki sens ma „porównywanie jabłek i pomarańczy”? Ponadto, mimo, że w Niemczech OC lekarza jest obowiązkowe, nie określa się tam minimalnych kwot ochrony, zatem porównanie nie jest adekwatne), skoro to przecież z reguły ubezpieczyciel wypłaca należne odszkodowanie i zadośćuczynienie, czy to w ramach obowiązkowego ubezpieczenia OC czy tzw. ubezpieczenia OC nadwyżkowego lub dobrowolnego. Nawet jeśli dojdzie do wyczerpania sumy gwarancyjnej (a takich przypadków nie jest chyba tak wiele? Autor nie przytacza danych w tym zakresie) czy sumy ubezpieczenia, nie można przecież twierdzić, że zły stan majątkowy podmiotu odpowiedzialnego czy skutek w postaci powiększenia zadłużenia szpitala powoduje zmniejszenie zakresu odpowiedzialności (na ten temat także w sprawach medycznych wypowiedziały się sądy i doktryna w Polsce) czy ma skutkować zmianą wzorca należytej staranności. Raczej element „szkodowości” czy częstotliwości zachowań np. danego lekarza skutkujących zawinionym wyrządzeniem szkody czy naruszenia praw pacjenta, za co może odpowiadać szpital (jako zwierzchnik), a w konsekwencji – jego ubezpieczyciel, stanowi element szacowania ryzyka przed zawarciem umowy ubezpieczenia OC (zwłaszcza obowiązkowego). Pominięcie faktu obowiązku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów prowadzących działalność leczniczą prowadzi zresztą Autora do sformułowania tez, które nie są poparte żadnymi danymi z rynku i praktyki ubezpieczeniowej (s. 192) i „demonizują” postulaty czy przejawy obiektywizacji odpowiedzialności lekarza czy szpitali, znane przecież zagranicą, połączone jednak z alternatywnymi systemami kompensacji, które odrywają się od winy. Obawa o zbyt dużą odpowiedzialność lekarza *de lege lata* też nie jest m.zd. uzasadniona – niewiele jest wszak przykładów z rynku, w których ubezpieczyciel wystąpił z roszczeniem regresowym wobec lekarza, po wypłacie należnych świadczeń np. pacjentowi.

Gdy chodzi o odpowiedzialność kontraktową lekarza (**rozdział dziewiąty**) Autor chyba zbyt szeroko ujmuje pojęcie „badań klinicznych”, które jest przecież pojęciem ustawowym w pr.farm., nie wskazując jak się mają omawiane przypadki (s. 179) do eksperymentu

medycznego np. w postaci stosowania produktów leczniczych *off-label* (co miało przecież miejsce w okresie pandemii). Nieprecyzyjne są też uwagi na temat „szkody na mieniu pacjenta”, którą Autor utożsamia z przypadkiem, gdy pacjent uiszczył wynagrodzenie nie otrzymując świadczenia zdrowotnego (s. 181). Szkada na mieniu to nie wynagrodzenie, a sytuacje opisywane to przykład niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Również w tym rozdziale przywoływane są sprawy niemieckie, zamiast odniesienia do bogatego przecież polskiego orzecznictwa. Nieprecyzyjne jest także stwierdzenie jakoby *de lege lata* pacjent może żądać zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową wyłącznie w reżimie *ex delicto* (s. 182) – takie założenie pomija przypadki zadośćuczynienia za naruszenie praw pacjenta, co przecież nierzadko może mieć także miejsce w reżimie kontraktowym (np. gdy w związku z zawarciem umowy przez pacjenta z kliniką stomatologiczną, pacjent nie został prawidłowo poinformowany o ryzyku zabiegu, przez co wadliwa jest jego zgoda – zob. art. 4 ustawy o pr.pacj.). Warto rozwinąć także uwagi dotyczące obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa pobytu, o czym pisało już wielu Autorów m.in. z UMK, dostępne jest także orzecznictwo.

Niejasne są tezy, nie poparte zresztą żadnym materiałem źródłowym czy danymi z rynku, jakoby lekarz miał udzielić gwarancji zapłaty odszkodowania w razie zajścia określonego w umowie zdarzenia – czy Autor spotkał się z takimi przypadkami? Czy taka „gwarancja” nie byłaby sprzeczna z istotą zobowiązania? Innymi słowy – czy nie byłoby to w istocie zobowiązanie do np. wyleczenia pacjenta?

W rozdziale dziesiątym Autor zanalizował możliwość przypisania odpowiedzialności *ex delicto* wskutek uchybienia obowiązkowi zachowania należytej staranności. Słusznie odwołano się do pojęcia błędu medycznego, które występuje w karnistyce, niemniej jednak zostało już ono dawno zanalizowane także w cywilistyce zwłaszcza przez prof. M. Nesterowicza czy prof. K. Bączyk-Rozwadowską, więc niczego nowego tu nie można już chyba zaproponować, a pominięcie tych Autorów jest niezrozumiałe. Błąd medyczny to postępowanie obiektywnie sprzeczne z zasadami aktualnej wiedzy medycznej, który *nota bene* coraz rzadziej pojawia się w „procesach medycznych”, dużo więcej spraw dotyczy rozmaitych przypadków niedochowania należytej staranności czy winy organizacyjnej. Autor zresztą zauważa dalej, że o błędzie *sensu stricto* można mówić w przypadku stwierdzenia obiektywnie nieprawidłowego postępowania, a więc sprzecznego z porządkiem prawnym (s. 212), co uzasadnia odpowiedzialność, jeśli był zawiniony. W tym kontekście warto byłoby

szerzej rozważyć, na ile naruszenie zasad ostrożności, doświadczenia życiowego, zdrowego rozsądku może uzasadniać odpowiedzialność cywilną. Niejasne jest w tym kontekście, w jakiej sytuacji zachowanie lekarza może być zawinione, ale nie bezprawne (s. 219). Przecież dopiero stwierdzenie bezprawności pozwala na badanie możliwości postawienia zarzutu, a nie odwrotnie (chyba, że założyć – jak czyni to wielokrotnie Autor [zob. np. s. 221], że bezprawność i wina są odrębnymi przesłankami odpowiedzialności, z czym trudno się zgodzić).

Całość wieńczą konkluzje.

IV. Uwagi końcowe

Ocena końcowa rozprawy nie jest zadaniem łatwym. Z jednej strony bowiem Autor podjął próbę zanalizowania należytej staranności w ogóle, by następnie ukazać kontekst prawno-medyczny omawianej instytucji, a z drugiej – w nieco sztuczny sposób próbował „przenieść” zaczerpnięte głównie z literatury niemieckiej koncepcje i konstrukcje prawne. Wyrażone wcześniej uwagi szczegółowe prowadzą do wniosku, że cele badawcze nie zostały w pełni osiągnięte, a tezy formułowane przez Autora nie są kompletne i pomijają przede wszystkim wnioski płynące z doktryny francuskiej i systemu romańskiego, czego zbadanie było niezbędne by prawidłowo przedstawić wykładnię pojęcia winy przewidzianego w art. 415 k.c., który jest podstawą odpowiedzialności cywilnej lekarza w ogromnej liczbie przypadków. Aby tego dokonać należało m.zd. sięgnąć do orzecznictwa, w którym te wszystkie wątki były analizowane przez sądy i komentarzy do tych rozstrzygnięć.


Ponieważ wiele rozważań Autora jest interesujących i dowodzi umiejętności prowadzenia pracy badawczej i bardzo dobrego warsztatu naukowego, na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy z 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz stopniach i tytule w zakresie sztuki (t.j. – Dz.U. z 2017 r. poz. 1789) oraz § 4 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 19 stycznia 2018 r. w sprawie szczegółowego trybu i warunków przeprowadzania czynności w przewodzie doktorskim, w postępowaniu habilitacyjnym oraz postępowaniu w sprawie o nadanie tytułu profesora (Dz.U. z 2018 r. poz. 261), **wnioskuje o uzupełnienie rozprawy doktorskiej w następujący sposób:**



1. uwzględnienie dorobku doktryny i orzecznictwa dotyczącego wykładni pojęcia winy w świetle art. 415 k.c., a w szczególności winy lekarza i jej postaci,
2. uwzględnienie dorobku nauki francuskiej i polskiej w zakresie pojęcia winy,
3. uwzględnienie pozycji wskazanych w treści recenzji tak, aby pokazać całokształt zagadnień omawianych w rozprawie,
4. przeprowadzenie analizy pojęcia należytej staranności z perspektywy wyzwań organizacyjnych, jakie przyniósł okres pandemii,
5. przeprowadzenie analizy pojęcia niedochowania należytej staranności przez lekarza (nie)korzystającego z dostępnych narzędzi telemedycyny i sztucznej inteligencji.

Ze względu na konieczność uzupełnienia pracy, wnoszę o przekazanie uwag Doktorantowi i zwracam się o ich rozważenie przez Autora.

Toruń, 23.04.2022.


prof. UMK, dr hab. Monika Wałachowska