



Sygn. akt SDI 4/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 maja 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Siuchniński (przewodniczący)

SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)

SSN Andrzej Tomczyk

Protokolant Anna Kuras

przy udziale Naczelnego Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej Grzegorza
Wrony,

w sprawie **lekarza D. R.**,

obwinionego z art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza
dentysty w zw. z art. 8 Kodeksu Etyki Lekarskiej,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 16 maja 2018 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę obwinionego

od orzeczenia Naczelnego Sądu Lekarskiego z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt NSL
Rep. [...],

zmieniającego orzeczenie Okręgowego Sądu Lekarskiego [...] Izby Lekarskiej [...].
z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt Wu [...],

**1. uchyla zaskarżone orzeczenie oraz orzeczenie Okręgowego
Sądu Lekarskiego [...] Izby Lekarskiej [...] i na podstawie art. 17 §
1 pkt 6 kpk w zw. z art. 64 ust. 3 i art. 112 pkt 1 ustawy z dnia 2
grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (tj. Dz.U. z 2016 r., poz. 522 ze
zm.) postępowanie w sprawie umarza;**

2. kosztami postępowania w sprawie obciąża Skarb Państwa;
3. zarządza zwrócenie obwinionemu uiszczonej opłaty od kasacji w kwocie 750 (siedemset pięćdziesiąt) złotych.

UZASADNIENIE

Okręgowy Sąd Lekarski [...] Izby Lekarskiej [...] orzeczeniem z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt Wu [...], uznał dr n. med. D. R. za winnego popełnienia czynu polegającego na tym, że w dniu 8 sierpnia 2012 r., będąc operatorem podczas wykonywania zabiegu u pacjenta I. N. w [...] Szpitalu Klinicznym [...], dopuścił się niestaranności w postępowaniu z pacjentem w ten sposób, że pozostawił w jamie brzusznej dwie serwety operacyjne, tj. przewinienia zawodowego, stanowiącego naruszenie art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (obecnie tj. Dz. U. 2018, poz. 617 ze zm.) w zw. z art. 8 Kodeksu Etyki Lekarskiej i za to na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (obecnie tj. Dz. U. 2018, poz. 168) wymierzył mu karę nagany. Nadto obciążył obwinionego kosztami postępowania w sprawie.

Od powyższego orzeczenia odwołanie złożył obrońca obwinionego. Zaskarżając orzeczenie co do winy, zarzucił:

„obrazę art. 5 § 2 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 170 § 1 i 2 k.p.k., art. 393 § 1 k.p.k. w zw. z art. 59 ust. 2 ustawy o izbach lekarskich poprzez:

I. oddalenie wniosków dowodowych obwinionego i nieuwzględnienie przez sąd opinii prof. dr hab. J. S. oraz dr hab. n. med. P. D. przy dokonywaniu oceny stanu faktycznego sprawy;

II. obrazę art. 1 k.k. w zw. z art. 112 pkt 2 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich poprzez przypisanie obwinionemu naruszenia art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty i art. 8 Kodeksu Etyki Lekarskiej;

III. obrazę art. 89 ust. 2 pkt 1 i art. 89 ust. 3 pkt 1 ustawy o izbach lekarskich poprzez brak dokładnego określenia przypisanego obwinionemu czynu, sprzeczność ustaleń dotyczących oceny stanu faktycznego i zawinionego zachowania między sentencją a uzasadnieniem orzeczenia;

IV. art. 201 k.p.k. poprzez uniemożliwienie obwinionemu ustosunkowania się do opinii biegłych [...] Uniwersytetu Medycznego - Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej i oparcie orzeczenia na niepełnej i niejasnej opinii biegłych;

V. naruszenie zasady bezpośredniości postępowania dowodowego poprzez oparcie ustaleń faktycznych na „uzyskanej” opinii Zakładu Medycyny Sądowej [...]. z dnia 17 lipca 2015 r. sporządzonej na zlecenie prokuratury;

VI. naruszenie art. 59 ust. 2 ustawy o izbach lekarskich poprzez zaniechanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu chirurgii;

VII. wadliwą wykładnię art. 53 ustawy o izbach lekarskich poprzez przyjęcie odpowiedzialności zawodowej głównego operatora za przewinienie zawodowe na zasadzie ryzyka, a nie zasadzie winy”.

W konkluzji obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie obwinionego względnie, w razie uznania za konieczne przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, o uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Obrońca na podstawie art. 167 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. postulował również, by sąd odwoławczy zwrócił się do konsultanta krajowego z zakresu chirurgii prof. dr hab. G. W. oraz do Zarządu Głównego Towarzystwa [...] o zajęcie stanowiska i odpowiedzi na pytania:

- czy w 2012 r. istniały standardy chirurgiczne nakazujące podczas zabiegu operacyjnego bezwzględne łącznie - markowanie chust chirurgicznych z narzędziami chirurgicznymi?

- jakie są zalecenia dla lekarza operatora w zakresie podejmowania czynności zmierzających do weryfikacji prawdziwości twierdzenia pielęgniarek asystujących przy operacji, że po przeliczeniu użytych materiałów (chust, gazików) ich liczba jest zgodna z materiałem wydany? W szczególności, czy lekarz operator, mimo potwierdzenia zgodności liczby materiału wydanego i odebranego, ma obowiązek każdorazowego uporczywego przeszukiwania jamy otrzewnowej, pomimo negatywnego wyniku dokładnej kontroli podstawowej, w celu wykluczenia pozostawienia materiału operacyjnego?

Nadto wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu chirurgii, z doświadczeniem klinicznym i czynnego zawodowo, na okoliczność prawidłowości postępowania operatora podczas zabiegu operacyjnego w sierpniu 2012 r. przez obwinionego u pacjenta I. N.;

- zwrócenie się do Sądu Dyscyplinarnego [...] Okręgowej Izby Pielęgniarek i Położnych [...]. w celu ustalenia na jakim etapie jest postępowanie dyscyplinarne wobec pielęgniarek A. G. i R. F.

Po rozpoznaniu tego odwołania Naczelny Sąd Lekarski orzeczeniem z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt NSL Rep. [...], zmienił zaskarżone orzeczenie tylko w zakresie orzeczenia o karze i wymierzył obwinionemu karę upomnienia, obciążając go kosztami postępowania.

Kasację od prawomocnego orzeczenia Naczelnego Sądu Lekarskiego złożył obrońca obwinionego lekarza. Zaskarżył orzeczenie w całości, zarzucając:

„I. obrazę art. 6 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k., art. 193 § 1 i § 2 k.p.k., art. 201 k.p.k. w zw. z art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 k.p.k., art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 170 § 1, 2, 3 k.p.k. oraz art. 112 pkt 1 i art. 59 ust. 1, 2 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich, polegającą na naruszeniu zasady procesowej prawa do obrony poprzez:

1. nierozpoznanie wniosku dowodowego obrońcy zawartego w odwołaniu o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu chirurgii z doświadczeniem klinicznym i czynnego zawodowo;

2. nieuwzględnienie wniosku dowodowego obrońcy z opinii Konsultanta Krajowego z zakresu chirurgii ogólnej oraz do wyrażenia stanowiska Zarządu Głównego Towarzystwa [...], przy jednoczesnym nieodniesieniu się do kwestii mających wpływ na ocenę winy dr n. med. D. R., do ustalenia których zmierzał wniosek;

3. oparcie zaskarżonego orzeczenia na opinii Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej [...] Uniwersytetu Medycznego – sporządzonej na zlecenie Prokuratury, która nie była wydana przez czynnego zawodowo lekarza chirurga, nie została w sposób bezpośredni przeprowadzona w postępowaniu dyscyplinarnym, czym naruszono prawo obwinionego do obrony poprzez uniemożliwienie mu zadawania pytań opiniującym oraz „biegłym” ustosunkowanie się do materiału zgromadzonego w postępowaniu dyscyplinarnym (tak w oryginale – uw. SN);

4. brak wydania postanowienia w przedmiocie oddalenia ww. wniosków dowodowych, podczas gdy fakt ich nieuwzględnienia wynika dopiero z treści uzasadnienia orzeczenia;

5. oddalenie wniosku dowodowego zgłoszonego przez obrońcę na rozprawie o dopuszczenie dowodu z:

a) opinii biegłej mgr J. K. z dnia 26.01.2005 r.

b) opinii biegłej mgr B. M. Ł. z dnia 12.09.2016 r.

przeprowadzonej w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym przeciwko A. G. i R. F. przed Okręgowym Sądem Pielęgniarek i Położnych przy równoczesnym nieodniesieniu się do kwestii rozdziału obowiązków pomiędzy operatorem i pielęgniarkami w trakcie przeprowadzania zabiegu operacyjnego.

II. obrazę art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 5 § 2 k.p.k., art. 7 k.p.k., art. 167 k.p.k., art. 170 § 1 i 2 k.p.k., art. 393 § 1 k.p.k. oraz art. 112 pkt 1 i art. 59 ust. 1 i 2 ustawy 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich poprzez nieuwzględnienie przez sąd opinii:

- prof. dr hab. J. S.,

- dr hab. n. med. P. D. przy dokonywaniu oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy.

III. obrazę art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 1 k.k. w zw. z art. 112 pkt 2 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich poprzez przypisanie obwinionemu winy w wyniku rzekomego naruszenia przez obwinionego art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty w związku z art. 8 Kodeksu Etyki Lekarskiej, podczas gdy czyn obwinionego nie stanowił przewinienia dyscyplinarnego.

IV. obrazę art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 89 ust. 2 pkt 1, art. 89 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich poprzez brak dokładnego opisanie przypisanego obwinionemu czynu, niewskazanie jakie konkretnie czynności powinien podjąć operator w celu sprawdzenia ilości serwet chirurgicznych, sprzeczność ustaleń dotyczących oceny stanu faktycznego i zawinonego zachowania obwinionego pomiędzy sentencją a uzasadnieniem orzeczenia, przy równoczesnym jednoznacznym ustaleniu, że przeliczenie ilości serwet chirurgicznych należy do podstawowych obowiązków pielęgniarki.

V. obrazę art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. poprzez nieodniesienie się do zarzutu swobodnej, w miejsce dowolnej oceny zeznań świadka lek. med. D. H. w zakresie braku możliwości markowania serwet podczas operacji I. N.

VI. obrazę art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 7 k.p.k. i art. 59 ust. 2 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich poprzez naruszenie zasady bezpośredniości postępowania dowodowego, poprzez oparcie ustaleń faktycznych na »uzyskanej« opinii Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego [...]. z dnia 17 lipca 2015 r. sporządzonej na zlecenie prokuratury przy jednoczesnym niedopuszczeniu jakiegokolwiek innej opinii biegłego w postępowaniu przed sądem dyscyplinarnym.

VII. obrazę art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 53 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich poprzez błędne rozważenie i przyjęcie wadliwej wykładni »przewinienia zawodowego« w kontekście odpowiedzialności głównego operatora na zasadzie ryzyka, a nie winy i niewskazanie wprost w treści uzasadnienia orzeczenia zasady odpowiedzialności obwinionego.

Podnosząc te zarzuty, obrońca wniósł o uznanie, że przypisanie winy obwinionemu było oczywiście niesłuszne i uniewinnienie obwinionego, względnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia i umorzenie postępowania oraz o zasądzenie od Skarbu Państwa na rzecz obwinionego poniesionych przez niego kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Chociaż szereg zarzutów kasacji należało ocenić jako wadliwie sformułowane, doprowadziła ona do uchylenia zaskarżonego orzeczenia, jak też orzeczenia sądu lekarskiego I instancji i umorzenia postępowania z uwagi na przedawnienie karalności czynu. Krytyczne uwagi nasuwało zwłaszcza skierowanie zarzutów tylko deklaratywnie przeciwko orzeczeniu Sądu odwoławczego, gdy w istocie kwestionowały one orzeczenie Sądu I instancji (np. zarzuty I. 3, II, III, IV, VI), co nie jest dopuszczalne w trybie kasacji, jak też wskazanie jako naruszonych (bez twierdzenia, przynajmniej w części obejmującej zarzuty, że chodzi o naruszenie rażące – zob. art. 96 ust. 1 ustawy o izbach lekarskich, dalej: u.i.l.) przepisów, których sąd *ad quem* nie stosował, np. art. 7 k.p.k. (powszechnie przyjmuje się, że nieprawidłowe jest podniesienie zarzutu obrazy tego przepisu oraz art. 5 § 2 k.p.k., jak uczynił to skarżący). W uzasadnieniu kasacji co prawda wskazano, iż „obrona w pełni respektuje fakt, że zarzuty kasacyjnej powinny być skierowane do orzeczenia Sądu II instancji, a nie do wyroku Sądu I instancji”, zaś nawiązując do tzw. efektu przeniesienia uchybienia argumentowano, że w takim

wypadku można podnosić zarzut dotyczący wadliwego procedowania sądu odwoławczego, w następstwie którego doszło do przeniknięcia do jego orzeczenia uchybień zaistniałych na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, jednak nie znalazło to należytego odbicia w treści zarzutów. Przejawem tego jest też traktowanie jako obrazy art. 433 § 2 k.p.k. sytuacji tego nie uzasadniających. Dla obrońcy jako podmiotu fachowego powinno być widoczne, że wymieniony przepis można wskazać jako naruszony, gdy sąd odwoławczy nie rozważy wszystkich zarzutów i wniosków wskazanych w środku odwoławczym, a nie wtedy, gdy nie uwzględni opinii, niesłusznie przypisze obwinionemu (oskarżonemu) winę, niedokładnie sformułuje opis przypisanego mu czynu, czy naruszy zasadę bezpośredniości (mowa jest o zarzutach z pkt II – IV oraz VI, jak zresztą zaznaczono, skierowanych przeciwko orzeczeniu Sądu I instancji). Dostrzec też jednak należy, że niektóre zarzuty można uznać za skierowane przeciwko orzeczeniu Sądu odwoławczego (w istocie tożsame zarzuty z pkt I.1 i 4, nadto z pkt I.2 i 5 oraz z pkt V; dla jasności wypada zauważyć, że w odwołaniu zarzut dotyczący oceny zeznań świadka D. H. pojawił się dopiero w części motywacyjnej tego pisma), przy czym zwłaszcza zarzut dotyczący niewyjaśnienia wszystkich chirurgicznych aspektów działania obwinionego (ta kwestia leżała w tle zarzutów z pkt I.1 i 2 oraz VII kasacji) miał cechę zasadności.

Odczytując kasację nie tylko przez pryzmat postawionych przez jej autora zarzutów, ale też uzasadnienia skargi, jak też uwzględniając treść art. 118 § 1 k.p.k. w zw. z art. 112 pkt 1 u.i.l. należało uznać, że obrońca obwinionego lekarza zasadniczo zakwestionował utrzymanie w mocy przez Naczelny Sąd Lekarski orzeczenia Sądu I instancji w zakresie rozstrzygnięcia o winie, przy niedostatecznym rozważeniu okoliczności rzutujących na ocenę w tym zakresie.

Odnosząc się do tego kluczowego zagadnienia, celowe będzie przypomnieć zasadnicze okoliczności sprawy. Mianowicie zakończone skazaniem obwinionego lekarza postępowanie dyscyplinarne zostało wszczęte z powodu pozostawienia dwóch serwet chirurgicznych w jamie brzusznej pacjenta I. N., operowanego w dniu 8 sierpnia 2012 r. przez zespół kierowany przez obwinionego, pełniącego rolę operatora. Fakt ten stwierdzono dopiero w kwietniu następnego roku, po czym pacjenta poddano dwóm kolejnym zabiegom operacyjnym, które nie zakończyły się

powodzeniem, bowiem w dniu 7 maja 2013 r. I. N. zmarł. W toku postępowania ustalono, że w końcowej fazie operacji obwiniony uzyskał informację od asystującego zespołu pielęgniarskiego, że bilans użytych w trakcie zabiegu materiałów nie nasuwa zastrzeżeń („zgadza się”), tzn. że ilość przekazanych operatorowi różnych materiałów, w tym serwet chirurgicznych, jest zgodna z ilością materiałów zwróconych jako zużyte. Wynikało z tego, że w ciele pacjenta nie pozostały żadne obce przedmioty, w tym wspomniane chusty. Mając taką informację, obwiniony zakończył operację przez zamknięcie (zaszycie) powłok ciała pacjenta. W toku postępowania nie zakwestionowano jego zapewnienia, że przedtem dokonał sprawdzenia pola operacyjnego w celu upewnienia się, czy rzeczywiście nie pozostało tam żadne obce ciało.

Jak wynika z przytoczonych wcześniej orzeczeń, sądy lekarskie obu instancji uznały, że zachowanie obwinionego nie było w pełni prawidłowe, bowiem w sposób zawiniony dopuścił się niestaranności w postępowaniu z pacjentem przez pozostawienie w jego jamie brzusznej serwet chirurgicznych. Należy jednak zauważyć, że zaakceptowany przez Naczelnego Sądu Lekarskiego tok rozumowania i procedowania Sądu I instancji nasuwa zastrzeżenia. Organ ten zaznaczył, że rozstrzygając o odpowiedzialności lekarza miał m.in. na uwadze treść opinii, którą na zlecenie prokuratora równolegle prowadzącego postępowanie przygotowawcze w sprawie karnej, sporządził zespół biegłych z Katedry i Zakładu Medycyny Sądowej [...] Uniwersytetu Medycznego (dalej: U.). W opinii, uznanej przez Sąd orzekający za „jasną, pozbawioną wewnętrznych sprzeczności, pełną, logiczną i przydatną w niniejszym postępowaniu”, jej autorzy wskazali, co przytoczył Okręgowy Sąd Lekarski, na nieprawidłowość w postępowaniu obwinionego lekarza, polegającą na zaniedbaniu dokładnej kontroli jamy otrzewnowej operowanego pacjenta przed zaszyciem powłok brzucha, co skutkowało pozostawieniem dwóch serwet chirurgicznych w ciele chorego. Zarazem zespół opiniujący wskazał, że odpowiedzialnym za działania poszczególnych członków zespołu operacyjnego oraz za własne działania śródoperacyjne jest kierownik zespołu, którym jest główny operator, stąd też D. R. ponosi odpowiedzialność za pozostawienie materiału operacyjnego w ciele pacjenta. Wypowiadając się w kwestii metod oznaczania materiałów operacyjnych, autorzy opinii stwierdzili, że w Polsce nie istnieją przepisy

prawne bądź standardy medyczne wiążące wszystkie ośrodki, co oznacza, że lekarze wykonujący pracę w [...] Szpitalu Klinicznym [...] byli zobowiązani jedynie do przestrzegania obowiązujących tam procedur. Zarazem nadmienili, że z dużym prawdopodobieństwem w przypadku przyczepienia troczków chust do narzędzi chirurgicznych lub ich przyszycia do powłok ciała pacjenta, nie doszłoby do pozostawienia chust w ciele pacjenta. To stwierdzenie nie zmienia faktu, że nieprawidłowości w zachowaniu lekarza biegli doszukanali się w określonym elemencie jego pracy, tj. wspomnianym zaniedbaniu dokładnej kontroli jamy otrzewnowej, i na określonym, końcowym etapie wykonywanego przez niego zabiegu. Tymczasem Sąd *meriti* stwierdził, że „należytej staranności w trakcie zabiegu operacyjnego w niniejszej sprawie zabrakło w ten sposób, że dr n. med. D. R. zaniechał oznaczania serwet umieszczanych w ciele pacjenta”, bowiem „jedynym sposobem, aby uniknąć przeoczenia takiego zabarwionego materiału, pomimo braku bezwzględnie obowiązujących standardów, jest właśnie oznaczanie serwet, chust za pomocą narzędzi chirurgicznych umieszczanych na ich troczkach. (...) W niniejszej sprawie nie doszło jednak w ogóle do markowania serwet, co, w ocenie Sądu, przyczyniło się do przeoczenia przez operatora dwóch serwet znajdujących się w jamie brzusznej pacj. I. N.”. Sąd nadmienił, że jest dla niego „wręcz zaskakujące”, iż obwiniony przez długie lata pracy zawodowej nie oznaczał materiałów operacyjnych używanych w trakcie zabiegów i nie uważa, by było to konieczne. Zarazem Okręgowy Sąd Lekarski zaznaczył, że praca chirurga nie pozwala na kontrolowanie każdej czynności wszystkich osób wchodzących w skład zespołu operacyjnego, co rodzi konieczność wykazywania przez operatora dużego zaufania do pozostałych członków zespołu, jak też stwierdził, że to na lekarzu prowadzącym zabieg ciąży obowiązek sprawdzenia, czy wszystkie narzędzia, a także inne materiały operacyjne zostały wyjęte z pola operacyjnego, bądź też dopilnowania, aby uczynił to inny członek zespołu operującego.

Te wszystkie stwierdzenia podzielił Sąd II instancji, który uznał, że „brak jest podstaw do jakiegokolwiek zakwestionowania prawidłowości ustaleń faktycznych poczynionych przez OSL, stanowiących podstawę przypisania obwinionemu odpowiedzialności za zarzucone przewinienie zawodowe”. Uznał też, że w postępowaniu obwinionego zabrakło staranności, ponieważ powinien zastosować

wszelkie możliwe środki, w tym także markowanie chust narzędziami, aby zapobiec wystąpieniu zdarzenia w postaci pozostawienia ciała obcego w ciele pacjenta. Sąd *ad quem* stwierdził również, że „sam brak obowiązujących standardów (spisanych reguł) nie zwalnia w tym zakresie chirurga z generalnego obowiązku przestrzegania powszechnie stosowanych praktyk, stanowiących element wykonywania sztuki, jaką niewątpliwie pozostaje zawód chirurga”. Nawiązując zaś do faktu otrzymania przez obwinionego informacji o prawidłowym bilansie materiałów, Naczelny Sąd Lekarski wskazał, że taka informacja pozwala operatorowi na zakończenie operacji i nie obliuguje go do uporczywej kontroli jamy brzusznej, jak też do wykonania badania radiologicznego. Z powodu możliwości popełnienia błędu procedura liczenia materiałów nie może być jednak jedynym elementem stosowanym w celu zapobieżenia pozostawienia w jamie brzusznej pacjenta ciał obcych.

Przytoczenie istotnych fragmentów uzasadnień orzeczeń sądów obu instancji pozwala dostrzec wspomnianą wcześniej niekonsekwencję w ocenie zachowania obwinionego lekarza. Jak wspomniano, polegała ona na akceptowaniu wniosków opinii sporządzonej przez lekarzy z U., w świetle której pozostawienie serwet w ciele pacjenta było wynikiem zaniedbania przez głównego operatora dokładnej kontroli jamy otrzewnowej, a zarazem na przyjęciu, że zasadnicza nieprawidłowość w postępowaniu lekarza, który po otrzymaniu wspomnianej informacji nie był zobowiązany do „uporczywej” kontroli jamy brzusznej, polegała na zaniechaniu markowania (oznaczania) chust (serwet) narzędziami, co mogło nastąpić przy użyciu troczków, w jakie chusty były zaopatrzone. W istocie nastąpiło więc przejęcie przez sądy roli biegłego, co nie jest dopuszczalne nawet wtedy, gdy członkowie składu orzekającego dysponują wiedzą medyczną.

Niezależnie od uwag krytycznych odnośnie do zarzutów kasacji, należy stwierdzić, że stawiając zarzut zwłaszcza z pkt VII, skarżący nie bez racji zasygnalizował wyraźnie rysujące się w tej sprawie zagadnienie skazania obwinionego lekarza za przewinienie zawodowe, mimo niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności rzutujących na ocenę jego zachowania. W nawiązaniu do tego zarzutu w uzasadnieniu obrońca akcentował, iż „nie jest uprawnione stanowisko, że odpowiedzialność lekarza operatora opiera się na zasadzie ryzyka (tego jednak sądy lekarskie nie twierdziły – uw. SN). Konieczne jest stwierdzenie

winy, która polega na niewykonaniu pewnych obowiązujących standardów zachowania. Dopiero to powoduje, że można mówić o braku staranności działania. Obrona podkreśla, że nie ma przepisów nakazujących markowanie chust i narzędzi chirurgicznych, nie ma również standardów operacyjnych nakazujących takie zachowanie". W tym miejscu wypada zauważyć, że nie można zgodzić się z twierdzeniem autora kasacji, iż Sąd II instancji ustalił, że podczas operacji obwiniony nie miał obowiązku sprawdzenia, czy w jamie otrzewnowej pacjenta znajdują się serwety chirurgiczne oraz że Sąd ten nie wykazał, jakie czynności powinny zostać przez chirurga podjęte, aby zagwarantować niepozostawienie serwet w polu operacyjnym. Z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia wynika przecież, że Naczelny Sąd Lekarski uznał, iż w zaistniałej sytuacji obwiniony nie był zwolniony od przeprowadzenia kontroli jamy brzusznej, stwierdził jedynie, że nie musiał dokonywać kontroli „uporczywej”, co można rozumieć jako brak obowiązku kontroli analogicznej jak w przypadku uzyskania informacji o braku ilościowej zgodności materiałów wydanych i zwróconych podczas operacji. Gdy zaś chodzi o wymagane od chirurga czynności mające zagwarantować niepozostawienie serwet w polu operacyjnym, to nie ulega wątpliwości, że Sąd *ad quem* podzielił pogląd wyrażony w tej kwestii przez Sąd I instancji, co znalazło też wyraz w sygnalizowanym wcześniej stwierdzeniu, iż „starannie działający chirurg powinien zastosować wszelkie możliwe środki (w tym markowanie chust narzędziami), aby zapobiec wystąpieniu zdarzenia w postaci pozostawienia ciała obcego w ciele pacjenta” i wskazaniu, że „takiej właśnie staranności zabrakło w potwierdzonym w sprawie postępowaniu obwinionego lekarza”.

Przy takim stanowisku sądów lekarskich Sąd Najwyższy uznał, że w celu prawidłowego rozpoznania kasacji, wymaga sprawdzenia wyrażony przez sądy pogląd co do istoty zaniedbania, którego miał się dopuścić obwiniony lekarz. W tym celu dopuścił dowód z ustnej opinii konsultanta krajowego z dziedziny chirurgii ogólnej prof. dr. hab. n. med. G. W. na okoliczność obowiązków ciążyących na lekarzu operującym w zakresie zapobiegania pozostawienia ciała obcego w ciele pacjenta poddawanemu zabiegowi chirurgicznemu, w szczególności czy obowiązują (obecnie i w 2012 r.) procedury (standardy) w tym zakresie, względnie – przy braku takich procedur – czy powszechną praktyką lekarzy chirurgów,

przestrzegających obowiązku należytej staranności przy prowadzeniu leczenia jest markowanie materiałów operacyjnych umieszczanych w jamie brzusznej pacjenta, w tym oznaczanie serwet (chust) za pomocą narzędzi chirurgicznych.

Biegły w obszernym wystąpieniu na rozprawie kasacyjnej w dniu 16 maja 2018 r. przedstawił różne aspekty tego zagadnienia. Przytaczając najbardziej istotne fragmenty jego wypowiedzi należy odnotować, że biegły stwierdził, iż chociaż przypadki pozostawienia ciała obcego w ciele pacjenta występują sporadycznie, to jest to problem znaczący w różnych specjalnościach lekarskich, w tym w chirurgii, i mogący zaistnieć w najlepszych placówkach służby zdrowia. Przedmiotem troski świata medycznego jest wypracowanie standardów zapobiegających zaistnieniu takich przypadków, jednak nie ma w tym zakresie ogólnie obowiązujących reguł, jednego ustalonego standardu dla wszystkich placówek służby zdrowia, chociaż każdy szpital powinien mieć regulamin funkcjonowania bloku operacyjnego, który określa procedury postępowania personelu medycznego. Te, po ustaleniu, powinny być konsekwentnie, niezmiennie przez personel stosowane. Według biegłego, brak skodyfikowania standardów zapobiegania pozostawienia ciał obcego w ciele pacjenta wynika z tego, że chodzi o bardzo indywidualne kwestie (stan pacjenta, jego fizyczna budowa, rodzaj choroby, rodzaj wykonywanego zabiegu), które trudno ująć szczegółowymi regułami. Biegły wyraził też pogląd, że markowanie materiałów operacyjnych może być różne. W przypadku serwet chirurgicznych w grę wchodzi przypinanie do nich narzędzia chirurgicznego, wyprowadzenie poza pole operacyjne troków, w które serwety są zaopatrzone, za markowanie można też uznać liczenie materiałów, przy czym, uznając prawo lekarza operującego do decydowania jak mają być markowane chusty w konkretnej sytuacji, właśnie liczenie biegły uznał za najlepszy sposób zapobieżenia pozostawieniu materiału w ciele pacjenta. Stwierdził w związku z tym, że nie jest słuszny pogląd, iż jedynym skutecznym sposobem uniknięcia takiej sytuacji jest oznaczanie serwet za pomocą umieszczanych na ich troczkach narzędzi chirurgicznych, jak również pogląd, że takie postępowanie nie jest procedurą powszechnie obowiązującą (nadmienił nawet, że z reguły nie oznacza się chusty narzędziem, jeżeli jest umieszczana w jamie brzusznej). Biegły wskazał, że w większości przypadków lekarz wierzy instrumentariuszce

przekazującej informację na temat stanu materiałów (ilości serwet) wydanych do operacji i oddanych po jej zakończeniu, jakkolwiek na poziom zaufania musi rzutować doświadczenie zawodowe pielęgniarki. Niezależnie od tego, to lekarz - operator odpowiada za całość operacji, nadzoruje prawidłowość pracy pielęgniarek i jego obowiązkiem jest czuwanie nad tym, by nie doszło do pozostawienia ciała obcego w jamie brzusznej pacjenta. Również w przypadku otrzymania informacji, że zgadza się bilans materiałów wydanych w trakcie zabiegu i zwróconych, obowiązkiem lekarza jest sprawdzenie, czy nic w jamie brzusznej nie pozostało („trzeba jelita podnieść do góry i sprawdzić”), ale nie przeszukuje się pola operacyjnego uporczywie, jeśli bilans się zgadza.

Ta opinia biegłego, będącego niewątpliwie autorytetem w zakresie chirurgii, przemawiała za uznaniem, iż nie są pozbawione racji podniesione w kasacji zastrzeżenia co do prawidłowości zaskarżonego orzeczenia. Jak podkreślano, Naczelny Sąd Lekarski zaaprobował wewnętrznie sprzeczne stanowisko Sądu I instancji, który za prawidłową uznał opinię, przyczynę pozostawienia serwet chirurgicznych w ciele pacjenta upatrującą w nie dość starannym sprawdzeniu przez obwinionego lekarza jamy otrzewnowej operowanego pacjenta przed zaszyciem powłok brzucha, a zarazem przyjął, że brak należytej staranności lekarza polegał na zaniechaniu oznaczania serwet umieszczanych w ciele pacjenta, w szczególności przez niepołączenie narzędzi chirurgicznych serwetami przy pomocy dołączonych do nich troczków. Sąd *ad quem*, nie mając ku temu oparcia w opinii zespołu lekarzy z U. (choć nawiązali oni do takiego oznaczania serwet chirurgicznych, to nie twierdzili, że warunkuje ono uznanie działania lekarza za prawidłowe), którą przecież określił jako „pełną, logiczną, jasną oraz niezawierającą wewnętrznych sprzeczności”, uznał przy tym, że powinność takiego zachowania wynikała z „generalnego obowiązku przestrzegania powszechnie stosowanych praktyk”. Rzecz jednak w tym, że w świetle opinii konsultanta krajowego z dziedziny chirurgii to stanowisko Naczelnego Sądu Lekarskiego jawi się jako nieprawidłowe.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżone kasacją orzeczenie. Nie uznał jednak, by, wraz z uchYLENIEM orzeczenia Sądu I instancji, koniecznym orzeczeniem następczym było uniewinnienie obwinionego lekarza z powodu oczywistej niesłuszności jego skazania (art. 537 § 2 *in fine* k.p.k.). Przy

uwzględnieniu, że tak lekarze z zespołu opiniującego U. (nie zasługuje na akceptację pogląd skarżącego o niemożności wykorzystania w postępowaniu dyscyplinarnym opinii sporządzonej na użytek postępowania karnego), jak też biegły występujący na rozprawie kasacyjnej zgodnie wskazywali, iż, co do zasady, główny operator odpowiada za przebieg operacji, w tym – niezależnie od treści informacji przekazanej mu przez pielęgniarkę, mogącą przecież, jak w tej sprawie, opierać się na błędnym przeliczeniu materiałów użytych w trakcie operacji – za należyte sprawdzenie pola operacyjnego przed jej zakończeniem, kwestią kluczową pozostawała staranność obwinionego lekarza przy wykonywaniu czynności sprawdzających. Należy przy tym odnotować, że chociaż Sąd I instancji w pisemnym uzasadnieniu orzeczenia nader szczegółowo przedstawił ustalony w sprawie stan faktyczny, to w ramach tych ustaleń zupełnie kwestię tę pominął; na temat podjęcia przez obwinionego wspomnianych czynności nie wypowiedział się też w części analitycznej uzasadnienia. Z kolei Sąd odwoławczy, chociaż uznał, że w zaistniałych okolicznościach obwiniony nie miał obowiązku „uporczywej” kontroli jamy brzusznej pacjenta, zagadnieniu tej kontroli, która z pewnością powinna też uwzględniać możliwość przemieszczenia się serwet poza pole operacyjne (nie wykluczył tego prof. G. W.), nie poświęcił szerszej uwagi, chociaż samą operację uznał za obarczoną zwiększonym ryzykiem. W takim razie nie jest całkiem jasne, jakie konkretne czynności sprawdzające wykonał obwiniony (z wypowiedzi biegłego – „trzeba jelita podnieść do góry” – wynikało, że np. sam ogląd wzrokowy pola operacyjnego nie byłby wystarczający), podobnie jak nie wiadomo, na czym miałyby polegać różnica pomiędzy sprawdzaniem uporczywym, czego Naczelny Sąd Lekarski od obwinionego nie wymagał, i sprawdzeniem „dokładnym”, którego według zespołu opiniującego z U. obwiniony nie przeprowadził. Jak wcześniej nadmieniano, opinię tego zespołu sądy obu instancji w pełni akceptowały. Inną kwestią jest, że wymagając od obwinionego oznaczania serwet za pomocą narzędzi chirurgicznych umieszczanych na ich troczkach, sądy lekarskie nie rozważyły, przy uwzględnieniu specyfiki tej konkretnej operacji, czy takie postąpienie nie przeszkadzałoby lekarzowi w sprawnym jej przeprowadzeniu, nadto Sąd II instancji nie odniósł się do twierdzenia obrońcy, iż według asystującego lekarza D. H. serwety nie były wyposażone w troki.

Przy tych niedostatkach sprawa kwalifikowała się do ponownego rozpoznania, przynajmniej w instancji odwoławczej. Należało jednak mieć na uwadze, że art. 64 ust. 3 u.i.l. określa 5-letni termin przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego, zarazem w ust. 4 stanowi, że jeżeli jest on jednocześnie przestępstwem, ustanie karalności przewinienia zawodowego następuje nie wcześniej niż ustanie karalności tego przestępstwa. Jak wcześniej wskazano, w związku z przedmiotowym zdarzeniem wobec D. R. wszczęto postępowanie karne, przy czym z materiałów sprawy wynika, że postawiono mu zarzut popełnienia przestępstwa z art. 160 § 3 k.k. w zw. z art. 155 k.k. W opisie czynu wskazano, iż „(...) będąc głównym operatorem zaniedbał dokładnej kontroli jamy otrzewnowej przed zaszyciem powłok brzucha, co skutkowało pozostawieniem w ciele pacjenta dwóch serwet chirurgicznych i naraziło pacjenta I. N. na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia (...)", jak też z tym zachowaniem lekarza powiązano śmierć pokrzywdzonego. Postępowanie, które toczy się przed Sądem Rejonowym we W. (aktualna sygn. akt V K [...]) nie zostało jeszcze zakończone prawomocnym wyrokiem, zwłaszcza skazującym, który przesądziłby, że obwiniony lekarz popełnił przestępstwo. W zwykłej sytuacji zachodziłaby więc konieczność oczekiwania na rozstrzygnięcie sprawy karnej. Należy jednak dostrzec, że opis przypisanego D. R. deliktu dyscyplinarnego nie zawiera znamion przestępstwa z art. 160 § 3 k.k., jak też z art. 155 k.k., mianowicie nie wskazuje, iż naraził on pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu oraz że nieumyślnie spowodował jego śmierć. Sąd lekarski I instancji poprzestał na spostrzeżeniu, że „obwiniony stając przed obliczem Sądu Lekarskiego nie miał postawionego zarzutu, iż naraził pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia bądź zdrowia", jednak mimo takiej możliwości, w opisie przypisanego obwinionemu czynu nie zawarł takiego sformułowania (ustalenia). W istniejącej sytuacji procesowej (brak zaskarżenia na niekorzyść), nie byłoby to możliwe w dalszym toku postępowania. Trzeba zatem przyjąć, że w rozpoznawanej sprawie dyscyplinarnej, nawet w razie wydania wyroku skazującego w sprawie karnej, nie można byłoby zastosować terminu przedawnienia określonego odpowiednimi przepisami Kodeksu karnego [art.101 § 1 pkt 3 k.k. (w razie skazania tylko z art. 160 § 3 k.k. – pkt 4) i art. 102 k.k.], bowiem i wtedy czyn

będący przedmiotem postępowania dyscyplinarnego nie stanowiłby, biorąc pod uwagę jego opis, przestępstwa. Nie zmienia tego okoliczność, że przedmiotem ocen prawnych w obu odrębnych i samodzielnych jurysdykcyjnie postępowaniach było to samo zdarzenie w ujęciu historycznym (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2018 r., SDI 120/17). Przy stosowaniu ogólnego, 5-letniego terminu przedawnienia deliktu dyscyplinarnego określonego w art. 64 ust. 3 u.i.kl. o izbach lekarskich zaszła zatem konieczność postąpienia po myśli art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., tj. uchylenia zaskarżonego orzeczenia oraz poprzedzającego go orzeczenia Sądu I instancji i umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. w zw. z art. 64 ust. 3 i art. 112 pkt 1 u.i.l., z obciążeniem Skarbu Państwa kosztami postępowania w sprawie (art. 89 ust. 4 u.i.l.). Uwzględnienie kasacji skutkowało zwróceniem obwinionemu uiszczonej przez niego opłaty od kasacji (art. 527 § 4 k.p.k. w zw. z art. 112 pkt 1 u.i.l.).

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł jak w wyroku.