*Maria Boratyńska*

# Należyta staranność a kryteria poprawności lekarskich działań zawodowych z art. 4 uzl (Teoria i kazusy)

*Ustawa o zawodzie lekarza...*

**Art. 4.** Lekarz **ma obowiązek wykonywać zawód**, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz **z należytą starannością**.

Przepis nie wyznacza celów ani ideałów, ale **najniższy prawnie akceptowalny poziom działań lekarza** - tzn. **zakreśla granice powinności**.

**Jeśli** przy wykonywaniu czynności zawodowych lekarz **nie zszedł poniżej** owego poziomu, to z punktu widzenia tego przepisu jego **postępowanie jest prawidłowe**.

Uchybienie tym powinnościom liczy się za bezprawie: przy spełnieniu pewnych warunków dodatkowych otwiera drogę do obciążenia odpowiedzialnością prawną.

Dla **odpowiedzialności cywilnej** warunkiem tym jest **uszczerbek dla dóbr prawnych w postaci szkody lub krzywdy**;
- do **odpowiedzialności karnej** wystarcza niekiedy samo realne ryzyko (**niebezpieczeństwo konkretne**) uszczerbku.
- „**Czyste" uchybienie powinnościom** określonym w art. 4 u.z.l. stwarza jedynie podstawę **odpowiedzialności zawodowej** lekarza.

## Kryterium wiedzy

**(Ten fragment jest przeznaczony zasadniczo dla prawników)**

- **wskazania**
- **aktualnej**
- **wiedzy medycznej.**

**Słowo „wskazania" ma tutaj sens normatywny: należy przez nie rozumieć reguły; w tym samym kontekście ustawa o prawach pacjenta używa wyrażenia „wymagania aktualnej wiedzy medycznej" (art. 6 ust. 1), co nie odbiega znaczeniowo od „wskazań", a jest bardziej czytelne.**

Ze stanu wiedzy wyprowadza się dyrektywy działania praktycznego ujęte tak, by maksymalizowały prawdopodobieństwo uzyskania oczekiwanego efektu pozytywnego, a minimalizowały prawdopodobieństwo wystąpienia ubocznych skutków niepożądanych; dyrektywy te można nazwać zasadami staranności (lub ostrożności). W dawniejszej medycynie były one formułowane niejednoznacznie, nieprecyzyjnie lub dopuszczały wielość interpretacji. Współcześnie coraz częściej układają się w dobrze określone schematy algorytmiczne lub na wpół algorytmiczne, np. ogłaszane w formie rekomendacji.

Medycyna rozróżnia **wskazania** i **przeciwwskazania**, a jedne i drugie dzieli jeszcze na **bezwzględne** oraz **względne**. Wszystkie te określenia spotyka się w opisie praktyki medycznej, choć we współczesnych rekomendacjach praktyki klinicznej częściej używana jest nazwa „zalecenia", z podziałem na pozytywne i negatywne oraz „silne" i „słabe"; niekiedy idzie za tym

bardziej rozbudowane stopniowanie owej siły.

Należy przyjąć, że w art. 4 u.z.l. mowa jest o wskazaniach w znaczeniu szerokim, obejmującym również przeciwwskazania (tj. wskazania negatywne). **Wskazanie** wyjaśnia się jako **uzasadniony powód zastosowania czynności medycznej**. Jego przeciwieństwem jest **przeciwwskazanie** pojmowane jako **warunek lub czynnik zwiększający ryzyko powikłań lub innych zdarzeń niepożądanych**.

Zalecenie (wskazanie) formułuje się zawsze dla określonego rodzaju **problemu zdrowotnego** oraz określonej **populacji pacjentów**, ze względu na jakiś **założony cel**, przy uwzględnieniu **rachunku możliwych zysków i strat** oraz **porównania z postępowaniem alternatywnym**: uznanie czynności za wskazaną oznacza, że jest ona co najmniej „lepsza" od zaniechania. Decyzja kliniczna *in concreto* powinna prawidłowo określić metodę zgodną z abstrakcyjnymi „wskazaniami stanu wiedzy". Niekiedy może to oznaczać wybór spośród kilku metod równorzędnych lub prawie równorzędnych, a w innych wypadkach kryterium stanu wiedzy będzie prowadzić do zaniechania jakichkolwiek czynności.

**Podział na wskazania bezwzględne i względne nie jest ostry; między obiema kategoriami nie zachodzi żadna różnica jakościowa, pozwalająca na w miarę precyzyjne ich rozgraniczenie. Uznanie pewnej procedury medycznej za wskazaną wynika ze stwierdzenia, że racje „za" przeważają nad racjami „przeciw".**

Za przyjęciem jako wskazanej bezwzględnie przemawiać mogą wskazówki dodatkowe:
- stan zagrażający pacjentowi śmiercią lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu,
- „bezalternatywność" proponowanego sposobu leczenia,
- siła materiału dowodowego stojącego za skutecznością metody,
- wysoka skuteczność przy niskim ryzyku efektów niepożądanych
- charakter rozpoznanej choroby niedający rokowania na samoistne jej ustąpienie.

Nawet jednak po uwzględnieniu takich okoliczności kryterium podziału jest ilościowe.

W sferze **wskazań względnych** mieszczą się przede wszystkim przypadki, **gdy podjęcie określonego postępowania nie wykazuje wyraźnie lepszej użyteczności nad jego zaniechaniem;** może tu chodzić o metody znacznie obciążone działaniami niepożądanymi, tak że korzyści z ich zastosowania przeważają najwyżej nieznacznie.

**<u>Przykład:</u> operacyjne leczenie przewlekłego zapalenia kości udowej, uciążliwe, obciążone ryzykiem powikłań, o efektach zwykle tylko objawowych i przejściowych; albo użycie u pacjentów z reumatoidalnym zapaleniem stawów lub astmą oskrzelową leków z grupy glikokortykoidów (zwłaszcza kortyzonu), które przy długotrwałym stosowaniu mają poważne, niekiedy nieodwracalne działania niepożądane.**

Chory z przewlekłym, bakteryjnym zapaleniem kości udowej nie stoi przed alternatywą: „czy chcę mieć stan zapalny, czy nie", lecz przed wyborem:
a) wygaszenia (prawdopodobnie jedynie czasowego) tego stanu zapalnego za cenę operacji uda z dłutowaniem kości, miejscowym stosowaniem antybiotyków, drenażem, bólem pooperacyjnym,

ryzykiem powikłań i innymi kłopotami;
b) zaniechania operacji i poprzestania na mało skutecznym, ogólnoustrojowym stosowaniu antybiotyków, połączonym z bólem przewlekłym, także ryzykiem powikłań i innymi kłopotami;
c) amputacji nogi i zastąpienia jej protezą.

Cokolwiek wybierze, może na tym coś zyskać i coś stracić, trudno jednak powiedzieć, że stanie się od tego „zdrowszy" w jakimś wymiernym sensie. Ani system prawny, ani medycyna nie dają żadnej podstawy pozwalającej na rozstrzygnięcia w takich sytuacjach, co nie oznacza, że mamy tu do czynienia
z przestrzenią „wolną od prawa", gdyż decyzja jest jednoznacznie zarezerwowana dla pacjenta, nie zaś dla osób trzecich.

Jako **względne** określa się też:
- wskazania do użycia równorzędnych sposobów postępowania, gdy żaden nie ma jednoznacznej przewagi nad pozostałymi,
- wskazania do leczenia chorób banalnych, niegroźnych, mało uciążliwych i ustępujących samoistnie,
- stany, w których medycyna ma pacjentowi do zaoferowania jedynie sposoby postępowania o słabej skuteczności (zwłaszcza paliatywy) lub metody, których skuteczności w ogóle nie dowiedziono należycie.

W medycynie **przeciwwskazanie** oznacza **szczególny powód, aby zrezygnować z działania medycznego:**
- takie praktyki, których stosowanie jest generalnie zalecane, ale należy od nich odstąpić u pacjentów z pewnej specyficznej podpopulacji, w której bilans oczekiwanych korzyści i strat jest niekorzystny.

Przeciwwskazanie **bezwzględne - brak okoliczności rozsądnie usprawiedliwiających podejmowanie czynności danego rodzaju**.

**Przeciwwskazania bezwzględne** oznaczają, że **uzasadnionej medycznie czynności absolutnie przeprowadzić nie wolno ze względu na istniejący *in concreto* dodatkowy czynnik negatywny**.

**Względny** charakter przeciwwskazania polega na tym, że pacjent z danej grupy narażony jest na wyższe od populacyjnego ryzyko powikłań, ale może ono zostać **przeważone** przez inne względy lub **złagodzone** przy użyciu innych środków. Przeciwwskazania bywają formułowane nie tylko ze względów ściśle przyrodniczych, ale też społeczno-psychologicznych, np. za bezwzględnie przeciwwskazane uważa się zlecanie pacjentom z demencją przyjmowania w warunkach domowych leków o niskim indeksie terapeutycznym, tj. łatwych do przedawkowania.

Różnica między **wskazaniami względnymi** a **przeciwwskazaniami względnymi** polega na sposobie konstruowania. O wskazaniach względnych mówi się, gdy metoda postępowania nie wykazuje oczywistej przewagi korzyści nad stratami podczas jej stosowania w tej samej grupie pacjentów. Natomiast przeciwwskazania względne dostrzega się, gdy korzyści wynikające z leczenia wskazanego ze względu na pewną okoliczność „główną" mogą zostać częściowo zanegowane u tych pacjentów, u których zachodzi okoliczność dodatkowa, włączająca ich do grupy szczególnego

ryzyka. Z logicznego punktu widzenia wskazania i przeciwwskazania względne stanowią więc dwa różne rodzaje reguł, ale ich formułowanie opiera się na takim samym ważeniu oczekiwanych korzyści i strat.

**A to ostrzeżenie na użytek także lekarzy:**

**W wyrokowaniu sądów pojęcie wskazań bezwzględnych i względnych nabrało dodatkowej, a niepożądanej funkcji: kryterium jakoby zezwalającego na różnicowanie zakresu należnej pacjentowi informacji. W tej roli jest powoływane co najmniej od 1969 r.**[1]

Sprawa dotyczyła pacjentki, która poddała się operacyjnemu usunięciu zesztywnienia łokcia. Po pewnym czasie wywiązały się stan zapalny i inne powikłania. Przeprowadzono trzy następne, bolesne operacje, w rezultacie których stan ręki był gorszy niż przed podjęciem leczenia Części kości uległy zniszczeniu i wyłyżeczkowaniu, a kości ramienia i przedramienia wymagały usztywnienia drucianą pętlą. Szkoda nie wynikła z niestaranności i stanowiła powikłanie przypadkowe. Pierwotny stan zdrowia pacjentki uzasadniał zaproponowanie jej takiego zabiegu, natomiast jego nieprzeprowadzenie nie groziło pogorszeniem, tylko utrzymującą się dysfunkcją ręki, co określono jako wskazanie względne. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wywodził, że „gdy za operacją przemawiają jedynie względne wskazania, jest szczególnie niezbędne, aby lekarz pouczył pacjenta, że proponowany zabieg może wprawdzie i normalnie powinien przynieść poprawę, może jednak także wywołać stany zapalne i pogorszenie. Chodzi o to, aby pacjent z całą świadomością poddał się zabiegowi albo z niego zrezygnował, nie chcąc ponosić ryzyka pogorszenia".

Choć było to jedynie uzasadnienie, na zasadzie przeciwieństwa stwarzało sugestię, że informacja o możliwym pogorszeniu nie byłaby konieczna w razie leczenia podejmowanego ze wskazań bezwzględnych[2].

**To jest stare rozstrzygnięcie, ale wciąż pokutujące tu i tam.**

Przez kolejne 40 lat ukształtowała się linia orzecznicza[3], zgodnie z którą zakres udzielanych pacjentowi informacji ma zależeć od „rodzaju" czy też „charakteru planowanego zabiegu", a „w szczególności od tego, czy w danym wypadku za jego przeprowadzeniem przemawiają wskazania bezwzględne (chodzi o zabieg ratujący życie), względne, czy też jest to jedynie zabieg o charakterze kosmetycznym"[4]. Teza ta, mechanicznie powtarzana w kolejnych orzeczeniach, dawała się od biedy usprawiedliwić pod rządami ustawy lekarskiej z 1950 r., której przepisy milczały co do zakresu informowania pacjenta. Jednak **pod rządem obecnych przepisów nie istnieje prawne uzasadnienie takiego różnicowania informacji**.

**Jest to oczywista konstatacja wynikająca z lektury tekstu ustawy: jeśli czegoś tam nie ma, to nie ma i już.**

## Aktualność wskazań

[1] Wyrok SN z 29.12.1969, II CR 564/69, OSP 1970/10, poz. 202

[2] Zbliżone wnioski nasuwał wyrok SN z 14.11. 1972 r., I CR 463/72, NP 1975/4, s. 585.

[3] Są to m.in. wyroki SN: z 11.01.1974 r., II CR 732/73, OSPiKA 1975/1, poz. 6; z 5.09.1980 r., II CR 280/80, OSPiKA 1981/10, poz. 170; z 9.11.2007 r., V CSK 220/07, LEX nr 494157; z 3.12.2009 r., II CSK 337/09, LEX nr 686364. Zob. też wyrok SA w Gdańsku z 28.11.2012 r., V ACa 826/12, LEX nr 1313251, oraz M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SA w Gdańsku z 28.11.2012 r., V ACa 826/12*, PiM 2015/1, s. 173.

[4] Wyrok SN z 20.11.1979, IV CR 389/79, OSNCP nr 4 z 1980 r., poz. 81.

Treść wskazań ma być oparta na wiedzy aktualnej. Przesłanki zgodności ze stanem wiedzy **nie spełnia odwołanie się do praktyki niegdyś poprawnej, która jednak według stanu wiedzy na dziś przestała już taka być**. Dla oceny prawidłowości działania medycznego istotny jest, rzecz jasna, stan wiedzy z czasu, w którym było ono podjęte, a nie z czasu orzekania.

Lekarz **nie spełni** jej nie tylko wtedy, gdy odwoła się do **wiedzy przestarzałej**, lecz także wtedy, gdy odwoła się do **„wiedzy" potencjalnej** (np. oprze się na rozważanych w literaturze naukowej hipotezach teoretycznych albo na wynikach eksperymentów przedklinicznych), a **tym bardziej do zabobonu.**

***Art. 57 KEL*** *(poprzedni)*

**1.** Lekarzowi nie wolno posługiwać się metodami uznanymi przez naukę za szkodliwe, bezwartościowe lub nie zweryfikowanymi naukowo. Nie wolno mu także współdziałać z osobami zajmującymi się leczeniem, a nie posiadającymi do tego uprawnień.

**2.** Wybierając formę diagnostyki lub terapii lekarz ma obowiązek kierować się przede wszystkim kryterium skuteczności i bezpieczeństwa chorego oraz nie narażać go na nieuzasadnione koszty.

**3.** Lekarz nie powinien dokonywać wyboru i rekomendacji ośrodka leczniczego oraz metody diagnostyki ze względu na własne korzyści.

**Art. 6 KEL (nowy)**

1. Lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Powinien jednak ograniczyć czynności medyczne do rzeczywiście potrzebnych pacjentowi zgodnie z aktualnym stanem wiedzy.

**2. Lekarzowi nie wolno posługiwać się metodami niezweryfikowanymi naukowo lub uznanymi przez naukę za szkodliwe bądź bezwartościowe.**

**Art. 65**

1. Lekarzowi nie wolno współdziałać z osobami zajmującymi się leczeniem, a nie posiadającymi do tego uprawnień.
2. Wybierając formę diagnostyki lub terapii lekarz ma obowiązek kierować się przede wszystkim kryterium skuteczności i bezpieczeństwa pacjenta oraz nie narażać go na nieuzasadnione koszty.
3. Lekarzowi nie wolno rekomendować diagnostyki i leczenia, a także podmiotu leczniczego ze względu na własne korzyści.

- Słusznie zabrania stosowania nie tylko metod uznanych przez naukę za szkodliwe albo bezwartościowe, lecz także metod niezweryfikowanych naukowo. **Na gruncie art. 4 uzl (i odpowiednio art. 6 ust. 1 i art. 8 u.p.p.) wniosek musi być taki sam.**

Z art. 4 uzl wynika potrzeba aktualizowania przez lekarza posiadanych wiadomości stosownie do zmian stanu nauki. Proces taki nazywa się ustawicznym lub ciągłym kształceniem medycznym i ma dla dzisiejszej praktyki medycznej znaczenie fundamentalne;

- **pojęcie okresu półtrwania wiedzy medycznej**: czas, w którym połowa informacji naukowej w pewnej dziedzinie staje się przestarzała; oszacowanie zależy od gałęzi medycyny, ale większość mieści się w przedziale do 10 lat. Jest to okres na tyle krótki, że jeśli lekarz nie będzie odnawiał swego zasobu informacji fachowej, ten okaże się kiedyś nieadekwatny do zmienionego stanu wiedzy. Efektu starzenia się kwalifikacji zawodowych nie należy przeceniać, lecz nie sposób mu też zaprzeczyć, a w świetle art. 4 uzl lekarz obowiązany jest do tego nie dopuścić.

**Dla wyjaśnienia**: utrzymywanie kwalifikacji zawodowych na dostatecznym poziomie w drodze ciągłego kształcenia jest czymś innym niż rozwój zawodowy i podnoszenie tych kwalifikacji (specjalizacje, kursy i inne postaci kształcenia podyplomowego), nawet jeśli w praktyce te procesy edukacyjne mogą się splatać w jedno. Różnicę tę dostrzega KEL, zobowiązując lekarzy zarówno do stałego „uzupełniania", jak i „doskonalenia" wiedzy i umiejętności zawodowych (art. 56 ust. 1 *in principio* KEL).

Podobnie rozróżnia je Deklaracja dublińska o kształceniu ciągłym lekarzy, uznając za obowiązek etyczny, zawodowy i przedmiot osobistej odpowiedzialności ciągłe „odnawianie, poszerzanie i aktualizowanie" wiedzy naukowej i umiejętności technicznych (art. 1 i 3). Do podnoszenia kwalifikacji odnosi się *explicite* art. 18 ust. 1 u.z.l., stanowiąc, że lekarz ma „prawo i obowiązek doskonalenia zawodowego", w szczególności w różnych formach kształcenia podyplomowego. W przeciwieństwie do odnawiania kwalifikacji obowiązek ich doskonalenia ma charakter czystej deklaracji (*lex imperfecta*), tj. uchybienie mu nie wiąże się z żadną reakcją prawa, w szczególności nie istnieje żaden mechanizm odpowiedzialności np. za „niezrobienie specjalizacji".

### Konkluzje

Kryterium stanu wiedzy ma charakter abstrakcyjny i pozwala jedynie **wskazać zbiór metod użytecznych dla pewnej ogólnie określonej populacji pacjentów**. Nie przesądza natomiast o decyzji klinicznej w stosunku do konkretnego chorego. *Ad casum* odejście od standardowej procedury może właśnie stanowić przejaw należytej staranności lekarza oraz zastosowania wskazań aktualnej wiedzy. Ponadto decyzja kliniczna powinna opierać się na ustaleniu, co leży w najlepszym interesie pacjenta, poprzez ważenie potencjalnych korzyści i strat. Z tego punktu widzenia **użycie sposobu postępowania abstrakcyjnie prawidłowego może być *in concreto* nieoptymalne, płonne, a nawet szkodliwe**, z uwagi na szczególne okoliczności (w tym zwłaszcza współwystępujące choroby lub nietypowe potrzeby zdrowotne). Wniosek ten jest przy tym niezależny od tego, czy rozstrzygające oceny w kwestii dobra pacjenta pozostawione są jemu samemu, czy są dokonywane paternalistycznie.

## 2. Dostępność środków

### Kryterium dostępności

**- Charakter limitujący zakres obowiązków zawodowych** wg zasady *ultra posse nemo obligatur*, a przez to rzutuje na zakres wymaganej staranności.

- Dostępność środków jest oceniania z punktu widzenia konkretnego lekarza: chodzi o **sposób postępowania możliwy do zrealizowania w danych okolicznościach**.

Podstawą zarzutu stawianego danemu lekarzowi nie może być niezachowanie przeciętnego poziomu praktyki medycznej w kraju. Nie wyklucza to kierowania roszczeń do placówki medycznej z powołaniem się na tzw. winę organizacyjną, niemniej braki oraz niedostatki, na które lekarz pozostawał bez wpływu, nie mogą przesądzać o jego odpowiedzialności.

**Ale jeżeli są lekarzowi znane, do jego obowiązków należy wzięcie na to poprawki:**

- skierowanie pacjenta gdzie indziej (o ile jest na to czas),
- zastosowanie innego sposobu leczenia (o ile mieści się w standardzie)
- lub wezwanie wsparcia z innego ośrodka.

**Podobnie jak stan wiedzy, dostępność stanowi tylko szczególny aspekt staranności, a inaczej mówiąc, kwestia dostępności jest na stałe wbudowana w pojęcie należytej staranności**. Wzorce właściwego postępowania nie są jednolite i konstruuje się je z uwzględnieniem specyfiki sytuacyjnej. Wzorzec taki ma np. inną treść w przypadkach odbierania porodu w oddziale patologii ciąży szpitala uniwersyteckiego, inną – na położnictwie w szpitalu powiatowym, a jeszcze inną – w przypadkach odbierania tzw. porodów ulicznych, przy czym różnice wynikają przede wszystkim z zupełnie nieporównywalnych możliwości działania w poszczególnych okolicznościach.

**Istnieje także pogląd przeciwny, zgodnie z którym kategoria sprzeczności z powszechnie uznanymi zasadami wiedzy medycznej (tzw. błąd lekarski) jest kategorią czysto obiektywną i niezależną zarówno od konkretnej osoby, jak i od okoliczności**.[5] Jest on nietrafny, bo pomija wyrażenie „w stosunkach danego rodzaju" - a rodzaje stosunków mogą być bardzo zróżnicowane. Należy natomiast przyznać, że niektóre działania są wadliwe niezależnie od tego, w jakim kontekście sytuacyjnym je podjęto.

**Kryterium dostępności ma walor raczej wyjaśniający, dydaktyczny - niż dyrektywny. Mogłoby być równie dobrze pominięte, bo niedostępne to tyle, co poza zasięgiem, więc niemożliwe.**

## Niedostępność

To, czy pewien sposób działania jest lekarzowi dostępny, zależeć może od czynników faktycznych, jak narzędzia i inne środki materialne, wiedza, umiejętności, możliwość uzyskania pomocy lub konsultacji innych osób, wydolność psychofizyczna oraz czas potrzebny na podjęcie decyzji klinicznej i wykonanie właściwego działania.

Z **perspektywy konkretnego lekarza większość metod jest mu niedostępna**, jeśli chodzi o **możliwość osobistego ich użycia**. Najbardziej oczywisty tego powód stanowi daleko posunięta specjalizacja w medycynie. Wiele przypadków klinicznych wymaga **kompetencji szczególnych**; np. prawidłowe leczenie ciężko powikłanej cukrzycy jest domeną diabetologa i podobnych umiejętności nie można wymagać nie tylko od świeżo upieczonego absolwenta medycyny, ale i od specjalisty medycyny rodzinnej, czy wybitnego w swojej dziedzinie okulisty.

Niedostępne lekarzowi działania mogą występować nawet w obrębie jego własnej specjalności. Chirurg nie ma obowiązku, a przede wszystkim nie zdoła nauczyć się posługiwania wszystkimi technikami współczesnej chirurgii ani jednakowo sprawnie poruszać się we wszystkich obszarach ludzkiej anatomii. Dostępność metody zależy też od **zmiennych okoliczności zewnętrznych oraz czasu** będącego do dyspozycji; np. terapia celowana przy użyciu antybiotyków, którą można uważać za metodę zazwyczaj optymalną, wymaga nie tylko dostępu do laboratorium mikrobiologicznego, ale i czasu na wykonanie posiewu i antybiogramu. Jeśli sytuacja go nie pozostawia, terapia celowana jest niedostępna i można tylko ograniczyć się do gorzej rokującej terapii empirycznej, tzn. na swoistej zgadywance, z jakim patogenem lekarz ma w danym przypadku do czynienia i który z antybiotyków będzie doń odpowiedni. Domysły te mają podstawę w wiedzy ogólnej (np. że różę zwykle wywołuje paciorkowiec ropotwórczy), a niekiedy też w wiedzy o lokalnej sytuacji epidemiologicznej - niemniej są tylko domysłami.

[5] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne, s.* 237.

Na dostępność wpływać mogą również **uwarunkowania ekonomiczne i prawne**. Problem ten występuje zwłaszcza w związku z udzielaniem świadczeń gwarantowanych (tj. świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych w całości lub części ze środków publicznych) w rozumieniu ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Za niedostępne można uważać świadczenia, które w danym zakładzie leczniczym są technicznie możliwe do wykonania, ale **nie zostały na dany okres zakontraktowane albo wyczerpał się limit** wynikający z umowy z NFZ.

Jest to jednak tylko **niedostępność względna:** nie można się na nią powołać, gdy na lekarzu (zakładzie leczniczym) ciąży *ex lege* obowiązek pomocy (art. 30 uzl i 7 upp etc.). W takich wypadkach NFZ jest zresztą zobowiązany do finansowania świadczeń ponadlimitowych, w tym udzielanych osobom nieubezpieczonym, nie można więc ich określić mianem niedostępnych

Mimo początkowych wahań sądów ukształtowała się ostatecznie linia wyrokowania, zgodnie z którą „nadwykonania" w sytuacjach działania obowiązkowego podlegają finansowaniu przez NFZ[6].

**Nie można natomiast podzielić zdania, że niedostępne są czynności, których wycena została przez NFZ zaniżona, przez co lekarze powstrzymują się lub ociągają z kierowaniem pacjentów na diagnostykę dodatkową. Niedawna zmiana sposobu finansowania świadczeń (ryczałt systemu zabezpieczenia, art. 136 ust. 2 pkt 2 u.ś.o.z.) nie wpływa na sposób oceny dostępności tj. niedostępności świadczeń w rozumieniu art. 4.**

W kategoriach dostępności **ekonomicznej** należy też oceniać **wybór metody, gdy** lekarz działa na zwykłej podstawie kontraktowej, co w praktyce oznacza, że **pacjent sam poniesie koszty umówionej czynności**. Niejednokrotnie obok metody optymalnej, lecz kosztownej, są do dyspozycji „oszczędnościowe" metody alternatywne, których skuteczność i bezpieczeństwo są jednak gorsze, niekiedy wręcz uderzająco. **Wolno z nich jednak skorzystać, póki pozostają w granicach medycznej poprawności**. Przykładami służy obficie protetyka dentystyczna, gdzie np. **proteza osiadająca** przy swoich licznych wadach jest rozwiązaniem najtańszym i stosowanym powszechnie, w tym u pacjentów, u których byłoby technicznie możliwe (a wręcz wskazane) wykonanie uzupełnień stałych.

**(Proteza tego typu w niewielkim tylko stopniu odtwarza funkcję żucia, ma złą retencję na podłożu, zaburza smak, utrudnia mówienie, wywołuje ogólne uczucie niewygody, utrudnia utrzymanie higieny w jamie ustnej, co sprzyja rozwojowi grzybic, przy długim użytkowaniu wywołuje zaniki kości, a niekiedy (protezy osiadające częściowe) również rozchwianie lub ścieranie zębów filarowych, do których mocuje się ją klamrami.)**

[6] Z. Kubot, *Znaczenie art. 7 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej w zakresie udzielania i finansowania świadczeń zdrowotnych*, PiM nr 2/2004 r.; tenże, *Koncepcja udzielania ponadlimitowych świadczeń zdrowotnych w stosunku zobowiązaniowym świadczeniodawcy z NFZ*, PiM nr 1/2006 r.; B. Janiszewska, *Świadczenia ponadlimitowe w orzecznictwie SN*, PiM nr 1/2006 r.; T. Zimna, *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2007, s. 109-111, P. Łagowski, *Świadczenia ponadlimitowe w podmiotach leczniczych – aspekt prawno-rachunkowy* [w:] *Aktualne i wybrane problemy z zakresu bankowości, podatków i rachunkowości*, red. A. Ćwiąkała-Małys, E. Rutkowska-Tomaszewska, Wrocław 2015, s. 67-72.

**Nie każdy surogat metody niedostępnej finansowo jest akceptowalny z punktu widzenia należytej staranności:**
- sporządzanie mostów protetycznych z dowieszonymi (zwłaszcza obustronnie) zębami, gdy pacjent ma za mało własnych zębów filarowych, a nie stać go na implanty. Most taki podlega obciążeniom poziomym, co naraża użytkownika na uszkodzenia przyzębia oraz na utratę zębów filarowych;
- stosowanie koron akrylowych jako protez trwałych (nadają się tylko na tymczasowe).

**Niekiedy więc jedynym zgodnym z prawem wyjściem będzie odmowa udzielenia świadczenia zdrowotnego, na które pacjenta nie stać, z wytłumaczeniem, iż byłyby to pieniądze wydane nadaremnie, lepiej więc odczekać i uzbierać na leczenie adekwatne.**

Metody niedostępne **ze względów prawnych:**
- zastosowanie produktu leczniczego, który w Polsce nie jest zarejestrowany
- przeszczepienie narządu od zmarłego, który za życia złożył stosowny sprzeciw;
- taka, **której nie akceptuje pacjent**. Nawet jeśli teoretycznie byłaby optymalna. Brak zgody zainteresowanego czyni ją w tym konkretnym przypadku niedostępną.

Wówczas lekarz może zamiast skutecznej, lecz prawnie niedostępnej metody leczenia przyczynowego użyć paliatywu albo ograniczyć się do otoczenia chorego opieką humanitarną. Trudno.

Bariery faktyczne dla użycia metody lub środka:

- **wadliwie sporządzony regulamin organizacyjny** zakładu leczniczego,
- **zarządzenia osób kierujących** poszczególnymi jednostkami
- lokalny zwyczaj.

Gdy nakaz albo zakaz wymusza postępowanie wadliwe, należy go traktować jako nieistniejący – lekarz ma prawo i obowiązek go zignorować.
- Np. zakaz wykonywania cesarskiego cięcia pod nieobecność ordynatora (niezależnie od pilności wskazań).

**Aspekt negatywny dostępności: lekarz nie uchybi prawnym wymaganiom, gdy nie użyje metod, które choć abstrakcyjnie wskazane dla danej sytuacji klinicznej, były mu *in concreto* niedostępne. Kryterium niedostępności zwalnia w takich sytuacjach z obowiązku działania, przy czym równocześnie należy je odczytywać jako zakaz podejmowania czynności zawodowych, które w danych okolicznościach lekarz musiałby wykonać nieprawidłowo. Jest to więc norma: jeżeli sytuacja uniemożliwia działanie staranne, to nie należy w ogóle tego działania podejmować.**

**Fizyczna niedostępność** nie zawsze stanowi usprawiedliwienie, ponieważ od profesjonalisty ogólnie wymaga się adekwatnych wiedzy i umiejętności, a gdy działa on całkowicie na własny rachunek (w ramach praktyki indywidualnej) – także zapewnienia właściwych środków technicznych, warunków organizacyjnych i współpracowników. Dostępność ocenia się nie dla chwili bieżącej, lecz w dłuższym horyzoncie czasowym, jeśli więc lekarz pewnym sposobem działania nie może się posłużyć wskutek własnych wcześniejszych zaniedbań, nie powiemy, że był

mu on niedostępny (**należy to potraktować jako przypadek tzw. zawinienia na przedpolu czynu**). Takie rozumowanie jest jednak uprawnione tylko wtedy, gdy napotkany problem kliniczny mieści się w dziedzinie zwykłej praktyki lekarza i jego specjalności i nie wynika ze zdarzenia przypadkowego w czasie i miejscu, w których adekwatne warunki nie są spełnione i "mają prawo" nie być. Od nikogo przecież nie oczekuje się, by był stale przygotowany na wszelkie możliwe okoliczności.

Gdy lekarz wykonuje zawód w ramach stosunku zatrudnienia lub w innej zależności organizacyjnej:
- nikt za niego nie może spełnić ściśle osobistych wymagań wiedzy i umiejętności;
**ALE:**
- warunki rzeczowe powinien zapewnić zakład leczniczy.

Zdarza się jednak, że nie zapewnia. Zatrudnionym tam lekarzom **uniemożliwia to staranne działanie**. **A niemożliwe nie może być przedmiotem obowiązku przecież.**

Źródłem mogą być m.in.: brak sprzętu technicznego, jego długotrwała niesprawność lub tzw. zużycie moralne, brak innych środków materialnych, wadliwa organizacja pracy, dysfunkcjonalne regulacje wewnętrzne, źle pomyślany układ przestrzenny zakładu.

Pojawia się ogólne pytanie o pojmowanie **kryterium dostępności w przypadkach, gdy dla możliwości działania lekarzowi brakuje takich warunków rzeczowych, za które formalnie nie odpowiada**. Jeśli brak był chwilowy i nieprzewidywalny, mamy do czynienia z zaniechaniem użycia metody niedostępnej, co należy traktować w kategoriach pechowego przypadku.

Gorzej, gdy **braki w wyposażeniu lub organizacji zakładu są długotrwałe i lekarzowi znane**; tak że z góry wiadomo, że w pewnych sytuacjach nie może on zapewnić swoim pacjentom należytego bezpieczeństwa. Ustawa nie daje kryteriów oceny takich sytuacji.

***Art. 11 KEL***
Lekarz winien zabiegać o wykonywanie swego zawodu w warunkach, które zapewniają odpowiednią jakość opieki nad pacjentem.

- Ale z tego nie wynika jednoznaczna norma postępowania. Może tylko taka, że **nieetyczny będzie zupełny brak reakcji na dostrzeżone nieprawidlowości**.

**Interpretacja liberalna**: lekarz, który dostrzega potencjalnie groźne braki techniczne lub organizacyjne, ma o nich powiadomić właściwą osobę lub organ zakładu leczniczego, a potrzebnych mu środków żądać (ale czy zostaną mu dostarczone, już odeń nie zależy).

**Interpretacja rygorystyczna**: zabrania lekarzowi wykonywania zawodu w jednostce organizacyjnej, w której warunki techniczne lub organizacyjne nie gwarantują pacjentom dostatecznego bezpieczeństwa.

**Sądy lekarskie niekiedy odczytują art. 11 KEL właśnie w duchu rygorystycznym, oceniając działania lekarzy w warunkach braków sprzętowych lub wad organizacyjnych jako niestaranne, nawet gdy bezpośrednio odpowiedzialna za owe uchybienia była inna osoba.**

**Przykład 1** - **organizacja oddziału**

**W sprawie o spóźnione wykonanie cesarskiego cięcia Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie stwierdził przewinienie zawodowe lekarki polegające na zbyt późnym podjęciu decyzji o operacji, gdy znając jako wieloletni pracownik wady organizacyjne własnego zakładu pracy, powinna była z góry brać pod uwagę możliwe opóźnienie zabiegu i uwzględnić w kalkulacjach czasowych realia organizacyjne szpitala[7].**

**O 15.15. lekarka, obwiniona w sprawie, zawiadomiła starszą dyżurną o wskazaniach do cesarskiego cięcia. Wezwano anestezjologa, który nie stawił się. Przyszedł dopiero po ponownym telefonie, ale nie był zorientowany w sytuacji i zapytywał, czy jest dość czasu na znieczulenie przewodowe. Następnie oczekiwano na przybycie pielęgniarki anestezjologicznej. Przybyła z opóźnieniem ok. 10 min., ponieważ musiała dostarczyć na salę operacyjną wózek z anestetykami. Tłumaczyła, że „nie było windziarza, a ona wózka nie weźmie na plecy". Ostatecznie między decyzją o zabiegu a wydobyciem płodu upłynęło ok. 40 minut.**

**Noworodek urodził się w stanie bardzo ciężkim. Zmarł po upływie dwóch i pół miesiąca. Lekarz starsza dyżurna zeznała, że w szpitalu blok operacyjny jest tuż przy sali porodowej, ale „nie ma tam leków ani anestezjologów". Jej zdaniem „sala jest gotowa, ale bez leków". Jest to według Sądu tylko subiektywna interpretacja świadka, bo sytuacja ta w praktyce oznacza, że blok operacyjny nie był przygotowany do wykonania natychmiastowego cesarskiego cięcia. Było to wówczas w tym szpitalu sytuacją stałą i normalną. Następnego dnia na odprawie starsza dyżurna poinformowała o tym ordynatora i wystąpiła o zlikwidowanie ciężkiego i nieporęcznego wózka anestezjologicznego. Postulowała, by leki przechowywać w sejfie lub w kasetce na oddziale. Zeznała też, że następnie w szpitalu „trwała dyskusja cały rok *[! - M.B.]* i skończyła się awanturą u dyrektora". Wózek zlikwidowano, a leki zapakowano w folię - można je teraz „wziąć pod pachę i zanieść na salę."**

**Przykład 2** – **niesprawny ultrasonograf**

**Inna sprawa ginekopołożnicza: lekarz popełnił zawiniony błąd diagnostyczny, nie rozpoznając bardzo poważnych wad wrodzonych płodu w badaniu USG[8]. Badanie wykonywał kilkakrotnie na aparacie szpitalnym, który sam określił w wyjaśnieniach jako przestarzały i niezasługujący na zaufanie; zarazem, choć żaden z lekarzy nie ufał tym wynikom, wszyscy w szpitalu z owego urządzenia korzystali.**

**Stan faktyczny był bardziej złożony, ale sąd lekarski (w ślad za opinią biegłego) zwrócił uwagę, że „niezależnie od daty produkcji i marki aparatu, albo struktury anatomiczne płodu są widoczne, albo ich nie widać i wtedy żadnych opinii w oparciu o takie badanie wydawać nie wolno".**

**Przewinienie polegało nie na samym użyciu sprzętu o słabych możliwościach technicznych, lecz na nadinterpretacji uzyskanego obrazu USG oraz niespójności w rozumowaniu lekarza – ogólnie zdawał on sobie sprawę z mizernej jakości aparatu, a jednak potraktował wynik jako miarodajny.**

Posłużenie się sprzętem niesprawnym lub zużytym nie zawsze jest niestaranne, bo wada lub niesprawność techniczna może nie przekładać się na zagrożenie dla pacjenta, a bywa, że sprzęt przestarzały da się użytkować bezpiecznie, jeśli lekarz zna i rozumie jego techniczne ograniczenia. **Niestaranne jest jednak posługiwanie się wyposażeniem dysfunkcyjnym, nawet gdy jest jedynym dostępnym**. Takie uchybienie może być znacznie gorsze w skutkach niż przyznanie, że z przyczyn technicznych zabiegu nie da się wykonać, i odesłanie pacjenta gdzie indziej.

[7] Sprawa przed Okręgowym Sądem Lekarskim w Warszawie, sygn. OSL 57/05 oraz OSL 13/07 (ponowne rozpoznanie). Szersze omówienie wyroku: M. Boratyńska, *Wolny*..., s. 248–250.

[8] OSL w Warszawie, sygn. OSL 69/08, szerzej M. Boratyńska, *Wolny*..., s. 250–251.

Leczenie z użyciem niesprawnej aparatury stanowi nie tylko stratę czasu ze względu na nieefektywność. Podjęcie w takich okolicznościach diagnostyki zwiększa prawdopodobieństwo wyników fałszywie ujemnych i błędnego przekonania o braku potrzeby leczenia albo też wyników fałszywie dodatnich, prowadzących do leczenia obiektywnie zbędnego; jedno i drugie skutkuje ryzykiem zdrowotnym. Może też powodować szkodliwe skutki uboczne, jak w głośnym przypadku grupy pacjentek onkologicznych poparzonych przy naświetlaniu uszkodzonym aparatem do radioterapii[9].

Użycie wyposażenia wadliwego co do zasady nie daje się usprawiedliwić tłumaczeniem, że właściwy sprzęt był aktualnie niedostępny; pewien wyjątek należy jednak uczynić dla sytuacji nadzwyczajnych.

### Obowiązki w okolicznościach nadzwyczajnych

W wymiarze **pozytywnym** kryterium dostępności **zezwala na działania, które wg zwykłych kryteriów oceny byłyby nieprawidłowe, na użycie narzędzia lub metody gorszej od wymaganej w zwykłych okolicznościach, jeśli ta jest niedostępna**.

**ALE:**

**Należy rozstrzygnąć, jak daleko wolno wówczas zejść poniżej staranności zwykłej.**

Praktyka lekarska napotyka czasem sytuacje nadzwyczajne, które **stwarzają potrzebę reakcji niezwłocznej, a równocześnie uniemożliwiają działanie ze starannością zwykłą** (zwł. przypadki z dziedziny medycyny ratunkowej, medycyny wojennej i medycyny katastrof). W takich sytuacjach działanie metodą „gorzej rokującą", zarzuconą, narzędziem normalnie w medycynie niestosowanym itp. może leżeć w najlepszym interesie pacjenta. Decyzja powinna się opierać na **ważeniu ryzyka** – jeżeli natychmiastowe działanie jest mniej ryzykowne niż odłożenie go na później, tj. do czasu, aż właściwe środki staną się dostępne, lepiej działać, niż w imię abstrakcyjnej staranności pozwolić pacjentowi umrzeć albo zostać kaleką.

**Przykład 3 - okoliczności nadzwyczajne**

**Lekarz pogotowia, przybyły do udławionego kawałkiem jabłka sześcioletniego chłopca, nie mógł zastosować sprzętu do udrożnienia dróg oddechowych, ponieważ na terenie nie było karetki reanimacyjnej.[10] Nie dysponował więc ani rurką intubacyjną, ani laryngoskopem, ani zestawami do tracheotomii lub konikotomii. Mógł tylko zastosować sztuczne oddychanie z użyciem aparatu AMBU i wieźć dziecko do odległego szpitala w większym mieście, ponieważ ten bliżej był akurat w remoncie. Okazało się to niewystarczające i pacjent doznał ciężkiego porażenia mózgowego spowodowanego niedotlenieniem.**

**Postępowanie lekarza pogotowia było przedmiotem zastrzeżeń ze strony biegłej, która stwierdziła w opinii, że udzielona pomoc nie była ani bezzwłoczna, ani właściwa. Zarzuciła lekarzowi nieprzeprowadzenie intubacji [niby czym?!] lub konikotomii [też nie było czym!], choć jednocześnie przyznała, że muszą być po temu zapewnione odpowiednie warunki.**

**Inny lekarz, zeznający tylko jako świadek, wyraził zapatrywanie, iż postępowanie lekarza pogotowia było rozwiązaniem najwłaściwszym.**

**Przekazując sprawę do ponownego rozpoznania Sąd wytknął, iż biegła o tyle pośpieszyła się z oceną, że stan dziecka w chwili przyjazdu pogotowia przyjęła wyłącznie na podstawie zeznań matki.**

**Możliwe więc, że - nazywając rzeczy po imieniu - przybyły lekarz i tak miałby niewiele**

[9] Wypadek miał miejsce w 2001 r. w Białostockim Centrum Onkologii; przyczyną okazał się niesprawny wyłącznik.

[10] Wyrok SN z 1 grudnia 1998 r., III CKN 741/98, OSNC nr 6/1999 poz. 112.

**do zrobienia, ponieważ w tego rodzaju przypadkach decydują minuty (a kto widział w polskich realiach, żeby pogotowie dotarło w takim czasie).**

**Zakładając jednak, że sugerowane przez biegłą zabiegi były jeszcze celowe, przedmiotem oceny jest tutaj problem: czego wolno wymagać od lekarza w sytuacji naglącej, gdy z przyczyn odeń niezależnych nie dysponuje odpowiednim sprzętem medycznym.**
**- Czy lekarz prawidłowo zastosował sztuczne oddychanie, zamiast spróbować usunięcia jabłka przy użyciu zaimprowizowanych narzędzi?**
**- Czy można było od niego wymagać, aby wykonał tracheotomię nożem kuchennym lub konikotomię obsadką od długopisu?**

Gdyby to zrobił i uratował dziecku mózg - byłby bohaterem. Nie wpadł jednak na ten pomysł lub obawiał się uchybienia standardom. To byłoby postępowanie uzasadnione okolicznościami, lecz niestandardowe - a lekarz nie McGyver. „Makgajwerowanie" nie może być przedmiotem obowiązku. Ale dobrze, jeśli czasem się zdarza.

**Gdy na podstawie takiej oceny lekarz posłuży się sposobem lub sprzętem niewłaściwym z punktu widzenia podręcznikowych zasad praktyki, ale jedynym dostępnym, a zdarzy się, że wyrządzi szkodę pacjentowi, należy uznać, że kryteria z art. 4 uzl były spełnione, tzn. działał w granicach dostępnych sobie metod i środków. Również z punktu widzenia prawa cywilnego takie działanie jest należycie staranne (w prawie karnym – ostrożne).**

Wnioski te znajdują częściowe potwierdzenie w treści **Art. 10 KEL**.
**1.** Lekarz nie powinien wykraczać poza swoje umiejętności zawodowe przy wykonywaniu czynności diagnostycznych, zapobiegawczych, leczniczych i orzeczniczych.
**2.** Jeżeli zakres tych czynności przewyższa umiejętności lekarza, wówczas winien się zwrócić do bardziej kompetentnego kolegi. **Nie dotyczy to nagłych wypadków i ciężkich zachorowań, gdy zwłoka może zagrażać zdrowiu lub życiu pacjenta.**

Zgodnie z nim lekarzowi co do zasady nie wolno wykraczać poza własne umiejętności zawodowe (ust. 1). Jeśli natrafi na przypadek, który je przekracza, ma się zwrócić do innego, bardziej kompetentnego lekarza, jednak „**nie dotyczy to nagłych wypadków i ciężkich zachorowań, gdy zwłoka może zagrażać zdrowiu lub życiu chorego**" (ust. 2). W tego typu sytuacjach etyka zawodowa pozwala lekarzowi podjąć czynność zawodową pomimo niedostatecznych kompetencji własnych.

Jakkolwiek art. 10 KEL odnosi się tylko do braku warunków podmiotowych (wiedzy i umiejętności), analogiczne wnioski muszą dotyczyć działania przy braku warunków przedmiotowych.

**Kryterium dostępności należy odnosić nie tylko do decyzji klinicznej (wyboru metody), lecz także do przestrzegania poszczególnych zasad ostrożności. W stanach nadzwyczajnych zezwala więc lekarzowi pominąć normalnie wymagane elementy procedury, działać poza zakresem własnych kompetencji specjalistycznych, przy niedyspozycji psychofizycznej (niewyspaniu, przemęczeniu, nietrzeźwości, własnej chorobie lub urazie itp.), bez potrzebnej współpracy innych osób lub w źle zorganizowanym zespole, przy użyciu niewłaściwych narzędzi i innych środków**

**technicznych.**

Co prawda w pewnym ściśle ograniczonym zakresie lekarz jest obowiązany orientować się, kto w najbliższej okolicy dysponuje właściwymi możliwościami działania. Obowiązek wskazania konkretnej (i „realnej") możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego przewidziany jest *expressis verbis* tylko w razie przerwania leczenia (art. 38 u.z.l., art. 10 u.p.p.), **jednak wolno twierdzić, że należyta staranność nakazuje niekiedy to samo, gdy leczenie nie może zostać podjęte jako niedostępne** w rozumieniu art. 4 u.z.l.

Rzecz jasna nie wymaga się, by lekarz stanowił bazę danych o lokalnych usługach medycznych, ale w dziedzinie własnej specjalności i stałej praktyki powinien dysponować elementarną wiedzą, do kogo może przekierować pacjenta, którego przypadek wykracza poza jego możliwości, zwłaszcza gdy należy do niecierpiących zwłoki.

**Przykład 4:** **brak odpowiedniego leku** [*Ufam, że nic nie zostało przeinaczone: to tzw. skandal z gazety.*][11]

**Czterolatek z zaawansowaną próchnicą był leczony stomatologicznie w jednej z warszawskich placówek publicznych. Na życzenie rodziców pacjentowi podane zostało znieczulenie ogólne, ponieważ wcześniej reagował histerycznie na wszelkie próby leczenia zębów. W czasie zabiegu wystąpiło zaburzenie rytmu serca, wzmożone napięcie mięśniowe, a temperatura ciała wzrosła do ponad czterdziestu stopni. Zabieg przerwano; lekarze obkładali chłopca lodem i mokrymi ręcznikami, próbowali przywrócić rytm serca, w końcu wezwali pogotowie. Nic nie pomogło - chłopiec umarł. Anestezjolog przeprowadzająca narkozę zeznała: „Po lawinowym przyroście temperatury zaczęłam podejrzewać, że pacjent cierpi na gorączkę złośliwą. Z mojej wiedzy wynika, że w przypadku dziecka cierpiącego na taką dolegliwość w zasadzie nie ma szans na jego uratowanie, gdyż wymaga to podania specjalnego leku, którym nie dysponujemy i jest on dostępny tylko w niewielu placówkach". Lek nazywa się dantrolen, znacząco zwiększa szanse ratunku, ale jest kosztowny i ma krótki termin przydatności. Większość placówek nim nie dysponuje, należy jednak do leków ratujących życie, więc w każdym mieście wojewódzkim powinna być wyznaczona placówka, która go ma. W Warszawie są takie dwie. Ratownicy medyczni nie przywieźli leku ze sobą, ponieważ nie powiedziano im, do jakiego jadą przypadku. Również lekarze z kliniki stomatologicznej nie zatelefonowali po dantrolen.**

Sekcja zwłok wykazała, iż przyczyną śmierci była prawdopodobnie hipertermia złośliwa. Gorączka złośliwa, czyli hipertermia, jest powikłaniem bardzo rzadkim.

W toku dochodzenia udało się ustalić, że w tej samej klinice miał wcześniej miejsce jeden przypadek hipertermii. Poszkodowaną dziewczynkę udało się uratować dzięki podaniu dantrolenu. Opis tego przypadku sugeruje właściwy sposób postępowania w razie braku odpowiedniego lekarstwa: wezwanie wsparcia z zewnątrz, o ile jest to możliwe. Gdy chodzi o leki ratujące życie, tym bardziej do podstawowych obowiązków lekarskich należy wiedza, skąd da się ściągnąć potrzebny specyfik.

Niedostępność leków, diagnostyki czy odpowiedniej techniki leczenia może rzutować na wolność wyboru u pacjenta, ale sam fakt nieposiadania odpowiednich środków nie może przesądzać o postawieniu lekarzowi zarzutu. Ustawa lekarska posługuje się obiektywnym kryterium dostępności dla danego lekarza. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że **w istocie niedostępność**

[11] J. Podgórska: *W zawieszeniu,* Polityka nr 51 z 18.XII.2010 r. s, 100-101.

**oznacza niemożliwość**. Wobec tego stwierdzenie, iż możliwość obiektywnie istniała lub niemożliwość dałoby się usunąć bądź wcześniej jej zapobiec - diametralnie zmienia postać rzeczy. Świadczenie niedostępne, to takie, które:

- **odrzuca pacjent**;
- **nie może być udzielone ze względu na niezawinione braki w zaopatrzeniu**; braki zawinione lub praktyczna możliwość zdobycia odpowiedniego zaopatrzenia z zewnątrz stanowią na rzecz praktycznej dostępności;
- **jest niewykonalne z powodu nieprzewidzianych przeszkód lub niedostatków organizacyjnych**; niedostatki znane wcześniej wymagają wzięcia pod uwagę przy podejmowaniu decyzji medycznych;
- **jest nieosiągalne technicznie w tym sensie, że lekarz nie posiada tak wyspecjalizowanych umiejętności lub placówka - takiego sprzętu**.

**W powyższych przypadkach rzeczywiście można mówić o obiektywnej niedostępności.**

## 3. Należyta staranność

**Pojęcie.** Należyta staranność stanowi pojęcie zaczerpnięte z prawa cywilnego.

**Kodeks cywilny**

**Art. 355. § 1.** Dłużnik obowiązany jest do **staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju** (**należyta staranność**).

**§ 2.** Należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

*Ustawa o zawodzie lekarza...*

**Art. 4.** Lekarz **ma obowiązek wykonywać zawód**, zgodnie ze **wskazaniami aktualnej wiedzy** medycznej, **dostępnymi mu metodami i środkami** zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z **zasadami etyki** zawodowej oraz **z należytą starannością**.

*Ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej*

**Art. 11. 1.** Pielęgniarka i położna wykonują zawód, z **należytą starannością**, zgodnie z zasadami etyki zawodowej, poszanowaniem praw pacjenta, dbałością o jego bezpieczeństwo, wykorzystując wskazania aktualnej wiedzy medycznej oraz pośrednictwo systemów teleinformatycznych lub systemów łączności.

*Ustawa o prawach pacjenta i o Rzeczniku Praw Pacjenta*

**Art. 8.** Pacjent **ma prawo** do świadczeń zdrowotnych **udzielanych z należytą starannością** przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych **w warunkach odpowiadających określonym w odrębnych przepisach wymaganiom fachowym i sanitarnym**. Przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych osoby wykonujące zawód medyczny kierują się zasadami etyki zawodowej określonymi przez właściwe samorządy zawodów medycznych.

**Kryterium należytej staranności jest obecne w medycznych ustawach zawodowych, a u.pr.pacjenta ujmuje udzielanie świadczeń zdrowotnych z należytą starannością jako część prawa do leczenia adresowanego do całej służby zdrowia.**

Stosownie do art. 4 UZL należyta staranność **powinna cechować wszystkie aspekty**

**wykonywania zawodu lekarza**, **więc nie tylko kwestie diagnostyki i techniki zabiegowej**, ale również dobór środków i metod, jak również odpowiednie informowanie pacjenta oraz zbieranie odeń wywiadu.

**To oznacza, że w należytej staranności wobec pacjenta mieści się i stosowanie aktualnej wiedzy medycznej, i właściwe rekomendowanie spośród dostępnych metod i środków - po rozpoznaniu dobra pacjenta ustalanego na podstawie zebranego wywiadu i deklarowanych wartości, a poza tym - odpowiednia wiedza oraz umiejętności praktyczne.**

W teorii lekarzy obowiązują jednolite miary staranności w tym sensie, że **na potrzeby okoliczności konkretnego przypadku ustala się obiektywny standard należytości**, którego wolno wymagać od lekarza przy pacjencie.

Pojęcie *należyta staranność* łączy w sobie jednak dwa czynniki: **obiektywny** – ***należytość*** i **subiektywny** - ***staranność***. Uchybienie obiektywne będzie polegać na niedochowaniu prawideł stwierdzalnych obiektywnie jako *ogólne wymagania w stosunkach danego rodzaju*. Podstawę do takiego wnioskowania daje definicja legalna należytej staranności z art. 355 KC: ma to być staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju.[12] Oznacza to, że o ile w stosunkach danego rodzaju da się stwierdzić istnienie ogólnych wymagań, czyli inaczej mówiąc – reguł właściwego postępowania – to stanowią one zbiór kryteriów należytej staranności w ramach tych stosunków. Reguły postępowania lekarskiego wyprowadzane ze stanu wiedzy stanowią tylko szczególny przypadek zasad staranności. Należyta staranność lekarska nie wyczerpuje się w prawidłach wiedzy medycznej. Lekarz powinien "znać się na swojej robocie" nie tylko teoretycznie, ale i praktycznie. Inne znowu z tych zasad nie są pochodną wiedzy medycznej czy jakiejkolwiek wiedzy naukowej, lecz wiedzy potocznej i tzw. zdrowego rozsądku.

Spełnienie ogólnych wymagań w stosunkach danego rodzaju polega ogólnie na przestrzeganiu reguł, pozwalających rozsądnie liczyć na efektywną i bezpieczną realizację zamierzonej czynności. Są to reguły mające na celu skuteczne, sprawne i bezpieczne wykonywanie czynności określonego rodzaju - czyli czysto prakseologiczne. Daje się je sformułować w postaci nakazów albo zakazów: podobnie jak normy prawne. Te ogólne wymagania służą stworzeniu miary, obiektywnego standardu staranności w danej dziedzinie.

Należyta staranność wymaga starań zarówno *na podłożu naukowym* (np. żeby właściwie zakwalifikować pacjenta do zabiegu chirurgicznego, a sam zabieg wykonać technicznie poprawnie), jak i **zwykłych** (sprawdzić tożsamość pacjenta i stronę ciała, która ma być poddana zabiegowi). Ponadto wymaga się od lekarza znajomości przepisów prawa (jak od każdego obywatela), ale ze szczególnym uzwględnieniem przepisów zawodowych, w szczególności: art. 30 - 39 i nast. UZL - więc także m.in. należytej staranności we właściwym informowaniu pacjenta oraz należytej staranności w uzyskiwaniu prawidłowo udzielonej zgody od pacjenta bądź od osoby reprezentującej jego prawa (z wylegitymowaniem opiekuna gdy zachodzą co do tego wątpliwości); należytej staranności w dochowaniu tajemnicy medycznej; należytej staranności w poszanowaniu innych praw pacjenta, na czele z godnością i intymnością. To zaś oznacza sumę wymagań bardzo wyśrubowaną ilościowo. Niedołożenie należytej staranności lekarskiej może polegać na popełnieniu błędu: medycznego na poziomie diagnostyki lub terapii, na użyciu niewłaściwego sprzętu (nieodpowiedniego bądź niesprawnego), na zastosowaniu przestarzałej metody operacyjnej, gdy nowsza jest dla tego pacjenta lepsza, ale także na zaniechaniu w zakresie udzielonej pacjentowi informacji, niedokładnym zebraniu wywiadu i wielu innych uchybieniach, których typologią

[12] Pojęcie należytej staranności jest obecne w wielu ustawach szczególnych, w tym w medycznych ustawach zawodowych. Definicję legalną zawiera tylko kodeks cywilny, a to oznacza, że w braku odmiennego rozumienia należytej staranności na płaszczyźnie innych ustaw - wolno posługiwać się rozumieniem kodeksowym.

niepotrzebnie ekscytuje się doktryna prawa. (Klasyfikacja błędów jest o tyle mało istotna, że punkt wyjścia stanowi ustalenie, czy została złamana jakaś zasada wykonywania zawodu – z gatunku technicznych, decyzyjnych bądź innych – jednak samo naruszenie nie wystarczy, żeby przypisać odpowiedzialność, ponieważ uchybienie musi być zawinione.)

Lekarskie powinności zawodowe unormowane w UZL są jednakowe bez względu na rodzaj oraz reżim odpowiedzialności, dlatego uzasadnienia wyroków karnych i sądów lekarskich bywają przydatne również na potrzeby odpowiedzialności cywilnej. Dotyczy to przykładowo i w omawianym kontekście karnistycznego kryterium ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, pokrewnego kryterium ogólnych wymagań w stosunkach danego rodzaju.[13]

Naruszenie ogólnych wymagań w stosunkach danego rodzaju (czy też reguł ostrożności) nie jest jednak zazwyczaj wystarczającą przesłanką zawinienia. Równie ważna jak obiektywnie mierzalna "należytość" jest bowiem subiektywnie pojmowana staranność.[14] Ażeby stwierdzić, że należyta staranność nie została dochowana, trzeba więc włączyć również czynnik subiektywny. **Jeśli doszło do złamania standardu należytości, to w sprawie winy sprawa nie jest jeszcze przesądzona**, ponieważ przesłanki obiektywna i subiektywna muszą być spełnione **łącznie**, a **niespełnienie którejkolwiek z nich oznacza, że winy nie ma**. Gdy nie ma uchybienia w sensie obiektywnym, wówczas nawet nie ma po co zastanawiać się nad czyimś subiektywnie niewłaściwym nastawieniem - skoro w niczym nie uchybił. Gdy uchybienie zostanie stwierdzone, dopiero można zastanawiać się, czy od strony subiektywnej sprawcy da się coś zarzucić. A zarzucić można niestaranność: niedbałość, niedokładność, niesumienność. W języku ogólnym termin „staranność" ma znaczenie zsubiektywizowane. Słownikowo wyjaśniany jest jako *dbałość, troska, uwaga, pilność*. Staranny to tyle, co pilny, troskliwy, zapobiegliwy - te wszystkie słownikowe synonimy staranności akcentują pewne skupienie uwagi. Ten, kto działa starannie, wykazuje przy tym odpowiednio wysokie natężenie uwagi, koncentracji na tym, co czyni. Słowem - „stara się" działać skutecznie, wyostrza zmysły w celu wykrycia zagrożeń, z którymi łączy się wykonywanie czynności, przykłada uwagę do tego, co robi. Sama staranność oznacza zatem mniej więcej tyle, co natężenie uwagi właściwe ze względu na okoliczności.

W ten sposób pojęcie należytej staranności łączy w sobie dwa czynniki: subiektywny - staranność oraz obiektywny - należytość.

Wobec tego działa z należytą starannością ten, kto przestrzega zarówno owych zobiektywizowanych reguł, jak też - jednocześnie - działa z takim natężeniem uwagi, którego wymaga aktualna sytuacja. Osoba, która działała z należytą starannością, nie może być prawnie odpowiedzialna za sam niekorzystny skutek wynikły z wykonywanej czynności.[15]

**W praktyce jednak ścisłe oddzielenie staranności od należytości może okazać się o tyle kłopotliwe, że wnioskowanie o staranności odbywa się na podstawie zewnętrznych jej przejawów. Niemniej na potrzeby przypisania odpowiedzialności niestaranność również wymaga dowiedzenia.**

**Konsekwencje:**

**I. Odwołanie do REGUŁ POSTĘPOWANIA**

**II. Staranność nie wymaga pozytywnego rezultatu**

[13] Zob. po raz pierwszy na ten temat M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, "Prawo i Medycyna" 1999 nr 3 s. 46-57

[14] Jest to ten sam rodzaj pojęciowego powiązania czynnika obiektywnego z subiektywnym, jak w przypadku ustawowego wyrażenia "oświadczenie woli".

[15] Zob. M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 254-257

**ALE:**
**III. Rezultat negatywny czasem pozwala wnioskować o niestaranności**
**IV. BRAK PODSTAW PRAWNYCH do wymagania staranności PODWYŻSZONEJ**

## I. REGUŁY POSTĘPOWANIA

**Spełnienie ogólnych wymagań w stosunkach danego rodzaju** polega ogólnie na przestrzeganiu reguł, pozwalających rozsądnie liczyć na efektywną i bezpieczną realizację zamierzonej czynności. Są to **reguły mające na celu skuteczne, sprawne i bezpieczne wykonywanie czynności określonego rodzaju** - czysto prakseologiczne.

Zasady **daje się sformułować w postaci nakazów albo zakazów**: podobnie jak normy prawne.

Te **ogólne wymagania służą stworzeniu miary, obiektywnego standardu** staranności w danej dziedzinie.

**1**. Każde działanie medyczne niesie potencjalne zagrożenie uszczerbkiem dla dóbr prawnych pacjenta i nie da się zupełnie wyeliminować. Można tylko obmyślić i stosować „reguły postępowania, które mają na celu ograniczenie tego niebezpieczeństwa do granic społecznie akceptowanych". Przykładami zobiektywizowanych zasad starannego postępowania są te określające przebieg i sposób wykonywania badania podstawowego (w tym wnioskowania), potrzebę kierowania na badania dodatkowe, wskazania i przeciwwskazania do leczenia określonym sposobem, dawkowanie i sposób podawania leków, uwzględnianie szkodliwych interakcji między nimi itp.

**2**. Na gruncie medycyny zasady staranności są regułami postępowania przy określonym rozpoznaniu chorobowym lub innym problemie zdrowotnym albo też w innej szczególnej sytuacji klinicznej. W założeniu celem ich jest maksymalizowanie szans na osiągnięcie wyników pożądanych lub minimalizowanie ryzyka ubocznych nieszczęść. Stanowią przede wszystkim pochodną aktualnej wiedzy medycznej.

**3**. Przy poszczególnych rodzajach działań obowiązują tylko takie reguły, które wcześniej się ukształtowały. Nie obowiązuje ogólna zasada, by każdą czynność wykonywać najbezpieczniejszym możliwym sposobem, i nie jest wymagane działanie „ponadstaranne", wykraczające ponad normalnie wymagane rygory.

**4**. W prawie medycznym należyta staranność stanowi podstawowe kryterium oceny poprawności działań lekarza. Natomiast dla celów odpowiedzialności cywilnej – odszkodowawczej - drugim warunkiem jest samo **powstanie szkody** (w prawie karnym – zrealizowanie skutku należącego do znamion przestępstw przeciwko zdrowiu lub życiu – np. narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiegouszkodzenia ciała). Te dwa warunki są niezależne, tj. ze spełnienia jednego z nich nie można wnioskować o drugim. **Czynność wykonana niestarannie może nie sprowadzić żadnych następstw szkodliwych, a nieszczęście nie musi wynikać z niestaranności, lecz może być wynikiem przypadku (*casus*).**

## II. Staranność a rezultat w leczeniu.

**1.** Działa z należytą starannością osoba, która przestrzega reguł staranności pojmowanych obiektywistycznie i przejawia natężenie władz psychicznych, którego wymaga aktualna sytuacja. Jeśli te warunki spełnia, a przy tym porusza się w granicach zgody pacjenta, nie jest prawnie odpowiedzialna za jakikolwiek, mówiąc potocznie, „zły skutek", który by wynikł z wykonywanej czynności.

**2.** Lekarskie powinności zawodowe są przez ustawę ujęte jako **obowiązki starannego działania**. Koncepcja obowiązków staranności dobrze odzwierciedla realia praktyki medycznej. Mimo wszystkich osiągnięć nowoczesnej medycyny większość jej metod, nawet przy nienagannie prawidłowym stosowaniu, nie gwarantuje skuteczności, nie tylko w wymiarze przyczynowym, lecz także objawowym, oraz jest obciążona ryzykiem powikłań przypadkowych (w skali populacyjnej niemożliwych do uniknięcia). Lekarz zazwyczaj nie może więc wiarygodnie zapewnić, że wyleczy pacjenta lub osiągnie inny pożądany efekt czynności, ani nawet że mu nie zaszkodzi.

**3**. Przez odwołanie się do należytej staranności ustawa lekarska przesądziła, iż czynności lekarskie należą do kategorii **zobowiązań starannego działania,** a nie rezultatu.

Tylko do pewnego stopnia pośrednią kategorię tworzą zobowiązania starannego działania, w których staranność oceniana jest na podstawie osiągniętego efektu (np. wykonanie i dopasowanie protezy). Brak zadowalającego rezultatu znaczy tutaj, że do czynności trzeba jeszcze bardziej się przyłożyć. Bywa też tak, że negatywny rezultat świadczy o popełnieniu kardynalnego błędu spowodowanego np. niedouczeniem.

**4.** W związku z tym przeważająca część doktryny przyjmuje, że na ukształtowanie lekarskiej powinności wobec pacjenta jako zobowiązania rezultatu nie pozwala sama natura czynności medycznych. **Jednocześnie jednak obecne jest zapatrywanie, by w kategoriach rezultatu rozpatrywać czynności medyczne polegające na wytworzeniu niektórych wyrobów medycznych przeznaczonych do połączenia z ciałem pacjenta, zwłaszcza protez, a także czynności, których efekt jest praktycznie możliwy do zagwarantowania – jak wypełnienie zęba czy jego ekstrakcja.**

Zobowiązanie rezultatu nie polega jednak na przyrzeczeniu, że rezultat nastąpi, lecz na umownym przesunięciu ryzyka jego nienastąpienia. Rzecz jasna w warstwie prawa medycznego lekarzowi nie wolno zapewnić pacjenta o skuteczności i bezpieczeństwie proponowanej metody, jeśli nie ma to pokrycia w aktualnym stanie wiedzy. O możliwości niepowodzenia obowiązkowo trzeba informować, ale nie jest to przeszkodą, by w warstwie cywilnoprawnej (stosunków majątkowych) lekarz „gwarantował" rezultat, oczywiście tylko w sensie wzięcia na siebie ryzyka niepowodzenia. Trudno dostrzec cokolwiek niewłaściwego w przyrzeczeniu, że jeśli założona plomba wypadnie przed upływem umówionego terminu, lekarz nieodpłatnie wstawi nową.

### III. Rezultat negatywny

Niektóre działania medyczne, formalnie objęte ogólnym obowiązkiem staranności, trzeba w istocie pojmować podobnie jak obowiązki rezultatu; ściślej: przy takich czynnościach „**zły**" **rezultat może przesądzać o niestaranności**[16].

Sytuacji takich można oczekiwać względnie często w protetyce stomatologicznej, która jest

[16] M. Nesterowicz, *Prawo*..., 2016, s. 91-92; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa*..., s. 146.

dziedziną o charakterze quasi-inżynierskim. Pozwala to na uogólnienie, że proteza dentystyczna ma być właściwie wykonana w sensie obiektywnym, tj. spełniać pewien zespół parametrów możliwych do zaplanowania, a *ex post* skontrolowania.

W razie potrzeby staranność wymaga dokonywania poprawek, przy czym „w zasadzie tylko dobre uzupełnienie protetyczne może być uznane za zakończenie leczenia":

„Nie zawsze proteza pasuje idealnie od pierwszej przymiarki. Jednak poprawki muszą być przeprowadzane aż do uzyskania właściwego efektu, a w razie potrzeby [...] pracę należy powtórzyć", przy czym „lekarz nie może przerzucać tego kosztu na pacjenta, jeśli za pierwszym razem nie zdołał poprawnie wykonać uzupełnień". **Sąd uznał w tej sprawie za przewinienie zawodowe zaniechanie dalszego leczenia przed uzyskaniem zadowalającego rezultatu**.[17]

W innej sprawie uniewinniając lekarza ten sam sąd lekarski stwierdził, że **„staranne postępowanie stomatologa-protetyka polega nie tyle na tym, aby sporządzić «od pierwszego zamachu» idealnie dopasowane uzupełnienia. Taki efekt byłby oczywiście ze wszech miar pożądany. Jeżeli jednak się to nie uda ze względu na błędy kliniczne lub laboratoryjne, należyta staranność polega na tym, aby protezę korygować, albo [...] sporządzić ponownie, gdy poprawki nie rokują żadnych szans powodzenia."**[18]

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy, tym razem skazując obwinionego, OSL dodał jednak, że „pacjent ma prawo oczekiwać, że uzupełnienie protetyczne zostanie wykonane w rozsądnym czasie, bez niepotrzebnego powtarzania jakichkolwiek czynności" oraz w sposób możliwie „niekłopotliwy, niebolesny i niekosztowny". W tym wypadku obwiniony sporządził protezę, która z powodu nadmiernej wysokości zwarcia nie tylko była obiektywnie wadliwa, lecz także nie nadawała się do korekty. Mimo to jeszcze na trzech wizytach podejmował próby jej naprawienia, co świadczy o tym, że nie zdawał sobie sprawy z wadliwości wykonanej pracy, co zdaniem okręgowego sądu lekarskiego przesądzało o popełnieniu przezeń przewinienia zawodowego.[19]

Warunkiem, by z rezultatu dało się wnioskować o niestaranności, jest **ocierająca się o pewność skuteczność użytej metody** lub **wysoki poziom jej bezpieczeństwa**: tylko sposób postępowania systematycznie dający wyniki powtarzalne spełnia ten warunek.

**Jeśli właściwy rezultat można określić i skontrolować przy użyciu kryteriów wymiernych i zobiektywizowanych, a użyta metoda daje pewność wyniku pozytywnego (lub uniknięcia powikłań określonego rodzaju), wolno twierdzić, że „zły" wynik ma źródło w działaniu niestarannym. Jest to wnioskowanie ze skutków o przyczynach, opierające się na domniemaniach faktycznych; wymaga wprawdzie ostrożności, ale jest rozumowaniem uprawnionym.**

***Przykład:*** **Przypadek ciężkiego oparzenia pacjentki laserem podczas zabiegu kosmetycznego. Taki skutek pozwala przyjąć z zupełną pewnością, że urządzenie było przez obsługującego lekarza wadliwie nastawione, ponieważ właściwe parametry, dobrane**

[17] Opinia biegłego w postępowaniu przed Okręgowym Sądem Lekarskim w Warszawie. Bliższy opis przypadku zob. M. Boratyńska, *Wolny*..., s. 266–267.
[18] OSL 48/02,
[19] OSL 23/04

**empirycznie na podstawie naświetlania próbnego, gwarantują, że podczas właściwego zabiegu nie dojdzie do „przedawkowania" pochłoniętej energii[20]. Czy lekarz ustawił parametry błędne z powodu braku kompetencji zawodowych, inercji i liczenia na łut szczęścia, przez prostą omyłkę w odczytaniu wskaźników na urządzeniu, czy z innych jeszcze powodów - to już mało istotne. Charakter oparzenia wiązał je jednoznacznie z użyciem lasera wysokoenergetycznego, a jedynym możliwym mechanizmem tłumaczącym takie powikłanie było zastosowanie zbyt dużej dawki ekspozycji promieniowania prowadzące do nieodwracalnej koagulacji skóry. Jak to ujął OSL: „fakt oparzenia jest sam przez się dowodem, że laser został użyty nieprawidłowo", tzn. jego nastawienia były nieadekwatne do kondycji skóry pacjentki. Wniosek ten znajdował ponadto niezależne potwierdzenie w innych faktach sprawy, ponieważ obwiniony obowiązkowi staranności „uchybił na wiele sposobów, ignorując informacje z wywiadu o skłonności skóry [pacjentki – przyp. aut.] do wytwarzania blizn, fakt opornego gojenia i powstania przebarwień po pierwszym zabiegu [oraz – przyp. aut.] nie przeprowadzając testów przed naświetlaniem skóry [...]".**

**Wzorzec staranności zawodowej składa się z minimum dwóch elementów: określonego standardu staranności i troskliwości oraz określonego standardu biegłości i umiejętności zawodowych**[21]. Pewne błędy kardynalne, takie jak w opisywanym przypadku, same w sobie przesądzają, że któregoś z wymienionych składników staranności zabrakło.

***Przykład 2*** Sposób wnioskowania o winie na podstawie widocznych następstw. Wspomina Teresa Korta:[22]

***„Przypomina mi się sprawa, o której mówiłam już na poprzednim szkoleniu, a która ciągle jeszcze bardzo mnie bulwersuje. Pewnemu młodemu człowiekowi po wypadku, po złamaniu kręgosłupa lędźwiowego i z porażeniem, założono opatrunek uciskowy na prącie, co doprowadziło do owrzodzenia, itd. Już abstrahuję od metody leczenia, która nie jest znana zdaje się w żadnym innym miejscu oprócz tego, w którym się to zdarzyło."***

**ALE:**

**Wnioskowanie o staranności na podstawie rezultatu może zawieść, jeżeli oceniany przypadek odbiega od przeciętnej**. Procedura mająca wysoką skuteczność (bezpieczeństwo) w zwykłej populacji pacjentów u pewnej szczególnej ich podgrupy może **rokować istotnie gorzej ze względu na czynniki dodatkowe**.

**Rezultat niekorzystny może być też wynikiem zdarzeń, za które lekarz nie ponosi odpowiedzialności, w tym siły wyższej lub działań własnych pacjenta**. Tylko przy braku takich czynników dodatkowych można poprawnie wnioskować o niestaranności z rezultatu. Z praktyczno-procesowego punktu widzenia owe czynniki dodatkowe (nietypowość przypadku klinicznego) musiałyby jednak wynikać z dowodów, a nie z czystych spekulacji.

***Przykład skrajny:*** **Pacjent był skądinąd dotknięty upośledzeniem umysłowym lekkim, a nietolerujący w ustach ciał obcych i mimowolnie (lub kompulsywnie) niszczący wszystkie uzupełnienia, jakie mu założono.[23] Zaawansowana próchnica groziła bezzębiem. Obwinione,**

[20] Przykład pochodzi ze sprawy przed Okręgowym Sądem Lekarskim w Warszawie (OSL 45/12);
[21] Zob. B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina*..., s. 124–125.
[22] T. Korta: *Przyczyny przewlekłości postępowania wyjaśniającego rzecznika odpowiedzialności zawodowej*, Biuletyn Informacyjny Sądu Lekarskiego i Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej nr 1, Poznań - Warszawa 1999, s. 107.
[23] (sprawa OSL 35/05 rozpoznana przed Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie.

**dwie lekarki zatrudnione w tym samym gabinecie, określały go jako „bardzo trudnego": nie dawał sobie założyć serwetki podbródkowej, ślinociągu, żadnego wałeczka; podczas zabiegów wykonywał nieskoordynowane ruchy i odrywał od siebie ręce lekarza. Według jednej z obwinionych było to spowodowane lękiem przed zakrztuszeniem. Pokrzywdzony źle tolerował jakiekolwiek obiekty w jamie ustnej, zdarzyło mu się wykręcić świeżo założony anker. Nie chciał nosić nowej protezy szkieletowej, powyginał ją do tego stopnia, że nie nadawała się do noszenia. Wykonanej dla niego protezy osiadającej nie nosił i w ogóle nie wiadomo, co z nią zrobił, natomiast koronę porcelanową na jednym z przednich zębów zdejmował wielokrotnie i ostatecznie ją zniszczył. Pokrzywdzony zeznawał podobnie. Matka pacjenta prosiła, żeby „coś z tym zrobić" bo syn nie nosi protez. Plan leczenia przewidywał wykonanie mostu (uzupełnienie stałe). Obie obwinione uznały, iż jest to ostatni moment, żeby wykonać uzupełnienia o rozsądnej trwałości i nie dopuścić do bezzębia. Pacjent wydawał się spokojniejszy niż wcześniej. (Plan przewidywał również uzupełnienia w żuchwie, które jednak nie zostały wykonane, ponieważ sprzeciwiła się temu matka pacjenta, gdy górny most wypadł.) W dwa dni po założeniu mostu pacjent przyszedł do gabinetu prosząc, żeby mu most zdjąć, bo chciał mieć możliwość zdejmowania go i zakładania, kiedy zechce. Obwinione odmówiły, co z przyczyn technicznych było oczywiste. Po kilku miesiącach pacjent przyniósł do gabinetu w chusteczce część mostu; prawa jego część pozostawała nienaruszona w jamie ustnej. Przy udziale technika medycznego most został osadzony ponownie, ale składał się już z dwóch części. Po pewnym czasie matka pacjentka zgłosiła, że most znowu wypadł i zażądała zwrotu pieniędzy. Jedna z obwinionych wyraziła przekonanie, że pacjent manipulował przy moście, co doprowadziło do jego przerwania oraz odcementowania i wypadnięcia jednej połówki. Technik medyczny zeznał, że gdy oglądał most, był on poważnie uszkodzony mechanicznie: porcelana popękana, a na części metalowej intensywne rysy. Świadek nie miał pewności, ale uszkodzenie wyglądało, jakby pochodziło od kombinerek...**

Biegły ocenił plan leczenia jako „konstrukcję wysokiego ryzyka w sensie niepowodzenia leczenia." Wysunął tylko przypuszczenie, że gdyby na dole została również wykonana proteza, most być może funkcjonowałby do dziś.

W opinii Sądu ***„praca była obciążona nadmiernym ryzykiem niepowodzenia. Niemniej kryteria wyznaczane przez art. 4 uzl. (należyta staranność oraz zgodność z aktualnym stanem wiedzy) nie wyznaczają jakiegoś sztywnego standardu postępowania, ważnego dla wszystkich możliwych sytuacji. Dopuszczają one uwzględnienie szczególnej sytuacji zdrowotnej pacjenta oraz ważenie potencjalnych korzyści i szkód, które mógłby on odnieść z leczenia. W sytuacji normalnej plan pracy, przyjęty przez obwinione, stanowiłby ryzyko nie do zaakceptowania. Pokrzywdzony nie jest jednak pacjentem w sytuacji normalnej, gdyż w stosunkowo młodym wieku jest zagrożony bezzębiem, a uzupełnień ruchomych subiektywnie nie toleruje. Należy więc uznać, że uzupełnienia stałe, nawet z uwzględnieniem wspomnianego ryzyka niepowodzenia, były w jego wypadku rozwiązaniem najlepszym (czy może „najmniej złym")".*** **Obie obwinione uniewinniono.**

## Staranność należyta a podwyższona.

Często spotykane określanie staranności lekarskiej jako „szczególnej", „kwalifikowanej", „podwyższonej" czy też „najwyższej" sugeruje, że żąda się od lekarzy przejawiania staranności o stopniu wyższym niż przy działaniach zwykłych. Jest to sugestia błędna.

Obowiązkiem **staranności szczególnej ustawodawca wyróżnił niektóre inne grupy zawodowe – np. adwokatów i notariuszy**. W zakresie medycyny ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej przed zmianą z 2011 r. przewidywała w art. 18, iż „pielęgniarka, położna

wykonuje zawód ze szczególną starannością", w art. 11 ust. 1 nowej ustawy jest to już po prostu staranność należyta. Samo istnienie w języku prawnym **rozróżnienia staranności należytej i szczególnej** każe przynajmniej wstępnie zakładać, że ma ono charakter zamierzony i nie są to pojęcia tożsame, a standardy ogólne („ogólnie wymagane") nie mogą być zrównywane w drodze wykładni ze szczególnymi, czyli podwyższonymi.

Zagadnienie należytej staranności medycznej ma charakter złożony i odnosi się do wielu płaszczyzn działania[24]. Profesjonaliści medyczni mają obecnie ustawowy obowiązek dochowania staranności **należytej**, zawarty *expressis verbis* w przepisach ustaw zawodowych lub wynikający z ogólnych zasad prawa cywilnego. Najwyższa, ani nawet wzmożona czy szczególną staranność **nie znajdzie *de lege lata* podstawy prawnej**. Bezużyteczne jest podpieranie się w tym zakresie kryterium zasad współżycia społecznego, które prowadziłoby do pomieszania pojęć: zasad współżycia, mających wymiar etyczny, i standardów fachowych, które są etycznie obojętne.

Staranność w działaniu może stanowić przedmiot etycznego obowiązku lub pochwały za wzmożoną sumienność, ale same reguły staranności - a właściwie należytości - mają charakter prakseologiczny i są pod względem treści „amoralne". Etyka nie wyznacza ani praw przyrody, ani techniki zabiegowej, ani czynności typu percepcyjnego, gdzie liczą się spostrzegawczość i biegłość fachowa. Mowa o tym dlatego, że w sądownictwie i w poglądach części doktryny prawa daje się stwierdzić w tej mierze swoistą eskalację wymagań. Istnieje obawa, że wynika to z niezrozumienia istoty problemu oraz z chybionej analizy podstaw normatywnych.

**W doktrynie i przeglądach orzecznictwa uporczywie przywoływany jest wyrok SN z 29.10.2003 r., III CK 34/02, OSP 2005/4, poz. 54, którego teza 2 brzmi: *„Zachowanie funkcjonariusza publicznego jest bezprawne, jeżeli pozostaje w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który należy rozumieć nie tylko obowiązujące ustawodawstwo, ale także obowiązujące w społeczeństwie zasady współżycia społecznego. Wśród tych zasad mieści się przeprowadzanie zabiegów operacyjnych zgodnie ze sztuką lekarską i najwyższą starannością, wymaganą od profesjonalisty".***

Mamy tu zatem do czynienia z wykładnią *contra legem*, w oderwaniu od kontekstu ustawy lekarskiej i bez oparcia na realiach medycznych. Wspomniane zaś ***zasady współżycia społecznego*** stanowią klauzulę generalną prawa cywilnego (co nie znaczy, że również medycznego), którą w tym przypadku sąd próbował uzupełniać kryteria odpowiedzialności odszkodowawczej wobec pacjentki.

Można zgodzić się tylko co do tego, że aspekty moralne (zasady współżycia społecznego) mogą do pewnego stopnia wyznaczać niektóre zasady ostrożności życiowej, ale na pewno nie zobiektywizowane kryteria bezpieczeństwa i skuteczności na poziomie techniki zabiegowej.

Niestety, podobny sposób rozumowania – **formułujący wobec lekarzy wymogi podwyższonej staranności** – powtarza się w innych orzeczeniach[25] i bywa przytaczany przez

[24] Może to być model zróżnicowany nawet w ramach pewnej grupy lekarzy, np. okulistów. Nie ma bowiem jednego modelu przeciętnej staranności wymaganej od wszystkich okulistów; w grę wchodzą różne kryteria: poziom specjalizacji, zakres kompetencji, zakres wykonywanych czynności. Nie każdy okulista dysponuje w gabinecie kosztownymi aparatami, np. synoptoforem do badań w kierunku zeza – zob. M. Boratyńska, *Wolny*..., s. 256. W braku możliwości podjęcia właściwego działania na miejscu treść obowiązku musi oczywiście ulec zmianie.

[25] Wyrok SA w Krakowie z 9.03.2001 r., I ACa 124/01, PS 2002/10, s. 130; wyrok SN z 23.10.2003 r., V CK 311/02, LEX nr 82272; wyrok SN z 22.06.2005 r., III CK 392/04 niepubl.; wyrok SN z 10.02.2010 r., V CSK 287/09, LEX nr 786561, wraz z glosą M. Nesterowicza, PiM 2013/3–4, s. 209,

naukę prawa w sposób bezrefleksyjny.[26] Dopiero w ostatnich latach daje się zaobserwować odwrót od tego stanowiska i traktowanie staranności w medycynie jako zwykłej staranności profesjonalnej, wysokiej lecz nie „podwyższonej”[27] .

Równie trudne do przyjęcia jest żądanie od lekarza „staranności najwyższej”. W części wypadków zmuszałoby ono do przyjęcia „modelu idealistycznego”, a w części wręcz do absurdu. Pewne działania można bowiem wykonać większym lub mniejszym nakładem starań, ale zawsze dadzą się one wykonać „jeszcze staranniej”, np. poprzez proste powtórzenie czynności lub jej skontrolowanie przez inną osobę. Przykładem mogą być procedury sprawdzające zgodność narzędzi i materiałów użytych do operacji chirurgicznej: ile razy by nie przeliczyć tych przedmiotów i ile razy nie skontrolować pola operacyjnego, teoretycznie zawsze przecież można to zrobić o jeden raz więcej. Z pewnością żaden z proponentów staranności „najwyższej” nie ma na myśli takiego powtarzania w nieskończoność, zarazem jednak sama koncepcja takiej staranności nie daje żadnej odpowiedzi, gdzie przebiega najniższy poziom działania, który mielibyśmy uznać za dostatecznie staranny.

Za oczekiwaniem takiej staranności kryje się zapewne przeświadczenie, że pacjentowi należy zapewnić warunki jak najlepsze, bo przecież chodzi o ochronę jego fundamentalnych dóbr – życia i zdrowia. Innym motywem może być obawa, że staranność „ogólnie wymagana”, choć stanowi kryterium powinnościowe, musi w pewien sposób uwzględniać realną, przeciętną staranność osób wykonujących zawody medyczne; przeciętność zaś z kolei może kojarzyć się z przeciętniactwem i bylejakością. Intencją jest podwyższenie standardu ochrony, ale omawiana koncepcja nie pozwala sprecyzować, gdzie właściwie ów standard leży. Wymaganie staranności najwyższej nie wydaje się więc użyteczne praktycznie i należy traktować je tylko jako rodzaj sądowej retoryki.

**Owszem, są takie pomyłki, które faktycznie przesądzają o niestaranności: gdy fachowcowi „nie wolno” się pomylić (np. wyrwać nie ten ząb, zoperować drugie kolano, resekować zdrową nerkę zamiast chorej).** Sposobem na ich uniknięcie nie jest jednak zaostrzanie standardu i utożsamianie staranności należytej z najwyższą, lecz doskonalenie zasad ostrożności technicznej oraz tworzenie schematów postępowania zabezpieczających przed pomyłką, w razie potrzeby wielu stosowanych równolegle.

Np. minimum dwukrotne liczenie narzędzi i materiałów medycznych użytych przy operacji. Warto przy okazji zauważyć, że w celu zapobieżenia pozostawieniu ciał obcych w polu operacyjnym tworzone są coraz to nowe sposoby kontrolowania, kiedyś było to tylko liczenie przedmiotów, z czasem pojawiło się dodatkowo układanie ich na specjalnej tablicy lub płachcie, następnie wprowadzenie znaczników rentgenowskich na chustach i gazikach, a stopniowo upowszechnia się prześwietlenie pacjenta jeszcze na sali operacyjnej.[28] Z kolei przy transplantacjach do standardu weszło dwukrotne sprawdzanie oznaczenia pojemnika z nerką do przeszczepu: raz przez podającą pielęgniarkę i drugi raz przez kierownika zespołu na sali operacyjnej.[29]

[26] Przez E. Bagińska, *Glosa do wyroku SN z 29.10.2003 r., III CK 34/02*, OSP 2005/4, poz. 54; R. Patryn, *Określenie zasady postępowania lekarza z należytą starannością z płaszczyzny orzecznictwa sądowego*, PiM 2012/2, s. 87.
[27] Zob. M. Kopeć, *Ustawa o zawodach...*, s. 46-47 (teza 13, 14).
[28] (M. Boratyńska, *Odpowiedzialność kontraktowa...* i orzecznictwo omówione na s. 19–22*)*.
[29]Wyrok SO we Wrocławiu z 13 lutego 2015, I C 478/12, M. Boratyńska, *Odpowiedzialność cywilna w zespole medycznym z udziałem pielęgniarek* [w:] *Zagadnienia prawa medycznego*, red. A. Górski, E. Sarnacka, Warszawa 2018, s. 27–30.

Zaniechanie ich wdrożenia stanowi o uchybieniu organizacyjnym, a indywidualne nieprzestrzeganie świadczy o personalnej niestaranności (nieostrożności).

W jednej z rozstrzyganych spraw Sąd Okręgowy w Gdańsku[30] najpierw słusznie podkreślił, że nie chodzi o staranność wyższą od przeciętnej, jak to formułuje się w niektórych wypowiedziach, lecz o **wysoki poziom przeciętnej staranności** każdego lekarza jako staranności zawodowej i według tej wartości przeciętnej ocenianie konkretnego zachowania. W następnym zdaniu jednak zaprzeczył tym konstatacjom twierdząc, że winą lekarza jest jakoby niedołożenie *najwyższej* staranności możliwej przy obecnie stosowanych metodach leczenia danego schorzenia i zabiegach standardowo wykonywanych. Pytanie, które kryterium należy uznać za decydujące, wbrew pozorom nie ma zatem charakteru retorycznego, mimo że odpowiedź jest oczywista. To należyta, (a nie podwyższona, szczególna ani najwyższa) staranność jest starannością wymaganą od lekarzy,[31] a jej poziom jako średni wyznacza granicę, poniżej której lekarzowi nie wolno zejść bez ryzyka odpowiedzialności.[32] Jednocześnie ów **poziom należytości jest wysoki w tym sensie, że spośród będących do dyspozycji środków preferuje się metody zapewniające największe bezpieczeństwo i skuteczność, a w miarę postępu wiedzy i doskonalenia praktyki lepsze sposoby działania wypierają te mniej bezpieczne i skuteczne.** Dotyczy to zarówno wciąż doskonalonych technik operacyjnych,[33] jak i ostrożności zwanej elementarną. Za przykład mogą posłużyć metody sprawdzania, czy w polu operacyjnym nie pozostały tzw. ciała obce: chusty, gaziki, zaciski czy nawet całe narzędzia oraz kontrolne prześwietlenia pozabiegowe.

Reguły postępowania lekarskiego wyprowadzane ze stanu wiedzy stanowią tylko szczególny przypadek zasad staranności. Inne z tych zasad nie są pochodną wiedzy medycznej czy jakiejkolwiek wiedzy naukowej, lecz wiedzy potocznej i tzw. zdrowego rozsądku. Należyta staranność wymaga starań zarówno „na podłożu naukowym" (np. by adekwatnie zakwalifikować pacjenta do zabiegu chirurgicznego, a sam zabieg wykonać technicznie poprawnie), jak i zwykłych (np. by sprawdzić tożsamość pacjenta i stronę ciała, która ma być poddana zabiegowi).

**Niedołożenie należytej staranności lekarskiej może polegać na:**
- popełnieniu błędu: medycznego na poziomie diagnostyki lub terapii,
- użyciu niewłaściwego sprzętu (nieodpowiedniego czy wręcz niesprawnego),
- zastosowaniu przestarzałej metody operacyjnej, gdy nowsza jest lepsza dla tego pacjenta,

- ale także na:
- zaniechaniu w zakresie udzielonej pacjentowi informacji,
- niedokładnym zebraniu wywiadu
- i wielu innych uchybieniach, których typologią niepotrzebnie ekscytuje się doktryna prawa.

**3**. Ponadto wymaga się od lekarza znajomości przepisów prawa (jak od każdego obywatela), ALE ze szczególnym uwzględnieniem przepisów zawodowych, w szczególności:
- powinności z art. 30 - 39 i nast. UZL,

[30] Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 26 marca 2019 r., sygn. akt I C 202/14, nieprawomocny.
[31] Na podstawie: M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Staranność należyta a podwyższona*, [w] *System Prawa Medycznego* (wyd. Wolters Kluwer), t. II cz. 1 s. 292 i n. oraz tam przywołane piśmiennictwo.
[32] Chyba że chodzi o okoliczności nadzwyczajne - np. warunki polowe - gdy dochowanie go jest poza zasięgiem możliwości.
[33] Jednym z jej przejawów jest upowszechnienie zabiegów wykonywanych technika laparoskopową.

- więc także m.in. należytej staranności we właściwym informowaniu pacjenta
- oraz należytej staranności w uzyskiwaniu prawidłowo udzielonej zgody od pacjenta bądź od osoby reprezentującej jego prawa (z wylegitymowaniem opiekuna gdy zachodza wątpliwości),
- należytej staranności w dochowaniu tajemnicy medycznej,
- należytej staranności w poszanowaniu innych praw pacjenta, na czele z godnością i intymnością.

**Klasyfikacja błędów jest o tyle mało istotna, że punktem wyjścia jest ustalenie, czy została złamana jakaś zasada wykonywania zawodu – czy to z gatunku technicznych, czy decyzyjnych, czy innych – jednak samo naruszenie nie wystarczy, żeby przypisać odpowiedzialność, ponieważ uchybienie musi być zawinione.**

"*Istnieje prawna definicja **zaniedbania**. Ma ono miejsce, gdy lekarz udzielający pomocy medycznej **naruszy przy tym zasady należytej staranności** – chciałem jednak wiedzieć, jak wygląda definicja praktyczna. Lang odpowiedział, że **jeśli znajdzie błąd, w wyniku którego wystąpiła szkoda, i jeśli ustali, że lekarz mógł uniknąć popełnienia tego błędu**, to wtedy, jego zdaniem, lekarz dopuścił się zaniedbania."*

*(Fragmenty książki Atula Gawande "Lepiej", Znak 2011,rozdział "Co lekarze są winni")*

Proponowane tutaj praktyczne i operacyjne rozumienie zawinienia w formie niedbalstwa wymaga sprawdzenia, czy konkretny lekarz mógł uniknąć popełnionego błędu, a więc przede wszystkim, czy miał możność postąpienia inaczej i - dodajmy - czy można było od niego wymagać, by w danych okolicznościach przestrzegał reguły, którą złamał.

Taki sposób myślenia daje się odnaleźć także w wyrokowaniu sądów polskich. (Może jakiś sędzia przeczytał "*Lepiej*"...).

### Rekomendacje profesjonalne i standardy *ex lege*

Kryteria należytej staranności i stanu wiedzy odsyłają do zewnętrznego systemu norm technicznych i prakseologicznych, dzięki którym dopiero uzyskują wymierną treść. Owe normy są jednak trudne do interpretacji. Bywają formułowane *explicite* w postaci dyrektywnej, zwłaszcza w dokumentach o charakterze rekomendacji (ang. *clinical practice guidelines*), często jednak trzeba rekonstruować je na podstawie literatury naukowej, tworzonej głównie językiem opisowym. Nie każda jednak norma zawarta w rekomendacjach wyznacza minimalny wymagany poziom staranności. W literaturze metodologicznej podkreśla się, że **rekomendacje nie powinny być traktowane jako sztywne standardy**; mają stanowić raczej rodzaj „rady udzielanej przez bardziej doświadczoną osobę osobie mniej doświadczonej". Nie mają *in concreto* „zastępować myślenia klinicznego", być stosowane mechanicznie ani bezkrytycznie. **Nazywanie wytycznych standardami jest wręcz odradzane**, bo „pojęcie to na ogół implikuje prawnie egzekwowalną konieczność przestrzegania zaleconego postępowania praktycznie w każdym przypadku określonej sytuacji medycznej".

Poszczególne reguły tam wymienione **mają zróżnicowaną moc**; zwykle oznacza się je jako wskazania silne lub słabe („warunkowe") za stosowaniem pewnej praktyki albo przeciw jej stosowaniu. Poza tym są opatrywane **wskaźnikiem wiarygodności** sygnalizującym jakość dowodów naukowych, na których konkretną regułę oparto (może to być jakość wysoka, średnia, niska lub bardzo niska). Reguły mogą być oznaczone dowolną kombinacją mocy i wiarygodności, można zatem napotkać zalecenia „silne", mimo że oparte na słabych dowodach, i na odwrót.

Relacje między zaleceniami a starannością są bardziej subtelne. **Staranność oceniana na tle konkretnej decyzji klinicznej polega nie na prostej zgodności z rekomendacją (literaturą naukową), lecz na dążeniu do realizacji najlepszego interesu pacjenta**. Nawet w przypadku zaleceń bardzo silnych („standardów" w sensie zbliżonym do prawniczego) stanowią one „normy, które powinny być przestrzegane w zasadzie zawsze i bezwzględnie; stosowane w 95–100% przypadków", i tak zatem dopuszczają wcale liczne wyjątki. Należy zakładać, że w przypadkach nietypowych należy, czy to ze względu na dobro pacjenta, czy szacunek dla autonomii, zalecany sposób leczenia zastąpić innym, abstrakcyjnie gorszym, a nawet w ogóle leczenia zaniechać.

**Nietypowość przypadku może wynikać ze szczególnej sytuacji zdrowotnej (przede wszystkim z chorób współwystępujących), pozazdrowotnej (nietypowych potrzeb prywatnych lub zawodowych), a także z czystej, irracjonalnej niechęci pacjenta do proponowanej mu optymalnej metody leczenia (np. lęku przed „nożem" lub przed znieczuleniem ogólnym).**

I przeciwnie, staranność będzie niekiedy wymagała podjęcia działania objętego **zaleceniem słabym**. Można zaryzykować tezę, że od przestrzegania każdej szczegółowej zasady ostrożności wolno odstąpić, jeżeli jest to dostatecznie racjonalnie uzasadnione szczególną sytuacją i prawnomedyczną aksjologią. **W razie sporu jednak lekarz będzie zmuszony wyjaśnić powody, dla których działał wbrew zaleceniom.**

W założeniu rekomendacje mają sprzyjać dobrej praktyce w medycynie przez wskazanie na podstawie wiarygodnych dowodów możliwie najskuteczniejszych i najbezpieczniejszych sposobów rozwiązywania poszczególnych typów problemów klinicznych. Istnienie rekomendacji ułatwia pracę lekarzom, a przede wszystkim działa (w wymiarze statystycznym) na rzecz pacjentów. Formalne obowiązywanie ani faktyczne przestrzeganie rekomendacji (także tych „silnych") nie stwarza, ściśle biorąc, gwarancji (pojmowanej jako zapewnienie) ani skuteczności ani bezpieczeństwa. Efekt stosowania rekomendacji polega jedynie na tym, że pacjenci, względem których są one stosowane, uzyskują „lepsze szanse" od innych.

Za dodatkową ich funkcję uważa się zapewnienie lekarzowi poczucia bezpieczeństwa prawnego. Jeśli przy wykonywaniu zawodu przestrzega on zalecanych reguł, „co do zasady może mieć pewność, iż w sytuacjach typowych jego postępowanie z prawnego punktu widzenia zostanie ocenione jako prawidłowe"[34]. Ale z drugiej strony, jeśli *in concreto* lekarz nie zorientuje się, że ma do czynienia z przypadkiem nietypowym, zastosowanie się do rekomendowanego postępowania będzie niestaranne i narazi go na odpowiedzialność.

**Dyrektywy zawarte w rekomendacjach są „miękkie"; zakładają, że można od nich *in concreto* odstąpić, jeśli jest ku temu powód, czy też uznać pewne zalecenie za niewiążące *in genere*, jeśli po ogłoszeniu rekomendacji pojawiły się dowody podważające jego sens albo gdy weszła do użytku metoda jednoznacznie lepsza od zalecanej.**

**Są jednak pewne szczególne rodzaje działań medycznych, których prawna**

[34] E. Zielińska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty..., s.* 77-78 (teza 6)

**standaryzacja nie powinna budzić poważniejszych zastrzeżeń**. Należy do nich **stwierdzanie śmierci mózgu oraz nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów**. *De lege lata* powinno to następować w sposób i przy użyciu kryteriów, które są ogłaszane przez Ministra Zdrowia (art. 43a ust. 3 u.z.l.), uprzednio ustalone zgodnie z aktualną wiedzą medyczną przez specjalistów w odpowiednich dziedzinach medycyny i w podobnym trybie systematycznie aktualizowane (art. 43a ust. 2 i 4 u.z.l.).

**Rozwiązanie to jest właściwe w przypadkach, gdy istnieje szczególny interes publiczny, by regulacja odwoływała się do kryteriów medyczno-biologicznych, lecz zarazem była jednolita i formalnie obowiązująca.**

Zmieniony art. 22 ust. 5 u.d.l. pozostawił Ministrowi Zdrowia możliwość określenia rozporządzeniem **standardów organizacyjnych** opieki zdrowotnej dla wybranych dziedzin medycyny lub określonych podmiotów leczniczych, dla zapewnienia odpowiedniej jakości świadczeń zdrowotnych. Tym samym minister pozostaje umocowany do określania właściwych struktur organizacyjnych i procedur, lecz już nie *stricte* medycznej strony działania lekarskiego, co należy uznać za rozwiązanie racjonalnie uzasadnione. Przepisy wydane na tej podstawie będą wpływać na zakres pojęcia należytej staranności „okołomedycznej".

Na podstawie „nowego" art. 22 ust. 5 u.d.l. zostały dotychczas ustanowione standardy organizacyjne w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii, patomorfologii i porodowe.

**Nie wyznacza wiążącego standardu postępowania dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego, a wskazania do użycia takiego produktu wymienione w Charakterystyce Produktu Leczniczego** (stanowiącej swoisty załącznik do pozwolenia dopuszczającego) nie mogą być traktowane jako wskazania aktualnego stanu wiedzy. W najlepszym razie ChPL odzwierciedla stan wiedzy z chwili złożenia wniosku o rejestrację, i to tylko w tej mierze, w jakiej podmiot odpowiedzialny zamierzał objąć produkt rejestracją. Decyzja w sprawie zakresu rejestracji ma dla przemysłu farmaceutycznego wymiar merkantylny, a nie humanitarny; lek zgłasza się do rejestracji nie dla wszystkich możliwych zastosowań, ale tylko dla tych, które rokują istotny zysk. Wobec tego pozarejestracyjne (ang. *off label*) użycie leku samo w sobie nie przesądza o niestaranności[35], a użycie zgodne z rejestracją (ang. *on label*) może być z punktu widzenia aktualnej wiedzy nieprawidłowe - gdy dane naukowe uzyskane po rejestracji dowiodą istotnie niższego poziomu skuteczności lub bezpieczeństwa leku, niż pierwotnie zakładano, jak i wtedy, gdy w obrocie pojawi się lek nowy, jednoznacznie lepszy w danym zastosowaniu.

### Podsumowanie

Po zestawieniu kryteriów stanu wiedzy, należytej staranności i dostępności można zwięźle nakreślić **ogólny wzorzec działania lekarza**. Powinien on zidentyfikować problem zdrowotny pacjenta i jego źródło oraz sporządzić listę metod, które *in abstracto* pasują do rozpoznania.

[35] O poprawności użycia leku pod względem wskazania, dawki, schematu czasowego i drogi podawania ostatecznie decyduje stan wiedzy z momentu, gdy lek był ordynowany. Jak najbardziej do obrony jest pogląd, że zastosowanie pozarejestracyjne może być wręcz obowiązkiem lekarza; zob. O. Luty, *Zaniechanie zlecenia produktu leczniczego poza zarejestrowanymi wskazaniami a odpowiedzialność cywilnoprawna lekarza*, PiM 2014/1–2, *passim*.

Sąd Najwyższy stwierdził trafnie, że lekarz nie jest związany sposobem dawkowania leku określonym w Charakterystyce Produktu Leczniczego, bo określenie dawkowania musi uwzględniać „indywidualne potrzeby warunkowane stanem zdrowia konkretnego pacjenta oraz innymi profesjonalnie ocenianymi okolicznościami" (wyrok SN z 24.11.2011 r., I CSK 92/11, LEX nr 1102836).

Równolegle ma ustalić, głównie na podstawie wywiadu, co *in concreto* leży w najlepszym interesie pacjenta i oszacować, który sposób postępowania wydaje się najlepiej temu interesowi służyć. Często będzie to sposób aktualnie rekomendowany jako optymalny lub jako „złoty standard", warto jednak przypomnieć, że metoda optymalna abstrakcyjnie (dla populacji pacjentów z analogicznym rozpoznaniem) może być nieoptymalna lub wręcz przeciwwskazana dla konkretnego pacjenta (zwłaszcza z uwagi na choroby współwystępujące lub szczególne potrzeby zdrowotne). Z tych samych powodów najlepszą decyzją może być niekiedy zaniechanie interwencji medycznych w ogóle. Dla wielu typów przypadków klinicznych jeden optymalny sposób w ogóle nie istnieje, a żadna z metod znanych medycynie nie ma wyraźnej przewagi nad innymi. Abstrakcyjny stan wiedzy pozwala więc najwyżej określić katalog metod potencjalnie użytecznych, nie determinuje jednak wyboru metody. Wybór ten jest kwestią ocen moralnych (dobro pacjenta jako przesłanka rozumowania), a ostatecznie podlega kontroli samego pacjenta (zgoda uświadomiona).

Jeśli proponowany sposób postępowania został zaakceptowany przez pacjenta, a jego realizacja leży w zasięgu możliwości lekarza, reszta jest kwestią starannego wykonawstwa. Gdy jednak lekarz w danym momencie nie potrafi lub nie może działać owym sposobem, powinien pacjenta o tym poinformować i wskazać innego lekarza, który jest zdolny podjąć się tego. W większości sytuacji nie musi to być wskazanie imienne i sprowadzi się do wydania skierowania do właściwego specjalisty lub do szpitala. Lekarzowi wolno także, o ile pacjent zgodzi się na takie rozwiązanie, użyć sposobu sobie dostępnego, „abstrakcyjnie gorszego", który jednak mieści się w granicach medycznej poprawności i daję szansę uzyskania korzyści zdrowotnej.

Gdy żaden poprawny sposób działania nie jest lekarzowi dostępny, co do zasady ma on poniechać czynności, której wykonać nie umie albo do której wykonania nie ma odpowiednich warunków przedmiotowych. Kryterium dostępności zezwala na działania „podstandardowe" tylko wyjątkowo i na zasadzie subsydiarności. Zabiegi planowe, pilne, a nawet liczne zabiegi o charakterze nagłym mogą i powinny być odsunięte w czasie albo też pacjent powinien zostać przekazany tam, gdzie świadczenie zdrowotne może być wykonane prawidłowo na zasadach ogólnych.

Jedynie w sytuacjach nadzwyczajnych, wymagających reakcji niezwłocznej zwykła norma „działać poprawnie albo nie działać wcale" ustępuje innej: „jeśli działanie niepoprawne rokuje lepszy efekt niż zaniechanie, wolno podjąć działanie niepoprawne". Siłą rzeczy czynności lekarza w tych okolicznościach nie mogą wprost opierać się na aktualnym stanie wiedzy i realizować jego wskazań, ale **muszą w nim przynajmniej znajdować racjonalne uzasadnienie**, a zarazem uwzględniać podstawowe kryterium dobra pacjenta. Wolno zatem użyć metody przestarzałej czy innej „poniżej minimum" ale wyłącznie pod warunkiem, że w ogóle ma ona pewną realną, potwierdzoną skuteczność. - Powodem, dla którego dawne metody wychodzą w medycynie z użytku, nie musi być stwierdzenie ich zupełnej nieskuteczności; w zupełności wystarcza, że pojawi się jednoznacznie lepsza metoda alternatywna. **Kryterium racjonalnej decyzji podejmowanej ze względu na dobro pacjenta, uwzględniającej dostępne środki i metody oraz stan wiedzy, wyznacza najniższy prawnie akceptowalny poziom starannego działania.** W okolicznościach zwykłych wymagania oczywiście są wyższe od tego poziomu elementarnego, natomiast poniżej niego zejść nie wolno w żadnych okolicznościach. Kryterium dostępności nie upoważnia lekarza do podejmowania działań irracjonalnych, opartych na myśleniu życzeniowym lub „dla świętego spokoju" pozorujących troskę o pacjenta.

Niedostępność metod lub środków nie może wynikać z faktu, że lekarz wcześniej nie wystarał się o nie, mimo iż dysponował możliwościami. Przywykliśmy do permanentnego niedoinwestowania publicznej służby zdrowia, ale bywa, że jeszcze bardziej „oszczędnościowo" wyposażone są gabinety lub szpitale prywatne. Tymczasem zasadne jest twierdzić, że jeżeli jakaś placówka oferuje określony zakres świadczeń medycznych, to można od niej wymagać odpowiedniego wyposażenia. Publiczne zoz-y mogą z lepszym lub gorszym skutkiem spychać odpowiedzialność na organy wyższego szczebla. Natomiast w ramach indywidualnej praktyki lekarskiej, w spółce cywilnej lub jawnej (względnie partnerskiej) lekarz „sam sobie sterem, żeglarzem i okrętem" - więc niech nie oferuje świadczeń, do których nie ma należytego zaplecza. Dostępność metod i środków należy więc oceniać w dłuższej perspektywnie czasowej, a nie tylko ze skutkiem na daną chwilę. Jeżeli lekarz nie dysponował w momencie udzielania świadczenia zdrowotnego odpowiednim wyposażeniem lub własnymi umiejętnościami, bo wcześniej nie postarał się o ich uzyskanie, to uchybia standardowi wynikającemu z art. 4 uzawlek.

**Dostępność** metod lub środków **może zostać ograniczona przez zakres zgody udzielonej przez pacjenta**. Gdy pacjent na dany sposób leczenia zgody nie wyraża - jest to sposób w konkretnej sytuacji lekarzowi niedostępny. Wobec tego nieprzeprowadzenie leczenia metodą z obiektywnego punktu widzenia optymalną, ale oprotestowaną przez pacjenta, nie narusza przesłanki z art. 4 uzl. Rzecz jasna zastosowanie w tych okolicznościach metody alternatywnej (o ile taka istnieje) zależy również m.in. od jej dostępności dla konkretnego lekarza.

Zdarza się niejednokrotnie, że pacjent, wiedziony atawistycznym lękiem (co mu wolno i co należy uszanować), odmawia zgody na znieczulenie ogólne, upierając się przy innym - miejscowym lub regionalnym. Znaczy to, że w tym przypadku lekarz **nie ma** do dyspozycji znieczulenia ogólnego. Znieczulenie regionalne może być z kolei poza zasięgiem placówki, ponieważ anestetyki są kosztowne, a anestezjologowi albo zabraknie umiejętności, albo przeszkadza budowa ciała pacjenta - w każdym razie lekarz stwierdza, że nie da rady. Może też być silnie przeciwwskazane ze względu na kondycję konkretnego pacjenta. Pozostaje zatem znieczulenie miejscowe - tylko, czy w konkretnym przypadku wystarczy? W takich okolicznościach ryzykuje i lekarz, i pacjent. Podanie znieczulenia miejscowego może nie odpowiadać standardom leczenia i nalegania pacjenta nic tutaj nie zmieniają. Jeżeli natomiast mieści się w standardzie, ale zaaplikowane prawidłowo wywoła niekorzystne skutki uboczne - pacjent ucierpi przede wszystkim faktycznie, a ewentualne roszczenia może opierać tylko na niedostatecznym poinformowaniu o skutkach. Z kolei ewentualne uchybienie technice pozostaje takim niezależnie od odmowy przez pacjenta zgody na wariant alternatywny.

## Szczegółowe zagadnienia należytej staranności

### *"Określony standard biegłości i umiejętności zawodowych"* - biegłość manualna

"***Z chirurgią jest podobnie jak z innymi zawodami, umiejętności i wprawy nabiera się poprzez doświadczenie, niepewne próby i pokonywanie upokarzającej nieudolności. Chirurg, nie inaczej niż tenisista, oboista czy ktoś, kto naprawia twarde dyski, musi ćwiczyć, żeby stać się dobrym w swoim fachu. Z jedną tylko różnicą: my ćwiczymy na ludziach***".

(A. Gawande, *Komplikacje. Zapiski chirurga o niedoskonałej nauce*)

Od lekarzy reprezentujących specjalności zabiegowe wolno wymagać odpowiedniego poziomu sprawności technicznej, a deklaracje jej braku wzbudzają zaskoczenie i dezaprobatę. Znajomości praktyki nie da się jednak wyczytać z podręcznika ani nie zapewni jej samo

obserwowanie cudzych dokonań. Żeby się nauczyć, trzeba wypraktykować osobiście. Teoria jest taka, że lekarz powinien wszystko umieć zanim przystąpi do pacjenta, a przecież nie każdą technikę zabiegową da się wytrenować na zwłokach w prosektorium (przykładowo - wkłucia centralnego, o którym będzie mowa dalej - na pewno nie ze względu na pośmiertne zapadanie się naczyń krwionośnych). W razie uchybienia technicznego rozliczany jest z zachowania wszelkich wymaganych prawideł i w ramach należytej staranności oczekuje się odeń także odpowiedniej wprawy, bez której nie powinien podejmować się wykonania zabiegu. Wychodzi na to, że powinien posiąść ją wcześniej, czyli znikąd. **Biegłość techniczna jest aspektem należytej staranności trudnym, jeśli nie niemożliwym do wymierzenia**.

Ponieważ teoria o technice zabiegowej wymaga następnie przećwiczenia w praktyce, z braku praktyki - w przeciwieństwie do braku wiedzy – nie zawsze da się zasadnie uczynić zarzut. Biegłość praktyczna zależy też od posiadania wiedzy, ale na ogół wiedzą nie jest; umiejętności technicznych nie da się zwerbalizować.

***"Do dziś nie wiem, co takiego zrobiłem, że w końcu mi się udało. Wiem tylko, że od tamtej pory potrafię zakładać wkłucie centralne. Nabieranie wprawy to dziwna rzecz. Przez wiele dni widzimy zaledwie kolejne fragmenty, aż pewnego dnia nagle składają się w naszej głowie w jedną całość. W niepojęty dla nas sposób świadomy proces uczenia się przechodzi w podświadomą wiedzę."***[36]

Fragment lapidarnie tłumaczy mechanizm opanowywania umiejętności praktycznych, dla którego bez znaczenia jest posiadanie wiedzy, liczy się zaś wielokrotne powtarzanie czynności, choć i to nie gwarantuje sukcesu.

**Kazus: Wkłucie centralne**

Prawnicy mogą nie zdawać sobie sprawy z większości praktycznych uwarunkowań wielu czynności lekarskich. Opinie biegłych spełniają zadanie wyjaśniające tylko do pewnego stopnia, bo może być trudno zaopiniować działania, wobec których nie da się sformułować jednoznacznych kryteriów poprawności.

Percepcja wzrokowa bywa omylna i żeby dostrzec, nie zawsze wystarczy wpatrywać się intensywnie, a żeby trafić – nie wystarczy lepiej celować – zwłaszcza że są przypadki, gdy nieuniknione jest celowanie na ślepo i według wyczucia. Jako środek zaradczy stosowane są m.in. listy kontrolne - sposób upewniania się, czy nic nie zostało zaniechane albo czy wszystko poszło jak należy.

**Pacjentka, powódka w procesie odszkodowawczym,[37] przeszła operację pomostowania aortalno-wieńcowego, poprzedzoną założeniem wkłucia centralnego.[38] W pierwszej dobie po zabiegu wystąpiły bóle w prawej okolicy nadobojczykowej i owalne zaczerwienienie skóry. Wobec tego anestezjolog, która znieczulała do operacji, zleciła wykonanie zdjęcia rtg. Prześwietlenie wykazało, że koniec kaniuli, zamiast w żyle próżnej górnej, tkwi w żyle podobojczykowej. Cewnik został usunięty, a leki potencjalnie drażniące, w tym chlorek**

[36] A. Gawande, *Komplikacje*, s.32

[37] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 28.V.2013 r., sygn. I ACa 124/13, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

[38] Kaniulacja dużego naczynia żylnego w celu podawania leków i pobierania krwi do badań. Cewnik wprowadzany jest przez naczynie krwionośne (najczęściej żyłę podobojczykową) do dużych żył organizmu. Założenie wkłucia centralnego jest zabiegiem trudnym. Wymaga ostrożności, by nie naruszyć ciągłości położonej za naczyniem żylnym tętnicy. (J.Leś, Z.Wańkowicz, *Metody uzyskiwania dostępu...*, Anest. Intensywna Terapia 3/2013).

**potasu, (standardowo aplikowany podczas operacji oraz w okresie pooperacyjnym), podawano drugim, założonym uprzednio cewnikiem. Trzy dni później pacjentka nadal skarżyła się na ból i dodatkowo na drętwienie palców ręki. W okolicy wkłucia stwierdzono wówczas martwicę skóry. Ponowne prześwietlenie pozwoliło stwierdzić, że jedna z kaniul jest zagięta w prawą stronę. Po upewnieniu się, że ból nie ma charakteru neuralgicznego, przeprowadzono chirurgiczne wycięcie martwych tkanek.**

**Rekonstrukcja ubytku powłok, który powstał w miejscu założonego cewnika, wymagała przeszczepu skóry z nogi. Pacjentka przeszła trzy operacje naprawcze w pełnej narkozie. W przyszłości musi liczyć się z zabiegiem rekonstrukcyjnym, który umożliwi należyte zabezpieczenie dla życiowo niezbędnych naczyń i nerwów wciągniętych w bliznę i uwolni od przykurczów bliznowatych barku i szyi. Obecnie ma rękę unieruchomioną od łokcia do przedramienia. Drętwieje jej szyja oraz prawy obojczyk, boli ją cały kręgosłup. Nie może samodzielnie zrobić zakupów, bo nie może dźwigać, nie może też zrobić prania ani sprzątania. Ma myśli samobójcze, nie chce jej się żyć, ponieważ nie może pogodzić się z tym, że została inwalidką. W dalszym ciągu leczy się u ortopedy, neurologa i psychiatry. Z osoby towarzyskiej i energicznej stała się bardzo nerwowa i zamknięta w sobie, cierpi na przewlekłe zaburzenia lękowo-depresyjne. Otrzymała orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności. Może być zatrudniona tylko w warunkach pracy chronionej, a w codziennym życiu wymaga stałej pomocy ze strony osoby trzeciej. W związku z tym pozwała szpital o rentę oraz zadośćuczynienie pieniężne 70 000 zł i proces wygrała.**

Biegli szczegółowo opisali procedury związane z zakładaniem wkłucia centralnego. Byli zgodni, że to zabieg trudny, wymagający doświadczenia anestezjologa i współpracy pozostałego personelu medycznego. Klasyfikowany jest jako „duży", obarczony znacznym ryzykiem poważnych powikłań w czasie i po operacji.[39] Odbywa się najczęściej przez nakłucie żyły szyjnej zewnętrznej. Tamtędy wprowadza się prowadnicę, po której prowadzony jest następnie cewnik. **Biegła zaznaczyła jednocześnie**: ***„gdzie powędruje cewnik, tego się nie wie, bo nie ma się na to wpływu"; „cewnik drogą naczyń wędruje do miejsca, gdzie są najlepsze uwarunkowania"*.**

Biegli zgodnie wskazywali konieczność sprawdzenia, czy wkłucie wykonane zostało prawidłowo i następnie monitorowania stanu pacjenta wobec zagrożenia poważnymi powikłaniami w postaci odmy opłucnej i zaburzeń czynności serca oraz układu oddechowego. Jako jedno z nich biegła anestezjolog wymieniała też krwiak i martwicę okolicy, przez którą przeprowadzono igłę.

W przypadku poszkodowanej pacjentki cewnik, zamiast powędrować do żyły próżnej (głównej) górnej, znalazł się w żyle podobojczykowej prawej i był zagięty. Logiczne i przekonujące zdaniem Sądu są zatem wnioski opinii **biegłej toksykolog**, że bezpośrednio po wykonaniu wkłucia i jego ufiksowaniu (przyszyciu do skóry) albo bezpośrednio po zabiegu operacyjnym **należy wykonać badanie radiologiczne kontrolujące prawidłowość założenia** cewnika (przyłóżkowe rtg klatki piersiowej). Taki standard postępowania powinien dotyczyć każdego pacjenta i pozwala na uniknięcie wymienionych przez wszystkich biegłych powikłań. Samo monitorowanie oddechu oraz saturacji nie wystarczy, bo może tylko pośrednio świadczyć, że nie doszło do odmy opłucnowej.

Biegła toksykolog stwierdziła stanowczo, że z największym prawdopodobieństwem do

[39] *"… tragiczne wypadki, o których słyszałem, ciążyły mi na równi ze świadomością mojego niedoświadczenia: pewna kobieta zmarła wskutek intensywnego krwotoku wywołanego uszkodzeniem żyły głównej podczas wkłucia, które przeprowadzał rezydent; innego pacjenta trzeba było natychmiast operować, ponieważ rezydentowi wyślizgnęła się prowadnica i cewnik wylądował w samym sercu; w jeszcze innym przypadku doszło do nagłego zatrzymania krążenia spowodowanego migotaniem komór."* (Fragment książki Atula Gawande "*Komplikacje*")

rozległego uszkodzenia okolicy nadobojczykowej u powódki przyczynił się chlorek potasu, który przez zagiętą końcówkę kaniuli dostał się do żyły podobojczykowej, uszkodził jej ścianę i przedostał się dalej do tkanek miękkich. Wprawdzie procedury podawania zostały zachowane (przez co należy rozumieć przygotowanie, ilość w pompie i dawkę leku), jednak **dużym uchybieniem było nieskontrolowanie położenia końcówki cewnika po zakończeniu zabiegu operacyjnego, a przed rozpoczęciem przetaczania** chlorku potasu. Gdy koniec cewnika jest założony prawidłowo, leki trafiają do żyły centralnej i z prądem krwi do prawego przedsionka serca; nie drażnią wtedy naczyń krwionośnych ani nie doprowadzają do martwicy okolicznych tkanek. Chlorek potasu jest substancją drażniącą i dlatego powinien być podawany po upewnieniu się, ze wkłucie jest założone prawidłowo i po skontrolowaniu położenia końcówki cewnika. Podanie chlorku potasu z szybkością taką, jak zaznaczono na karcie, do *vena cava superior* (żyły głównej górnej), wyeliminowałoby reakcję toksykologiczną i uszkodzenie tkanek.

**W świetle przedstawionych okoliczności nie zostały uznane za przekonujące wnioski opinii Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej oraz biegłej anestezjolog, że w przypadku powódki nie było konieczności wykonania badania rtg bezpośrednio po dokonaniu wkłucia lub zakończeniu zabiegu operacyjnego.**

W sprawie zostało udowodnione, że powstanie szkody zdrowotnej wiązało się z postępowaniem lekarzy, którzy sprawowali nad pacjentką opiekę w tej fazie leczenia, **gdy po zabiegu operacyjnym, a przed rozpoczęciem przetaczania chlorku potasu nie skontrolowano położenia końcówki cewnika**. Doszło do nieprawidłowego założenia cewnika, a **lekarz wykonujący wkłucie centralne powinien wiedzieć, że taka sytuacja może wystąpić i wiedząc o tym jeszcze przed podaniem leku sprawdzić, gdzie rzeczywiście znajduje się końcówka. Wykonane badanie rtg pozwoliłoby na wykrycie nieprawidłowości**. Wnioski opinii biegłej toksykolog jednoznacznie wskazują na normalny związek przyczynowy między uchybieniem polegającym na braku kontroli położenia końcówki cewnika a powstaniem martwicy tkanek. Nie doszłoby do niej bowiem gdyby przed rozpoczęciem podawania chlorku potasu wykonano kontrolę rtg. Dla oceny związku przyczynowego nie ma znaczenia, że biegli nie spotkali się z powikłaniami po podaniu chlorku potasu takimi jak u powódki, wszyscy oni wskazywali bowiem na drażniące działanie tego specyfiku. **Nieskontrolowanie badaniem rtg położenia końcówki cewnika wypełnia znamiona błędu w sztuce lekarskiej, ponieważ takie zaniechanie jest niezgodne z zasadami wiedzy medycznej co do zapobiegania ryzyku powikłań w przypadku nieprawidłowo założonego wkłucia centralnego**. Błąd należy uznać za zawiniony, bo zważywszy prawdopodobieństwo poważnych powikłań, dokonanie kontroli było konieczne. Aktualny stan zdrowia pacjentki jest według Sądu wynikiem tego właśnie zaniechania. Lekarzom pozwanego szpitala została przypisana wina nieumyślna.

Wzorce osobowe nie są tutaj miarodajne. Nawet wzorcowy lekarz może nie trafić z trudnym wkłuciem. Ważne jednak, żeby zanim pójdzie dalej, nie omieszkał sprawdzić i w razie potrzeby poprawić. Kluczowe znaczenie ma **bieżące wykrywanie niezawinionych błędów.** "Lista kontrolna" dla wkłucia centralnego okazała się niekompletna, bo nie pomyślano o rutynowej kontroli radiologicznej.

## Należyta staranność pielęgniarek

Częściowa samodzielność zawodu pielęgniarki spowodowała przejście z wymagania staranności szczególnej (w poprzedniej wersji ustawy zawodowej) na zwykłą – czyli należytą (od 2011 r.). Kwestię stanowi obiektywna miara staranności pielęgniarki, która jest również fachowcem, ale innego rodzaju niż lekarz. Lekarz ma swój standard, a pielęgniarka ma swój. Pielęgniarka nie studiowała medycyny, ale lekarz sam ze wszystkim nie nadąży. Choć muszą współpracować, to każde czyni to stosownie do własnych, odrębnych standardów profesjonalnych. Są **do pewnego stopnia wzajemnie zastępowalni i w tym zakresie miary staranności mogą być zbliżone**, z tym że błąd medyczny zdarza się przede wszystkim lekarzowi, natomiast pielęgniarka popełnia raczej błędy pielęgnacyjne, obserwacyjne lub zwykłe pomyłki – np. przy liczeniu lub przy dokonywaniu wpisów. Przy działaniu pod bezpośrednim zwierzchnictwem lekarza nie oczekuje się od niej samodzielności decyzyjnej w kwestiach medycznych, a to oznacza, że za te decyzje będzie odpowiadać lekarz. Bardziej niż wiedza medyczna mają tutaj znaczenie: wyostrzona percepcja, zdolność obserwacji stanu pacjenta oraz skrupulatność w wykonywaniu zleceń lekarskich. Wśród błędów, które nie powinny się zdarzać, zatem ich popełnienie mocą domniemania faktycznego świadczy o zawinieniu, można wymienić pomyłki w liczeniu wydanych materiałów medycznych i odebranych po użyciu, niewłaściwe znakowanie środków farmaceutycznych, jak również pomyłki zwane potocznie „głupimi": zamienione flakoniki ze specyfikami lub nawet nerki.

**Takim uchybieniem na poziomie postrzegania jest np. pozostawienie przedmiotu w polu operacyjnym.** Orzecznictwo obfituje w przykłady, ale najczęściej chodzi o przeoczenie chusty lub gazika, pociągające za sobą wysoce dolegliwe powikłania; odnotowano też część odgryzacza kostnego w czaszce lub igły atraumatyczne w sercu.

Przykładem błędu, za który może być obarczony winą zarówno lekarz jak pielęgniarka, jest uchybienie na poziomie postrzegania: pozostawienie przedmiotu w polu operacyjnym. Niedopatrzenie wydaje się *prima facie* poważne. Orzecznictwo cywilne przyjmuje w takich okolicznościach dość automatycznie niedochowanie należytej staranności przez operującego chirurga[40] lub przez chirurga i ordynatora.[41] Doktryna prawa cywilnego traktuje takie uchybienie jako domniemanie niedbalstwa po stronie lekarza,[42] a w pewnych sytuacjach przypisuje nawet niedbalstwo rażące.[43] Utrwalił się w ten sposób oderwany od realiów automatyzm myślenia, wytworzony pod wpływem bardzo już archaicznej koncepcji "**kapitana statku**", która zobowiązywała chirurga do pełnej kontroli nad salą operacyjną.[44] Mimo iż w USA, skąd się wywodzi, koncepcja ta została już dawno zastąpiona inną, to w naszym sądownictwie cywilnym zadomowiła się trwale. Stąd wzięło się zapatrywanie, że lekarza operującego nie zwolniłby od odpowiedzialności fakt, że liczenie narzędzi i materiałów opatrunkowych należy do obowiązków instrumentariuszki, bo to lekarz powinien sprawdzić pole operacyjne.[45] W rezultacie winą za pozostawienie ciała obcego wciąż obciąża się lekarzy.[46] U podłoża tego rozumowania legło

[40] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 16 grudnia 2003 r., I ACa 573/03.

[41] Wyrok Sądu Najwyższego z 17 lutego 1967 r., I CR 435/66, "OSNCP" nr 10/1967 poz. 177.

[42] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 311, tegoż *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa-Poznań 1972, s. 80 i n.

[43] Tenże, *Glosa* do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 20 września 1999 r., I C 708/96, [w] *Prawo medyczne. Komentarze i glosy..., s. 319.*

[44] Sąd Najwyższy stanu Pensylwania w sprawie *McConnell v. Williams* (1949), zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2016, s. 144-145 i n.

[45] Wyrok Sądu Najwyższego z 17 lutego 1967 r., I CR 435/66, OSNCP nr 10/1967, poz. 177, M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy* ..., s. 314.

[46] Wyrok Sądu Najwyższego z 17 lutego 1967 r., I CR 435/66, wyrok SN z 25 lutego 1972 r., II CR 610/71, wyrok

najwyraźniej przekonanie, że wystarczy popatrzeć dostatecznie uważnie, by dostrzec - przeoczenie oznacza więc, że lekarz za mało intensywnie się wpatrywał. O ile jednak zarzut ten może być uprawniony co do wyraźnie widocznych metalowych klamer, zacisków lub instrumentów typu kleszczyki, to jest chybiony co do gazików i chust, wykonanych z warstw cienkiej i wsiąkliwej gazy.[47] Nasiąkają one krwią i kolorystycznie zlewają się z otoczeniem, czyli z wnętrznościami pacjenta – dlatego obecnie mają wpleciony znacznik rentgenowski i używanie tylko takich stało się standardem szpitalnym. Od dawna stosowaną metodą zapobiegania przeoczeniu jest liczenie raz najpierw materiałów wydanych, a potem drugi raz materiałów odebranych – przez dwie instrumentariuszki niezależnie od siebie. Oprócz tego materiały powinny być policzone zawczasu po otwarciu pakietu ze względu na ryzyko zawartości niezgodnej z ilością podaną na opakowaniu. Przy większej ilości użytych chust i gazików stosuje się jeszcze układanie odebranych w specjalny sposób – na stosikach po dziesięć sztuk jeden obok drugiego, by ułatwić szybkie liczenie. Znana jest także metoda odkładania narzędzi lub chust na opatrzone numerami pola na specjalnie przygotowanej tablicy. Ta różnorodność sposobów pokazuje, iż wciąż udoskonalane są zasady ostrożności i na porządku dziennym jest równoległe stosowanie więcej niż jednej, a także powierzenie kontroli nad materiałem więcej niż jednej osobie, by zapobiec zwykłej, ludzkiej pomyłce w liczeniu.

Prawnicy na ogół nie zdają sobie z tych realiów sprawy, a sądy powszechne nie zawsze wychwytują istotę rzeczy. Stąd biorą się sensacje dziennikarskie: dlaczego zarzuty usłyszała nic nie znacząca instrumentariuszka, a wybronił się chirurg z tytułem profesorskim, którego żona jest sędzią, prokuratorem, adwokatem (niepotrzebne skreślić).

Nie bez powodu M. Sośniak dowodził, iż "niewłaściwe byłoby tworzenie w tej mierze jakichś sztywnych schematów odpowiedzialności. Przecież niejednokrotnie nagłość operacji, stan chorego, przyspieszone tempo zabiegu itp. warunki operacyjne, jakie badać należy *ad casum*, czynią z omawianego pozostawienia zwykły przypadek". **Jako pierwszy przytaczał też obserwację, iż przesiąkanie materiałów opatrunkowych krwią czyni je w polu operacyjnym "wprost niewidocznymi", a także argument, iż trwałość materiału, z którego wykonane są narzędzia i instrumenty operacyjne (np. klamry, sondy) oraz większa łatwość ich ewidencjonowania stanowią czynniki dające podstawę do zaostrzania odpowiedzialności za ich pozostawienie.** Sam jednak dystansował się wobec tego rozróżnienia i postulował traktowanie go jako kryterium tylko pomocniczego: "Zaniedbanie to może popełnić zarówno instrumentariuszaka, jak i najbieglejszy operator".[48]

W toku zabiegu c*zysta* pielęgniarka podaje materiały i narzędzia, operator ich używa, a *brudna* odbiera i obie powinny dokładnie liczyć. Operator jest zajęty czymś zupełnie innym, więc kontrolowanie pola operacyjnego również pod tym względem przekracza jego możliwości percepcyjne. Nie jest tak, że wystarczy, by uważnie popatrzył. Do zaszywania pacjenta przystępuje dopiero po raporcie pielęgniarek, że *"materiał zgodny"*. Zdarza się jednak w praktyce, że raportu nie przyjmuje do wiadomości, a powinien, bo sam nie ma kontroli nad liczeniem.

## Zasada zaufania

Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 20 września 1999 r., I C 708/96, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 16 grudnia 2003 r., I ACa 573/03, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 6 grudnia 2010 r. , I ACa 973/10.

[47] Chusty (inaczej serwety) używane do operacji mają kształt kwadratu ok. 44x44 cm i w niczym nie przypominają zwarto tkanych chust trójkątnych 95x95x135 cm, kojarzonych z zestawem pierwszej pomocy i lekcjami przysposobienia obronnego. Gaziki mają natomiast wymiary 10x10 cm.

[48] (M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. 2, Warszawa 1977, s. 226-227).

System odpowiedzialności wciąż jest oparty w przeważającej mierze na winie, ale nie należy stawiać wymagań obiektywnych zbyt wygórowanych i nierealnych, bo niemożliwych do spełnienia. Nie powinno się zatem obiektywizować winy, w szczególności przesądzać z góry, że *kto w polu operacyjnym przeoczył chustę czy tampon, ten zawinił*. Faktycznie jest niemożliwe, żeby jedna osoba dopilnowała wszystkiego, więc nie można winić kierownika zespołu w każdym takim przypadku. Operator ma przede wszystkim do wykonania techniczną stronę zabiegu, a musi też jeszcze kierować pozostałymi. Pracując w polu operacyjnym nie może z równą intensywnością nadzorować czynności należących do zadań innych osób, dlatego nie ma innego wyjścia, jak do pewnego stopnia im zaufać, a im większy stopień wyspecjalizowania wymagany od pomocników, tym zaufanie dopuszcza się większe. Nie można wymagać, by kierujący zauważył każdy błąd cudzy; dopiero niezareagowanie na widoczny błąd innego członka zespołu wolno traktować jako uchybienie własne. W ustaleniu właściwych proporcji pomocna jest wypracowana przez doktrynę prawa karnego **zasada ograniczonego zaufania**.[49] Wyjaśnia się tam, że tym większe wolno żywić uzasadnione zaufanie do innych, im wyższy poziom dyscypliny w danej sferze stosunków społecznych.[50] Nie trzeba tłumaczyć, że dyscyplina w zespole medycznym przypomina wojskową, czego konsekwencją jest wysoki stopień usprawiedliwionego zaufania do fachowych współpracowników. Interweniować nakazuje dopiero jawne i jaskrawe naruszenie reguł ostrożności, co odpowiada założeniu, iż inny członek zespołu postępuje prawidłowo, chyba że popełni błąd o charakterze alarmującym. Ograniczone zaufanie nie musi natomiast rozciągać się na czynniki zewnętrzne, jak np. ilościowa zawartość opakowań z materiałami opatrunkowymi. Staranność uprzedniego policzenia obciąża jednak nie lekarzy, tylko pielęgniarki.

Zasada ograniczonego zaufania warta jest zaszczepienia na grunt cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej, ponieważ lepiej niż inne koncepcje oddaje istotę stosunków panujących w zespole złożonym z fachowców. Można pójść dalej i zastanawiać się, jaki zakres czynności wykonywanych przez pielęgniarki lub położne objęty jest zaufaniem ograniczonym, jaki zaś – zaufaniem pełnym.

**Pełne zaufanie lekarz może i powinien mieć do liczenia materiałów, bo sam nie jest w stanie tego robić gdy jednocześnie operuje, a niemożliwe nie może być przedmiotem obowiązku. Również zaufanie pełne wolno mu żywić do bieżących obserwacji stanu pacjenta na sali chorych, gdy sam już zakończył dyżur bądź nie ma go na miejscu z powodu kolizji obowiązków, a także do** czynności zleconych do wykonania bez swojego udziału, w granicach samodzielności technicznej: np. zastrzyków lub lewatywy. **Rzecz jasna zwierzchnik ma** obowiązek reagowania, gdy zauważy nieprawidłowość bądź gdy zważywszy okoliczności powinien, bo rzuca się ona w oczy – **i tu zaufanie pełne musi zmienić się w ograniczone**, ale – powtórzmy – tylko o ile nad czynnościami podwładnego zwierzchnik ma kontrolę faktyczną.

Więcej uwagi trzeba jednak zwrócić na lekarza stażystę niż na doświadczoną instrumentariuszkę, bo wolno założyć, że ta swój zakres prac opanowała lepiej. Notabene **za dopuszczenie do pacjentów nieudolnego niezguły bez specjalizacji powinien odpowiadać szpital jako za winę organizacyjną.**

Przykłady z orzecznictwa pokazują, że sądy cywilne nie zawsze wychwytują istotę rzeczy.

---

[49] T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 422

[50] Postanowienie 7 sędziów SN z 7 grudnia 1962 r., RwNw 10/62 [w] OSNKW nr 7-8/1963 poz. 122, za: T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie*, s. 428.

Gdy np. w użyciu do operacji były wszystkiego dwie chusty, z czego jedną pozostawiono w pacjentce, można *prima facie* zgodzić się z hipotezą, że doszło do niedbalstwa i to rażącego, bo policzyć do dwóch nie jest trudno.[51] Sugeruje to, że albo pomyliły się obie instrumentariuszki, albo że – co bardziej prawdopodobne - ich raport został zignorowany. Notabene ubezpieczyciel szpitala próbował wykorzystać znane przy podobnych sprawach grzmienie doktryny prawa na lekarzy i powołać się na rażące niedbalstwo personelu w celu uwolnienia się od odpowiedzialności samemu, Sąd jednak o dziwo nie podzielił tego poglądu.

Z kolei gdy pielęgniarki konsekwentnie deklarują, że jednej chusty brak, wobec nieznalezienia jej na sali operacyjnej podejmowana jest słuszna decyzja o reoperacji pacjenta, chyba że dzięki obecnie stosowanym znacznikom rentgenowskim wystarczy prześwietlenie.

W stanie faktycznym sprawy rozpoznawanej przez OSL w Warszawie[52] pielęgniarki zaraportowały, że materiał jest *niezgodny*. Poszukiwania w pacjentce i w otoczeniu nie przyniosły rezultatu, zresztą żywego pacjenta nie da się przeszukać dokumentnie, bo pętli jelitowych nie można przekładać dowolnie (taki komfort jest osiągalny tylko *post mortem*). Kończyło się działanie znieczulenia, więc ranę trzeba było zaszywać. Późniejsze ponowne przeszukanie sali operacyjnej nadal nic nie dało, a pielęgniarki zgodnie twierdziły, że jednej chusty brak. Następnego dnia pacjentkę przekonano, by pozwoliła ponownie się *otworzyć*, ale w niej też chusty nie było, więc dama złożyła zawiadomienie o popełnieniu przewinienia zawodowego polegającego na wykonaniu zabiegu zbędnego. To tylko hipoteza, że w pakiecie zbiorczym musiało być od początku o jedną chustę za mało. Pielęgniarki przypuszczalnie zasugerowały się pozostałą zawartością, a powinny policzyć uprzednio, bo pomyłki przy pakowaniu są powszechnie znanym faktem i zdarzają się częściej nawet w opakowaniach fabrycznych niż w szpitalnej sterylizatorni.

*„Ogólnie procedura postępowania z materiałami, używanymi podczas cesarskiego cięcia w szpitalu wyglądała następująco. W szpitalu jest centralna sterylizacja. Serwety są szyte w szpitalu, opakowane w biały papier. Instrumentariuszka otrzymuje je w pakietach. Jeden pakiet jest złożony z 10 serwet i 15 gazików. Instrumentariuszka otwiera pakiet w obecności instrumentariuszki „brudnej". Każda z nich przed operacją dokonuje niezależnie przeliczenia serwet i gazików. Kolejny pakiet otwiera się dopiero po zużyciu wcześniejszego. Użyte przedmioty po operacji liczy instrumentariuszka „brudna" i informuje zespół, czy liczba się zgadza ze stanem sprzed rozpoczęcia operacji. Świadek* [położna asystująca przy operacji] *zeznała, że wprawdzie nie pamięta ówczesnych wydarzeń, ale i tak jest pewna, że liczba serwet w pakiecie wynosiła tyle, ile powinno. Świadek nie przypomina sobie ani jednego wypadku, by w pakiecie była inna liczba serwet niż 15. Świadek wyraża przekonanie, że „nie ma możliwości, żeby ona, czy koleżanki nie liczyły". Oznaczałoby to, że serweta gdzieś zaginęła, ale świadek nie potrafi powiedzieć, co mogło się z nią stać. Świadek* [druga położna] *również zeznała, że według jej wiedzy serwety są zawsze liczone i jest ich zawsze 15. Ona także nie wie, co mogło się stać z serwetą zaginioną. Zespół operujący był cały przekonany, że serweta nie pozostała w jamie brzusznej. Jednocześnie instrumentariuszki upierały się, że liczba serwet nie zgadza się (obie położne napisały potem oświadczenie, że przed operacją liczyły serwety i na pewno przed zabiegiem ta serweta była, a zaginęła w trakcie cięcia). Wobec tego podjęto dalsze poszukiwania. Bez rezultatu przeszukano całą salę porodową, kącik noworodkowy, wszystkie worki z brudną*

[51] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 6 grudnia 2010 r. , I ACa 973/10.

[52] Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie, orzeczenie z dnia 18 maja 2006 r., nr sprawy OSL-13/06 (niepubl.). Pacjentka miała cesarskie cięcie ze wskazań medycznych.

*bielizną. Wydawało się zatem, że serweta mogła jednak pozostać w jamie brzusznej i zostać „przegapiona" mimo starannej kontroli pola operacyjnego. Lekarz skonsultował się z radiologami, którzy wykluczyli możliwość miarodajnego rozstrzygnięcia tej kwestii metodami nieinwazyjnymi. Nie było możliwości użycia tomografu komputerowego, który był nieczynny, a wykonanie rtg było bezcelowe, bo materiały używane przy operacji nie były znaczone substancjami, pochłaniającymi promienie rentgenowskie"* (z uzasadnienia).

Sprawa miała miejsce jeszcze w czasach, gdy chusty nie musiały mieć znaczników rentgenowskich.[53] Teraz takie należą do standardu, ale prześwietlenie nie zawsze jest wykonalne od razu na sali operacyjnej, bo nie każda ma w wyposażeniu tzw. ramię rentgenowskie. Zapobiegawczo mogą działać stosowane u niektórych chust specjalne troki; dla bezpieczeństwa zapina się nawet na nich narzędzie, ale to nie zawsze da się zrobić, bo przy tamponadzie (czyli tamowaniu gwałtownego krwawienia) narzędzie przeszkadza i trzeba je zdjąć. W użyciu bywa różna liczba chust, od dwóch do stu dwóch - i to nie jest figura retoryczna.[54]) E*x post* operacja okazała się zatem niepotrzebna. Niemniej, oceniając sytuację *ex ante*, decyzja o operacji była zdaniem sądu uzasadniona.[55] Pięcioro lekarzy zostało uniewinnionych. *Obwinieni, którzy uczestniczyli w procesie decyzyjnym, rozumowali wprawdzie prawidłowo, ale swoje decyzje podejmowali w oparciu o fałszywe przesłanki faktyczne. Byli błędnie przekonani, że serwet w pakiecie było pierwotnie dziesięć i że jedna „gdzieś" zaginęła. Ponieważ zaś nie znaleziono jej nigdzie na sali operacyjnej i w jej najbliższym otoczeniu, przeto jedynym racjonalnym wytłumaczeniem było to, że znajduje się ona w jamie brzusznej. W efekcie podjęli decyzję o relaparotomii, która - należy powtórzyć - była uzasadniona, gdy oceniać ją według subiektywnej wiedzy obwinionych i ex ante. Ale jednocześnie - patrząc ex post - operacja ta była obiektywnie niepotrzebna, przy czym do jej zbędnego przeprowadzenia doszło z przyczyn leżących po stronie szpitala. Nie wdając się w rozważania nad tym, czy w grę mogłaby wchodzić konstrukcja „winy organizacyjnej", czy też „winy anonimowej", OSL jest przekonany, że przesądza to o zawinieniu zakładu opieki zdrowotnej.*[56]

Los położnych nie jest znany, ponieważ podlegają one własnemu sądownictwu zawodowemu. Zdaniem Sądu jednak n*ie istnieje też niezawodny system nadzoru nad liczeniem serwet. System dotychczas obowiązujący (liczenie przez dwie osoby niezależnie) wydaje się zupełnie wystarczający, chociaż ze znikomym prawdopodobieństwem pomyłki w liczeniu mogą się przy nim zdarzać w przyszłości.*[57]

---

[53] Jest to specjalna nitka wpleciona na ukos w rogu tkaniny. Takie same znaczniki są obecnie również w gazikach.

[54] Liczbę stu dwóch chust podał nagabnięty o sprawę chirurg. Z kontekstu wynika, że jest to liczba raczej wysoka. Na pokazanym mi zdjęciu widniało 80 chust poskładanych i ułożonych dziesiątkami na foliowej płachcie – w celu szybkiego ponownego ich policzenia w razie potrzeby.

[55] "*Serweta nie odnalazła się zresztą do dziś, z czego z praktyczną pewnością można wyciągnąć wniosek, że jeszcze przed operacją, podczas przygotowywania materiałów doszło do pomyłki w liczeniu. W pakiecie musiała od początku znajdować się jedna serweta mniej, a przed operacją położne albo wbrew obowiązkowi w ogóle ich nie przeliczyły, albo też pomyliły się w liczeniu. W każdym razie były przekonane, że liczba serwet (10) się zgadza i w efekcie wszczęły fałszywy alarm"* (uzasadnienie).

[56] *"To, że obwinieni nie popełnili przewinienia zawodowego nie oznacza, że w przedmiotowej sprawie wszystko odbyło się tak, jak należy. (...) W takim razie powtórna operacja miała charakter zawinionego naruszenia praw pacjenta (...), a jednocześnie wiązała się ona z naruszeniem integralności cielesnej (co stanowi jedno z dóbr osobistych człowieka). W tych warunkach (...) [pacjentka] ma prawdopodobnie wszelkie dane, by skutecznie dochodzić od szpitala w (...) co najmniej zadośćuczynienia za krzywdę. Powyższe stwierdzenie nie ma charakteru wiążącego, opiera się jedynie o przypuszczenia tutejszego Sądu i stanowi wyłącznie pouczenie dla pokrzywdzonej. Sprawy tego rodzaju należą do zakresu kognicji sądów powszechnych i tam też należy kierować ewentualne powództwo." (Ibidem)*.

[57] *Ibidem.* Po tamtym zajściu w szpitalu został dodatkowo wprowadzona tablica, na której liczy się serwety.

Uchybieniem własnym kierownika zespołu operacyjnego może być natomiast nieskontrolowanie czegoś, co **mógł** skontrolować i, zważywszy okoliczności, powinien.

Uwarunkowania te można zilustrować następującymi przykładami.

**Kazus: Zamienione nerki**

Zdarzenie miało miejsce nocą. Pacjentka A.J., powódka w sprawie, w związku ze schyłkową niewydolnością nerek w dniu 6 czerwca 2010 r. została w pozwanym szpitalu poddana operacji przeszczepienia prawej nerki. W celu umożliwienia dokonania tego zabiegu w dniu 4 czerwca 2010 r. zespół chirurgów z O. pobrał nerki od zmarłego dawcy z grupą krwi A Rh-, natomiast dzień później w T. dokonano analogicznego pobrania nerek od dawcy z grupą B Rh-. Dwie pary nerek zostały przewiezione do W., do pozwanego szpitala. Tylko jedna z nerek, ta pochodząca z O. (z grupą krwi A Rh -) była przeznaczona dla A.J.. Obie pary nerek zostały prawidłowo opisane i umieszczone w oddzielnych lodówkach.

W dniu zabiegu odbywały się jeszcze inne transplantacje, między innymi poprzedzająca operację powódki operacja innego pacjenta, który również został zakwalifikowany jako biorca nerki z O. Obu operacjom przewodniczył dr n. med. P. B. (1), który pełnił funkcję operatora. Oba zabiegi operacyjne były wykonywane przez zespół pod kierownictwem specjalisty z zakresu chirurgii naczyniowej, pełniącego w trakcie tych transplantacji funkcję operatora. **W trakcie obu zabiegów doszło do popełnienia takiego samego błędu, polegającego na wszczepieniu choremu nerki przeznaczonej dla innego pacjenta**. Obojgu pacjentom, w tym powódce, wszczepiono narządy pochodzące od denata, który miał inną niż operowani grupę krwi (B Rh-). Do błędu doszło w ten sposób, że pielęgniarka asystująca przy zabiegach z nieustalonych przyczyn pobrała nerki z niewłaściwej lodówki i przekazała je operatorowi jako narządy o grupie krwi zgodnej z grupą krwi operowanych pacjentów. Dr P. B. sprawdził poprzez wstępną weryfikację dane z karty typowania z osobą biorcy. **Po odebraniu narządu operator zaniechał z kolei sprawdzenia zgodności opisu znajdującego się na opakowaniu, w którym umieszczona była nerka z danymi pacjenta.** *„Lekarz nie zauważył niezgodności na podstawie obserwacji samego zewnętrznego wyglądu nerek ze względu na to, że narządy te nie wykazywały widocznych różnic w budowie anatomicznej.”*[58] Po dwudziestu minutach od zakończenia zabiegu personel szpitala spostrzegł pomyłkę i niezwłocznie podjęta została decyzja o wyszczepieniu nieprawidłowo wybranych nerek. W efekcie wadliwie wykonanego zabiegu powódka doznała tego samego dnia reakcji ostrego odrzucenia wszczepionej nerki o charakterze mieszanym, objawiającej się w postaci silnego bólu brzucha oraz krwawienia do drenów. Po kilku godzinach od zakończenia pierwszego zabiegu transplantacji organu została przeprowadzona druga operacja, w wyniku której usunięto powódce ten organ. Ta ostatnia operacja zakończyła się powodzeniem. Z powodu pooperacyjnej niedrożności wykonano trombektomię przetoki do dializ na lewym przedramieniu. Później, w dniu 9 lutego 2013 r. A.J. przeszła, tym razem pomyślnie, zabieg transplantacji nerki. Na skutek błędu powódka została narażona na dwa zbędne zabiegi chirurgiczne W związku z tym powódka była okresowo hospitalizowana, a względna stabilizacja stanu zdrowia nastąpiła w lecie 2013 r., gdy powódka mogła wrócić do normalnego życia i podjąć zatrudnienie. Gdyby zabieg z 2010 r. nie był obarczony błędem, powódka wróciłaby do normalnego życia 3 lata wcześniej i nie musiałaby poddawać się uciążliwym dializom trzy razy w tygodniu, co

[58] To zdanie uzasadnienia wyroku zostało przywołane tylko dla unaocznienia, jakiego rodzaju "odkryć" dokonuje czasem sądownictwo przy okazji spraw medycznych.

uniemożliwiło nie tylko podjęcie jakiejkolwiek pracy, ale również samorealizacji w innych płaszczyznach życia. Gdyby pierwotny przeszczep nerki w 2010 r. został przeprowadzony prawidłowo, powódka nie musiałaby się poddawać kolejnej operacji, a co za tym idzie, nie cierpiałaby z powodu związanych z tym powikłań.

Orzeczeniem Okręgowego Sądu Lekarskiego z 15 lutego 2012 r. lekarz przeprowadzający operację został uznany winnym tego, że jako specjalista chirurg przygotowując nerki do przeszczepu popełnił błąd w sztuce lekarskiej w ten sposób, że nie dołożył należytej staranności w trakcie identyfikacji nerek do przeszczepu i pacjentów – biorców, w skutego czego powódka (tak samo jak drugi pacjent) otrzymała nerkę o niezgodnej grupie krwi, co stanowi naruszenie art. 8 Kodeksu Etyki Lekarskiej. Obwinionemu wymierzono karę nagany.

Postępowanie karne przed sądem powszechnym w sprawie narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu przez osoby zobowiązane do opieki nad pokrzywdzoną zostało **umorzone z uwagi na dobrowolne uchylenie grożącego niebezpieczeństwa**.

Pielęgniarka została uznana winną popełnienia czynu polegającego na niezachowaniu należytej staranności podczas weryfikowania danych dawcy i biorcy (grup krwi oraz miejsca pobrania nerek), co skutkowało podaniem na żądanie operatora nerek niezgodnych tkankowo, czym naraziła pacjentów na utratę życia i zdrowia. Na podstawie prawomocnego orzeczenia Okręgowego Sądu Pielęgniarek i Położnych z 14 kwietnia 2014 r. jej również wymierzono karę nagany.

Szpital utrzymywał, że do pomyłki doszło w wyniku *nieszczęśliwego zbiegu okoliczności* polegającego na błędzie operatora kierującego zespołem. Zgodnie z przyjętymi standardami miał on już na sali operacyjnej obowiązek przeprowadzenia weryfikacji narządu dawcy zgodnie z kartą typowania. Odpowiedzialność w tym zakresie obciąża operatora. Wykonanie zabiegu zostało mu przez Szpital powierzone na zasadzie *umowy cywilnoprawnej* (niebędącej umową o pracę) o udzielanie świadczeń zdrowotnych, której przedmiotem było świadczenie usług przez lekarza specjalistę z zakresu chirurgii naczyniowej.. Lekarz samodzielnie ustalał optymalną metodę operacji oraz kierował personelem pomocniczym. Jest to chirurg o dużym doświadczeniu, który przeprowadził już ponad 100 operacji transplantacji nerek, a ma opinię dobrego i sprawnego operatora. Przebieg zabiegu u powódki nie różnił się od operacji wykonywanych wcześniej przez tego lekarza, natomiast nietypową okolicznością było, że w szpitalu wykonywano w tym czasie kilka transplantacji nerki jednocześnie. W jednostce należącej do pozwanej kliniki obowiązywała w dacie zdarzenia procedura, zgodnie z którą zespoły wykonujące bieżącą pracę na terenie szpitala nie uczestniczyły w zabiegach polegających na przeszczepie narządu, co miało zapobiegać przemęczeniu. Członkowie zespołów wykonujących zabieg byli imiennie wyznaczani przez pełnomocnika dyrektora szpitala ds. transplantacji spośród osób z odpowiednimi kwalifikacjami i doświadczeniem. W ocenie pozwanego szpitala **nie ponosi on winy w wyborze**, albowiem powierzył wykonanie zabiegu lekarzowi posiadającemu bardzo wysokie kwalifikacje zawodowe, a rodzaj zabiegu mieścił się w zakresie czynności, które wykonuje wskazany lekarz. W związku z tym na podstawie **art. 429 k.c.** (**który przewiduje odpowiedzialność deliktową powierzającego za samodzielnego wykonawcę**) powództwo powinno zostać oddalone jako nieznajdujące podstawy w przepisach o odpowiedzialności deliktowej.

Zdaniem Sądu operator nie dochował należytej staranności, ponieważ mógł z łatwością skontrolować, czy opis znajdujący się na przekazanym mu narządzie odpowiada danym

znajdującym się w dokumentacji i danym dotyczącym pacjenta. **Dokonanie weryfikacji nie było czasochłonne, a pośpiechu nie uzasadniały żadne szczególne okoliczności związane ze stanem zdrowia pacjenta**. Co istotne, zabieg wykonywany przez operatora nie był drobnym, rutynowym zabiegiem leczniczym, lecz operacją związaną z określonym ryzykiem, mogącą mieć poważne konsekwencje dla zdrowia pacjenta. Zabieg ten jest wykonywany przez cały zespół specjalistów legitymujących się odpowiednimi kwalifikacjami i doświadczeniem. Wymagania, jakie należy mieć wobec członków zespołu, są w konsekwencji wysokie. ***Najwyższe* oczekiwania należy mieć zaś do operatora, jako osoby kierującej przebiegiem transplantacji i odpowiadającej za członków swojego zespołu. Nie usprawiedliwia go zatem fakt podania niewłaściwego organu przez asystującą pielęgniarkę**. Pomyłka ta zostałaby wykryta, gdyby operatora sprawdził dane. Nie stanowi usprawiedliwienia, iż zabieg był wykonywany w nocy ani nietypowa sytuacja równoległego przeprowadzania więcej niż jednej transplantacji nerki. Od operatora jako wykwalifikowanego chirurga z dużym doświadczeniem należy wymagać sprawności i dokładności nawet w trudnych i nietypowych warunkach, zwłaszcza że miał on świadomość, iż w szpitalu znajduje się więcej nerek o różnych grupach krwi, przeznaczonych dla kilkorga pacjentów. Tym bardziej powinien zatem dochować ostrożności w zakresie weryfikowania przekazanego mu narządu. Cierpienia moralne doznawane przez powódkę zostały dodatkowo spotęgowane przez to, że lekarz ów nigdy nie przyznał się do błędu, a pozwany szpital ukrywał przed nią błąd medyczny. Powódka oglądała w telewizji program interwencyjny, którego tematem był nieprawidłowo wykonany zabieg transplantacji nerek w pozwanym szpitalu nie wiedząc, że chodziło o nią. Na temat prawdziwej przyczyny niepowodzenia operacji dowiedziała się dopiero podczas przesłuchania w Prokuraturze, dokąd została wezwana celem złożenia zeznań w postępowaniu przygotowawczym toczącym się w związku z nieprawidłowo wykonanym zabiegiem.

Rzecz jasna zabieg transplantacji jest sam w sobie powiązany z pewnym ryzykiem, niemniej powódka została wytypowana przez specjalistów do tej operacji, przebadano ją również przed samym zabiegiem i stwierdzono, że rokowania są dobre, a narząd przeznaczony do wszczepienia ma odpowiednie właściwości. Powódka została zatem pozbawiona realnej i wysoce prawdopodobnej możliwości zaprzestania dializoterapii i powrotu do normalnego funkcjonowania. Następstwa te pozostają w adekwatnym związku przyczynowym z faktem niedochowania przez operatora należytej staranności w zakresie identyfikacji przekazanej mu nerki. Dodać należy, że w orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że w zakresie szkód medycznych z reguły nie jest możliwe wykazanie z całkowitą pewnością, że szkoda jest normalnym następstwem działania sprawcy. W związku z tym przyjmuje się, że do ustalenia związku przyczynowego wystarcza jego uprawdopodobnienie w znacznym stopniu.

Zarówno operator, jak i pozwany szpital przez działania i zaniechania swoich pracowników i przedstawicieli naruszyli ponadto prawo powódki do informacji, które było gwarantowane powódce zarówno przez przepisy prawnie powszechnie obowiązujące, jak i przez postanowienia Kodeksu Etyki Lekarskiej. Zgodnie z art. 21 KEL, w przypadku popełnienia przez lekarza poważnej pomyłki lub wystąpienia nieprzewidzianych powikłań w trakcie leczenia, lekarz powinien poinformować o tym chorego oraz podjąć działania dla naprawy ich następstw. Brak poinformowania powódki o błędzie lekarskim stanowił naruszenie prawa pacjenta oraz jednocześnie naruszenie jej dobra osobistego w postaci autonomii informacyjnej. Nadto naruszona została również godność osobista powódki, która o swojej sytuacji dowiadywała się dopiero od osób trzecich w toku postępowania karnego. Nie ulega wątpliwości, że każdy pacjent powinien być traktowany z należnym szacunkiem,

a nie jako jednie przedmiot prowadzonych zabiegów. Tymczasem informacja o błędach popełnionych w czasie zabiegu trafiła do mediów, była przedmiotem wewnętrznego postępowania wyjaśniającego w szpitalu, stała się wreszcie impulsem do podjęcia postępowań o charakterze karnym i dyscyplinarnym. Zaniechano zaś stosownego powiadomienia powódki, mimo, że to ona właśnie została pokrzywdzona w wyniku popełnionych zaniedbań. Operator wykonujący zabieg nigdy nie przyznał się wobec powódki do popełnionego błędu, co miało dla niej głębokie znaczenie psychologiczne. Zachowanie lekarzy, z którymi miała kontakt powódka, było przy tym niewątpliwie zawinione, gdyż okoliczności popełnienia błędu były znane, a powódka i jej bliscy wręcz sami domagali się informacji co do przyczyn niepowodzenia transplantacji.

Szpital próbował powoływać się na brak winy w wyborze z powodu powierzenia wykonania zabiegu lekarzowi o bardzo wysokich kwalifikacjach zawodowych i jako podstawę dla oddalenia powództwa wskazywał art. 429 k.c. Sąd uznał jednak jego odpowiedzialność na podstawie **art. 430 – tj. za winę podwładnego – jako że chirurga wiązały przyjęte w tym szpitalu reguły organizacyjne związane z procedurą postępowania w przypadku transplantacji organu, a zabieg był wykonywany w obiekcie należącym do pozwanego szpitala, przy użyciu znajdującej się tam aparatury.**

Przede wszystkim jednak odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych w zakresie udzielonego zamówienia ponoszą solidarnie udzielający zamówienia (szpital) i przyjmujący zamówienie (lekarz kontraktowy) na podstawie przepisu szczególnego art. 27 ust. 7 ustawy o działalności leczniczej.

W tym stanie rzeczy Sąd uznał, że rozmiar krzywdy doznanej przez powódkę uzasadnia zasądzenie na jej rzecz kwoty 150 000 zł.

*(Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 16 grudnia 2014 r., sygn. I C 478/12)*

### *Gdzie indziej też nie mają lekko*

"Cały personel operacyjny został wezwany do Centrum Wczesnego Kształcenia na wykład dotyczący bezpieczeństwa pacjentów. W zeszłym tygodniu jednemu z pacjentów usunięto zupełnie zdrową lewą nerkę, zostawiając go z kompletnie bezużyteczną nerką prawą.

Przypomniano nam, że w ciągu ostatnich trzech lat brytyjscy neurochirurdzy piętnaście razy wywiercili dziurkę w głowie pacjenta po niewłaściwej stronie. Piętnaście razy nie potrafili odróżnić prawej strony od lewej. Przykładając wiertarkę do czyjejś czaszki. Wygląda na to, że neurochirurdzy są na prostej drodze do utraty renomy.

Szpital zrobi wszystko, aby nie dopuścić ponownie do takiego błędu jak to całe zamieszanie z nerką, ale dla tamtego nieszczęsnego pechowca – którego prochy prawdopodobnie rozsypano na niewłaściwej plaży - jest już trochę za późno.

Skutek tego wszystkiego jest taki, że w nowych procedurach postępowania dopisano punkt o konieczności oznaczenia strzałką narysowaną flamastrem właściwej części ciała pacjenta, zanim trafi on na salę operacyjną. **Podnoszę dłoń i pytam, co mamy zrobić w wypadku gdy pacjent ma już na ciele wytatuowaną strzałkę. Publiczność wybucha śmiechem, a nadzorujący moją rezydenturę lekarz specjalista nazywa mnie pieprzonym klaunem.**

Na moją skrzynkę przychodzi **mail od doktora Vane'a, dyrektora do spraw zarządzania klinicznego. Doktor Vane radzi mi, abym w wypadku gdy na ciele pacjenta wytatuowana jest strzałka, zakleił ją papierową taśmą samoprzylepną i narysował nową strzałkę we właściwym miejscu. Dowiaduję się również, że ten schemat postępowania zostanie uwzględniony w oficjalnych szpitalnych**

**dokumentach. Doktor Vane dziękuje mi za mój cenny wkład."**

(A. Kay, *Będzie bolało. Sekretny dziennik młodego lekarza*, Insignis 2018, s. 140-141)

## Kazus: Lewatywa. Nagłośniony medialnie skandal ze szpitala przy ul. Banacha w Warszawie

Za sposób wykonania lewatywy ponoszą odpowiedzialność tylko pielęgniarki, ale za zaordynowanie lub zaniechanie zaordynowania – lekarz. Na tym tle powstaje podstawowe pytanie, czyim obowiązkiem jest wykryć brak wypróżnienia i wszcząć alarm. Podczas obchodu lekarskiego rutynowo zadaje się pacjentowi pytanie o stolec, ale wywiad skazany jest z góry na niepowodzenie, gdy pacjent doznał utraty przytomności albo paraliżu i z tego powodu nie ma świadomości co do potrzeby wypróżnienia. Lewatywa ordynowana jest po kilku dniach utrzymującego się zaparcia. Stolce odnotowuje się w tzw. karcie gorączkowej, która dla zmieniającego się personelu ma podstawowe znaczenie komunikacyjne co do stanu pacjenta. Gdy sam pacjent nic nie czuje, to pielęgniarki jako stale obecne na miejscu mają obowiązek raportować lekarzowi stosowne obserwacje, w tym również brak u pacjenta stolca.

Sprawa, w której kwestia lewatywy okazała się mieć znaczenie kluczowe, zakończyła się wyrokiem zasądzającym od szpitala milionowe odszkodowanie[59] i była szeroko opisywana w prasie.

Pacjentka, powódka w sprawie, przebywała w pozwanym szpitalu z powodu przebytego zawału serca. Wystąpiły u niej nerwobóle pleców, które były uśmierzane przez wstrzykiwanie blokady do przestrzeni międzyżebrowej przy kręgosłupie. Po niecałych dwóch tygodniach od opuszczenia szpitala u pacjentki pojawił się niedowład nóg postępujący aż do całkowitego paraliżu od linii piersi w dół. Po przewiezieniu do szpitala wykonano w trybie pilnym operację neurochirurgiczną na otwartym rdzeniu kręgowym i z odcinka piersiowego usunięto ropniak nadtwardówkowy. Okazało się, że ropień, który rozwinął się w kanale kręgowym, uszkodził rdzeń.

Badanie posiewu ropnia wykazało, że doszło do zakażenia bakteriami s. s. (w wywiadach dla prasy pacjentka wyjaśniała, że chodziło o salmonellę). Po operacji pacjentka pozostawała w szpitalu jeszcze cztery tygodnie. W związku z porażeniem kończyn dolnych miała porażone również zwieracze. Lewatywa dla wywołania wypróżnienia została wykonana dopiero **po dziesięciu dniach** od operacji, w dodatku nieprawidłowo: w pozycji siedzącej na sedesie, *„podczas gdy cewnik powinien być wprowadzony przez kanał odbytu pod kontrolą wzroku, w odpowiednim ułożeniu pacjenta na lewym boku lub w pozycji na plecach, ponieważ tylko taki sposób podania płynu zapewnia jego przedostanie się do odbytnicy w odpowiedniej ilości i utrzymanie go przez odpowiedni czas do wywołania zamierzonego celu lewatywy czyszczącej, tj. rozmiękczenia mas kałowych zalegających w jelicie grubym i oddania stolca.”* Zabieg przerwano z powodu odczuwanego przez pacjentkę bólu, który utrzymywał się przez czas dłuższy i który pacjentka zgłaszała przez następne dwa tygodnie. Okazało się, że w wyniku stanu zapalnego doszło do wytworzenia przetoki pochwowo - odbytniczej i wydalenia kału przez pochwę. Dopiero wówczas podjęto decyzję o szukaniu miejsca i przyczyny powstania przetoki, podejrzewając raka odbytu. Przy zakładaniu cewnika pacjentka została zakażona bakterią z grupy szczepów wewnątrzszpitalnych, oporną na większość antybiotyków. Potrzebna była operacja, podczas której wyłoniono sztuczny odbyt oraz otworzono jamę otrzewnową w celu diagnostycznym. Podejrzenia zmian nowotworowych nie potwierdziły się, jamę otrzewnową zaszyto, ale nie założono drenów. W protokole operacji zamieszczono uwagę, że w badaniu przez pochwę stwierdzono na tylnej ścianie

[59] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16 grudnia 2014 r., sygn. VI ACa 283/13, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych BIP.

naciek zapalny i przedziurawienie do jelita grubego. Przy operacji doszło do zakażenia rany pałeczkami o. – kałem [*przypuszczalnie chodzi o pałeczki okrężnicy, czyli Escherichia coli – **MB***], co spowodowało rozległe zapalenie otrzewnej i powstanie przepukliny pooperacyjnej. Zakażony został również pęcherz moczowy. Podczas kolejnej operacji wykonano zespolenie przetoki odbytniczo-pochwowej. Rana odbytu zagoiła się prawidłowo, natomiast ta po otworzeniu otrzewnej ropiała i wyhodowano z niej bakterie kałowe E.C [*zapewne znowu chodzi o E. coli*]. Doszło do zapalenia otrzewnej oraz do zakażenia pooperacyjnego szczepem bakteryjnym, gdzie pochodzenie szczepu - endogenny, czy egzogenny - nie jest możliwe do zidentyfikowania. Efekt zakażenia rany pooperacyjnej skutkował długim okresem gojenia (ponad 50 dni). Wymagało to ciągłych opatrunków i płukania rany, ponieważ zakażenie rozprzestrzeniło się na głębiej położone tkanki i otrzewną. Rana zagoiła się przez ziarninowanie, ale osłabienie powłok brzusznych na znacznej przestrzeni spowodowało, że po miesiącu od operacji powstała monstrualnej wielkości przepuklina. Efekty następnych operacji okazały się krótkotrwałe, po raz trzeci doszło do powstania przepukliny, która według chirurgów nie ma już szans na leczenie operacyjne. Aktualnie u pacjentki utrzymuje się niedowład lewej kończyny dolnej i częściowo prawej. W domu na piętro wchodzi na czworakach, a schodząc dostawia nogę porażoną. Ma do pokonania w pomieszczeniu dość wysokie stopnie i progi. Boi się chodzić prosto, żeby nie spaść, a mieszka sama, bo mąż ją porzucił. Na większej przestrzeni musi używać balkonika. Fizycznie i psychicznie czuje się fatalnie. Znajduje się pod opieką psychiatry. Ma bardzo duże obrzęki kończyn dolnych, obejmujące stopy, podudzia i uda. Po zabiegu laminectomii i usunięcia łuków trzech kręgów piersiowych ma zwiększoną skłonność do dyskopatii i niefortunnie wykonany ruch powoduje ból. Utrzymują się dolegliwości przy oddawaniu stolca, występuje nietrzymanie zwieraczy odbytu, a na skutek ogromnej przepukliny występują kłopoty z oddawaniem moczu. Przez komisję ZUS pacjentka została uznana za inwalidkę I grupy, niezdolną do samodzielnej egzystencji.

Odpowiedzialność pozwanego szpitala powódka wiązała przede wszystkim z dwoma zdarzeniami: z zakażeniem wewnątrzszpitalnym, które spowodowało powstanie i rozwój ropnia w kanale kręgowym oraz z przebiciem ściany kanału odbytu i ściany pochwy. W części dotyczącej zakażenia sądowi wystarczył tzw. dowód *prima facie,* z zastosowaniem następującej linii rozumowania. **W przypadku zakażenia szpitalnego nie zawsze konieczne jest udowodnienie konkretnego źródła zakażenia, np. pochodzenia od określonego pracownika, narzędzia, czy z pomieszczenia. Wystarczające jest stwierdzenie tzw. winy bezimiennej i ustalenie przy pomocy dowodu *prima facie*, że najbardziej prawdopodobną przyczyną jest tylko jedna hipoteza. Oparty na konstrukcji domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.) dowód *prima facie* zwalnia stronę ponoszącą ciężar dowodu ze żmudnego wykazania wszystkich etapów związku przyczynowego między zdarzeniem sprawczym a szkodą, ale wymaga wysokiego prawdopodobieństwa pierwszego i kolejnych zdarzeń sprawczych, co pozwala traktować je jako oczywiste. Wówczas to prawdopodobieństwo pozwala przyjąć, że powód spełnił swój obowiązek dowodowy, nie można mu bowiem stawiać nierealnego wymogu ścisłego udowodnienia, jakimi drogami infekcja przedostała się do organizmu. Dowód *prima facie* dotyczy okoliczności, wskazujących na istnienie związku przyczynowo-skutkowego między określonymi zdarzeniami. Podstawę ustalenia takiego związku stanowi oparte na doświadczeniu życiowym oraz wiedzy przekonanie sądu, że w typowym przebiegu zdarzeń związek taki zwykle występuje. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, powódka w toku postępowania wykazała, że z przeważającym prawdopodobieństwem do zakażenia jej bakterią, które doprowadziło do powstania ropniaka, doszło w pozwanym szpitalu.** Odpowiedzialność szpitala zostałaby wykluczona, gdyby wykazano, że jego pracownicy zachowywali właściwy reżim

sanitarny, a sama organizacja szpitala pod tym względem nie pozostawiałaby wątpliwości. Tymczasem w toku postępowania wykazane zostało coś przeciwnego.

Samo zakażenie nie wywołałoby jednak daleko idących negatywnych konsekwencji zdrowotnych, ponieważ operacja neurochirurgiczna została przeprowadzona niezwłocznie, prawidłowo i z dobrym skutkiem. Dużo większe szkody i krzywdy oraz trwałe konsekwencje na przyszłość wywołało drugie zdarzenie: przebicie ściany odbytu i pochwy. Zdaniem biegłego przetoka odbytniczo – pochwowa powstała najprawdopodobniej w wyniku długotrwałego zalegania stolca w odbytnicy i ucisku spowodowanego masami stolca na jej ściany. Ucisk ten wywołał niedokrwienie i w konsekwencji martwicę tkanek oraz powstanie otworu w ścianie odbytnicy i pochwie, a następnie przedziurawienie (mówiąc potocznie, ściana odbytnicy przegniła na wylot). Zabieg lewatywy był wykonany w nieprawidłowej pozycji, istotniejsze jest jednak, że gdyby zwrócono większą uwagę na pielęgnację pacjentki, dbano o jej wypróżnienie (w sensie zachowania rytmu wypróżnień), to stolec by nie zalegał i nie doprowadziłby do przedziurawienia odbytnicy oraz pochwy. Zaniedbania pielęgniarskie i diagnostyczne były zdaniem biegłego kardynalne. Przede wszystkim na skutek ropnia i operacji neurochirurgicznej pacjentka miała w dolnych partiach ciała zniesione czucie, a to powinno uczulić zespół pielęgniarski i lekarzy na zapewnienie prawidłowych wypróżnień. Tymczasem **z książki raportów pielęgniarskich wynika, że nikt nie pytał o wypróżnienie, pacjentka nie oddawała stolca przez dziesięć dni, a lewatywa, o którą sama w końcu poprosiła, też nie doprowadziła do wypróżnienia. Brak skutecznego oddania stolca, utrzymywanie się długotrwałych dolegliwości bólowych w okolicach odbytu, powtarzające się epizody zgłaszanych przez powódkę krwawień i stwierdzane przez badających ją lekarzy, zmiany o typie żylaków odbytu, ziejącego odbytu, zaleganie mas kałowych w odbytnicy, a także wzdęcia brzucha, powinny być sygnałem do przeprowadzenia bardziej intensywnej diagnostyki. Biegły zakonkludował, że do przetoki odbytniczo – pochwowej nie doszło samoistnie.**

Między wierszami uzasadnienia wyroku da się wyczytać, iż pacjentka była przez pielęgniarki odbierana jako roszczeniowa i antypatyczna.

Nominalna kwota zasądzonego zadośćuczynienia wynosiła 1 000 000 zł, ale po zsumowaniu z odsetkami zasądzonymi dziewięć lat wstecz, czyli od daty wniesienia pozwu, dało to sumę ok. 5 000 000 zł. Ponadto została orzeczona renta odszkodowawcza 6 000 zł miesięcznie, płatna również z dziewięcioletnim skutkiem wstecznym.

### Kazus: Pionizacja po znieczuleniu

Po zabiegu pacjent pozostaje przez pewien czas pod opieką zmieniającego się personelu lekarskiego i pielęgniarskiego. Kluczowe znaczenie ma wówczas właściwy przepływ informacji o jego stanie. Za podstawowy sposób komunikacji wewnętrznej służy dokumentacja szpitalna, a personel obarcza obowiązek każdorazowego w nią wglądu. Z tego powodu, że ze względów czysto funkcjonalnych wszyscy powinni sprawdzać w dokumentacji, jaki był pod ich nieobecność stan pacjenta i jakie stąd wynikają zlecenia, można wysnuć regułę, iż **kto nie sprawdzi, ten jest winien, o ile zaniechanie przyniesie negatywne dla zdrowia pacjenta skutki**. Gorzej jednak, jeśli w dokumentacji nie ma tego, co powinno tam się znaleźć.

Komplikacje, o których będzie mowa, nastąpiły w rezultacie wspólnie popełnionego błędu - pacjentka została przez pielęgniarki zbyt szybko "spionizowana".[60]

[60] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 29 września 2005 r., I ACa 510/05, "Prawo i Medycyna" nr 3/2006 z gl. M.

Do operacji przepukliny zastosowano znieczulenie podpajęczynówkowe zamiast ogólnego.[61] Była to sytuacja nietypowa, spowodowana faktem, iż w wywiadzie anestezjologicznym chora zgłosiła występowanie komplikacji po znieczuleniu ogólnym zaaplikowanym przy innej operacji. **Według zaleceń anestezjologa udzielonych bezpośrednio pacjentce miała ona leżeć nieprzerwanie przez 48 godzin i „pod żadnym pozorem nie wstawać”**. Niemniej już po upływie doby została przez pielęgniarki praktycznie zmuszona do wstania z łóżka. Próbowała wprawdzie tłumaczyć, że anestezjolog kazał jeszcze leżeć, ale pielęgniarki kazały jej natychmiast wstać, bo *musi chodzić* i twierdziły, że wiedzą najlepiej, jak się postępuje z pacjentami. Jedna chwyciła ją za ręce i posadziła, a druga podsunęła obuwie nakazując zrobienie paru kroków. W rezultacie chora najpierw odczuła silny ból głowy, a zaraz potem zemdlała. Poźniej, w klinice neurologicznej, zdiagnozowano u niej *popunkcyjny zespół zlepnego zapalenia podpajęczynówki oraz zespół neurasteniczny z objawami silnej migreny*. Z miejsca nakłucia na kręgosłupie jeszcze przez cztery miesiące po wypisaniu pacjentki z pozwanego szpitala sączyła się ciemnobrunatna ciecz. Chroniczne bóle głowy uniemożliwiły wykonywanie jakiejkolwiek pracy zarobkowej i uczyniły dawną nauczycielkę matematyki inwalidką. Jak ustalił biegły, gdyby anestezjolodzy, wykonujący znieczulenie do operacji, zostali poinformowani o wystąpieniu tego powikłania, zastosowaliby podanie zewnątrzoponowo krwi własnej pacjentki, co dawało bardzo duże szanse wyleczenia. Wytknął brak konsultacji chirurgów z anestezjologiem w sytuacji, kiedy pacjentka zgłaszała utrzymywanie się nasilonych bólów popunkcyjnych. Wyraził następnie opinię, że jeżeli - mimo wyraźnego polecenia anestezjologa – pielęgniarki postawiły pacjentkę na nogi, to postąpiły nieprawidłowo, bo złamały zalecenie lekarskie. Zawiniony błąd pielęgnacyjny pociągnął za sobą następne zaniedbania – niezgłoszenie omdlenia anestezjologom w celu konsultacji, zlekceważenie objawów bólowych i niewykonanie zabiegu zaradczego.

**Są takie pomyłki, które faktycznie przesądzają o winie: gdy fachowcowi "nie wolno" się pomylić (pozostawić ciało obce w organizmie pacjenta, przeszczepić niewłaściwą nerkę, zaniechać koniecznej torakotomii). Sposobem na ich uniknięcie nie jest jednak zaostrzanie standardu lekarskiej *należytości*, lecz doskonalenie zasad ostrożności technicznej, tworzenie drobiazgowych algorytmów zabezpieczających przed pomyłką i najlepiej kilku stosowanych równolegle, bo przeoczenie może zdarzyć się najlepszemu. Zaniechanie ich wdrożenia stanowiłoby o winie organizacyjnej, natomiast nieprzestrzeganie przez konkretną zobowiązaną do tego osobę jest zawinieniem indywidualnym.**

**Z kolei niedołęgi nie powinny być puszczane na dyżur samopas bez dozoru. W dwóch znanych mi przypadkach anestezjolożki okazały się percepcyjnie i konceptualnie lepsze od chirurgów. To pokazuje, że w zespole nie ma ani "nie mojego odcinka", ani wtrącania się w nieswoje sprawy. Zatrudnianie personelu na tzw. umowy cywilnoprawne zamiast umów o pracę nie zmienia podstaw odpowiedzialności: to też jest stosunek zwierzchnictwa i podwładności, bo tzw. niezależny kontrahent działa na rachunek szpitala i korzysta z dostarczonego przez szpital zaplecza. Za to nie doznaje dobrodziejstwa regresu pracowniczego.**

**Wina anonimowa** (lub **organizacyjna**) *de facto* nie jest winą, która wymaga przypisania konkretnej osobie. Jest to pewien sposób wnioskowania na podstawie rodzaju popełnionego uchybienia, który pozwala na przypisanie odpowiedzialności szpitalowi lub innej placówce medycznej funkcjonującej jako organizacja zatrudniająca wieloosobowy personel i która posiada osobowość prawną. Opiera się na następującym rozumowaniu. Doszło do uchybienia, które nie wiadomo, kto popełnił, ale znany jest bądź „krąg podejrzanych”, bądź krąg wszystkich odpowiedzialnych – np. za niedopilnowanie, że na teren szpitala dostała się osoba niepowołana i nabroiła, np. pomieszała leki w kieliszkach, czy pozamieniała nalepki. Pilnować powinni byli

Nesterowicza. Operacja miała miejsce w r. 1995.

[61] Tzn. dooponowe, wymagające wkłucia w kręgosłup (MB).

wszyscy, nie upilnowano, stała się krzywda, np. pacjent poślizgnął się i złamał szyjkę kości udowej, bo na korytarzu był niesprzątnięty mocz innego pacjenta, który nie zdążył do toalety. Kto personalnie zawinił? Trudno powiedzieć, ale odpowiedzialność spada na placówkę, podobnie jak w większości przypadków zakażeń gronkowcem czy wzw typu B. Nie wiadomo, kto jest sprawcą, ale szkoda powstała w wyniku uchybienia, rodzaj uchybienia wskazuje na **czyjąś winę**, choć nie wiadomo konkretnie czyją. Przyczyną może być wadliwa organizacja czynności medycznych, opieki bądź zaplecza.

Szeroko rozumiane pojęcie podwładności, w tym również ogólnoorganizacyjnej (art. 430 k.c.) pociąga za sobą uznanie odpowiedzialności tego podmiotu, na czyj rachunek nastąpiło powierzenie wykonania. W razie stwierdzenia winy organizacyjnej lub zawinienia przez podwładnych, odszkodowanie najczęściej płaci pozwany przez poszkodowanego pacjenta szpital, ale może tzw. regresem pracowniczym obciążyć finansowo konkretnych pracowników. Zmiany w strukturze zatrudnienia mogą wyłączać ograniczony kwotowo regres pracowniczy: tzw. samozatrudnienie oznacza nieograniczoną kwotowo odpowiedzialność za wyrządzone szkody, co nie zmienia faktu, że w sensie ogólnoorganizacyjnym samozatrudniona pielęgniarka czy lekarz na tzw. kontrakcie też liczą się za podwładnych. Wówczas odpowiadają za szkody solidarnie ze szpitalem.