

ANDRZEJ GIRDWOYŃ*

O wpływie ulepszeń poznawczych na odpowiedzialność cywilnoprawną

I. Uwagi wprowadzające

Zjawisko ulepszenia poznawczego człowieka (*cognitive human enhancement*) było w minionych latach przedmiotem badań z zakresu filozofii i socjologii nowych technologii. Zostało ono dostrzeżone także przez naukę prawa. Zagadnieniem, które budzi szczególną uwagę, jest kwestia wpływu, jaki tzw. nadsprawność poznawcza może wywierać na sferę odpowiedzialności jednostki¹.

Z punktu widzenia prawa prywatnego wymaga rozważenia, czy odnośnie do przedstawicieli zawodów, których rodzaj wykonywanej pracy czyni szczególnie podatnymi na błędy związane ze zmęczeniem (jak chirurdzy czy piloci), można mówić o prawnym obowiązku poddania się ulepszeniu poznawczemu. Innymi słowy należy zapytać, czy profesjonalista, który odmówiłby poddania się takiemu ulepszeniu, mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności za szkodę doznaną przez osobę trzecią w następstwie jego zaniechania. Powyższy problem był analizowany na gruncie prawa angielskiego przez Imogen Goold i Hannah Maslen².

* Andrzej Girdwoyń (andrzej.girdwoyn@uw.edu.pl), Wydział Filozofii i Socjologii Uniwersytetu Warszawskiego, Centrum Bioetyki i Bioprawa

¹ N. Vincent, *The Challenges Posed to Private Law by Emerging Cognitive Enhancement Technologies* [w:] *the Law of the Future and The Future of the Law*, S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman, L. Kistemaker (red.), Oslo: Torkel Opsahl Academic Publisher 2011, s. 511–521; N. Vincent, *Enhancing responsibility* [w:] *Neuroscience and Legal Responsibility*, N. Vincent (red.), Oxford, UK, Oxford University Press 2013; J.A. Chandler, *Autonomy and the Unintended Legal Consequences of Emerging Neurotherapies*, „Neuroethics” 2013, 6(2), s. 249–264; F. Santoni de Sio, N. Faulmüller, N. Vincent *How Cognitive Enhancement Can Change Our Duties*, „Frontiers in Systems Neuroscience” 2014, 8, źródło: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnsys.2014.00131/full> [dostęp: 02.03.2020 r.]

² I. Goold, H. Maslen, *Obliging Surgeons to Enhance: Negligence Liability for Uncorrected Fatigue and Problems with Proving Causation*, „Medical Law Review” 2014, 23(3); I. Goold, H. Maslen, *Responsibility Enhancement and The Law of Negligence* [w:] J. Clausen, N. Levy, (red.), *Handbook of Neuroethics*, Dordrecht: Springer Netherlands, s. 1363–1380.

W niniejszym tekście problem ten jest analizowany w perspektywie polskiego prawa cywilnego.³

II. Przypadek chirurga opisany przez I. Goold i H. Maslen

I. Goold i H. Maslen analizują następujący, fikcyjny przypadek⁴. Chirurg X przepracował bez odpoczynku 36 godzin. Jest bardzo zmęczony i właśnie wychodzi ze szpitala do domu. Wówczas do szpitala zostaje przywieziony pacjent w ciężkim stanie. X jest jedynym chirurgiem kwalifikującym się do wykonania zabiegu i jedynym, który może zabieg wykonać, ponieważ drugi z chirurgów zatrudnionych w szpitalu cierpi z powodu poważnego zatrucia pokarmowego. X wie, że jest wyczerpany, ale uważa, że prawdopodobnie pozostanie wystarczająco sprawny przez okres niezbędny do wykonania operacji (około dwóch godzin). Uświadamia też sobie ryzyko, że popełni błąd z powodu zmęczenia.

X wie również, że alternatywą wobec przeprowadzenia przez niego zabiegu jest przeniesienie pacjenta do najbliższego szpitala oddalonego o ponad godzinę jazdy. Ma świadomość, że w tym czasie stan chorego ulegnie znacznemu pogorszeniu i istnieje możliwość, że w wyniku tego dozna on poważnego uszczerbku na zdrowiu. Chirurg X postanawia wykonać operację. Wówczas przypomina sobie, że jakiś czas temu przyjmował zalecany przez kolegę lek zawierający substancję o nazwie modafinil. Odkrył, że po zażyciu tego leku jest bardziej uważny, gdy jest zmęczony, a także, że może lepiej skoncentrować się podczas wykonywania złożonych zadań.

X ma w gabinecie kilka tabletek modafinilu. Obok dotychczasowych dwóch możliwości zachowania (wykonania zabiegu mimo zmęczenia i odesłania pacjenta do innego szpitala), pojawia się trzeci wybór. X mógłby zażyć modafinil w celu przeciwdziałania zmęczeniu i zniwelowania ryzyka popełnienia błędu podczas wykonywania operacji.

Czy X ma obowiązek zażyć lek? I czy w razie, gdy nie zażyje leku, a następnie popełni związany ze zmęчением błąd, który będzie skutkował doznaniem przez pacjenta uszczerbku na zdrowiu, X-owi będzie można przypisać odpowiedzialność odszkodowawczą?

III. Wyniki analizy I. Goold i H. Maslen

W swojej analizie I. Goold i H. Maslen koncentrują się na dwóch zagadnieniach. Pierwszym z nich jest kwestia ewentualnego obowiązku zażycia przez chirurga X modafinilu. Drugim kwestia związku przyczynowego między zaniechaniem ulepszenia poz-

³ Zob. A. Girdwoyń, J. Różyńska, *The Surgeon's Failure to Enhance and Tort Liability. Polish Civil Law Perspective* [w:] *Promises and Perils of Emerging Technologies for Human Condition. Voices from Four Postcommunist Central and East-European Countries*, P. Sykora, (red.), Berlin: Peter Lang GmbH International Academic Publishers 2019, s. 183–200.

⁴ I. Goold, H. Maslen, *Obliging Surgeons to Enhance...*, op. cit., s. 431–432.

nawczego przez lekarza a szkodą na osobie doznaną przez pacjenta. Ich analiza prowadzi do ogólnej, negatywnej konstatacji na temat możliwości przypisania chirurgowi X odpowiedzialności. Jest tak z następujących względów.

Po pierwsze, zdaniem badaczek jest bardzo mało prawdopodobne, aby jakikolwiek sąd angielski stwierdził, że chirurg (lub inny profesjonalista medyczny), który odmówi poddania się ulepszeniu poznawczemu, a następnie spowoduje uszczerbek na zdrowiu pacjenta, naruszył obowiązek, jaki nakładają na niego normy regulujące zasady wykonywania zawodu⁵.

Po drugie, w razie, gdy chirurg odmówi poddania się ulepszeniu poznawczemu, a następnie popełni błąd skutkujący uszczerbkiem na zdrowiu pacjenta, w świetle wiedzy dotyczącej oddziaływania środków ulepszenia poznawczego, wobec przyjmowanych w prawie angielskim teorii przyczynowości, mało prawdopodobne byłoby udowodnienie związku przyczynowego między faktem odmowy poddania się ulepszeniu poznawczemu z jednej, a szkodą na osobie pacjenta z drugiej strony. Dochodzenie przez pacjenta odszkodowania będzie zatem bardzo utrudnione⁶.

IV. Analiza przypadku na gruncie prawa polskiego – uwagi wstępne

Różnice między modelami odpowiedzialności odszkodowawczej w angielskim i polskim systemie prawnym uniemożliwiają proste odniesienie wyników analizy I. Goold i H. Maslen do realiów polskiego prawa. Odpowiedź na zadane przez autorki pytania musi więc zostać poprzedzona zarysowaniem najistotniejszych komponentów modelu odpowiedzialności na gruncie prawa cywilnego polskiego.

Kodeks cywilny⁷ wyróżnia dwa główne reżimy odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. reżim kontraktowy (odpowiedzialność *ex contractu*) i reżim deliktowy (odpowiedzialność *ex delicto*).

Z odpowiedzialnością kontraktową będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy dany podmiot (dłużnik) będzie zobowiązany do kompensacji szkody, jaką poszkodowany wierzyciel poniósł w następstwie niewykonania przez dłużnika zobowiązania lub wykonania tego zobowiązania w sposób nienależyty. Reżim odpowiedzialności kontraktowej odgrywa wprawdzie istotną rolę w praktyce cywilnej odpowiedzialności lekarzy i szpitali, jednakże jest bardzo mało prawdopodobne, aby w realiach analizowanego przypadku dłużnik opierał swoje roszczenie na tej właśnie podstawie. W związku z tym analiza zostanie dokonana odnośnie do zasad odpowiedzialności deliktowej.

⁵ I. Goold, H. Maslen, *Obliging Surgeons to Enhance...*, op. cit., s. 432–433.

⁶ *Ibidem*, op. cit., s. 453.

⁷ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1145 ze zm., dalej: Kodeks cywilny, k.c.).

Źródłem zobowiązania może być fakt wyrządzenia szkody, „za którą ustawa czyni kogoś odpowiedzialnym”⁸, a która nie wynika z faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Ochrona deliktowa przysługuje podmiotowi wówczas, gdy doznał szkody wskutek zajścia czynu niedozwolonego.

W podstawowym, istotnym z punktu widzenia problematyki pracy, modelu odpowiedzialności za czyn własny, odpowiedzialność za szkodę powstałą w następstwie czynu niedozwolonego opiera się na zasadzie winy. Powstanie obowiązku naprawienia szkody (powstanie zobowiązania) uzależnione jest wówczas od zajścia następujących elementów stanu faktycznego: szkody doznanej wskutek naruszenia chronionych przez porządek prawny dóbr i interesów podmiotu prawa, zachowania podmiotu prawa będącego zawinionym naruszeniem porządku prawnego, a także adekwatnego (normalnego) związku przyczynowego między działaniem a naruszeniem rodzącym skutek powstania szkody⁹.

Czyn niedozwolony, o którym ustawodawca stanowi w art. 415 k.c., nie następuje, gdy naruszenie praw i interesów nie będzie bezprawne (bo zachodzą okoliczności wyłączające bezprawność), lub też, gdy mimo bezprawności działania, podmiotowi naruszającemu nie będzie można przypisać za nie winy. O winie podmiotu (subiektywnym stosunku sprawcy do czynu, rekonstruowanym przez porównanie jego zachowania ze zobiektywizowanymi wzorcami) przesądzi co najmniej niezachowanie należytej staranności.

V. Obowiązek zachowania należytej staranności przez lekarza

Obowiązek zachowania przez lekarza należytej staranności przy wykonywaniu zawodu statuowany jest przez ustawodawcę w art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁰. Wynika on także z art. 8 Kodeksu etyki lekarskiej¹¹. Ponadto, mając na

⁸ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 210.

⁹ Z. Banaszczyk, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*. T. I. Art. 1–449, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2018, art. 415, nb 6, 19; M. Kaliński, *O wadliwej obiektywizacji szkody*, „Studia Iuridica” XLVII/2007, s. 101–102.

¹⁰ Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz. U. 2018 poz. 617 ze zm.), dalej: u.z.l. Korelatem obowiązku lekarza jest statuowane przez ustawodawcę w art. 8 ustawy o prawach pacjenta (ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1318 ze zm.), dalej: u.p.p.) prawo pacjenta – drugiej strony stosunku prawa medycznego – do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych w warunkach odpowiadających określonym w odpowiednich przepisach wymaganiom fachowym i sanitarnym.

¹¹ Obwieszczenie nr 1/04/IV Prezesa Naczelnej Izby Lekarskiej z 2 stycznia 2004 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu uchwały w sprawie Kodeksu etyki lekarskiej (Biuletyn Naczelnej

względnie, że relacja między pacjentem a podmiotem wykonującym działalność leczniczą ma charakter cywilnoprawny i zobowiązaniowy, lekarz, wykonując zobowiązanie, którego źródłem jest umowa o udzielenie świadczenia zdrowotnego, jest obowiązany zachować staranność, o której mowa w art. 355 § 1 i 2 k.c.¹².

W literaturze i orzecznictwie nie kwestionuje się, że ustawodawca, posługując się pojęciem należytej staranności w art. 4 u.z.l. odsyła do pojęcia zdefiniowanego w art. 355 § 1 k.c.¹³.

Przez zachowanie należytej staranności winno się rozumieć postępowanie przez dłużnika zgodnie z obiektywnym wzorcem postępowania („staranność ogólnie wymagana”), odpowiednim dla danego stosunku zobowiązaniowego („w stosunkach danego rodzaju”). Brzmienie art. 355 § 1 k.c. oddaje dwoisty charakter statuowanego przez ustawodawcę miernika staranności. Miernik ten jest zobiektywizowany¹⁴, nie jest jednak „doskonale abstrakcyjny”¹⁵ i zezwala na przyjęcie *in casu* pewnych kryteriów o charakterze podmiotowym, wynikających właśnie ze specyfiki właściwego dla danego stosunku zobowiązaniowego rodzaju działalności¹⁶.

Staranność, jakiej wymaga od podmiotu prawa cywilnego art. 355 § 1 k.c., ma charakter podwójnie zobiektywizowany. O jej stopniu decyduje w pierwszej kolejności rodzaj stosunku obligacyjnego, jaki łączy wierzyciela lub dłużnika. W przypadku odpowiedzialności deliktowej zakres staranności jest natomiast wyznaczany przez normy prawa determinujące sytuację danego podmiotu. Tytułem przykładu, lekarz, na mocy art. 4 u.z.l., wykonując zawód, zawsze będzie obowiązany do należytej staranności.

Staranność ta ma być jednak „ogólnie wymagana”. Ma być zatem oparta na powszechnych przekonaniach, uznawana przez ogół uczestników obrotu prawnego – choć nie niska. Jak trafnie zauważa M. Sośniak, od określonych grup społecznych i zawodo-

Rady Lekarskiej z 2004 r., nr 1 (81)), dalej: k.e.l. Przepis ten stanowi podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej lekarza na podstawie art. 8 pkt 1 w zw. z art. 38 pkt 1 w zw. z art. 53 ustawy o izbach lekarskich (Ustawa z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (t.j. Dz.U. 2018 poz. 168 ze zm., dalej: u.i.l.).

¹² W. Borysiak, [w:] *System prawa medycznego. Instytucje prawa medycznego*. Tom I, M. Safjan (red.), L. Bosek (red.), Warszawa 2018, s. 435 i n. wraz z literaturą tam przywołaną.

¹³ Tak np. E. Zielińska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, E. Zielińska (red.), Warszawa 2014, art. 4, nb 22.

¹⁴ M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 38.

¹⁵ J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 3, s. 809.

¹⁶ J. Jastrzębski, *O umownych modyfikacjach...*, op. cit.; M. Krajewski, *Niezachowanie należytej...*, op. cit., s. 38; Z. Banaszczyk, P. Granecki, *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8, s. 21.

wych opinia powszechna będzie wymagać właśnie wysiłku ponadprzeciętnego, przekraczającego zwykłą miarę¹⁷. Istotę zobiektywizowanego charakteru wzorca należytej staranności wyraża w tej mierze pogląd Sądu Najwyższego, zgodnie z którym zastosowanie w praktyce wzorca należytej staranności „polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z takim zachowaniem”¹⁸.

Zobiektywizowany charakter wzorca należytej staranności nie stoi na przeszkodzie temu, by we wzorcu tym uwzględnić pewne elementy o charakterze subiektywnym i podmiotowym. Nie jest bez znaczenia dla oceny zachowania danego podmiotu prawa, że osoba, która to dopuściła się tego zachowania, jest np. przedstawicielem swojego zawodu nadal kontynuującym kształcenie (co może skutkować obniżeniem wymaganego standardu staranności), tudzież, że wykonuje zawód w renomowanym szpitalu uniwersyteckim (co podwyższy oczekiwania względem jej kompetencji).

VI. Założenia dotyczące przypadku zmęczonego chirurga

Odpowiedź na pytanie, czy na lekarzu spoczywa w określonych sytuacjach obowiązek poddania się ulepszeniu poznawczemu, wymaga rozważenia, czy obowiązek poddawania się ulepszeniom poznawczym zawiera się w mierniku staranności, jaki będzie adekwatny dla oceny zachowania tego lekarza. Innymi słowy, należy zbadać, czy „dobry lekarz”, z którego fikcyjnym, wzorcowym postępowaniem będziemy porównywać zachowanie chirurga X, powinien w sytuacji, w jakiej X się znalazł, poddać się ulepszeniu poznawczemu, tj. zażyć modafinil.

W scenariuszu zapożyczonym od I. Goold i H. Maslen, X ma do wyboru trzy możliwości. Po pierwsze, może wykonać zabieg bez uprzedniego zażycia jakiegokolwiek środka ulepszania poznawczego, ryzykując błąd związany z tym, że jest zmęczony. Po drugie, może zażyć modafinil, jak robił to już w przeszłości, a następnie, będąc pod jego wpływem, przeprowadzić zabieg. Po trzecie, może odmówić przyjęcia pacjenta i nalegać, aby ten został przewieziony do innego szpitala gdzie indziej. X wybiera pierwszą opcję, a następnie dochodzi do niepożądanego zdarzenia i pacjent doznaje uszczerbku na zdrowiu.

Przypadek został opisany bardzo ogólnie, dlatego też, mając na względzie jego dalszą analizę z prawnego punktu widzenia, należy przyjąć trzy dodatkowe założenia:

- po pierwsze, że pacjent występuje przeciwko X z roszczeniem o odszkodowanie za uszczerbek na zdrowiu, który jest jego zdaniem konsekwencją błędu chirurga;

¹⁷ M. Sośniak, *Należyta staranność*, Katowice 1980, s. 171.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., V CK 311/02.

- po drugie, że pacjent nie twierdzi, że X mógł i powinien zapobiec błędowi związanemu ze zmęczeniem przez skierowanie go do innego szpitala, ale raczej, że mógł i powinien być zapobiec popełnieniu tego błędu, zażywając modafinilu;
- po trzecie, że zdaniem pacjenta błąd medyczny popełniony przez X polega właśnie na zaniechaniu zadośćuczynienia pewnemu spoczywającemu na nim, wynikającemu z zasad wykonywania zawodu, obowiązku – tj. obowiązku przystąpienia do wykonywania zabiegu po podjęciu wszelkich dostępnych działań zmierzających do maksymalizacji szans jego powodzenia.

VII. O bezprawności niepoddania się ulepszeniu poznawczemu

W polskim procesie cywilnym na powódzie dochodzącym odszkodowania od pozwanego lekarza spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi określone skutki prawne. Aby móc skutecznie dochodzić kompensacji szkody na osobie, pacjent musiałby zatem w pierwszej kolejności udowodnić, że zachowanie chirurga X było zawinione, tzn., że zaniechanie X-a było bezprawne, i że ponosi on winę w sensie subiektywnym (rozumianą jako stosunek podmiotu względem jego zachowania). Ponadto, pacjent musi udowodnić, że pomiędzy zaniechaniem, jakiego dopuścił się chirurg, a szkodą na osobie doznaną przez pacjenta, istnieje adekwatny związek przyczynowy.

Czy decyzja X-a o powstrzymaniu się od przyjmowania modafinilu była bezprawna i zawiniona? Aby tak stwierdzić, należałoby wskazać pewną powszechnie obowiązującą normę, która nakazywałaby lekarzowi zażycie modafinilu przed przystąpieniem do wykonywania operacji. Tymczasem ani przepisy prawa polskiego, ani Kodeks etyki lekarskiej, ani też żadne odpowiednie wytyczne zawodowe nie wymagają, ani nawet nie zachęcają lekarzy, którzy są przepracowani, do zażycia modafinilu w celu przezwyciężenia zmęczenia i senności w pracy.

Modafinil był zarejestrowany w Polsce pod nazwą handlową „Vigil”, ale producent wycofał go z rynku w 2011 r.¹⁹ Gdy był dostępny, zatwierdzono go tylko w przypadku nadmiernej senności związanej z przewlekłymi chorobami u dorosłych, w tym narkolepsją, zespołem obturacyjnego bezdechu sennego oraz umiarkowanym i ciężkim przewlekłym zaburzeniem snu²⁰.

¹⁹ Pismo Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych do Głównego Inspektora Farmaceutycznego z 13 kwietnia 2011 r., PL/RIR-070-244/11; Torrex Chiesi Polska sp. z o.o., *Powiadomienie o stałym wstrzymaniu obrotu produktem leczniczym*, źródło: <http://www.dia.com.pl/download/3667/> [dostęp: 02.03.2020 r.]

²⁰ Torrex Chiesi Polska sp. z o.o., *Komunikat dla osób wykonujących zawód medyczny dotyczący związku między preparatem Vigil (Modafinilum) a ciężką wysypką i zaburzeniami psychicznymi*, źródło: http://leki.urpl.gov.pl/komunikaty/2008/Vigil_DHPL_2008.04.18%20PL.pdf [dostęp: 02.03.2020 r.]

Tak więc nadmierna senność związana z wymienionymi chronicznymi chorobami była jedynym wskazaniem medycznym do przepisania leku pacjentowi. Lek nie został zatwierdzony do poprawienia zdolności poznawczych u zdrowych osób. Takie użycie niezgodne ze wskazaniem byłoby medycznie nieuzasadnione z powodu braku wystarczających dowodów naukowych na korzystny profil ryzyka i korzyści.

W czasie gdy lek Vigil był dostępny na polskim rynku, a tym bardziej obecnie, po wycofaniu tego leku, decyzja X-a o zażyciu modafinilu mogłaby zostać uznana za sprzeczną z przepisami prawa regulującym obowiązki zawodowe lekarza. Nawet okoliczność, że w szpitalu, w którym X pracuje, zażywanie modafinilu jest powszechną praktyką wśród lekarzy nie wystarczyłaby, aby uznać ewentualną decyzję o zażyciu leku za uzasadnioną.

Powyższe przesądza o niemożności przypisania X-owi odpowiedzialności w opisanym scenariuszu. W prawie polskim nie jest bowiem dopuszczalne przypisanie lekarzowi odpowiedzialności na zasadzie winy wówczas, gdy zachowanie tego lekarza nie nosiło znamienia bezprawności.

Powyższa niemożliwość mogłaby jednak zostać usunięta, gdyby pojawiły się profesjonalne wytyczne, nakazujące lekarzowi zażycie środka ulepszenia poznawczego wobec konieczności wykonania zabiegu, gdy jest on zmęczony. Z tego względu niezasadne byłoby zakończenie niniejszej analizy na konstatacji o niemożności przypisania chirurgowi odpowiedzialności przez wzgląd na niespełnienie pierwszej ze statuowanych przez normę art. 415 k.c. przesłanek winy. Konieczne jest poddanie analizie również kwestii związku przyczynowego między niepoddaniem się ulepszeniu poznawczemu z jednej, a uszczerbkiem na zdrowiu pacjenta z drugiej strony.

VIII. O związku przyczynowym między odmową ulepszenia a szkodą

Polskie prawo cywilne przyjmuje zasadę adekwatnej przyczynowości, wedle której sprawca czynu niedozwolonego jest odpowiedzialny wyłącznie za normalne (typowe) konsekwencje jego szkodliwego zachowania.

W celu ustalenia zakresu odpowiedzialności deliktowej przeprowadza się test *conditio sine qua non*, a także badanie „normalności” efektu w postaci szkody. W przypadku X-a, test *sine qua non* wymaga ustalenia, czy pacjent nie doznałby urazu, gdyby X zażył modafinil. W celu zbadania, czy w sprawie została spełniona przesłanka adekwatnego związku przyczynowego należy zbadać związki przyczynowe: (i) między decyzją X-a o przeprowadzeniu operacji w stanie zmęczenia i bez modafinilu a popełnionym błędem medycznym, oraz (ii) między błędem X-a a uszkodzeniem ciała doznany przez pacjenta.

Okoliczności opisanego przypadku, a także dostępne dane naukowe dotyczące skuteczności modafinilu nie pozwalają na jednoznaczne określenie przyczyn szkody.

Po pierwsze, nie wiadomo, czy rzeczywiście do szkody na osobie doszło dlatego, że X popełnił błąd wynikający z tego, że był zmęczony. Chociaż zmęczenie jest jedną z najczęstszych przyczyn błędów medycznych²¹, istnieją różne inne czynniki, które do nich prowadzą, takie jak na przykład brak odpowiedniej wiedzy lub umiejętności, niewystarczające doświadczenie, nieodpowiedni nadzór, pośpiech, brak zwykłej ostrożności itd.

Po drugie, nawet jeśli byłoby możliwe ustalenie, że uszczerbek pacjenta na zdrowiu nastąpił w następstwie zmęczenia, badania naukowe wskazują jedynie, że modafinil ma pewien korzystny wpływ na wybrane procesy poznawcze u niektórych zdrowych, ale pozbawionych snu osób²². Wyniki te nie potwierdzają jednak wniosku, że lek eliminuje wszystkie skutki zmęczenia i, co najważniejsze, że gdyby został przyjęty przez X, zapobiegałby szkodliwemu błędowi związanemu ze zmęczeniem.

Po trzecie, skoro natura uszczerbku na zdrowiu pacjenta i natura błędu X-a są nieznane, niewiele można powiedzieć o przyczynowym związku między tymi dwoma zdarzeniami. Nie ma zatem podstaw, by pacjent twierdził, że gdyby X zażył modafinil, prawdopodobnie nie popełniłby błędu medycznego, a szkoda nie doszłaby do skutku. Adekwatny związek przyczynowy między zaniechaniem lekarza, błędem w sztuce lekarskiej i szkodą poniesioną przez pacjenta nie może być definitywnie ustalony.

Chociaż negatywny wynik badania *conditio sine qua non* sprawia, że wszelka dalsza analiza przyczynowej nieważności jest zbędna, kilka uwag należy poświęcić kwestii oceny „normalności” właściwych związków przyczynowych. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy uszczerbek na zdrowiu doznany przez pacjenta mieści się w zakresie „normalnych” skutków decyzji X-a o przeprowadzeniu operacji bez modafinilu? Ponieważ związek przyczynowy między szkodą a decyzją X-a jest pośredni, pytanie to należy podzielić na dwie części.

Po pierwsze, czy prawdopodobieństwo błędu medycznego związanego ze zmęczeniem (podobnego do błędu popełnionego przez X-a) znacząco zmniejsza się za każdym razem, gdy chirurg (ze specjalizacją, kwalifikacjami i doświadczeniem podobnym do X-a) przyjmuje modafinil?

Po drugie, czy prawdopodobieństwo uszczerbku na zdrowiu (podobnego do tego, którego doznał pacjent) znacznie zwiększa się za każdym razem, gdy chirurg popełnia błąd medyczny związany ze zmęczeniem (podobny do tego popełnionego przez X-a)?

²¹A. Bari, R.A. Khan, A.W. Rathore, *Medical Error: Causes, Consequences, Emotional Response and Resulting Behavioral Change*, „Pakistan Journal of Medical Sciences” 2016, 32(3), s. 523–528.

²²D. Repantis *et al.*, *Modafinil and Methylphenidate for Neuroenhancement in Healthy Individuals: A Systematic Review*, „Pharmacological Research” 2010, 62(3), s. 204.

Jak argumentowano powyżej, na drugie pytanie nie można odpowiedzieć z powodu braku informacji na temat charakteru uszczerbku na zdrowiu pacjenta, a także charakteru błędu medycznego popełnionego przez X-a.

Odpowiedzi na pytanie pierwsze można natomiast udzielić, wyłącznie odwołując się do wyników badań naukowych. Te zaś nie są rozstrzygające. Powszechnie uważa się, że ludzie w ogóle i lekarze w szczególności są zasadniczo mniej sprawni, gdy są pozbawieni snu lub zmęczeni. Przekonanie to nie opiera się jednak w istocie na silnych dowodach.

Niektóre badania wykazały, że senność i zmęczenie wpływają na funkcje poznawcze i ruchowe²³ i mają negatywny wpływ na bezpieczeństwo pacjenta²⁴. Systematyczny przegląd badań nad wpływem zmęczenia na efekty działań chirurgów i wyniki leczenia chirurgicznego, przytoczony również przez I. Goold i H. Maslen²⁵, sugeruje jednak, że „ogólne (słabe) dowody wskazują, że nie udowodniono, iż klinicznej bycie zmęczonym i pozbawionym snu bezpośrednio wpływa na sprawność psychomotoryczną”²⁶. Ponadto, jak było już podkreślone, nie jest jasne, że farmakologiczne neurowspomagacze takie jak modafinil, mogą istotnie wyeliminować lub skorygować zaburzenia poznawcze, które są odpowiedzialne za rzekome gorsze wyniki psychomotoryczne u zmęczonych osób²⁷.

Podsumowując, należy wskazać, że w świetle aktualnej wiedzy nie można twierdzić, że szkoda doznana przez pacjenta w następstwie błędu w sztuce, jakiego dopuścił się X, jest „normalną” konsekwencją niezażycia przez X-a modafinilu.

IX. Uwagi podsumowujące

Przypadek X-a, przepracowanego i wyczerpanego chirurga, który zdecydował się na wykonywanie obowiązków zawodowych bez uprzedniego zażycia modafinilu, stanowi

²³ J.J. Pilcher, A.I. Huffcutt, *Effects of Sleep Deprivation on Performance: A Meta-Analysis*, „Sleep” 1996, 19(4), s. 318–326.

²⁴ D.C. Baldwin Jr, S.R. Daugherty, *Sleep Deprivation and Fatigue in Residency Training: Results of A National Survey of First- and Second-Year Residents*, „Sleep” 2004, 27(2), s. 217–223; C.P. West, A.D. Tan, T.M. Habermann, J.A. Sloan, T.D. Shanafelt, *Association of Resident Fatigue and Distress with Perceived Medical Errors*, „JAMA” 2009, 302(12), s. 1294–1300; A. Bari, R.A. Khan, A.W. Rathore, *Medical Error: Causes...*, op. cit.

²⁵ I. Goold, H. Maslen, *Obliging Surgeons to...*, op. cit., s. 435.

²⁶ L. Sturm, D. Dawson, R. Vaughan, P. Hewett, A.G. Hill, J.C. Graham, G.J. Maddern, *Effects of Fatigue on Surgeon Performance and Surgical Outcomes: A Systematic Review*, „ANZ Journal of Surgery” 2011, 81(7–8), s. 508.

²⁷ C. Sugden, C.R. Housden, R. Aggarwal, B.J. Sahakian, A. Darzi, *Effect of Pharmacological Enhancement on The Cognitive and Clinical Psychomotor Performance of Sleep-Deprived Doctors: A Randomized Control Trial*, „Annals of Surgery” 2012, 255(2), s. 222–227.

adekwatny przykład nowych wyzwań prawnych związanych z rozwojem technik ulepszenia poznawczego.

Autorki scenariusza przeanalizowały ten przypadek na gruncie prawa angielskiego. Argumentowały one, że żądanie zasądzenia odszkodowania za szkodę wyrządzoną wskutek zaniechania polegającego na niepoddaniu się ulepszeniu poznawczemu prawdopodobnie nie zostanie uwzględnione przez sądy angielskie.

Analiza dokonana odnośnie do polskiego prawa cywilnego prowadzi do podobnych wniosków. Również w polskim prawie deliktowym dochodzenie przez pacjenta odszkodowania za szkodę doznaną w następstwie odmowy poddania się przez lekarza ulepszeniu poznawczemu byłoby bardzo utrudnione. *De lege lata* nie można bowiem stwierdzić, aby lekarz, odmawiając zażycia modafinilu lub innej substancji o charakterze neurowspomagającym, naruszał obowiązek wykonywania zawodu z należytą starannością.

Ponadto, gdyby nawet w przyszłości, w oparciu np. o wytyczne profesjonalne, taki obowiązek powstał, trudne byłoby udowodnienie, że istnieje adekwatny związek przyczynowy między zaniechaniem lekarza a doznaną przez pacjenta szkodą na osobie.

Literatura

- [1] Baldwin Jr. D.C., Daugherty S.R., *Sleep Deprivation and Fatigue in Residency Training: Results of A National Survey of First- and Second-Year Residents*, „Sleep” 2004, 27(2), s. 217–223.
- [2] Banaszczyk Z., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*. T. I. Art. 1–449¹⁰, Pietrzykowski K. (red.), Warszawa 2018, art. 415.
- [3] Banaszczyk Z., Granecki P., *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, nr 7–8.
- [4] Bari A., Khan R.A., Rathore A.W., *Medical Error: Causes, Consequences, Emotional Response and Resulting Behavioral Change*, ‘Pakistan Journal of Medical Sciences’ 2016, 32(3), s. 523–528.
- [5] Borysiak W., [w:] *System prawa medycznego. Instytucje prawa medycznego*. Tom I, Safjan M., Bosek L. (red.), Warszawa 2018.
- [6] Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.
- [7] Girdwoyń A., Różyńska J., *The Surgeon’s Failure to Enhance and Tort Liability. Polish Civil Law Perspective*, [w:] *Promises and Perils of Emerging Technologies for Human Condition. Voices from Four Postcommunist Central and East-European Countries*, Sykora, P. (red.), Berlin: Peter Lang GmbH International Academic Publishers 2019, s. 183–200.
- [8] Goold I., Maslen H., *Obliging Surgeons to Enhance: Negligence Liability for Uncorrected Fatigue and Problems With Proving Causation*, „Medical Law Review” 2014, vol. 23, no 3.
- [9] Goold I., Maslen H., *Responsibility Enhancement and The Law of Negligence*, [w:] *Clausen J., Levy N., (red.), Handbook of Neuroethics*, Dordrecht: Springer Netherlands, s. 1363–1380.
- [10] Jastrzębski J., *O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 3.

- [11] Kaliński M., *O wadliwej obiektywizacji szkody*, „Studia Iuridica” 2007 nr XLVII.
- [12] Krajewski M., *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 10.
- [13] Obwieszczenie nr 1/04/IV Prezesa Naczelnej Izby Lekarskiej z 2 stycznia 2004 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu uchwały w sprawie Kodeksu etyki lekarskiej (Biuletyn Naczelnej Rady Lekarskiej z 2004 r., nr 1 (81))
- [14] Pilcher J.J., Huffcutt A.I., *Effects of Sleep Deprivation on Performance: A Meta-Analysis*, „Sleep” 1996, 19(4), s. 318–326.
- [15] Pismo Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych do Głównego Inspektora Farmaceutycznego z 13.04.2011 r., PL/RIR-070-244/11; Torrex Chiesi Polska sp. z o.o., *Powiadomienie o stałym wstrzymaniu obrotu produktem leczniczym*, źródło: <http://www.dia.com.pl/download/3667/> [dostęp: 02.03.2020 r.]
- [16] Repantis, D., et al., *Modafinil and Methylphenidate for Neuroenhancement in Healthy Individuals: A Systematic Review*, „Pharmacological Research” 2010, 62(3).
- [17] Santoni de Sio F., Faulmüller N., Vincent N., *How Cognitive Enhancement Can Change Our Duties*, „Frontiers in Systems Neuroscience” 2014, 8, źródło: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnsys.2014.00131/full> [dostęp: 02.03.2020 r.]
- [18] Sośniak M., *Należyta staranność*, Katowice 1980.
- [19] Sturm L., Dawson D., Vaughan R., Hewett P., Hill A.G., Graham J.C., Maddern G.J., *Effects of Fatigue on Surgeon Performance and Surgical Outcomes: A Systematic Review*, „ANZ Journal of Surgery” 2011, 81(7–8).
- [20] Sugden C., et al., *Effect of Pharmacological Enhancement on the Cognitive and Clinical Psychomotor Performance of Sleep-Deprived Doctors: A Randomized Controlled Trial*, „Annals of Surgery” 2012, vol. 255 no 2.
- [21] Torrex Chiesi Polska sp. z o.o., *Komunikat dla osób wykonujących zawód medyczny dotyczący związku między preparatem Vigil (Modafinilum) a ciężką wysypką i zaburzeniami psychicznymi*, źródło: http://leki.urpl.gov.pl/komunikaty/2008/Vigil_DHPL_2008.04.18%20PL.pdf [dostęp: 02.03.2020 r.]
- [22] Ustawa z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (t.j. Dz.U. 2018 poz. 168 ze zm.)
- [23] Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1145 ze zm., dalej: „Kodeks cywilny”, „k.c.”).
- [24] Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz. U. 2018 poz. 617 ze zm.)
- [25] Ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1318 ze zm.)
- [26] Vincent N., *Enhancing Responsibility* [w:] *Neuroscience and Legal Responsibility*, N. Vincent (red.), Oxford, UK, Oxford University Press 2013.
- [27] Vincent N., *The Challenges Posed to Private Law by Emerging Cognitive Enhancement Technologies* [w:] *The Law of The Future and The Future of the Law*, S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman, L. Kistemaker (red.), Oslo: Torkel Opsahl Academic Publisher 2011, s. 511–521.
- [28] West C.P., Tan A.D., Habermann T.M., Sloan J.A., Shanafelt T.D., *Association of Resident Fatigue and Distress with Perceived Medical Errors*, „JAMA” 2009, 302(12), s. 1294–1300.
- [29] Wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., V CK 311/02.
- [30] Zielińska E., [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, E. Zielińska (red.), Warszawa 2014, art. 4.

The effect of cognitive enhancement on the legal responsibility

The growing popularity of so-called cognitive enhancement technologies raises questions about their impact on the sphere of individual legal responsibility. This article examines the issue of whether, in a situation where a surgeon, prone to making a fatigue-related medical error, refuses to undergo a safe cognitive enhancement before surgery, the surgeon can be attributed liability for damages. The answer to this question is negative, however, as indicated in the article, the impossibility of attributing damages is a result of (1) the lack of professional guidelines requiring doctors to undergo cognitive enhancement; (2) the lack of scientific evidence that the use of such measures results in the elimination of fatigue and reduces the risk of error. As a result, the negative answer to the analyzed question is not determined by the solution of the model of liability for damages adopted in Polish law, but rather by the current state of research on cognitive improvement. This gives the analysis a universal character and makes it possible to relate the method adopted in it to new results of research on means of cognitive enhancement if any.

Key words: cognitive enhancement, responsibility, civil liability

