

Między niestarannością a związkiem przyczynowym. Uwagi na tle orzeczenia Okręgowego Sądu Lekarskiego w Warszawie (OSL - 45/12)

Wprowadzenie

Omówiona poniżej będzie sprawa typu dyscyplinarnego¹. Sam artykuł stanowi raczej studium przypadku niż komentarz do orzeczenia. Chodzi w nim nie tylko o zaprezentowanie praktyki sądów lekarskich, co jest tematyką rzadko podejmowaną w literaturze. Stan faktyczny, który podlegał rozpoznaniu, mógłby być równie dobrze podstawą odpowiedzialności karnej lub cywilnej². Stanowi on dobrą okazję do ponownego przemyślenia tradycyjnych pojęć istotnych dla odpowiedzialności w ogóle³.

¹ Ustawa o izbach lekarskich używa nazwy „odpowiedzialność zawodowa”, nie „dyscyplinarna”, co prawdopodobnie nie robi żadnej różnicy poza stylistyczną; zob. P. Konieczniak, *System prawa medycznego*, tom 3, *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021, s. 31.

² W sprawie toczyło się także postępowanie cywilne, z którego dowody okazały się w pewnej części użyteczne dla sądu lekarskiego.

³ Przypadek ten wart jest opisania z jeszcze jednego powodu. Wnioskując z kilkuletnich „testów na ludziach”, dobrze się on sprawdza jako materiał kazuistyczny w dydaktyce, w tym do zgłębiania problemów wykraczających poza rozumowanie sądu lekarskiego (np. pojęcie ryzyka, konstrukcja obiektywnego przypisania skutku lub związku adekwatnego). Przez studentów odbierany jest zazwyczaj jako bardzo ciekawy.

Istotą zdarzenia było poparzenie pacjentki przy zabiegu kosmetycznym⁴, skutkujące trwałą szkodą na osobie. Do zabiegu został użyty tzw. laser frakcyjny, urządzenie o egzotycznej nazwie, obce większości Czytelników, nawet tych mających przygotowanie medyczne lub biologiczne. Pożyteczne będzie więc wyjaśnienie na wstępie terminologii i niektórych aspektów technicznych opisywanego przypadku.

Od ponad 30 lat znane są w medycynie metody polegające na wywołaniu niewielkich, kontrolowanych uszkodzeń termicznych skóry dla redukcji zmarszczek i efektów fotostarzenia, a także usuwania zmian potrądzikowych lub blizn pourazowych (z punktu widzenia ocen prawnych mogą to być, zależnie od sytuacji, czynności lecznicze albo czysto kosmetyczne). Do wczesnych lat dwutysięcznych stosowano w tym celu zwykle lasery CO₂⁵, w ten sposób, że na całej powierzchni zaplanowanego zabiegu dokonywano ablacji naskórka i drobnej części skóry właściwej, aż do wytworzenia suchej rany powierzchniowej. W jednej z faz gojenia następuje w obrębie rany zespół procesów odbudowy tkanek (fibroplazja), prowadzący m.in. do wytworzenia w skórze nowych włókien kolagenu, co w kontekście „odmładzania” lub „naprawiania” skóry stanowi efekt pożądaný. Technika ta stanowi odpowiednik dermabrazji i zresztą bywa nazywana dermabrazją laserową.

We wspomnianych zastosowaniach wykazuje ona pewną rzeczywistość, kliniczną skuteczność⁶, jest zarazem jednak postępowaniem agresywnym, wyłącza pacjenta z normalnego trybu życia na tydzień lub dłużej, a do tego daje skutki niepożądane (ból, obrzęk, rumień) i niekiedy cięższe powikłania, jak infekcje, przebarwienia pozapalne lub przeciwnie

⁴ Osoba poddająca się działaniom z zakresu medycyny kosmetycznej nie wypełnia definicji pacjenta z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. (kwestia ta zostanie rozwinięta później). Określanie jej mianem pacjenta jest jednak zgodne ze zwyczajem językowym i nie ma powodu, aby tego unikać.

⁵ Lasery gazowe (molekularne) CO₂ stanowią stary, oswojony i bardzo rozpowszechniony rodzaj laserów wysokoenergetycznych, od dziesięcioleci wykorzystywany rutynowo w badaniach naukowych, wielu działach techniki i w medycynie, zwłaszcza w chirurgii, głównie do cięcia tkanek miękkich.

⁶ W początku lat dziewięćdziesiątych możliwości laserów wywoływały u specjalistów medycyny kosmetycznej „euforie”; dopiero z czasem zorientowano się, że nie jest to „cudowna broń”; W.L. Mang i in., *Manual of Aesthetic Surgery*, wyd. 2, Springer 2010, s. 543.

– hipopigmentację, tj. odbarwienie skóry⁷. Częstość tych zdarzeń skłoniła wielu chirurgów do rezygnacji ze stosowania ablacji na rzecz technik bezpieczniejszych⁸.

W nadziei zmniejszenia ryzyka zabiegowego opracowano metodę termolizy frakcyjnej (FT)⁹. Ona również polega na wywołaniu termicznego urazu skóry laserem, jednak w taki sposób, by zamiast tworzenia jednej, ciągłej rany, pokryć pole zabiegowe gęstymi szeregami urazów punktowych¹⁰, z pozostawieniem między nimi nienaruszonej, zdrowej tkanki – stąd zabiegi te nazywa się *frakcyjnymi*, tzn. cząstkowymi, względnie ułamkowymi. Jak należało oczekiwać, proces gojenia okazał się w tych warunkach szybszy, a powikłania rzadsze niż po zupełnym odparowaniu naskórka.

Z kolei nazwa *laser frakcyjny*¹¹ nie odnosi się do szczególnej idei konstrukcyjnej lub zasady działania, lecz do przeznaczenia praktycznego – oznacza po prostu wyspecjalizowane urządzenie do wykonywania zabiegów FT. Inaczej mówiąc, jest to laser zaprojektowany do cząstkowej termolizy skóry, analogicznie jak istnieją np. lasery do cięcia tkanek miękkich, pomiarów odległości, spawania, grawerowania, cięcia blach itp. Z technicznego punktu widzenia stanowi on zupełnie zwykły laser wysokoenergetyczny, wyposażony w standardową automatykę ze sterowaniem mikroprocesorowym. Od laserów o innym przeznaczeniu różni się oprogramowaniem, które pozwala wybrany odcinek ciała ostrzelać seriami impulsów według zadanego wzoru.

⁷ M.H. Gold, *Update on Fractional Laser Technology*, „The Journal of Clinical and Aesthetic Dermatology” 2010, nr 3(1), s. 42.

⁸ Chodzi m.in. o naświetlania nieablacyjnym laserem bliskiej podczerwieni lub urządzeniami Intense Pulse Light; cechuje je wprawdzie wyższe bezpieczeństwo, ale mierna skuteczność; M.H. Gold, *Update...*, s. 42.

⁹ Pierwsze jej użycie opisano w: D. Manstein i in., *Fractional photothermolysis: a new concept for cutaneous remodeling using microscopic patterns of thermal injury*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2004, nr 34 (5). Ostatecznie przyjęła się krótsza nazwa *fractional thermolysis* i skrót FT.

¹⁰ Taki obszar, zwany strefą mikrotermiczną, ma średnicę do 0,2 mm, a głębokość do 2,5 mm.

¹¹ W Polsce rozpowszechniła się groźnie brzmiąca a bezsensowna nazwa „laser frakcjonujący”, która sugeruje, że służy on do frakcjonowania pacjentów.

Zaraz po 2004 r. do obrotu trafiło wiele typów takich urządzeń¹², stanowiących wówczas nowość w wymiarze merkantylnym i użytkowym. Niemniej ani same lasery frakcyjne, ani zabiegi przeprowadzane przy ich użyciu nie były istotną innowacją jakościową, którą można by postrze- gać w kategoriach „ryzyka nowatorskiego”. FT jest postępowaniem bar- dzo podobnym do klasycznych zabiegów ablacyjnych, ale w porównaniu z nimi mniej agresywnym, bo obejmuje tylko ułamek powierzchni pola zabiegowego. Siłą rzeczy zabiegi frakcyjne są dla pacjenta bezpieczniejsze w tym sensie, że stwarzają niższe prawdopodobieństwo powikłań. Nie dają przecież gwarancji ich braku, nawet przy starannym wykonaniu¹³. Należy przypomnieć, że laserowe zabiegi „odmładzające” polegają na kontrolo- wanym przegrzaniu skóry, co zawsze stwarza pewien dylemat praktyczny. Ze wzrostem energii i głębokości oddziaływania na tkankę zwiększają się szanse powodzenia, tj. uelastycznienia skóry, redukcji zmarszczek i wad pigmentacji, lecz równocześnie rośnie też ryzyko przedawkowa- nia energii i niezamierzonego skoagulowania „żywej” skóry właściwej. Na odwrót, niższe energie i zabiegi płytkie są bezpieczniejsze, ale gorzej rokują pod względem skuteczności. Nie jest przy tym możliwe, by z góry określić jedno ustawienie parametrów zabiegu, które byłoby właściwe dla wszystkich pacjentów. Chirurg laserowy dobiera te parametry u każdego

¹² Mimo podobnego przeznaczenia różnią się one istotnie rozwiązaniami szczegółowymi, zwłaszcza ośrodkiem czynnym i częstotliwością pracy, co z kolei przekłada się na głębsze lub płytsze oddzia- lywanie na tkanki. Odróżnia się też systemy FT ablacyjne (ablacja jest w tym wypadku punktowa; okalający naskórek pozostaje niezmieniony) i nieablacyjne (punktowo przegrzewają skórę właściwą bez ablacji naskórka). Przegląd tych rozwiązań zob. M.H. Gold, *Update...*, s. 43 i n.

¹³ Przypadki bliznowacenia rany po zabiegu frakcyjnym były znane i opisywane najpóźniej w 2009- 2010 r.; M.M. Avram i in., *Hypertrophic Scarring of the Neck Following Ablative Fractional Carbon Dioxide Laser Resurfacing*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2009 Mar, nr 41(3), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2747732/> [dostęp: 28.08.2021]; M.H. Gold, *Update...*, s. 48. Z dłuższej per- spektywy czasowej i na podstawie większej ilości danych ustalono znacznie dłuższy katalog możliwych powikłań, obejmujący, by wymienić od najłagodniejszych: długotrwały rumień, trądzik, prosaki, skazy naczyniowe (plamice) pooparzeniowe, powierzchowne nadżerki, kontaktowe zapalenie skóry, „zapa- miętanie urazu” przez tkankę (*recall phenomenon*), zakażenia lokalne, zmiany barwnikowe, powikłania związane ze znieczuleniem, rozwój rogowiała kolczystokomórkowego, blizny przerostowe, ektr- opium (odwinięcie powieki) i zakażenia rozsiane; S.R. Cohen i in., *Clinical Outcomes and Complications Associated with Fractional Lasers: A Review of 730 Patients*, „Aesthetic Plastic Surgery” 2017, nr 41, s. 173.

indywidualnie, poruszając się przy tym między Scyllą szkody a Charybdą zabiegu jałowego i zbędnego.

Przy nieprawidłowym wykonaniu zabieg frakcyjny staje się zwyczajnie niebezpieczny. Z takim właśnie przypadkiem będziemy mieli do czynienia w opisaney niżej sprawie.

Stan faktyczny

Z dowodów wynikało co następuje: pokrzywdzona M.P. poddała się w przeszłości chirurgicznej korekcie piersi. Operacja pozostawiła pod biustem blizny przerostowe, niewielkie, ale w jej ocenie niepożądane i chciała je usunąć. Zetknęła się z chirurgiem dr. M.K., który zaoferował jej naświetlania laserem kosmetycznym (niskoenergetycznym); nie dały one znaczącego rezultatu.

Jakiś czas potem M.K. skontaktował się z nią ponownie i poinformował, że nabył nowy laser, który stanowi „rewelacyjny sprzęt do usuwania blizn”.

Było to urządzenie o nazwie Fraxel re:pair¹⁴ – jego „końcówką roboczą” jest laser CO₂, głęboko oddziałujący na skórę, generujący jedne z najwyższych energii spośród systemów frakcyjnych. Jego użycie jest dość bolesne, tak że zachodzi potrzeba wprowadzenia pacjenta na czas zabiegu co najmniej w sedację, gdy w przypadku innych laserów frakcyjnych ablacyjnych wystarcza znieczulenie miejscowe powierzchniowe. Szybko pojawiły się przypadki zdarzeń niepożądanych w postaci bliznowacenia ran po zabiegach z jego użyciem, a w ślad za tym obawy, że ich liczba będzie rosła wraz ze wzrostem liczby takich laserów w rękach niedostatecznie wykwalifikowanych lekarzy¹⁵.

Za namową dr. M.K. w październiku 2008 r. pokrzywdzona poddała się zabiegowi przy użyciu takiego urządzenia. Powstały po tym „rany,

¹⁴ Wypuścił je w 2007 r. na rynek podmiot Reliant Technologies Inc., jako najpotężniejszy i najagresywniej działający laser kosmetyczny z serii Fraxel; S.R. Cohen i in., *Clinical Outcomes and Complications...*, s. 173. Lasery te pozostają w sprzedaży do dzisiaj.

¹⁵ M.H. Gold, *Update...*, s. 48.

jakby owrzodzenia”, które goiły się opornie i coś się z nich sączyło. Lekarz uspokajał, że jest to efekt normalny, zwłaszcza że on „celowo zrobił ten zabieg tak mocno, żeby tych miejsc, tych liniowych kresiek w ogóle nie było widać, jak to się wszystko przebuduje”, a ona powinna „uzbroić się w cierpliwość”, bo skóra do normalnego wyglądu powróci za ponad pół roku¹⁶.

Mimo że po upływie trzech miesięcy proces gojenia nie był jeszcze zakończony, obwiniony zaproponował kolejny zabieg przy użyciu lasera frakcyjnego, tym razem mający na celu „odmłodzenie” skóry na twarzy i szyi. Pacjentka miała pewne obawy, m.in. podejrzewała u siebie (chyba niebezpodstawnie) skłonność do bliznowacenia ran i dopytywała się, czy w tych warunkach taki zabieg jest bezpieczny. Doktor M.K. odpowiedział, że „tym laserem leczy się blizny i tutaj ta skłonność w ogóle nie ma nic do rzeczy”. Ostatecznie zgodziła się i na to¹⁷, 24 stycznia 2009 r. zabieg ów został przeprowadzony. Dzień potem skórę miała zaczerwienioną, czuła się rozpalona i spuchnięta, ale obrzęk stopniowo ustąpił, a lekarz po badaniu ocenił, że naświetlane¹⁸ miejsca wyglądają prawidłowo. W istocie obrzęk i rumień są typowymi, krótkotrwałymi następstwami takich zabiegów. W tym okresie, zgodnie z zaleceniami, brała heviran¹⁹ oraz używała miejscowo „mleczka” o nazwie cetaphil.

Jednak wkrótce po tej wizycie „zaczęły się dziwne takie rzeczy dziać na dekolcie”, skóra zrobiła się purpurowa, a zarazem były na niej widoczne białe obszary („kreseczki”). Były to pierwsze oznaki nieprawidłowego

¹⁶ Działanie to nie było przedmiotem oskarżenia, niemniej trzeba zaznaczyć, że jeden z biegłych ocenił je jako niestaranne (patrz dalej). Z perspektywy czasu okazało się nieskuteczne, a według pokrzywdzonej nawet szkodliwe, bo w miejsce „blizn liniowych”, stanowiących „właściwie tylko takie zaczerwienienie i przerost”, pojawiły się blizny szerokie na 3 cm, z odbarwieniami skóry.

¹⁷ Według zeznań pokrzywdzonej uzgodniony był zabieg FT na twarzy i szyi. Odbył się on w znieczuleniu ogólnym, co wnioskując z literatury medycznej, nie było niezbędne, niemniej dr M.K. zaproponował takie rozwiązanie. Po wybudzeniu pacjentki okazało się jakoby, że lekarz przeprowadził zabieg także na powiekach i dekolcie – „w promocji” i żeby „zrobić jej niespodziankę”.

¹⁸ „Naświetlanie” jest w tym przypadku przenośnią; lasery frakcyjne, podobnie jak chirurgiczne, pracują w zakresie podczzerwieni.

¹⁹ Pokrzywdzona jest nosicielką HPV i miewa epizody aktywnej opryszczki z pęcherzami zapalnymi, ale w czasie zabiegu ani w okresie pozabiegowym ich nie miała.

gojenia urazu, czego pokrzywdzona nie wiedziała, niemniej sytuacja ją zaniepokoiła i ponownie odwiedziła gabinet obwinionego. Odniosła wtedy wrażenie, że jest on „przerażony” tym, co widzi, i nie wie, jak reagować. Potem ta okolica goiła się źle, ale pokrzywdzona zraziła się i nie chciała już, aby powikłaniami zajmował się dr M.K. Pomocy szukała u innych lekarzy²⁰. Na podstawie rozmów z nimi ostatecznie zwątpiła w kwalifikacje obwinionego, gdy m.in. dowiedziała się, że powinien był on poprzedzić zabieg naświetlaniem próbnym. Mimo długotrwałego leczenia naprawczego ostatecznie na dekolcie pozostały blizny, mające charakter poważnego, nieodwracalnego oszpecenia oraz ograniczające jej ruchy. Gdy toczyło się postępowanie, pokrzywdzona jeszcze kontynuowała próby leczenia, jednak przy bardzo wątpliwym rokowaniu.

Specyfika normatywna sytuacji

Wnioskiem o ukaranie objęty był tylko zabieg ze stycznia 2009 r. Sąd musiał rozstrzygnąć, jaki był charakter prawny tej czynności i jaki reżim normatywny należy do niej wobec tego odnosić. Ostatecznie przyjął, że zabieg stanowił **czynność kosmetyczną**, nie leczniczą, ponieważ jedynym celem obwinionego było uzyskanie **zmiany wyglądu, motywowanej oczekiwaniami estetycznymi pacjentki**. Obwiniony to kwestionował, tłumacząc, że jego działania były leczeniem, gdyż „uznajemy, że blizna to jest rodzaj pewnej choroby”, a ludzi z bliznami należy „ratować z blizn, z kompletnego oszpecenia”. Stwierdzenie to SL uznał za retoryczne²¹, a przede wszystkim w ogóle nieodnoszące się do czynu zarzu-

²⁰ Zdarzenia po zabiegu stanowią odrębną, długą historię, która dla postępowania miała tylko znaczenie uboczne. Początkowo lekarze, z którymi się kontaktowała, uchylali się od opieki jako niedostatecznie kompetentni albo stosowali doraźnie „metody popularne” o wątpliwej lub zerowej skuteczności, jak to nazwał jeden z biegłych. Do właściwego specjalisty trafiła dopiero po dłuższym czasie.

²¹ Blizny różnych rodzajów mają przypisane jednostki w międzynarodowej klasyfikacji chorób i problemów zdrowotnych ICD-10 (kody L90, L91). Nie pozwala to na generalną tezę, że są one „chorobami” uzasadniającymi leczenie (nie każda jednostka diagnostyczna określona w ICD odnosi się do „choroby”). Nie da się też bronić tezy przeciwnej, że blizny zawsze są tylko skazą na urodzie, a ich usuwanie jest czystą kosmetyką i zaspokajaniem próżności pacjenta. Rzecz jest bardziej złożona, a odpowiedź zależy od tego, o jakie blizny chodzi i jak one wpływają na funkcjonowanie człowieka, w tym w sferze psychiki.

canego, ponieważ M.K. obwiniony był o niestaranne wykonanie zabiegu ze stycznia 2009 r., gdzie wszak nie chodziło o jakiegokolwiek blizny, lecz o „odmładzanie” skóry, tj. działanie uzasadnione jedynie estetycznie.

Sąd przypomniał następnie, że czynności kosmetyczne są przy spełnieniu pewnych warunków dozwolone, mimo braku przepisów ustawowych, z których by to wynikało²². Do warunków tych zaliczył zakaz podejmowania czynności kosmetycznych wysoce ryzykownych²³ oraz wymaganie, by zgoda pacjenta na taką czynność została poprzedzona informacją o „wszelkich mniej lub bardziej możliwych do przewidzenia skutkach interwencji”²⁴.

Stanowisko SL, że sytuacja prawna czynności kosmetycznych jest szczególna i różna od tej dla leczenia, jest niewątpliwie trafne, wymaga jednak uzupełnienia. Czynności czysto kosmetyczne mogą niekiedy być działaniami („interwencjami”) medycznymi²⁵. Nie mieszczą się natomiast w pojęciu świadczenia zdrowotnego według ustawy o działalności leczniczej ani ustawy o prawach pacjenta²⁶. Kto zaś poddaje się takiej czynności, jest wprawdzie pacjentem w zwykłym sensie tego słowa, lecz nie jest

Odróżnianie i rozgraniczanie czynności „kosmetycznych leczniczych” od czysto kosmetycznych jest zagadnieniem złożonym i do pewnego stopnia spornym, zob. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 2012, s. 26–30, 125–176.

²² Zagadnienia warunków dopuszczalności zabiegów kosmetycznych są we współczesnej literaturze najobszerniej omówione przez R. Kubiaka w monografii *Odpowiedzialność karna...*; oraz tenże, [w:] *System prawa medycznego*, tom 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 778–823.

²³ SL przytoczył ten warunek za J. Sawickim, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 48. Odrzucił zarazem tezę oskarżyciela, że nie wolno podjąć czynności tego typu, „jeśli tylko mogą się zdarzyć powikłania, szkodzące dotychczasowemu wyglądowi pacjenta”. Warunek taki oznaczałby w praktyce niedopuszczalność podejmowania jakiegokolwiek ryzyka w medycynie kosmetycznej.

²⁴ Wyrok SN z dnia 5 września 1980 r., sygn. IICR 280/80, OSP 10/1981 r., poz. 170.

²⁵ Działanie medyczne stanowi każde działanie, przy którym używa się narzędzi i sposobów działania właściwych medycynie; zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, [w:] *System prawa medycznego*, tom 2, s. 84. Czynności kosmetyczne podejmowane przy użyciu sposobów i środków „domowo-drogeryjnych” nie spełniają tego pojęcia.

²⁶ Według ustawy o działalności leczniczej przez świadczenie zdrowotne rozumie się działania lecznicze („służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia”) oraz inne (tzw. nieterapeutyczne świadczenia zdrowotne), jeśli wynikają „z przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania” (art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l.).

nim w rozumieniu u.p.p. i nie korzysta, przynajmniej nie wprost, z praw pacjenta w tej ustawie określonych²⁷. Może się nawet pojawić wątpliwość, czy do takich przypadków w ogóle odnoszą się te przepisy prawa medycznego, które posługują się nazwą „pacjent”, z ustawą lekarską łącznie, co byłoby oczywiście funkcjonalnie niemożliwe do zaakceptowania. Efektu tego można uniknąć przez przyjęcie, że termin „pacjent” w u.z.l. ma być interpretowany autonomicznie i w zgodzie z normalną praktyką językową²⁸.

Uszczerbek na zdrowiu

Z opinii biegłych²⁹ w uogólnieniu wynikało, że u M.P. na dekolcie znajduje się blizna o wymiarach 13 x 15 cm, zajmująca ok. 1/3 powierzchni nadmostkowej, od wcięcia mostka do okolicy międzypiersiowej. Jest nierówna, miejscami przerostowa, miejscami troficzna (zanikowa). Dwie z opinii jednoznacznie diagnozowały ją jako skutek przeszłego oparzenia.

Blizna nie zawiera melanocytów, tj. komórek pigmentowych, jest więc odbarwiona; brak w jej obrębie także gruczołów łojowych. Okolica dekoltu wymaga przez to stałej osłony przed słońcem i stałego natłuszczania. Zmiany skórne tego rodzaju stanowią oszpecenie oraz są narażone na częstsze występowanie nowotworów niebarwnikowych skóry.

Na gruncie ustawy o prawach pacjenta świadczenie zdrowotne ma być rozumiane tak samo jak w u.d.l. (art. 3 ust. 1 pkt 6 u.p.p.).

²⁷ W u.p.p. „pacjent” oznacza osobę, która zwraca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub z nich korzysta (art. 3 ust. 1 pkt 4). Czynności kosmetyczne ani nie mają charakteru leczniczego, ani nie ma przepisów odrębnych, określających reguły ich wykonywania. Nie są więc świadczeniami zdrowotnymi, a osoba z nich korzystająca nie jest pacjentem. Do tych i podobnych przypadków u.p.p. może być stosowana jedynie przez analogię; P. Konieczniak, *System prawa medycznego*, tom 2, s. 341–342.

²⁸ Pośrednio przemawia za tym i fakt, że ustawa lekarska powstała kilkanaście lat wcześniej niż u.p.p. i jej oryginalnym założeniem nie mogło być odesłanie do sztucznej i nieelastycznej definicji pacjenta.

²⁹ SL dopuścił dowód z czterech opinii (jednej zleconej przez rzecznika odpowiedzialności zawodowej, a trzech wydanych dla celów równoległe się toczącego postępowania cywilnego). Stwierdziły one stan pokrzywdzonej w pierwszej połowie 2012 r., nieco ponad trzy lata po nieudanych zabiegu frakcyjnym.

Blizna powoduje ograniczenie ruchów; pokrzywdzona odczuwa „ciągnięcie” i dyskomfort przy zginaniu głowy, ruchach szyi do tyłu i ruchach rąk; nie ma ograniczenia ruchomości szyi w przód i na boki.

Zmiany są trwale i nieodwracalne. Według obecnej wiedzy nie ma możliwości powrotu skóry do pierwotnego wyglądu.

Związek przyczynowy

Sądy lekarskie oceniają zazwyczaj postępowanie lekarzy w kategoriach staranności/niestaranności, natomiast nie dociekają związku przyczynowego, bo odpowiedzialność zawodowa tego nie wymaga. „Zły” skutek, który zawsze jest warunkiem odpowiedzialności cywilnej, a zwykle również karnej, nie należy do definicji przewinienia zawodowego. Nie istnieją materialne, tj. znamienne skutkiem typy takich przewinień³⁰. Co prawda sąd lekarski powinien ustalać „rodzaj i rozmiar ujemnych następstw” przewinienia, który rzutuje na wymiar kary³¹. Jednak diagnoza w tym zakresie bardzo często wykracza poza praktyczną możliwość działania organów samorządu zawodowego. Stosunkowo częste są stany faktyczne, gdy działanie zawodowe lekarza było ponad wątpliwość niestaranne, ale tylko w niewielu z nich da się jednoznacznie stwierdzić, że pacjent (lub ktokolwiek inny) z tego właśnie powodu doznał szkody lub krzywdy, i określić rozmiar tego uszczerbku. Dlatego sądy lekarskie zwykle nie dokonują ścisłych ustaleń kauzalnych, a przewinienie zawodowe rozumieją raczej w kategoriach wywołania niebezpieczeństwa abstrakcyjnego niż spowodowania uszczerbku.

Omawiana sprawa była nietypowa, ponieważ szkodę na osobie włączono do opisu stanu faktycznego; przewinienie zostało ujęte jako niestaranne wykonanie zabiegu laserowego, które „w konsekwencji spowodowało oparzenia skóry w stopniu II/III, a następnie powstanie blizn

³⁰ Ściśle biorąc, przewinienia zawodowe w ogóle nie podlegają typizacji analogicznej do przestępstw i wykroczeń; zob. P. Konieczniak, *System prawa medycznego*, tom 3, s. 37–38.

³¹ Wniosek ten wynika z odesłania do odpowiedniego stosowania art. 53 k.k., tj. ogólnych dyrektyw wymiaru kary oraz katalogu faktów istotnych dla użycia tych dyrektyw.

przerostowych ściąających i naraziło pacjentkę na cierpienie, długotrwałe kosztowne leczenie usprawniające oraz trwale oszpecenie”. Sąd przeprowadził spójne i szczegółowe rozumowanie, uzasadniające wniosek, że blizny na dekolcie powstały z przyczyn leżących po stronie obwinionego. Stanowi to zasługę składu orzekającego, ale i materiału dowodowego, który mu na to pozwolił. Fakty w tej sprawie ułożyły się tak przejrzysto, że można ją traktować jako paradygmatyczny (modelowy) przypadek ustalania przyczynowości, ilustrujący ogólniejsze prawidłowości wnioskowań kauzalnych. Nasuwa on przy tym pewne refleksje o tzw. teoriach związku przyczynowego, nad którymi rozwodzą się podręczniki prawnicze i do których niekiedy odwołuje się orzecznictwo sądów powszechnych.

Tylko dwóch z czwórki biegłych odniosło się do kwestii związku przyczynowego.

Pierwsza z tych opinii (dalej oznaczona jako „I”) referowała głównie ogólny stan wiedzy w dermatologii³². Jej konkluzja wydaje się mało odkrywcza: przyczyną powstania blizn było „powikłanie procesu gojenia” po zabiegu laserowym³³. Dalej następowało obszernie wyjaśnienie, że według piśmiennictwa przyczyny inicjujące powstawanie blizn mogą być różne i liczne³⁴, natomiast które z nich wystąpiły *in concreto*, biegły nie

³² Z opinii wynika, że pokrzywdzonej osobiście nie oglądał, a wiedział o niej tyle, co wynikało z fotografii i opisów w dokumentacji.

³³ Stwierdzenie to jest nieinformatywne i przypomina wypełnianie karty zgonu przy użyciu „kodów śmieciowych” (np. I46 – zatrzymanie krążenia), na podstawie których nie sposób ustalić, co się właściwie stało i jaka jest faktycznie przyczyna śmierci. Zob. np. B. Stawińska-Witoszyńska, J. Gałęcki, W. Wasilewski, *Poradnik szkoleniowy dla lekarzy orzekających o przyczynach zgonów i wystawiających kartę zgonu. Wersja skrócona*, Warszawa 2019, s. 6–7.

³⁴ W szczegółach opinia stwierdzała, że trudności z gojeniem się ran mogą być m.in. skutkiem infekcji, ich prawdopodobieństwo zmniejsza profilaktyka przeciwniektynna, a zwiększa niewłaściwa higiena, czynniki toksyczne, alergiczne, jak uczulenie na sierść zwierzęcą, w ogóle kontakt ze zwierzętami, urazy mechaniczne, samookaleczenia, w tym drapanie się, wreszcie schorzenia ogólnoustrojowe przebiegające z osłabieniem odporności. U wszystkich pacjentów, niezależnie od ich cech osobniczych, okolice dekoltu i mostka są bardziej narażone na bliznowacenie niż inne partie ciała. Źródłem blizn przerostowych mogą być zaburzenia metaboliczne, zaburzenia naczyniowe, poziom hormonów płciowych, promienie słoneczne, palenie papierosów, stres, urazy mechaniczne, chemiczne lub termiczne, nieprawidłowe procesy immunologiczne, choroby alergiczne oraz zaburzenia emocjonalne.

umiał lub nie chciał się wypowiedzieć. Sąd lekarski nisko ocenił wartość tej opinii, ze względu na jej „zbyt abstrakcyjny” charakter. Biegły wyliczył znane nauce czynniki, które mogą mieć wpływ na zwiększone ryzyko nieprawidłowego gojenia i tworzenia blizn przerostowych. Opisał więc aktualny stan wiedzy ogólnej w dermatologii, ale nie uwzględnił kontekstu: konkretnego stanu faktycznego, w tym tego, że blizna u pokrzywdzonej dawała się bez wątpliwości zidentyfikować jako wynik oparzenia.

Inny biegły (opinia „II”) na podstawie badania fizykalnego ustalił, że u pokrzywdzonej występuje blizna płaszczynowa, polimorficzna, z pasmowatymi zgrubieniami. Można ją zidentyfikować jako pooparzeniową, a także wnioskować o ciężkości pierwotnego oparzenia: przeorośnięte pasma zgrubiałych blizn w obrębie całej polimorficznej blizny płaszczynowej odpowiadają stopniowi IIB, natomiast ściągające czerwone blizny, tworzące powierzchnię między tymi przeorośniętymi pasmami, odpowiadają III stopniowi oparzenia. Ze względu na charakterystyczną morfologię nie da się ona pomylić z przeczosami powstającymi w wyniku podrapania, bliznami po opryszczce, owrzodzeniu bakteryjnym lub innej infekcji. Nawet gdyby po powstaniu rany doszło do infekcji opryszczkowej lub innej, końcowy obraz blizny przesądza, że punktem wyjścia było oparzenie.

Biegły zwrócił następnie uwagę, że między zabiegiem laserowym na dekolcie a powstaniem w tym miejscu źle gojącej się rany zachodzi nie tylko zbieżność czasowa, ale i inny, mniej oczywisty związek. Pacjentka zauważyła u siebie białe pasma na skórze, tj. objaw, który odpowiada mechanizmowi działania lasera frakcyjnego³⁵, który natomiast nie mógłby się pojawić po zwykłym oparzeniu powierzchniowym.

Obwiniony oczywiście nie negował, że u pacjentki doszło do problemów z gojeniem i zbliznowacenia rany, ale twierdził, że to ona sama

³⁵ Ablacyjne, a tym bardziej nieablacyjne lasery FT, nie pozostawiają widocznych ubytków naskórka. Ich promieniowanie „wyladowuje się” w głębi skóry jako energia cieplna. Jeśli wskutek tego dojdzie do poważniejszego oparzenia (koagulacji) pod naskórkiem, przypowierzchniowe warstwy skóry właściwej stają się niedokrwione i bledną. Obraz kliniczny takiego oparzenia jest inny niż „zwykłego” oparzenia termicznego, którego źródło znajduje się na zewnątrz skóry.

do takiego stanu się doprowadziła. Przedstawił serię domysłów co do (rzekomo) prawdziwych przyczyn powikłań. Tak więc utrzymywał m.in., że M.P. „absolutnie i całkowicie zignorowała” jego zalecenia pozabiegowe i „nie zachowywała absolutnie żadnych zasad podstawowej higieny, dotyczącej tego typu zabiegów”³⁶. Podawał w wątpliwość, czy w ogóle stosowała się do zaleconego leczenia przeciwniektynnego, jakkolwiek w innym momencie wyjaśniał, że źle reagowała na stosowane leczenie przeciwniektynne. Utrzymywał też, że zaraz po zabiegu wychodziła rozebrana na mróz -2°C . Do tego w domu trzyma dwa wielkie psy, które „mogły jej uszkodzić skórę”, a to „może skutkować opryszczką, różą, posocznicą i zgonem”. O tych wszystkich faktach dr M.K. wie, bo „tak słyszał”. Oświadczył wreszcie, że pokrzywdzona „dużo podróżuje, zmienia kontynenty, zmienia klimaty”, a taki fakt „może (...) świadczyć o pewnym deficycie odporności i także predysponować do tego typu rzeczy”. Tłumaczenia te sprawiały wrażenie zmyślonych *ad hoc*, nie miały potwierdzenia w innych dowodach, częściowo zaś były wzajemnie niezgodne lub dziwaczne³⁷.

Końcowe rozumowanie SL w kwestii kauzalnej można ująć tak: rana, która uległa zbliznowaceniu, pojawiła się po zabiegu laserem. Samo następstwo czasowe nie może rozstrzygać o przyczynowości (*post hoc non est propter hoc*), ale blizna na dekolcie została rozpoznana jako niewątpliwie poparzeniowa, a jej źródłem było poważne oparzenie, stopnia IIB/III. Zarazem początkowe zmiany w okolicy zabiegu, tj. zblednięcie warstw powierzchniowych, świadczą o niedokrwieniu, a pośrednio o uszkodzeniu głębokich warstw skóry. Uszkodzenie to nastąpiło bez kontaktu z zewnętrznym źródłem ciepła, co jest możliwe właśnie przy użyciu lasera frakcyjnego. Wszystko to razem pozwala wnioskować, że to podczas zabiegu doszło do nieodwracalnej koagulacji tkanki i jest praktycznie wykluczone, by w grę wchodziła jakakolwiek inna przyczyna oparzenia.

³⁶ Obwiniony nie powiedział, o jakie konkretnie zasady i zalecenia miałoby chodzić, a w dokumentacji żadnych adnotacji na ten temat nie było.

³⁷ Szczególnie zdumiewająca dla SL była teza, że podróżowanie wywołuje deficyt odporności i predysponuje do zbliznowacenia ran.

Scenariusze wyliczane przez obwinionego, zgodnie z którymi okolica zabiegu pierwotnie goiła się prawidłowo, a powikłania spowodowała sama pacjentka, która ją rozdrapała, zainfekowała, wystawiła na zimno itp., Sąd odrzucił jako „spekulacje (...) odnoszące się do wymaginowanych stanów faktycznych”³⁸. Kolejność zdarzeń i obraz blizn po zagojeniu dowodziły, że ciąg prowadzący do szkody został zapoczątkowany poważnym oparzeniem głębokich warstw skóry, a wszak pokrzywdzona „sama się nie poparzyła, nie poparzyły jej psy, opryszczka ani wychodzenie nago na mróz” (z uzasadnienia). Odnosząc się z kolei do opinii biegłego I, SL stwierdził, że w tej sprawie nie jest istotna ogólna lista czynników, które sprzyjają powikłaniom podczas gojenia czy też bliznowaceniu. Z faktów wynika bowiem zupełnie konkretna przyczyna powstania źle gojącej się rany, mianowicie uraz termiczny, co zresztą biegły ów wymienił jako jedną z wielu możliwych przyczyn powstawania blizn przerostowych.

Jak ma się rozumowanie Sądu do wspomnianych na wstępie teorii związku przyczynowego? W żadnym punkcie nie odwołuje się do **teorii ekwiwalencyjnej** (kondycjonalnej). Jest ona zapewne dobrze znana Czytelnikom, więc wystarczy przypomnieć, że zgodnie z nią przyczyna to tyle, co warunek konieczny. Praktyczne zaś ustalanie związku przyczynowego między dwoma zdarzeniami miałyby się odbywać poprzez rozważanie „co by było, gdyby domniemana przyczyna nie wystąpiła” (tzw. test warunku koniecznego)³⁹.

Faktycznie jednak powiązań przyczynowych nie można stwierdzić przez tego rodzaju spekulacje, co omawiany przypadek dobrze pokazuje. Tego, czy zabieg laserowy był przyczyną ran i zbliznowacenia, nigdy nie

³⁸ SL dodał, że tego rodzaju zdarzenia, gdyby realnie miały miejsce i były potwierdzone dowodami, mogłyby mieć znaczenie w postępowaniu cywilnym, w kategoriach przyczynienia się poszkodowanego do zwiększenia szkody.

³⁹ Ma to wyglądać tak: wiemy, że zdarzenie *A* poprzedzało zdarzenie *B*, ale nie wiemy, czy było jego przyczyną. Wyobrażamy sobie więc sytuację analogiczną, w której jednak *A* w ogóle nie nastąpiło, i stawiamy pytanie, czy *B* zdarzyłoby się także pod nieobecność *A*. Zależnie od uzyskanej odpowiedzi (tak / nie) istnienie związku przyczynowego między *A* i *B* zostanie albo wykluczone, albo potwierdzone.

dowiemy się poprzez zadawanie pytania „czy pokrzywdzona miałaby blizny na dekolcie, gdyby nie poddała się zabiegowi laserowemu?” lub podobnych. Jest akurat na odwrót – żeby odpowiedzieć na to pytanie, najpierw trzeba przeprowadzić dowody, zestawić wynikające z nich fakty, odtworzyć przebieg zdarzeń i oddziaływania pomiędzy nimi, i ostatecznie na tej podstawie orzec, czy to zabieg laserowy doprowadził do powstania blizn⁴⁰. Póki tego nie uczynimy, test warunku koniecznego na żadne pytanie nam nie odpowie. Kiedy zaś ustalimy, co się naprawdę zdarzyło, tym samym uzyskamy też odpowiedź na zadane pytanie, obchodząc się przy tym całkowicie bez owego testu. W żadnym więc możliwym układzie sytuacyjnym teoria ekwiwalencyjna nie będzie dla naszego celu przydatna⁴¹.

W literaturze prawniczej zaproponowano jeszcze dwie inne teorie odnoszące się do diagnozowania związków przyczynowych⁴². Pierwszą jest **teoria warunku właściwego** lub inaczej: warunku odpowiadającego empirycznie potwierdzonej prawidłowości. Według niej „zdarzenie A wtedy jest warunkiem (przyczyną) wystąpienia zdarzenia B, kiedy zgodnie z poglądem reprezentowanym przez miarodajne kręgi specjalistów w danej dziedzinie zachodzi prawidłowość, że po zdarzeniu A nastąpi

⁴⁰ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 47–48; zob. też J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 16 i n.; P. Koniecznik, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 240–243.

⁴¹ Koncepcja ta, kiedyś uważana za jedyną godną zaufania, przeżywa powolny zmierzch. Przesadą jest jednak zdanie, że jest ona w nauce prawa karnego „powszechnie odrzucana jako metodologicznie błędna, niewystarczająca oraz prowadząca niekiedy do nieprawidłowych rozstrzygnięć”, J. Duda, *Szkoda majątkowa oraz przestępki jej przypisania w ramach przestępstwa nadużycia zaufania. Analiza dogmatyczna w świetle badań aktowych*, praca doktorska, Kraków 2018, s. 117, https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79688/duda_szkoda_majatkowa_oraz_przeslanki_jej_przypisania_w_ramach_przestepstwa_2018.odt [dostęp: 12.09.2021]. W doktrynie nadal są jej zwolennicy, omawia się ją, nie zawsze krytycznie, w standardowych podręcznikach, a sądy powielają w uzasadnieniach dawne, kondycyjalne formułki (np. o „warunku, którego hipotetyczna eliminacja prowadzi do odpadnięcia danego następstwa w jego konkretnej postaci”, powtarzana za postanowieniem SN z 21 lutego 2001 r., IV KKN 189/00, LEX nr 51087).

⁴² Oczywiście istnieją i inne konstrukcje doktrynalne, które mają w nazwie związek przyczynowy (np. teoria adekwatnego albo relewantnego związku przyczynowego), ale przedmiotem ich nie jest przyczynowość i jej rozpoznawanie *in concreto*, lecz dodatkowe kryteria ograniczające odpowiedzialność za skutek.

zdarzenie B”⁴³, zaś „w konkretnej sytuacji ustalenie związku przyczynowego między konkretnym czynem i skutkiem (...) sprowadza się do ustalenia, czy zachodzi uznana w kompetentnych kręgach (...) prawidłowość (...) i czy ta prawidłowość odnosi się do badanego przypadku”⁴⁴.

W doktrynie padł zarzut, że teoria ta każe orzekać o związku przyczynowym na podstawie samych generalizacji naukowych, bez sprawdzania faktycznych powiązań między zdarzeniami⁴⁵. Krytycy proponują czynić na odwrót i dociekać, czy w konkretnej sytuacji zachodził taki nieprzerwany ciąg oddziaływań fizycznych lub przekaz informacji, że ostatecznie zdarzenie wcześniejsze wywołało to późniejsze. To alternatywne podejście zostało nazwane **teorią faktycznego oddziaływania**⁴⁶.

Z pozoru są to koncepcje odrębne i niezgodne. Jedna chciałaby więzi przyczynowe ustalać „od góry”, przez podciąganie poszczególnych przypadków pod generalne prawa i zależności przyrodnicze⁴⁷. Druga proponuje działać „od dołu” i w obrębie konkretnego stanu faktycznego szukać konkretnych oddziaływań między konkretnymi zdarzeniami. Jednakże **sposób dochodzenia do diagnoz kauzalnych okazuje się dla obu teorii taki sam**. Pierwsza podkreśla rolę generalizacji⁴⁸. Zastrzega wszakże, by uwzględniać tylko te z nich, które odnoszą się do badanego przypadku, a to z kolei wymusza podejmowanie ustaleń co do faktów (konkretów)⁴⁹. Według drugiej należy badać fakty – jednostkowe ciągi

⁴³ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 47.

⁴⁴ Tamże. Zob. też J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 42.

⁴⁵ M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepubl. praca doktorska, s. 159–160; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 216–217, 224.

⁴⁶ Nazwę zaproponował T. Sroka (tamże), ale sama koncepcja była rozważana znacznie wcześniej; zob. J. Hanc, [w:] *System prawa medycznego*, tom 3, s. 503.

⁴⁷ Doktryna niekiedy nazywa to wnioskowanie subsumpcją, a więc identycznie jak podciągnięcie stanu faktycznego pod przepis ustawy.

⁴⁸ Pojęcie to wymagałoby wszechstronnego rozwinięcia, uwzględniającego m.in. różnice między uniwersalnymi prawami nauki a prostymi generalizacjami empirycznymi, a także między związkami przyczynowymi a korelacjami. Nie jest to możliwe w ramach tego artykułu.

⁴⁹ Dopóki nie znamy faktów składających się na sytuację konkretną, generalizacje naukowe nie pozwalają na żadne wnioski. W omawianej sprawie opinia I pracownicy wyliczała znane nauce ogólne

zdarzeń. Jednak nie da się tego zrobić z pominięciem generalnych praw, według których działa świat⁵⁰. Żaden bowiem łańcuch oddziaływań kausalnych nie jest bezpośrednio obserwowalny jako całość. Każdy zawiera „ukryte” ogniwa, które można poznać tylko pośrednio, przez **wnioskowanie z innych, znanych faktów i przy wykorzystaniu znajomości praw rządzących rzeczywistością**⁵¹. Jest to w istocie odpowiednik dowodzenia przez poszlaki (domniemania faktyczne w rozumieniu art. 231 k.p.c.).

Należyta staranność⁵²

Oceny w tym zakresie stanowiły podstawową kwestię w postępowaniu, bo dr M.K. został obwiniony o to, że „odmładzający” zabieg laserowy skóry twarzy (powiek, policzków i okolic ust), szyi oraz dekoltu wykonał bez zachowania należytej staranności⁵³.

prawidłowości powikłań w gojeniu i powstawania blizn przerostowych, ale była tak oderwana od stanu faktycznego, że nieprzydatna dla orzekania. Oczywiście nie odpowiadała teorii warunku właściwego, była najwyżej jej karykaturą.

⁵⁰ Opinia II powiązała fakty w sprawie w jeden łańcuch, odtworzyła mechanizm powstania szkody i zarazem wykluczyła mechanizmy alternatywne, kojarzy się więc z teorią faktycznego oddziaływania. Rozumowanie tego biegłego w istotnej mierze opierało się jednak także na prawidłowościach ogólnych, począwszy od fizycznych zasad działania laserów, przez mechanizmy oparzeń, kończąc na regularnościach w powstawaniu blizn, które pozwalają na podstawie cech morfologicznych rozpoznać ich pochodzenie.

⁵¹ Takim „ukrytym” ogniwem w opisywanej sprawie były oparzenia u pokrzywdzonej. Nikt ich po zabiegu nie widział i widzieć nie mógł, ponieważ były to zmiany na poziomie komórkowym, nadto znajdujące się pod naskórkiem. Przecież jednak po uwzględnieniu faktów poprzedzających i następujących, a także ogólnych prawidłowości reakcji tkanek na urazy termiczne, nie ulegało wątpliwości, że te oparzenia tam były.

⁵² Kategoria „należytej staranności” właściwa prawu medycznemu i cywilistyce odpowiada treścią ściśle lub niemal ściśle „ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”, o której mowa w ustawie karnej; zob. J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, „PiP” 1992, nr 1, s. 66. Uwagi w tej części artykułu miałyby więc zastosowanie także w odniesieniu do hipotetycznej odpowiedzialności karnej, której podstawą byłby prawdopodobnie art. 156 § 2 k.k.

⁵³ Niestaranne działanie zawodowe stanowi najczęstszą podstawę odpowiedzialności zawodowej lekarzy, zob. P. Koniecznik, *Nieformalne źródła prawa na przykładzie Kodeksu Etyki Lekarskiej*, [w:] *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, red. T. Giaro, Warszawa 2016, s. 146.

Z opinii II wynikało, że nieprawidłowo wykonany został już pierwszy, nieobjęty oskarżeniem zabieg, tj. próba zatuszowania blizn pooperacyjnych w październiku 2008 r. Nie wykonano przed nim testowego naświetlania na małej powierzchni skóry, a co gorsza całe to działanie nie miało uzasadnienia z punktu widzenia ówczesnego stanu wiedzy o fizjologii, biologii komórkowej i biochemii. Mechanizm działania lasera frakcyjnego polega na przegrzaniu skóry i pobudzeniu w niej syntezy kolagenu. Ma to sens przy zabiegach „odmładzających”. W stosunku do blizn przerostowych wydaje się nieracjonalne, gdyż blizna taka sama w sobie jest przerostem kolagenu. Biegły zauważył, że producenci i dystrybutorzy urządzeń frakcyjnych zachęcają do ich stosowania również do takich przypadków, mimo że podstawy naukowe takiej praktyki są wątpliwe⁵⁴. Tym samym pierwszy zabieg był prawdopodobnie czynnością zbędną z punktu widzenia wiedzy dostępnej *ex ante*, a *ex post* okazał się w najlepszym razie daremny, ale w kwestię tę SL dalej się nie zagłębiał, bo nie o tym miał orzekać.

Będący właściwym przedmiotem sprawy zabieg ze stycznia doprowadził, jak wiemy, do poparzeń na dekolcie i powstania blizn. Fakt ten był dla Sądu „sam przez się dowodem, że laser został użyty nieprawidłowo”, świadcząc, że obwiniony naświetlanie w tej okolicy przedawkował, a mówiąc bardziej fachowo, zastosowana przezeń powierzchniowa gęstość mocy⁵⁵ była zbyt wysoka. Ten i inne parametry pracy urządzenia jego operator każdorazowo ustawia przed zabiegiem. Oparzenie da się

⁵⁴ Ta uwaga biegłego miała pokrycie w rzeczywistości. Lasery frakcyjne były pierwotnie pomyślane jako bezpieczniejszy zamiennik zwykłych laserów w „odmładzaniu” skóry, usuwaniu śladów po łądźniku lub blizn pourazowych. Faktycznie jednak od samego początku próbowano ten zakres zastosowań rozszerzać na inne działania, m.in. usuwanie blizn wypukłych (przerostowych oraz keloidów); M.H. Gold, *Update...*, s. 43. Do dziś nie jest jednoznacznie rozstrzygnięte, czy takie zastosowanie ma wartość praktyczną. Niektóre publikacje formułują wnioski optymistyczne, ale nie podejmują się oceniać ich poprawności metodologicznej i wiarygodności. Zob. L. El Halal Schuh i in., *Impact of fractional CO2 laser treatment on hypertrophic scars and keloids: a systematic review*, „Revista Brasileira de Cirurgia Plástica” 2019, nr 34(1), <http://www.rbc.org.br/details/2356/impact-of-fractional-co2-laser-treatment-on-hypertrophic-scars-and-keloids—a-systematic-review> [dostęp: 25.08.2021].

⁵⁵ Nazwa „gęstość mocy” w medycynie laserowej oznacza moc na jednostkę powierzchni, a tym samym ilość energii przypadającej w jednostce czasu na jednostkę powierzchni tkanki.

wyjaśnić tylko w ten sposób, że obwiniony wybrał te wartości nieadekwatnie do właściwości skóry pacjentki.

Kluczowe jest w takim razie pytanie, czy istnieje jakiś sposób prawidłowego (starannego) określania parametrów pracy lasera frakcyjnego, który pozwalałby takiego scenariusza uniknąć.

W tradycyjnej chirurgii lekarz ma pole operacyjne pod kontrolą. Podczas zabiegów FT z oczywistych względów jest inaczej – nie da się ani na bieżąco obserwować ich efektów, ani stosownie do tego korygować ustawień lasera. Parametry naświetlania muszą więc być określone z góry, na podstawie przewidywań, jak skóra danej osoby będzie reagowała na zabieg. Każdego człowieka da się przyporządkować do jednego z tzw. fototypów skóry⁵⁶; im niższy fototyp, tym wyższe ryzyko oparzeń. Wiadomo też, że na poszczególnych częściach ciała skóra ma różną wrażliwość na oparzenia, a dekolt należy do okolic szczególnie na nie podatnych. Tego rodzaju wiedza pozwala jednak tylko na oszacowania zgrubne, niepewne i niewystarczające. Wobec tego **parametry dla konkretnego zabiegu trzeba dobierać empirycznie**, przez naświetlanie próbne małych fragmentów skóry w tej okolicy, gdzie taka czynność jest planowana. Dopiero na podstawie reakcji można stwierdzić, czy dalsze zabiegi laserem są w ogóle celowe, a jeśli tak, to jakie ustawienia będą właściwe.

Dwóch biegłych stwierdziło, że **powinnością lekarza było przeprowadzenie takiej próby przed właściwym zabiegiem**, a opinia II szczegółowo to uzasadniała. Biegły nie powoływał się na formalne rekomendacje ani literaturę dydaktyczną lub naukową, lecz na faktyczną praktykę „stosowaną normalnie w renomowanych ośrodkach laseroterapii”. Może w tym miejscu pojawić się generalna wątpliwość, czy sama w sobie praktyka, nawet przeważająca, jest tym samym praktyką dobrą,

⁵⁶ We współczesnej medycynie funkcjonuje opracowana przez T.B. Fitzpatricka skala porządkowa, dzieląca ludzi na sześć typów skóry o różnej (rosnącej) oczekiwanej reakcji na promieniowanie elektromagnetyczne, głównie w zakresie ultrafioletu. Podstawowym kryterium stwierdzenia fototypu u konkretnego pacjenta jest badanie przedmiotowe (ogłędziny pigmentacji skóry, koloru oczu i włosów) uzupełniane wywiadem pod kątem dotychczasowych reakcji na światło słoneczne itp. Z opinii II wynikało, że pokrzywdzona M.P. ma skórę w fototypie trzecim, tj. stosunkowo odpornym (jak na „białą” populację Europy).

a tym bardziej czy wynika z niej ogólnie obowiązująca reguła (norma) ostrożności. Można ją w tym wypadku pozostawić bez jednoznacznego rozstrzygnięcia, gdyż faktycznie uzasadnienie tej reguły nie sprowadza się do samej tylko praktyki, tj. stwierdzenia, że „wszyscy tak robią”. Są poza tym mocne podstawy, by sądzić, że praktyka naświetlań próbnych zmniejsza ryzyko powikłań, a bez wykonania takiej próby lekarz zwyczajnie nie wie, jakich ustawień użyć, i pozostawia wyniki zabiegu laserowego przypadkowi. Obowiązek ten jest więc uzasadniony ogólnym stanem wiedzy naukowej.

Obwiniony M.K. żadnych testów u pacjentki nie wykonał, choć nie było ku temu przeszkód. W sądzie tłumaczył, że nie były potrzebne, bo trzy miesiące wcześniej przeprowadził u niej korekcję blizn, co uznał za „pewnego rodzaju próbę” przed zabiegiem ze stycznia 2009 r. Niezależnie, czy było to wyjaśnienie w dobrej wierze, czy tylko wykręt, nie nadawało się ono do obrony. Działanie z października 2008 r. nie stanowiło testu na małej powierzchni w miejscu przyszłego zabiegu, lecz pełnoskalową interwencję innego rodzaju i w zupełnie innej okolicy ciała, nie mogło więc być podstawą rozsądnej decyzji klinicznej⁵⁷. Jak nadto zwrócił uwagę biegły w opinii II, nawet jeśli potraktować to w kategoriach próby, dała ona wynik negatywny. Po upływie tych trzech miesięcy pacjentka miała pod biustem niezagojone, sączące się rany (odnotowane w dokumentacji), co nakazywało rozważyć, czy w ogóle kwalifikuje się ona do kosmetycznego zastosowania lasera i, być może, w ogóle z tego zrezygnować, a co najmniej odroczyć drugi zabieg do czasu, aż sytuacja się wyjaśni.

Nie ustalono, jak wyglądało rzeczywiste rozumowanie obwinionego, które doprowadziło go do wyboru konkretnych parametrów zabiegu. Można się domyślać, że ustawiał je po prostu na oko. Jego doświadczenie praktyczne w użyciu lasera frakcyjnego było ograniczone – urządzenie

⁵⁷ W innym momencie rozprawy obwiniony sam zresztą wyjaśniał, że laseroterapia blizn w porównaniu z „odmładzającym” naświetlaniem skóry stanowi postępowanie „kompletnie zupełnie inne”, „jest zupełnie innym zabiegiem w sensie parametrów zabiegowych (...), w sensie parametrów naświetlania czegokolwiek”.

takie miał krótko (od maja 2008 r.) i jakoby wykonał nim wcześniej zabiegi u ok. 70 osób. Twierdził, że u poprzednich pacjentów nie obserwował powikłań, przynajmniej nie w tej okolicy ciała („był to tak naprawdę pierwszy dekolt, który tak się zachował”). O przygotowaniu teoretycznym obwinionego z dowodów wynikało niewiele⁵⁸. Nie wiadomo, czy przed innymi zabiegami wykonywał naświetlenia próbne i czy w ogóle wiedział, że tak należy robić. W każdym razie u pokrzywdzonej nie wykonał ich ani razu. Po próbie korekty blizn w październiku zapewniał ją, że „zrobił ten zabieg *mocno*”, co może sugerować, że ustawienia lasera dobierał beztrzesko, kierując się skutecznością zabiegów i zadowoleniem pacjentów bardziej niż ich bezpieczeństwem.

Zagadnienie nieostrożności SL podsumował następująco: „Lekarz jest (...) obowiązany rozpoznać ryzyko planowanych przez siebie czynności i podejmować je w taki sposób, by zagrożenia z nimi związane zminimalizować. Obowiązкови temu obwiniony uchybił na wiele sposobów, ignorując informacje (...) o skłonności skóry M.P. do wytwarzania blizn, fakt opornego gojenia i powstania przebarwień po pierwszym zabiegu, nie przeprowadzając testów przed naświetlaniem skóry i w efekcie (wnioskując z faktu, że doszło do ciężkiego poparzenia) nastawiając urządzenie na niewłaściwe parametry”⁵⁹.

Warto jeszcze zwrócić uwagę na pewien element rozumowania Sądu. W uzasadnieniu pada stwierdzenie, że „fakt oparzenia jest sam przez się dowodem, że laser został użyty nieprawidłowo”, w innym zaś miejscu, że „w tym przypadku fakt powstania szkody pozwala wnioskować o niestaranności, polegającej na nieadekwatnym ustawieniu parametrów naświetlania”. Może to się wydawać błędem w rozumowaniu. Przyczynowe wywołanie „złego” skutku oraz niestaranność (*resp.* nieostrożność)

⁵⁸ W wyjaśnieniach dr M.K. prezentował m.in. wiarę, że laser frakcyjny nadaje się do usuwania bliznowców (keloidów, tj. blizn wypukłych wykraczających poza pierwotne granice rany). Być może polegał w tej sprawie na treści materiałów reklamowych, bo z ówczesnego stanu wiedzy taki wniosek nie wynikał.

⁵⁹ W końcowej części uzasadnienia SL dodał, że działanie lekarza „istotnie odbiegało” od wzorca należytej staranności, zwłaszcza przy uwzględnieniu kosmetycznej jedynie natury zabiegu, gdzie cel działania jest „błahy” a wymagania bardziej rygorystyczne niż przy leczeniu.

są warunkami logicznie niezależnymi, więc spełnienie jednego z nich nie pozwala nic powiedzieć o tym drugim. Jednak w tym wypadku nie chodziło o relację logiczną, lecz o **zależności rzeczowe** w badanym stanie faktycznym. Szkoda miała postać charakterystycznych blizn, których obecność można było wyjaśnić tylko tym, że wcześniej w tym miejscu doszło do oparzenia. Po uwzględnieniu pozostałych okoliczności nasuwał się wniosek, że oparzenie powstało wskutek zabiegu ze stycznia 2009 r. Z tego z kolei wynikało, że musiało wówczas dojść do przedawkowania energii, a przedawkowanie takie jest wytłumaczalne, tylko jeśli operator lasera wybrał „złe” parametry pracy. Rozumowanie to stanowi oczywiście ciąg domniemań faktycznych, niemniej są to domniemania bardzo mocne, dające wnioski na pograniczu pewności⁶⁰. O tego rodzaju układach sytuacyjnych mówi się niekiedy krótko, że są to **przypadki, w których szkoda przesądza o niestaranności**.

Obiektywne przypisanie skutku

Ustalenia SL dotyczyły przebiegu czystego, empirycznego związku przyczynowego i brak w nich odwołania do jakichkolwiek prawniczych konstrukcji ograniczających odpowiedzialność za skutek. Nauka prawa stoi na stanowisku, że skutek może i powinien obciążać tę osobę, która go nie tylko fizycznie spowodowała, ale nadto jeszcze spełniła pewne dalsze kryteria normatywne. W cywilistyce kryterium takim jest adekwatność („normalność”) przyczynienia⁶¹; w prawie karnym podobną funkcję pełni tzw. obiektywne przypisanie skutku. Odpowiedzialność dyscyplinarna (zawodowa) jest zbliżona do karnej⁶², ale to jeszcze oczywiście nie oznacza, że mechanizm obiektywnego przypisania znajdzie zastosowanie

⁶⁰ Teoretycznie **zawsze** są do pomyślenia liczne alternatywne scenariusze wydarzeń, w inny sposób wyjaśniające to, co się zdarzyło. Jeżeli jednak owe alternatywne wyjaśnienia mają charakter tylko spekulatywny i nie są choćby częściowo uwiarygodnione materiałem dowodowym, należy w praktyce przechodzić nad nimi do porządku dziennego.

⁶¹ Art. 361 § 1 k.c.

⁶² Podobieństwa tego nie należy przeceniać, zob. P. Konieczniak, *O stosowaniu (i niestosowaniu) części ogólnej prawa karnego do odpowiedzialności zawodowej lekarzy*, [w:] B. Namysłowska-Gabrysiak,

do przewinień dyscyplinarnych. Zasadniczo służy on ustalaniu odpowiedzialności za dokonane przestępstwa typu materialnego. W odniesieniu do przewinień dyscyplinarnych ustalenia takie są z gruntu bezprzedmiotowe, skoro „zły” skutek ani nie decyduje o bycie przewinienia, ani nie wpływa na jego kwalifikację prawną. Niekiedy jednak, jak w omawianej sprawie, skutek taki stanowi istotny składnik przewinienia jako okoliczność obciążająca przy wymiarze kary, i wówczas posłużenie się kryteriami obiektywnego przypisania przez sąd lekarski byłoby chyba, teoretycznie biorąc, uzasadnione.

Czy i kiedy teoria obiektywnego przypisania skutku powinna być stosowana do przewinień zawodowych, jest jednak kwestią cokolwiek akademicką. Niezależnie od jej rozstrzygnięcia nie należy oczekiwać od sądów lekarskich, by tę złożoną teorię znały i uwzględniały w praktyce orzeczniczej. Ponieważ jednak czyn lekarza był prawdopodobnie nie tylko przewinieniem zawodowym, lecz i przestępstwem⁶³, można podjąć próbę jego (pobieżnej) oceny w kategoriach obiektywnego przypisania.

Dla obciążenia kogoś dokonany przestępstwem typu materialnego potrzebne jest w pierwszym rzędzie, by przyczynił się do skutku będącego znamieniem przestępstwa, a przy tym by samo jego zachowanie było nieostrożne (art. 9 § 2 k.k.). Jak już wiemy, w omawianym przypadku oba te elementarne warunki zostały spełnione. Poparzenie i późniejsze zbliznowacenie skóry były skutkami zabiegu laserowego. Sam zabieg podjęto z naruszeniem normy ostrożności, zgodnie z którą parametry pracy lasera należy określać na podstawie wyników wcześniejszego naświetlania próbnego. Ma ona za „przedmiot ochrony” zdrowie osoby poddawanej zabiegowi⁶⁴, ściślej zaś biorąc, jej celem jest zapobieganie wypadkom, gdy nieadekwatne ustawienie lasera wywoła u pacjenta

K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska (red.), *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, Warszawa 2016.

⁶³ W sprawie tej nie toczyło się postępowanie karne, jednak *prima facie* czyn obwinionego wypełniał znamiona przestępstwa, być może nawet z art. 156 § 2 k.k.

⁶⁴ Mówiąc inaczej, można ją zaliczyć do klasy „regul postępowania z dobrem prawnym”, jak to zazwyczaj określa doktryna.

uraz termiczny. Działanie obwinionego **w pełni odzwierciedliło treść i uzasadnienie owej normy** – zabieg został wykonany bez zachowania wymaganej procedury „ostrożnościowej” (naświetlań testowych), w efekcie czego powstał właśnie taki mechanizm kauzalny (zły dobór parametrów zabiegu i „przedawkowanie” użytej energii), a ostatecznie właśnie taka szkoda zdrowotna (oparzenia i blizny), jakim owa norma w założeniu miała zapobiegać.

W dalszym rozumowaniu należy uwzględnić, że obiektywne przypisanie skutku jest konstrukcją jeszcze nie w pełni ukończoną i proponowane są różne jej warianty. Zazwyczaj jako kryteria konkurencyjne traktuje się **test alternatywy** (konstrukcja „zgodnego z prawem zachowania alternatywnego”⁶⁵) oraz **przyrost ryzyka**.

Postępując według pierwszej z tych przesłanek, należałoby rozważyć przebieg wydarzeń w sytuacji, w której dr M.K. przeprowadziłby wymagany test i dopiero na podstawie jego wyników podjął właściwy zabieg. Jeśli w takim scenariuszu do oparzenia pacjentki by nie doszło, uraz ten można przypisać lekarzowi. Z kolei według przesłanki drugiej należałoby porównać stopień ryzyka powikłań przy prawidłowym sposobie postępowania i tym sposobie, który został faktycznie użyty. Jeżeli ryzyko działania nieprawidłowego jest wyższe, i to istotnie („znacząco”) wyższe, można „złym” skutkiem obciążyć lekarza.

W omawianej sprawie każdy z tych sposobów rozumowania wydaje się prowadzić do wniosku, że w postępowaniu karnym należałoby dr. M.K. przypisać odpowiedzialność za uraz, którego pacjentka doznała. Trzeba jednak przyznać, że jest to moje wrażenie subiektywne⁶⁶.

⁶⁵ Por. J. Giezek, *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4. Jakkolwiek test alternatywy przypomina wspomniany wcześniej test warunku koniecznego, nie odnosi się do niego krytyka dotycząca teorii kondycjonalnej; zob. P. Konicznik, *O nowelizacji, do której nie doszło, czyli blaski i cienie obiektywnego przypisania skutku*, „St.Iur.” 2016, 65, s. 60.

⁶⁶ Rzetelna ocena w każdym wypadku wymagałaby uwzględnienia danych i przynajmniej przybliżonego oszacowania częstości ciężkich powikłań po zabiegach frakcyjnych – tych wykonanych zgodnie z zasadami i tych nieprawidłowych. Być może poparzenia zdarzają się nawet przy nienagannym przygotowaniu i wykonaniu zabiegu. Różnica między ryzykiem zabiegów poprzedzonych naświetlaniem próbnym i wykonanych na oko niemal na pewno istnieje, ale być może nie jest różnicą istotną.

Na koniec wypada wspomnieć o przesłance tzw. **obiektywnej przewidywalności**. Zgodnie z nią można obciążyć człowieka „złym” skutkiem jego działania tylko wtedy, gdy ów skutek był w danej sytuacji obiektywnie możliwy do przewidzenia. Warunek ten jest niejednoznaczny i bywa interpretowany raz jako możliwość przewidywania, którą w analogicznej sytuacji miałby „modelowy obywatel” (wzorzec normatywny)⁶⁷, a kiedy indziej jako możliwość przewidywania przez „przeciętnego obywatela” (wzorzec empiryczny)⁶⁸. Uchylę się od oceny przypadku z tego punktu widzenia. Dodam tylko, że zwolennik kryterium obiektywnej przewidywalności w którejkolwiek możliwej interpretacji musiałby uwzględnić, że w czasie popełnienia czynu (2009) szczegółowa wiedza na temat powikłań zabiegów frakcyjnych była stosunkowo uboga. W tamtym czasie możliwość przewidywania oparzenia opierałaby się głównie lub jedynie na ogólnej wiedzy o zasadach działania laserów, fizjologii i mechanizmach urazów termicznych. Dla metody FT nie istniały jeszcze natomiast obszerne statystyki, artykuły przeglądowe, metaanalizy lub „przeglądy parasolowe”⁶⁹, tj. źródła informacji najbardziej wiarygodne w dzisiejszej medycynie. Nie wydaje się to jednak dostatecznym usprawiedliwieniem dla lekarza.

Omawiana sprawa nie daje okazji do rozważania tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania i należy je pominąć⁷⁰.

⁶⁷ Ta wzorcowa postać miałaby posiadać adekwatne kwalifikacje fachowe, sumienną postawę i zasób informacji obejmujący poza faktami dostępnymi „nadzwyczajne informacje”, którymi dysponował w czasie czynu zabronionego jego domniemany sprawca; zob. A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, tom 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2004, s. 155 (teza 33); W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 216–217.

⁶⁸ Możliwość przewidywania jest tu oceniana realistycznie i obejmuje przebiegi przyczynowe „typowe, zwyczajne czy mało zaskakujące”; zob. M. Małecki, *Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek płonącego anioła)*, CzPKiNP 2013, z. 2, s. 55.

⁶⁹ Nazwą taką (*umbrella review*) określa się metaanalizę wielu metaanaliz.

⁷⁰ Według tych przesłanek odpowiedzialność za „zły” skutek może zostać wyłączona lub ograniczona ze względu na włączenie się w sytuację dodatkowego łańcucha kauzalnego, spowodowanego działaniem innej osoby niż sprawca (pokrzywdzonego lub osoby trzeciej). W tym przypadku, pomijając opisanę wyżej, głoślowne spekulacje obwinionego, nic takiego nie miało miejsca.

Informacja i zgoda

Doktorowi M.K. zarzucono również, że zabieg laserowy w styczniu 2009 r. przeprowadził „bez uzyskania od pacjentki w pełni poinformowanej i świadomej zgody”. Temu wątkowi oskarżenia⁷¹ SL poświęcił niewiele uwagi, a ostatecznie, choć z wahaniem, orzekł, że obwiniony takiego przewinienia nie popełnił⁷².

Zagadnienie zgody w omawianej sprawie można uznać za dalszoplanowe. Funkcją tej instytucji prawa medycznego jest m.in. to, że przez złożenie zgody pacjent „bierze na siebie” możliwość powikłań przypadkowych, oczywiście pod warunkiem, że został na ich temat należycie poinformowany. Jeżeli ryzyko zabiegu następnie się ziści i pacjent dozna szkody, nikt nie będzie zobowiązany do jej naprawienia. Należy jednak powtórzyć, że taki mechanizm odnosi się do powikłań przypadkowych⁷³. W tym wypadku chodziło zaś o powikłania zawinione – zabieg, który został wykonany niestarannie i przez to wywołał poważną szkodę cielesną. Gdyby na domiar złego jeszcze i zgoda na ten zabieg okazała się wadliwa, byłby to tylko kolejny gwóźdź w wieku dobrze już zamkniętej trumny, ale nie nastąpiłaby gruntowna zmiana oceny przypadku⁷⁴.

⁷¹ Wniosek o ukaranie nieprawidłowo ujmował zabieg niestaranny i zabieg bez zgody jako dwa odrębne przewinienia zawodowe, choć był to przecież ten sam czyn. Należało to potraktować jako jedno przewinienie podlegające kwalifikacji z różnych przepisów prawa medycznego lub różnych przepisów KEL (por. art. 112 pkt 2 ustawy o izbach lekarskich w zw. z art. 11 § 1 i 2 k.k.). Podobny błąd jest częsty we wnioskach o ukaranie, a orzeczenia sądów lekarskich nie zawsze go korygują.

⁷² Z uzasadnienia wynika, że w części uniewinniającej SL oparł się tylko na zasadzie domniemania niewinności, gdyż materiał dowodowy po prostu nie pozwala stwierdzić, jak dokładnie było. Równocześnie Sąd podkreślił, że taki wynik możliwy jest tylko przy zastosowaniu ścisłych rygorów dowodowych, takich samych jak w postępowaniu karnym.

⁷³ Powikłania przypadkowe są niezależne od technicznej poprawności działania medycznego. Nie można ich uniknąć, w tym sensie, że nawet przy starannym rozpoznaniu problemu zdrowotnego, zaplanowaniu i wykonaniu działań, w pewnym odsetku przypadków takie powikłania się pojawiają.

⁷⁴ Gdy zabieg jest wykonany wadliwie, z perspektywy odpowiedzialności cywilnej zgoda pacjenta staje się sprawą w zasadzie obojętną, co dobrze tłumaczy wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 stycznia 2016 r. (VI ACa 322/15). Według uzasadnienia pierwszą podstawą takiej odpowiedzialności jest „błąd w sztuce lekarskiej”, tj. postępowanie obiektywnie sprzeczne z powszechnie uznanymi zasadami wiedzy i praktyki medycznej. „W każdej (...) sytuacji kiedy zabieg wykonywany jest wadliwie,

„Odmładzanie” skóry było pokrzywdzonej silnie reklamowane podczas jej wizyt w gabinecie po pierwszym zabiegu⁷⁵. Obwiniony opowiadał o nadzwyczajnej skuteczności lasera frakcyjnego, a zaprzeczał możliwości powikłań, twierdząc, że ich ryzyko jest „żadne” i że dotąd „nie odnotowano czegoś takiego”. Ostatecznie M.P. dała się przekonać. Powtórzy, że według jej zeznań zgodziła się na zabieg obejmujący twarz (policzki i okolice ust) i szyję; okazało się jednak, że lekarz zrobił jej „niespodziankę” i wykonał też naświetlanie na powiekach i na dekolcie.

Ustalenie, na co właściwie pokrzywdzona zezwoliła i jak dalece była wcześniej poinformowana o ryzyku, utrudniał fakt, że zgodę wyraziła ustnie. Obwiniony w tamtym czasie zgody pisemnej od pacjentów nie odbierał, nie stosował żadnych formularzy ani gotowej informacji pisemnej, choć według uzasadnienia „pacjentów (...) przyjmował dziesiątkami”⁷⁶. Czy odpowiadało to wymogom prawnym, nie ma jednoznacznej odpowiedzi. Artykuł 34 ust. 1 u.z.l. ustanawia formę pisemną dla zgody na zabiegi operacyjne oraz stosowanie „metod leczenia lub diagnostyki

niezgodnie z zasadami sztuki medycznej, stanowi on delikt, który uzasadnia odpowiedzialność (...). Drugą podstawę odpowiedzialności lekarza, która **pojawia się dopiero w tym momencie, kiedy zabieg przeprowadzany jest prawidłowo**, stanowi kwestia zgody pacjenta na zabieg. Żadna bowiem zgoda pacjenta nie powoduje uchylenia bezprawności w przypadku zabiegu przeprowadzonego niezgodnie ze sztuką medyczną”, [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/\\$N/15450000003003_VL_ACa_000322_2015_Uz_2016-01-21_002](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/15450000003003_VL_ACa_000322_2015_Uz_2016-01-21_002) [dostęp: 28.08.2021]. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej lub dyscyplinarnej sprawa jest bardziej złożona, bo ten sam czyn może być na zasadach zbiegu przepisów „multikwalifikowany” jako nieumyślny zamach na zdrowie skutkujący szkodą na osobie i zarazem zamach na jej autonomię.

⁷⁵ Do zabiegu intensywnie namawiała ją kobieta często obecna w gabinecie. Według pokrzywdzonej jest ona „kosmetyczką” i prowadzi usługi w sąsiednim lokalu użytkowym, a równocześnie na niejasnych zasadach pomaga dr. M.K. w jego praktyce, m.in. inkasuje pieniądze za zabiegi, wykonuje znieczulenia miejscowe powierzchniowe, a nawet wysyła on ją w swoim zastępstwie na wizyty domowe. Obwiniony utrzymywał, że jest to pielęgniarka (po sprawdzeniu okazało się, że nie jest). Osoba ta mówiła pokrzywdzonej, że „to jest taka nowość i cudowny zabieg, z którego każdy jest zadowolony, bo przynosi tak zdecydowaną poprawę wyglądu, że człowiek po pięciu dniach wychodzi młodszy o 10 lat”.

⁷⁶ Obwiniony wyjaśniał, że dopiero po tym wypadku przygotował stosowny formularz i zaczął go stosować.

stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta”⁷⁷. Zabieg FT prawdopodobnie zalicza się do kategorii czynności o podwyższonym ryzyku⁷⁸, ale nie jest zabiegiem operacyjnym ani też „metodą leczenia lub diagnostyki”. Powołany przepis dalby się więc zastosować tylko przez analogię, co jest dopuszczalne pod warunkiem, że w systemie prawnym jest luka wymagająca wypełnienia⁷⁹. Już ze względu na generalną zasadę ochrony dóbr osobistych działanie medyczne o celu kosmetycznym wymaga zgody zainteresowanego, ale nie ma żadnych przepisów odrębnych, które określałyby jej formę. Taki brak można interpretować albo jako przeoczenie ustawodawcy, albo jego zamierzone milczenie (to ostatnie prowadziłoby do wniosku o braku wymagań co do formy). Należy przyjąć, że zachodzi pierwszy z tych przypadków⁸⁰ i kosmetyka o „podwyższonym ryzyku” wymaga zgody w formie pisemnej⁸¹.

Pokrzywdzona zeznawała, że w rozmowach lekarz zaprzeczał, by zabieg frakcyjny był połączony z jakimkolwiek zagrożeniem. Według obwinionego było zupełnie inaczej: wszelkie możliwe powikłania

⁷⁷ Inne przepisy odnoszące się do formy pisemnej nie wchodzą w grę, bo przewidziane są dla nieterapeutycznych świadczeń zdrowotnych.

⁷⁸ Biegły będący autorem opinii II stwierdził na rozprawie, że użycie jakiegokolwiek lasera wysokoenergetycznego jest działaniem inwazyjnym, a zabiegi frakcyjne mają charakter „*de facto* koagulacyjny”, są więc w jego przekonaniu czynnościami o podwyższonym ryzyku.

⁷⁹ Por. R. Rejmaniak, *Wymóg formy pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k.*, „PiMP” 2013, nr 1–2, s. 155.

⁸⁰ Rozsądniejsze jest założenie, że ustawodawca zapomniał o regulacji szczególnej, niż że było jego zamiarem, aby w medycynie kosmetycznej przypadki „podwyższonego ryzyka” wyłączyć z wymagania formy pisemnej, gdy zarazem wymaganie to stosuje się na zasadach ogólnych do operacji kosmetycznych (te są bowiem po prostu zabiegami operacyjnymi i art. 34 ust. 1 u.z.l. odnosi się do nich bezpośrednio). Takie zróżnicowanie ocen nie daloby się racjonalnie wytłumaczyć.

⁸¹ Taka konkluzja prowadzi z kolei do pytania o konsekwencje niedochowania formy pisemnej, na które w ramach tego artykułu nie sposób odpowiedzieć. Doktryna normalnie odnosi ten problem do czynności leczniczych. Wyrażono dotąd trzy poglądy: że forma pisemna jest zastrzeżoną pod rygorem nieważności zgody, że jest zastrzeżona dla celów dowodowych, wreszcie że wymaganie ma charakter tylko porządkowy i pozbawiony sankcji (*lex imperfecta*); zob. przegląd stanowisk w: R. Rejmaniak, *Wymóg formy...*, s. 152–156. Praktyka sądowa traktuje to jako formę wymaganą ad probationem; taka interpretacja pochodzi z wyroku SN z 11 kwietnia 2006 r. (CSK 191/05, OSNC 1/2007 r. poz. 18).

opisywał jej wielokrotnie podczas wizyt⁸². Tego rodzaju sprzeczności nie dają się rozstrzygnąć z absolutną pewnością, nie wiadomo więc, jak było naprawdę. Być może po marketingowych oddziaływaniach „kosmetyczki” do świadomości pokrzywdzonej docierały tylko pozytywne strony zabiegu, a inne puszczała mimo uszu. Być może zaś lekarz faktycznie zapewniał ją o bezwzględnym bezpieczeństwie oferowanych zabiegów czy wręcz sam w to wierzył. W tamtym czasie termoliza frakcyjna mogła sprawiać wrażenie metody nieszkodliwej, jednak nie do tego stopnia, by twierdzić, że żadnych powikłań do tej pory „nie odnotowano”⁸³.

Historia o „promocyjnym” rozszerzeniu pola zabiegowego jest tak zdumiewająca, że nawet w zmerkantylizowanej medycynie kosmetycznej trudno uwierzyć, by zdarzyła się naprawdę. Z drugiej strony również trudno uwierzyć, by została ona przez pacjentkę zmyślona. Takie działanie, jeżeli rzeczywiście do niego doszło, stanowiłoby zabieg kosmetyczny wykonany podstępnie⁸⁴, co nie znajduje usprawiedliwienia w żadnych przepisach prawa medycznego⁸⁵ ani w innych gałęziach prawa. Można najwyżej powiedzieć, że z punktu widzenia ochrony dóbr osobistych

⁸² W pewnej sprzeczności stały z tym twierdzenia jego obrońcy, który równoległe przekonywał sąd, że wręcz „nie jest możliwe poinformować pacjenta o wszystkich możliwych powikłaniach”, i dodawał, że brak takiego obowiązku wynika z orzecznictwa sądów powszechnych. SL uznał tę tezę za fałszywą „niezależnie od tego, co na ten temat uważają sądy powszechne”, gdyż katalog możliwych powikłań w medycynie nie jest tak obszerne, aby nie dało się zapoznać z nim pacjenta. Dodał następnie, że sądy lekarskie są związane ustawą, a ani u.z.l., ani u.p.p. nie wskazują żadnej kategorii powikłań, którą lekarz miałby prawo przemilczeć. Na koniec wskazał, że według orzecznictwa przy działaniach kosmetycznych pacjent ma uzyskać informację pełną, tj. o wszelkich możliwych do przewidzenia skutkach interwencji.

⁸³ W pierwszym okresie wykonywania zabiegów frakcyjnych publikacje na temat ich bezpieczeństwa były nieliczne. Odnotowywano pewne komplikacje, niezbyt groźne i odwracalne, przy czym zastrzeżono, że dane na ten temat są ograniczone; zob. E.M. Graber i in., *Side effects and complications of fractional laser photothermolysis: experience with 961 treatments*, „Dermatological Surgery” 2008 Mar, nr 34(3). Pewne powikłania zabiegów frakcyjnych były zatem znane i opisywane w literaturze przed styczniem 2009 r. Jeśli ze strony obwinionego padły zapewnienia, że jest to działanie całkowicie pozbawione ryzyka, nie miały one podstaw w ówczesnym stanie wiedzy.

⁸⁴ Por. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna...*, s. 271–273; tenże, *System prawa medycznego*, tom 2, 812–813.

⁸⁵ Istnieje pewna podstawa do wykroczenia poza zakres zgody pacjenta; chodzi oczywiście o art. 35 u.z.l. Jest to przepis wyjątkowy, o przesłankach wąsko ujętych, odnoszący się wyłącznie do czynności leczniczych. Działania kosmetycznych „w promocji” w żaden sposób objąć nie może.

takie działanie jest jawnie bezprawne, lecz zarazem nie stwarza żadnego problemu praktycznego, jeśli zostało *ex post* zaakceptowane przez zainteresowaną osobę⁸⁶.

Uwagi końcowe

1. Ustalanie związku przyczynowego przez sąd lekarski ewidentnie nie opierało się na teorii ekwiwalencyjnej z testem *sine qua non* ani na jakiegokolwiek innej uniwersalnej koncepcji dowodzenia związków kauzalnych. Polegało natomiast na stopniowym **odtworzeniu zdarzeń, ich kolejności i oddziaływań pomiędzy nimi** z odwoływaniem się do prawidłowości ogólnych ustalonych przez naukę. Dla lekarzy jest to zwykły i naturalny sposób rozumowania⁸⁷, a ta sama uwaga zapewne odnosi się do przedstawicieli większości zawodów praktycznych, zwłaszcza inżynierskich.

Taką technikę poszukiwania związków przyczyna–skutek można opisać jednakowo dobrze w kategoriach „teorii warunku właściwego” jak „teorii faktycznego oddziaływania”, ponieważ są one w istocie tożsame (pozory, że jest inaczej, wynikają z różnic w opisie i rozłożeniu akcentów).

Z tej perspektywy można przyjąć, że naszą „ogólną teorię przyczynowości” stanowi całość wiedzy naukowej niezbędnej do rekonstrukcji związków przyczynowych – teorie i prawa należące do poszczególnych

⁸⁶ W tym wypadku pokrzywdzona chyba nie była oburzona z powodu „promocyjnego” naruszenia jej integralności cielesnej, dopóki nie wyszło na jaw, że efektem końcowym jest ciężkie oparzenie.

⁸⁷ Z badań aktowych wynika, że biegli lekarze sporządzający opinie z otwarcia zwłok lub obdukcji sądowo-lekarskich zawsze, a przy opiniach co do prawidłowości postępowania lekarskiego niemal zawsze pracują zgodnie z założeniami teorii faktycznego oddziaływania, starając się wykazać istnienie nieprzerwanego związku kauzalnego, w tym przypadku łańcucha patofizjologicznego, między czynem a skutkiem; zob. Z. Gąsczyk-Ożarowski, *Związek przyczynowy w wybranych rodzajach opinii sądowo-lekarskich*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, t. 65 (supl. 1/2015), s. 11. Oczywiście lekarze postępują tak nie dlatego, że nauczyli ich tego prawnicy; w medycynie jest to po prostu element przygotowania zawodowego: „metoda, jaką lekarz jest nauczony badać zachodzące w organizmie ludzkim zjawiska biologiczne” (tamże).

dziedzin nauki, właściwe tym naukom techniki poznawania faktów, metody obliczeniowe, schematy wnioskowania itd.⁸⁸

2. Istotą niestaranności przypisanej lekarzowi było podjęcie zabiegu frakcyjnego bez wcześniejszych naświetlań próbnych, które pozwoliłyby na wybór odpowiednich ustawień lasera. Sąd nie uwzględniał w swoim rozumowaniu żadnych normatywnych wzorców osobowych⁸⁹, lecz po prostu uznał obowiązywanie reguły, że takie testy należy obowiązkowo wykonać celem minimalizacji ryzyka zabiegowego.

Reguły starannego postępowania w medycynie nie zawsze są „prawem pisanym” wynikającym z rekomendacji albo źródeł opisowych (podręczników, artykułów naukowych itp.). W tym wypadku SL, idąc za opinią biegłego, uznał, że **dowodem na istnienie reguły jest faktyczna praktyka oparta na uzasadnieniach naukowych**.

3. Omawiany stan faktyczny nasuwa ogólniejszą refleksję, że brak przepisów odrębnych dla działań medycznych o celu czysto kosmetycznym stanowi wyraźną techniczną **lukę prawną**, którą pogłębia nieprze-myślana definicja pacjenta z u.p.p. Z pozoru żadnego problemu tu nie ma, bo działania tego rodzaju interpretujemy jako podejmowane w ramach niepisanego kontraktu albo, jeśli ktoś woli, jako „pierwotnie legalne”. Jest to dobre wyjaśnienie, dlaczego od dziesiątków lat praktyka traktuje działania kosmetyczne jako zasadniczo zgodne z prawem. Nie istnieją jednak dla nich dostatecznie jednoznaczne i precyzyjne kryteria oceny, które mogłyby stworzyć tylko ustawa. Brak takich kryteriów na co dzień nie jest widoczny. Ujawnia się dopiero w konkretnych przypadkach spornych i wymusza rozstrzygnięcia w drodze analogii, co ma, niestety, charakter doraźnej łataniny.

⁸⁸ W doktrynie od dawna obecne jest przekonanie, że celem nauki prawa „nie jest tworzenie takiej czy innej teorii związku przyczynowego, ponieważ należy to do kompetencji innych dyscyplin naukowych” (I. Dybowski, *Adekwatny czy konieczny związek przyczynowy (dokończenie)*, „Palestra” 1961, nr 7, s. 27).

⁸⁹ Stawianie pytań, co w analogicznej sytuacji zrobiliby „dobry, sumienny chirurg laserowy”, było w tym przypadku bezużyteczne.

Bibliografia

- Avram M.M., Tope W.D., Yu T., Szachowicz E., Nelson J.S., *Hypertrophic Scarring of the Neck Following Ablative Fractional Carbon Dioxide Laser Resurfacing*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2009 Mar, nr 41(3), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2747732/>.
- Bielski M., *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepubl. praca doktorska.
- Cohen S.R., Goodacre A., Lim S., Johnston J., Henssler C., Jeffers B., Saad A., Leong T., *Clinical Outcomes and Complications Associated with Fractional Lasers: A Review of 730 Patients*, „Aesthetic Plastic Surgery” 2017, nr 41.
- Dybowski T., *Adekwatny czy konieczny związek przyczynowy*, „Palestra” 1961, nr 6/7.
- El Halal Schuh L., Haddad A., Francischelli M., Crivelatti I., *Impact of fractional CO2 laser treatment on hypertrophic scars and keloids: a systematic review*, „Revista Brasileira de Cirurgia Plástica” 2019, nr 34(1), <http://www.rbcp.org.br/details/2356/impact-of-fractional-co2-laser-treatment-on-hypertrophic-scars-and-keloids—a-systematic-review>.
- Gąszczyk-Ożarówski Z., *Związek przyczynowy w wybranych rodzajach opinii sądowo-lekarskich*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, t. 65 (supl. 1/2015).
- Giezek J., *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, PiP 1992, nr 1.
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- Gold M.H., *Update on Fractional Laser Technology*, „The Journal of Clinical and Aesthetic Dermatology” 2010, nr 3(1), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2921736>.
- Graber E.M., Tanzi E.L., Alster T.S., *Side effects and complications of fractional laser photothermolysis: experience with 961 treatments*, „Dermatological Surgery” 2008 Mar, nr 34(3), <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18190541/>.
- Konieczniak P., *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002.
- Kubiak R., *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 2012.
- Mang W.L., Neidel F., Mackowski M.S., Becker A., Schantz J.-T., Then-Schlagau U., *Manual of Aesthetic Surgery*, wyd. 2, Springer 2010.

- Manstein D., Herron G.S., Sink R.K., Tanner H., Anderson R.R., *Fractional photothermolysis: a new concept for cutaneous remodeling using microscopic patterns of thermal injury*, „Lasers in Surgery and Medicine” 2004, nr 34 (5).
- Rejmانيak R., *Wymóg formy pisemnej zgody pacjenta w świetle art. 192 k.k.*, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 1–2.
- Sawicki J., *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965.
- Sroka T., *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.
- System prawa medycznego*, tom 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M Bora-tyńska, P. Koniecznik, Warszawa 2019.
- System prawa medycznego*, tom 3, *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.

Abstract

The article is a case study rather than a traditional commentary (*glossa*). Its subject is a disciplinary case, that was heard by a first instance medical court in Warsaw, attached to the Mazowiecka Okręgowa Izba Lekarska (Mazovian Regional Chamber of Physicians). The medical courts are not „real” courts as provided by Chapter VIII of the Polish constitution of 1997. Notwithstanding they are established by statutory law (*Ustawa o izbach lekarskich*) and they use both substantive and procedural rules that are provided by law and are clearly analogous to criminal responsibility.

The starting point for the case was an medical intervention, undertaken (in 2009) for purely cosmetic purposes – „skin rejuvenation” or, more precisely, a fractional photothermolysis, by use of a specially designed laser device (fractional laser). It resulted in severe complications and, finally, in grave and irremovable scarring on the patient’s cleavage. Facts of the case are thoroughly presented, as well as scientific and practical background of the use of high-energy lasers in cosmetic surgery, including history of such practices since the late eighties of the 20th century. Then, three important legal questions are discussed:

(1.) What is generally the status of purely cosmetic medical interventions under today's Polish law? – the answer appears vague, as this class of interventions is under some conditions perceived permissible both by the legal doctrine and the courts, but such a conclusion doesn't come from any actual statutory provisions (and Polish legal system is, as a rule, statutory).

(2.) The article fully refers the court's detailed reasoning on the causal relationship between initial medical intervention and final harm, suffered by the patient. Within the scope of causation the case can be recognized as paradigmatic. The events arranged a clear „causal chain”, the chain's links were well identifiable and relatively easy to be proven, without referring to presumptions, suppositions, statistical typicality and similar instruments of arguing. The court didn't appeal as well to „but-for” (*conditio sine qua non*) reasoning and using of the „but-for” causation test (in this case it would be obviously useless, redundant and idle). The article contains also some considerations on the of so-called *obiektywne przypisanie skutku* (objective attribution of an effect, i.e. an equivalent of German *objektive Zurechnung* doctrine) and on use of such a test in the discussed case (this part is only hypothetical).

(3.) Finally, the opposition „careful”/„careless” as a premise of responsibility is discussed. A human action is usually interpreted as careless if it is in discordance with some technical safety rules. In the case discussed the surgeon carried out the full scale intervention using arbitrary settings of the laser and omitted the test irradiation of a small area of the patient's skin. It could be put into doubt if the tests were really an obligatory rule, but the medical court decided it positively: however such a rule was not explicitly declared by medical manuals, it can be deduced from the the actual practice based on scientific evidence.