

Andrzej MALICKI

Adw., Izba Adwokacka we Wrocławiu,  
członek Naczelnej Rady Adwokackiej – wice przewodniczący Komisji Etyki

Anna MALICKA-OCHTERA

Adw. dr, Izba Adwokacka we Wrocławiu, adiunkt na Wydziale Prawa i Komunikacji Społecznej  
w Filii we Wrocławiu SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego

## **Odpowiedzialność karna kierownika zespołu operacyjnego w przypadku pozostawienia ciała obcego w polu zabiegu**

Najprawdopodobniej Edward John Smith – pierwszy i ostatni kapitan Titanica – po odplynięciu szalup ratunkowych z pasażerami powiedział do załogi, że spełniła już swój obowiązek, została zwolniona z odpowiedzialności i powinna się ratować w imię Boże. Sam nie próbował się ratować, do końca pozostał na okręcie, a jego ciało nie zostało nigdy znalezione.

Zachowanie kapitana największego liniowca na świecie bez wątpienia należy uznać za wysoce moralne i szlachetne, jednakże w perspektywie prawnej warto zadać pytanie, czy w kwietniu 1912 roku na pokładzie Titanica to kapitan Smith powinien odpowiadać za okoliczności takie jak: brak dostatecznej ilości pomp na pokładzie, zbyt małą ilość szalup ratunkowych, wady poszycia statku, brak lornetki, zbyt późne dostrzeżenie góry lodowej, presja armatora do pobicia rekordu prędkości żeglugi, brak odbłasku góry spowodowany pokryciem jej solą, brak wiatru i fali powodującej niewypuklanie się góry, a wreszcie także za decyzję pierwszego oficera Wiliama Murdocha „prawo na burt”. Wokół tak sformułowanego zagadnienia pozostaje jeszcze chyba wątpliwość, czy takie pytania w ogóle można i należy pod adresem kapitana kierować.

Pacjenci poddawani zabiegom medycznym z natury rzeczy narażeni są na szereg ryzyk. Coraz częściej mamy dziś do czynienia w praktyce z wielogodzinnymi i wysoce skomplikowanymi zabiegami operacyjnymi, przeprowadzonymi w wieloosobowych zespołach, w skład których wchodzi specjaliści różnych dziedzin medycyny, a także wyspecjalizowany personel medyczny – pomocniczy dla prowadzących zabieg. Przeprowadzenia wskazanych operacji podejmuje się więc zespół specjalistów, dobranych do zabiegu na podstawie różnych kryteriów i według podziału pracy<sup>1</sup>.

W niniejszym artykule przedmiotem zainteresowania jest przypadek, w którym pozostawiono ciało obce w jamie brzusznej. Operacji poddany został pacjent w podeszłym wieku (78 lat), o niekorzystnych parametrach krążeniowo-oddechowych, wycieńczony chorobą nowotworową, zaś gruczolak śluzowy zgięcia esiczo-prostniczego na jelicie grubym był położony w trudno dostępnym miejscu – nisko, co łączyło się z uciążliwością zabiegu oraz jego ryzykiem po zespoleniu jelita. Czas operacji oscylował

<sup>1</sup> Zob. G. Rejman, *Odpowiedzialność karna personelu medycznego działającego w zespole*, „Pa-lestra” 1983, nr 27/10(310), s. 55–71, bazhum.muzhp.pl, 30.10.2017.

w granicach dwóch godzin, co było poważnym ryzykiem dla pacjenta, który wymagał jak najkrótszego czasu zabiegu z uwagi na współistniejące schorzenia oraz związane z nimi możliwości znoszenia operacji chirurgicznej.

Kierownik zespołu operacyjnego – chirurg – kończąc zabieg zapytał pielęgniarek instrumentariuszek, tak „brudną” jak i „czystą”, o liczbę policzonego materiału medycznego zużytego do operacji i o jego zgodność z protokołem. Po odebraniu komunikatu, że materiał jest zgodny, a następnie wzrokowym sprawdzeniu pola operacyjnego, chirurg zszycił ranę i zakończył zabieg.

Minęło parę miesięcy od operacji kiedy okazało się, że w jej polu pozostało ciało obce i pacjent wymaga reoperacji. Kierujący poprzednim zabiegiem chirurg wpisał do dokumentacji medycznej, że konieczny zabieg dotyczy usunięcia ciała obcego w związku z poprzednią operacją.

Pojawił się dylemat, komu można przypisać odpowiedzialność karną za przestępstwo narażenia pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 § 3 k.k. w zw. z art. 155 k.k.). Zdaniem Prokuratury lekarz kierujący zespołem, specjalista z zakresu chirurgii, będąc głównym operatorem zaniedbał dokładnej kontroli jamy otrzewnowej przed zaszcyciem powłok brzucha, co według oskarżenia publicznego skutkowało pozostawieniem w ciele pacjenta dwóch serwet chirurgicznych i naraziło na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, ponieważ po ujawnieniu ciała obcego i jego prawidłowym usunięciu (osiem miesięcy od daty pierwszego zabiegu) nastąpiła zewnętrzna przetoka jelita cienkiego i jego perforacja skutkująca zapaleniem otrzewnej i wstrząsem septycznym doprowadzającym do niewydolności wielonarządowej, a w konsekwencji – śmierci pacjenta.

W literaturze przedmiotu zdaje się dominować tradycyjny pogląd, że za pozostawienie ciała obcego odpowiedzialność ponosić ma zawsze kierownik zespołu, a więc lekarz-chirurg, ponieważ w zakresie jego obowiązków pozostaje kontrola nad pracą wszystkich pozostałych członków zespołu, w tym również pielęgniarek instrumentariuszek.

Nie przesądzając na tym etapie rozważań poprawności zasady, że chirurg operator kierujący zespołem odpowiada jak kapitan na statku za katastrofy, nie można nie dostrzegać pojawiających się wątpliwości, czy kierujący zespołem zawsze będzie ponosić odpowiedzialność z winy nieumyślnej za narażanie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Na kanwie przytoczonego stanu faktycznego rodzi się wiele pytań w zakresie kształtowania podstaw faktycznych możliwego przypisywania zarzutów lekarzowi – specjalście chirurgowi, który kieruje zespołem lekarskim dokonującym operacji. Pytania te dotyczą takich zagadnień jak przypisywalność zaniedbań w kontekście związku przyczynowego, którą w odniesieniu do przestępstw nieumyślnych – jak słusznie wywodzi w tej mierze M. Filar – jest określone zachowanie lekarza, które wywołało określony przebieg przyczynowości ukoronowany skutkiem, tj. bezpośrednim narażeniem na utratę życia i zdrowia (art. 160 § 2 lub § 3 k.k.) albo śmiercią (art. 155 k.k.)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> M. Filar, *Lekarskie Prawo Karne*, Kantor Wydawniczy Zamykacze 2000, s. 107; por.: A. Fiutak, *Narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia*, w: *Prawo medyczne w orzecznictwie z komentarzem*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2015, s. 67; A. Malicki, *Możliwość pomocy prawej dla lekarza na różnych etapach postępowania karnego*, w: *Sytuacje ryzykowne w zawodach medycznych, prawne możliwości ich rozwiązywania. Część II*, s. 56, red. J. Trnka, Wrocław 2012.

Z reguły zarzuty stawiane lekarzom dotyczą zaniechania działań, które w świetle aktualnych wymagań wiedzy medycznej wymagałyby podjęcia, bo ich zaniechanie manifestuje się naruszeniem reguły ostrożności, co z kolei łączy się z powstaniem skutku, zaistnieniu którego zapobiegłoby podjęcie działań pominiętych podyktowanych realizacją wzorca starannego i ostrożnego lekarza. Podjęcie takich działań mogłoby też prowadzić do zmniejszenia ryzyka ujemnych skutków zaniechania, co również może być kwalifikowane jako przesłanka odpowiedzialności karnej z przywołanych przepisów Kodeksu karnego.

Dominująca w prawie karnym, odnośnie odpowiedzialności lekarza w zespole operacyjnym, koncepcja „kapitana na pokładzie” pozwala na dość łatwe i porządkujące zarazem przypisywanie odpowiedzialności karnej lekarzowi dokonującemu operacji – głównemu operatorowi w zespole operacyjnym<sup>3</sup>. Za trafnością tej koncepcji przemawiają przede wszystkim odpowiedzialność wynikająca z doświadczenia kierownika zespołu za wynik operacji i obowiązek sprawowania nadzoru nad personelem.

Stosowanie koncepcji kapitana na pokładzie w praktyce nie budzi także większych komplikacji, wystarczy bowiem ustalić kto kierował zespołem, a winowajca pozostaje łatwo identyfikowalny cechą kierowania. W orzecznictwie wskazuje się, że to właśnie operator jest odpowiedzialny za całość operacji, a procedura liczenia chust jest tylko procedurą pomocniczą<sup>4</sup>. Przyjęta w praktyce zasada odpowiedzialności lekarza kierującego zabiegiem z pewnością jest zatem „wygodna proceduralnie”, bowiem zwalnia z analizy dalszych okoliczności związanych z pracą poszczególnych członków zespołu lekarskiego udzielającego świadczenia w postaci zabiegu chirurgicznego. Stosowanie zasady odpowiedzialności kierownika zespołu z punktu widzenia oceny prawnej jego sytuacji jest efektem spojrzenia *prima facie*, a głębsza analiza przebiegu leczenia operacyjnego może unicestwić stanowczość dotychczasowej koncepcji odpowiedzialności nie tylko osoby, która bezpośrednio zaniedbała swoich obowiązków, ale również kierownika zespołu.

Przez zespół operacyjny rozumie się współdziałającą w jednym czasie wieloosobową konfigurację podmiotową, której dobór osób następuje poprzez kryterium kwalifikacji (np. anestezjolog<sup>5</sup>) i podziału pracy (np. pielęgniarka czysta i brudna). Wśród zespołu wyróżniamy osoby, które kierują i nadzorują, oraz osoby, które wykonują określone czynności<sup>6</sup>. Podział czynności jest oczywisty, wymuszony względami racjonalności, aksjologii i pragmatyczności. Przecież nie sposób oczekiwać dziś od kierownika zespołu liczenia chust, a od pielęgniarki umiejętności przewidzenia konsekwencji niewłaściwego użycia narzędzi chirurgicznych. Granice kierowania zabiegiem przez lekarza chirurga nie są nieograniczone w zakresie weryfikacji pracy wszystkich członków zespołu. Warto przy tym zaznaczyć, że często podział czynności przy zabiegu

<sup>3</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1967 r., sygn. akt I CR 435/66, OSNC 1967/10/177.

<sup>4</sup> Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 6 lipca 2016 r., sygn. akt IV Ka 511/16, <https://www.saos.org.pl/judgments/248395>, 9.11.2017.

<sup>5</sup> O odpowiedzialności lekarza anestezjologa w zespole operacyjnym ciekawy głos zaprezentowała J. Zajdel, *W zespole czy na własny rachunek?*, „Przegląd Urologiczny”, <http://www.przegladurologiczny.pl/artukul.php?1965&print=>, 30.10.2017.

<sup>6</sup> Zob. G. Rejman, *Odpowiedzialność karna personelu medycznego działającego w zespole*, „Pa-lestra” 1983, nr 27/10(310), s. 55–71, [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), 30.10.2017.

i wewnętrzne regulacje podmiotów leczniczych eliminują możliwość zauważenia błędu, np. instrumentariuszki czy anestezjologa.

Prawo karne (a wtórnie odpowiedzialność karna) to prawo czynu i winy, przy czym akcentuje się zasadę indywidualizacji zakresu odpowiedzialności karnej w myśl art. 9 k.k., zgodnie z którym „§ 1. Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi. § 2. Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć. § 3. Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo mógł przewidzieć”. A zatem każdy sprawca odpowiada jedynie w granicach swojej umyślności i nieumyślności<sup>7</sup>, przy czym ustalenie owej umyślności lub nieumyślności nie przesądza winy sprawcy, którą sprowadzić należy do możliwości postawienia zarzutu sprawcy<sup>8</sup>. Zamiar oznacza bowiem zjawisko obiektywnej rzeczywistości jako realny przebieg procesów psychicznych i nie jest pojęciem z dziedziny ocen i wartości<sup>9</sup>.

Wina w ujęciu normatywnym konstytuuje odpowiedzialność. Wydaje się przy tym, że sądy zbyt łatwo utożsamiają dziś pojęcie braku należytej staranności wymaganej przepisami ustawy o zawadzie lekarza i lekarza dentystry<sup>10</sup> z prawnokarną konstrukcją winy wyrażonej w art. 1 § 3 k.k. „Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu”. Zastanawiające jest przy tym, czy operatorowi, który operuje narzędziami chirurgicznymi w polu operacyjnym, który jest otoczony specjalistami ze swojej dziedziny, który odbiera słowny komunikat o prawidłowej ilości chust brudnych, który dokonuje wzrokowego sprawdzenia pola operacyjnego (ingerencja mogłaby się znów łączyć ze spowodowaniem stanu zagrożenia *in concreto*) można przypisać odpowiedzialność za postawienie ciała obcego w ciele pacjenta tylko dlatego, że był on kierownikiem zespołu operacyjnego.

Nie bez znaczenia w przywołanych okolicznościach pozostaje ważna kwestia zaufania w zespole operacyjnym i jego skutków dla prawnokarnej oceny zachowania kierownika zespołu i powiązanego z nim obowiązku nadzoru oraz kontroli zachowań

<sup>7</sup> Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2000 roku, sygn. akt V KKn 318/99, LEX nr 50985, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2002 roku, sygn. akt V KK 33/02, LEX nr 75498.

<sup>8</sup> W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. komentarz do art. 1–52*, yd. V, opubl. WK 2016.

<sup>9</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1977 r., sygn. akt III KR 68/77, OSNPG 1977, nr 11, poz. 94; a także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lipca 2005 r., sygn. akt V KK 87/05, LEX nr 152493; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt II AKa 170/14, LEX nr 1544938; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 października 1994 r., sygn. akt II AKr 322/94, „Prok. i Pr.-wkł.” 1995, nr 4, poz. 11; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 stycznia 1997 r., sygn. akt II AKa 435/96, „Prok. i Pr.-wkł.” 1998, nr 5, poz. 23 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2003 r., sygn. akt V KK 197/02, LEX nr 77450.

<sup>10</sup> Art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawadzie lekarza i lekarza dentystry stanowi, że „Lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością” (Dz. U. 2017.125 t.j. z dnia 19.01. 2017).

pozostałych uczestników. Godzi się już w tym miejscu przytoczyć pogląd A. Zolla, który opisał przypadek chirurga przeprowadzającego typowy zabieg usunięcia wyrostka robaczkowego, podczas którego nie zwrócił uwagi na zmianę barwy krwi pacjentki. Zmiana ta świadczyła o niedotlenieniu, co było następstwem zaniechania anestezyjologa, który uchybił obowiązkowi odkręcenia zaworu podającego tlen. W tej mierze trafnie wywodzi M. Filar, że „zaufanie określonego członka takiego zespołu do działań innych jego członków musi być uznawane za regułę, gdyż weryfikowanie ich na każdym kolejnym etapie procesu leczenia sparaliżowałoby takie działanie”. Cytowany Autor dostrzega jednak konieczność eliminacji absolutnego zaufania pozbawionego pewnych ograniczeń, a wynikającego ze staranności i reguł ostrożności<sup>11</sup>. Marian Filar zauważa potrzebę rozróżnienia błędu organizacyjnego od błędu lekarskiego, który nie jest powiązany z działaniami organizacyjnymi czy administracyjnymi<sup>12</sup>.

Aktualnie w doktrynie akceptuje się więc koncepcję „ograniczonego zaufania”, zgodnie z którą zakłada się, że każdy wykwalifikowany członek zespołu wykonuje swoje obowiązki rzetelnie, a zaufanie trwa tak długo, dopóki niepożądane oznaki go nie podważą i wówczas kierownik ma uprawnienie wręcz obowiązek traktować danego członka zespołu tak, jakby utracił doń zaufanie<sup>13</sup>. Ponadto, nadzór lekarza powinien koncentrować się na punktach działalności personelu pomocniczego, które wykraczają poza umiejętności lub kompetencje poszczególnego uczestnika zespołu medycznego<sup>14</sup>. Za taką kompetencję nie sposób wszakże uznać umiejętność prawidłowego liczenia chust chirurgicznych bądź porównania ilości chust wyjętych z ilością sztuk wskazaną na opakowaniu.

Kwestia nadzoru, kontroli i działania w zaufaniu nierozzerwalnie łączy się z kategorią winy i zarzucalności. Za zawinione, a zatem nieprzychylnie przez organ ocenione zachowanie kierownika zespołu, w myśl uwag przedstawionych powyżej, należałoby zatem uznać zachowanie, które w danych okolicznościach powinno zostać ocenione negatywnie – innymi słowy, z tytułu którego *in concreto* można operatorowi postawić zarzut. *A contrario* bowiem, w praktyce winy nie można przypisać przykładowo z uwagi na brak zdolności lekarza do zawinienia spowodowany okolicznościami danego przypadku, takimi jak nietypowa choroba pacjenta, nakładanie się objawów, niewłaściwe wyposażenie szpitala, czy też wreszcie komunikat upoważnionej pielęgniarki o prawidłowym stanie chust chirurgicznych brudnych wobec braku wskazań do palpacyjnej penetracji pola operacyjnego.

Niezwykle ważnym znamieniem przedmiotowym przy ocenie zachowania sprawcy – kierownika zespołu operacyjnego – pozostaje także ustalenie prawidłowego związku przyczynowo skutkowego łączącego zachowanie potencjalnego sprawcy z prawnokarnie niepożądanym skutkiem. Bez wątplenia do pozostawienia ciała obcego w ciele operowanego w ogóle dojść nie powinno. Jednakże w prawie karnym poszukiwać należy zawsze adekwatnego związku przyczynowego, a co za tym idzie, szukać prawi-

<sup>11</sup> M. Filar, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Wydawnictwo Prawnicze LEXIS NEXIS, Warszawa 2004, s. 151; por. cyt. orzeczenie Sądu Najwyższego z 17.02.1967 r.

<sup>12</sup> Filar M. *op cit.* s. 152.

<sup>13</sup> J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym*, PWN 1965, s. 174 i nast.

<sup>14</sup> G. Rejman, *Odpowiedzialność karna personelu medycznego działającego w zespole*, „Palestra” 1983, nr 27/10(310), s. 55–71, bazhum.muzhp.pl, 30.10.2017.

dłowości przewidywalnych, uzasadnionych okolicznościami. W prawie medycznym powszechnie używa się w tym celu pojęcia przypisywalności, tj. ustalenia tzw. adekwatności przebiegu związku przyczynowego<sup>15</sup>.

Polemizując z apriorycznością koncepcji odpowiedzialności na zasadzie „kapitana statku” zwracając równocześnie uwagę na adekwatność odpowiedzialności indywidualnej członków zespołu, na marginesie warto również przywołać myśl prakseologów, zgodnie z którą teza, że „wszyscy odpowiadają za wszystko” uniemożliwia realizację odpowiedzialności w praktyce. Każdy mógłby liczyć na to, że przetrze odpowiedzialność na innych i uniknie kary, bo praktycznie nie jest możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności wszystkich, którzy uczestniczyli w zespole<sup>16</sup>. Należy przy tym również zwrócić uwagę na ryzyko jakie istnieje w praktyce pociągania do odpowiedzialności przypadkowych osób, które brały udział w zespole operacyjnym właśnie w celu uchylenia powyższego niebezpieczeństwa.

Liczne wątpliwości, jakie rodzą się na kanwie koncepcji „kapitana na pokładzie” adoptowanej do odpowiedzialności kierownika zespołu operacyjnego, są dziś powoli dostrzegane w orzecznictwie. Zdaje się pękać mocno niekorzystnie dla operatorów zszyta konstrukcja odpowiedzialności karnej niejako „za karę” sprawowania funkcji kierowniczej w zespole. Zespół operacyjny w orzecznictwie prawa karnego zaczyna być traktowany jako grupa specjalistów w swojej dziedzinie. Sądy – także za sprawą biegłych – zaczynają wnikać, dostrzegać i analizować kwestię trudności technicznej zabiegu i wyjściowego stanu zdrowia pacjenta w kontekście możliwości wzrokowego sprawdzenia pola operacyjnego przed jego zamknięciem. Coraz bardziej także uwaga zwrócona zostaje na zadania poszczególnych członków zespołu, a personel pielęgniarski postrzegany jest jako wykwalifikowany podmiot zespołu operacyjnego.

Szczególną uwagę zwraca przełomowe – zdaje się – orzeczenie Sądu Okręgowego w Elblągu, który rozpoznając apelację Oskarżyciela stwierdził, że „[...] Skoro zaś skarżący zaakceptował ustalenie, że oskarżona sprawdziła wzrokowo pole operacyjne i że przyjęła meldunek pielęgniarki o zgodności materiałów wydanych i zwróconych, to tym samym nie mógł skutecznie wykazywać, że w zachowaniu oskarżonej nastąpiły takie zaniedbania, których skutkiem był ciężki uszczerbek na zdrowiu. Na marginesie należy zaznaczyć, że wszyscy biegli ostatecznie przyznali, że lekarz operujący opiera się na informacji ze strony instrumentariuszki o zgodnym stanie narzędzi i materiałów, natomiast rolą lekarza jest wizualna inspekcja miejsca operowanego, gdyż w realiach omawianej operacji uzasadnione było odstępianie od oględzin palpacyjnych. Zaznaczyli też, że za wynik operacji odpowiada operator, przy czym do obowiązków operatora nie należy liczenie materiałów, gdyż jest to obowiązek instrumentariuszki. A to czyni dywagacje prokuratora o ewentualnym zwinieniu oskarżonej, w sytuacji gdy skarżący zaakceptował ustalenia sądu I instancji o wzrokowym sprawdzeniu pola operacyjnego przez oskarżoną, nieuzasadnione i sprzeczne z wymową opinii biegłych”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> M. Filar, op. cit.

<sup>16</sup> T. Kotarbiński, A. Ehrlich, J. Zieleniewski, *Współodpowiedzialność i współsprawstwo*, PAN 1963, s. 34 i nast.

<sup>17</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Elblągu VI Wydział Karny Odwoławczy z dnia 16 kwietnia 2015 r. – fragment uzasadnienia, sygn. akt VI Ka 107/15, <http://orzeczenia.elblag.so.gov.pl>, 30.10.2017.

Co ciekawe, przeciwnicy stanowiska o uwolnieniu odpowiedzialności karnej lekarza kierującego zespołem podnoszą, że omawiany wyrok uprawomocnił się tylko z powodu błędów apelacji sporządzonej przez prokuratora polegających na skonstruowaniu nieprawidłowego zarzutu. Polemiści nie mają jednak racji, bowiem sąd odwoławczy, rozpatrując sprawę z powodu apelacji prokuratora, mógł ten wyrok uchylić niezależnie od granic środka odwoławczego wobec jego rażącej niesprawiedliwości<sup>18</sup>. Jak słusznie wywodzi J. Skorupka, o niesprawiedliwości orzeczenia świadczą nie tylko poważne uchybienia proceduralne, lecz także uznanie wyroku za „jaskrawo niesłuszne rozstrzygnięcie”<sup>19</sup>. Sąd mógł więc uchylić dane orzeczenie, jeżeli uznałby, że wyrok uniewinniający jest rozstrzygnięciem oczywiście niesłusznym.

Znamiennym jest również i to, że pomimo prowadzenia korzystnych interpretacji prawnych poszczególnych przypadków dla lekarzy kierujących zabiegami biegli sądowi zdają się zajmować w większości stanowisko tradycyjne, w świetle którego chirurg kierujący zespołem zawsze będzie ponosił odpowiedzialność za pozostawienie ciała obcego. W analizowanej sprawie biegli przypisują nieprawidłowości postępowania zaniedbaniom głównego operatora, który zaniechał kontroli otrzewnowej przed zaszcyciem powłok brzucha. Przy czym materia ustaleń faktycznych i ewentualnej zarzucalności zachowania jest przede wszystkim domeną sądu rozstrzygającego sprawę, a nie biegłych<sup>20</sup>.

Potrzebnego wsparcia dla koncepcji konkretnej indywidualizacji (na podstawie okoliczności danej sprawy) odpowiedzialności karnej upatrywać warto także w wyroku, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że „okoliczność, iż dokonujący zabieg lekarz posiada wyższe od pielęgniarki – instrumentariuszki kwalifikacje oraz że on ponosi odpowiedzialność za przebieg operacji nie może wpływać na zmniejszenie odpowiedzialności instrumentariuszki za prawidłowe przeliczenie i sprawdzenie użytych do zabiegu narzędzi<sup>21</sup>”, a także w wyroku, zgodnie z którym Sąd uniewinnił lekarzy – chirurgów, którzy pozostawili w polu operacyjnym szpatułkę metalową, powodując tym samym poważny rozstrój zdrowia pacjentki na podstawie argumentacji, że prowadzili oni operację o godz. 23.30, mając za sobą kilkanaście godzin wytężonej pracy, w tym dwie ciężkie operacje w stanie poważnego zmęczenia, które uniemożliwiło im koncentrację uwagi<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Zob. art. 454. k.p.k. § 1. Sąd odwoławczy nie może skazać oskarżonego, który został uniewinniony w pierwszej instancji lub co do którego w pierwszej instancji umorzono lub warunkowo umorzono postępowanie. § 2. Sąd odwoławczy może orzec surowszą karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy nie zmienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku. § 3. Sąd odwoławczy nie może zaostrzyć kary przez wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności oraz art. 440 k.p.k., zgodnie z którym jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono zmianie na korzyść oskarżonego albo uchyleniu niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz J. Grajewski, S. Steinborn, art. 440, w: *Komentarz aktualizowany do art. 425–673 Kodeksu postępowania karnego*, System Informacji Prawnej LEX, 2015; też J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Wolters Kluwer Polska S.A. 2013, s. 282.

<sup>19</sup> Autor w tej mierze przywołuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 13.04.2000 r., sygn. akt II AKa 42/00, KZS 2000, nr 5 poz. 47.

<sup>20</sup> Sz. Pawelec, *Wadliwość opinii biegłego w procesie karnym jako pochodna błędów zawartych w postanowieniu o jej dopuszczeniu*, [http://www.kwp.radom.pl/media/przegladaj/pdf/wadliwosc-opinii\\_28023.pdf](http://www.kwp.radom.pl/media/przegladaj/pdf/wadliwosc-opinii_28023.pdf), 8.01.2017.

<sup>21</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 1971 roku, sygn. akt II CR 115/71, LEX nr 6928.

<sup>22</sup> Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 1961 roku, sygn. akt V K 87/61, niepubl.

Nie sposób także dziś nie zauważyć rozwoju nauk medycznych i zawężenia obowiązków lekarza specjalisty chirurga do rozwiązywania określonego problemu medycznego, który z reguły wyklucza możliwość percepcji w zakresie nadzoru nad pozostałymi specjalistami wchodzącymi w skład zespołu. Konstruowanie możliwości odpowiedzialności na zasadzie nadzoru nad członkami zespołu, którzy też są specjalistami w swojej dziedzinie w obecnej dobie powinno doznać słusznej krytyki. Konieczność zaufania, jakim kierujący zespołem wykonującym zabieg musi darzyć osoby współpracujące przy zabiegu nie może być równoznaczna z automatycznym przeniesieniem odpowiedzialności za cudze błędy na lekarza operatora. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że instrumentariuszki często mają wykształcenie wyższe, ukończyły dodatkowe kursy, a więc ich wiedza oraz rola przy zabiegu sprawiają, że mogą działać w sposób samodzielny i z natury rzeczy są przez lekarzy darzone zaufaniem, które jest niezbędne w pracy każdego zespołu lekarskiego.

Poza uwagami poczynionymi powyżej wpływ na kwalifikację zachowania potencjalnego sprawcy ma także okoliczność, że chusty chirurgiczne są różnego typu – niektóre mają tasiemki, które są przypinane i ułatwiają pobranie zużytego materiału, który w momencie utkania w polu operacyjnym nasączony jest krwią i staje się trudno zauważalny. Organizacja pracy szpitala czy też rodzaje chust nie zawsze zależą od głównego operatora, są mu często po prostu dane. Omawiane kwestie powinny być uregulowane wewnętrznymi zarządzeniami szpitali, mogą wynikać z określonych algorytmów postępowania i rekomendacji lekarskich towarzystw naukowych.

W polu istotnych zagadnień musi być nie tylko możliwy zakres percepcji chirurga operatora, ale także rozważana *in concreto* sytuacja, przy której w razie pozytywnej informacji o zgodności materiału podjęcie sprawdzenia palpacyjnego pola operacyjnego może wywołać zniesienie pozytywnych efektów dokonanej wcześniej operacji, np. poprzez przerwanie zespolonego jelita. Ta kwestia musi być także przedmiotem koniecznej refleksji nad indywidualnymi przypadkami, w których eliminacja sprawdzenia pola operacyjnego jest podyktowana interesem pacjenta i jego bezpieczeństwem, zaś przeprowadzenie takiej kontroli musi być wyjątkowe i usprawiedliwione informacją o braku zgodności materiału.

Być może nadszedł już czas odejścia od tradycyjnego poglądu wyrażonego dotąd w literaturze i orzecznictwie, że: „[...] winę za pozostawienie ciała obcego w polu operacyjnym przypisać można nie tylko instrumentariuszkom, do których obowiązków bezpośrednio należy sprawdzenie narzędzi przed rozpoczęciem i po zakończeniu operacji, lecz także operującym lekarzom. Sądy wymagają od lekarzy pilnego obserwowania pola operacyjnego w trakcie operacji oraz starannego sprawdzenia po operacji. Dotyczy to zarówno lekarza kierującego operacją, jak i pozostałych”<sup>23</sup>.

Za każdym lekarzem, który uczestniczył w leczeniu zakończonym niepowodzeniem, zawsze ciągnie się odpowiedzialność moralna i to przeżywanie niepowodzenia samo w sobie jest wielką dolegliwością. Wielu lekarzy czuje się wewnętrznie etycznie odpowiedzialnymi za niepowodzenia w leczeniu. W pewnych określonych okolicznościach należy zatem rozważać możliwość stosowania przepisów o warunkowym umorzeniu postępowania karnego, a więc art. 60 § 1 k.k. przy kwalifikacji z art. 160 § 3 k.k. w zw.

<sup>23</sup> M. Nestorowicz, *Prawo medyczne*, wyd. IX, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2010, s. 236.

z art. 155 k.k. Biorąc pod uwagę szczególne okoliczności takie jak wprowadzenie w błąd przez członków zespołu co do zgodności materiału chirurgicznego, trudny przypadek ograniczający możliwość sprawdzenia pola operacyjnego wynikający ze stanów zdrowia pacjenta i jego wieku, wydaje się, że niewinnienie lub odstąpienie od karania i zastosowanie instytucji probacyjnej również będzie rozstrzygnięciem sprawiedliwym.

Reasumując, w prawie karnym prawidłowa ocena stanu faktycznego, a co za tym idzie następczo – prawidłowe przeprowadzenie zabiegu subsumpcji wymaga co najmniej wnikliwego, pełnego i w miarę możliwości obiektywnego ustalenia stanu faktycznego, przy poszanowaniu zasady z art. 5 § 2 k.p.k. (*in dubio pro reo*), a dalej analizy możliwości przypisania *in concreto* winy, a także realizacji znamienia adekwatnego związku przyczynowego. Stanowisko, w myśl którego zawsze lekarz kierujący zespołem przeprowadzającym zabieg chirurgiczny będzie ponosił odpowiedzialność za pozostawienie w polu operacyjnym ciała obcego może i powinno spotykać się ze słuszną krytyką. Należy zastanowić się nad zagadnieniem granic odpowiedzialności lekarza kierującego zabiegiem w stosunku do błędów popełnianych przez innych członków zespołu – o nich decydować będą niepowtarzalne warunki zabiegu związane m.in. z czasem operacji, stanem zdrowia pacjenta, wprowadzaniem w błąd przez członków zespołu co do zbędności kontroli pola operacyjnego i – co najważniejsze – rozważaniem aspektu rezygnacji z tejże kontroli podyktowanej dobrem naczelnym, bo pacjenta.

## Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia problematykę odpowiedzialności karnej kierownika zespołu operacyjnego w przypadku przeprowadzenia zabiegu kończącego się pozostawieniem ciała obcego w polu zabiegu. Stanowisko, w myśl którego zawsze lekarz kierujący zespołem przeprowadzającym zabieg chirurgiczny będzie ponosił odpowiedzialność za pozostawienie w polu operacyjnym ciała obcego może i powinno spotykać się ze słuszną krytyką. Autorzy wskazują na kwestię granic odpowiedzialności lekarza kierującego zabiegiem w stosunku do błędów popełnianych przez innych członków zespołu.

**Słowa kluczowe:** odpowiedzialność karna, kierownik zespołu operacyjnego, lekarz,

## **Criminal responsibility of the head of the operating team in case of leaving a foreign body in the treatment area**

### Summary

The article presents the issues of criminal liability of the chief operating surgeon in the case of a procedure that results in leaving a foreign body in the site of surgery. The position that the physician managing the surgical team will always be responsible for leaving the foreign body in the operating field can and should be approached with just criticism. The authors point to the issue of the limits of the responsibility of the physician in charge of the surgery in relation to the mistakes made by other team members.

**Key words:** criminal liability, head of the operating team, physician

