

PRAWO DO SAMOSTANOWIENIA DZIECKA W ZAKRESIE LECZENIA.

ORZECZNICTWO SĄDÓW ANGIELSKICH W SPRAWACH ZGODY DZIECKA NA LECZENIE I ZABIEGI MEDYCZNE Z POLSKIEJ PERSPEKTYWY

KATARZYNA BAGAN-KURLUTA, URSZULA DROZDOWSKA

Dziecko to człowiek, który nie ukończył 18 lat¹. To istota niedojrzała, wymagająca ochrony. Przysługuje mu znacząca większość praw człowieka oraz cały szereg szczególnych praw, które z jednej strony gwarantować mają możliwość realizacji praw młodego człowieka, z drugiej – mają za zadanie chronić jego wrażliwość. Kwestią dyskusyjną, tak w kontekście aktów prawa międzynarodowego, jak i prawa krajowego, jest wpływ wzrastającej z wiekiem dojrzałości dziecka na jego prawo do samostanowienia. Szczególne kontrowersje dotyczą możliwości podejmowania przez nie decyzji dla jego interesu niekorzystnych. Ich konsekwencje mogą być minimalne, mogą jednak wpłynąć na zdrowie i dalsze życie dziecka.

W tym kontekście oraz w związku z rozwiązaniami zawartymi w Konwencji praw dziecka z 1989 r. i w europejskiej konwencji bioetycznej² z 1997 r. uzasadnione jest odniesienie się do prawa do stanowienia dziecka w zakresie leczenia oraz wskazanie jego treści. Na podstawie art. 12.1 pierwszej z konwencji dziecku przysługuje prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach jego dotyczących, stosownie do jego wieku oraz dojrzałości – przy założeniu, że zdolne jest ono do kształtowania swych własnych poglądów. Z kolei według art. 5 Europejskiej konwencji bioetycznej nie można przeprowadzić interwencji medycznej bez swobodnej i świadomej zgody osoby zainteresowanej. Interwencja medyczna może być dokonana wobec osoby, która nie ma zdolności do wyrażenia zgody tylko wtedy, gdy jest to dla niej bezpośrednio korzystne. W stosunku do małoletniego, niemającego, zgodnie z obowiązującym prawem, zdolności do wyrażenia

- 1 Art. 1 Konwencji praw dziecka z 1989 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 2, poz. 11): W rozumieniu niniejszej konwencji „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność.
- 2 Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie. Tekst: http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf [12.12.2013].

zgody na interwencję medyczną, interwencja taka może być przeprowadzona za zgodą jego przedstawiciela ustawowego, odpowiedniej władzy albo innej osoby lub instytucji ustanowionych w tym celu. Stanowisko małoletniego jest uwzględnione jako czynnik, którego znaczenie wzrasta w zależności od wieku i stopnia dojrzałości (art. 6)³.

Jak przekłada się to prawo do swobodnego wyrażania swego zdania oraz ograniczona możliwość decydowania o swoim stanie zdrowia na rozwiązania zawarte w krajowych porządkach prawnych? Czy rozwiązania stosowane w dwóch państwach różnych systemów prawnych (*common law* i *civil law*) odbiegają od siebie i czy w takim samym stopniu gwarantują dzieciom możliwość przynajmniej ograniczonego decydowania o sprawach istotnych dla własnego zdrowia? Poniższe rozważania będą próbą odpowiedzi na te pytania.

Uwagi wprowadzające

Na listę źródeł angielskiego prawa w kolejności ich stosowania składają się⁴: prawo UE⁵, Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.⁶, Konstytucja⁷, *common law* (w tym kontekście są to ogólne zasady prawa), statuty, precedensy, praktyka.

Dość szczególną jest rola precedensu, ponieważ w znacznej mierze uzupełnia on niekompletne prawo stanowione, czy też ze względu na niechęć Anglosasów do tego ostatniego – raczej to prawo stanowione uzupełnia luki w orzecznictwie. Nie każde orzeczenie sądu wyższej instancji wiąże⁸. Precedensowe jest orzeczenie, które dotyczy zagadnienia prawnego, a nie tylko stwierdzenia co do faktu⁹. Zawiera uzasadnienie sposobu rozumowania sędziego w kwestii zastosowania prawa, czyli tzw. stwierdzenie co do prawa¹⁰. Jego koniecznym elementem jest prawne umo-

3 Zob. szerzej: M. Sajjan, K. Zaradkiewicz, Zgoda na interwencję medyczną w świetle Konwencji Rady Europy o prawach człowieka i biomedycynie, [w:] *Divina et Humana. Księga Jubileuszowa w 65. rocznicę urodzin Księdza Profesora Henryka Misztala*, (red.) A. Dębiński, W. Bar, P. Stanisławski, Lublin 2001, s. 215 i nast.

4 J. Bell, *Sources of law*, [w:] *English Private Law*, A. Burrows (red.), Oxford 2007, s. 4.

5 Zgodnie z art. 1(2) i (3) *European Communities Act* z 1972 r. oraz orzecznictwem ETS: *Costa v. Enel*, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* i *R v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd.*

6 W świetle art. 3 *Human Rights Act* z 1989 r. interpretacja i stosowanie angielskiego ustawodawstwa powinno się odbywać w sposób zgodny z prawami określonymi w konwencji z 1950 r. Por. <http://legislation.uk.gov.uk/pa/1998/42/section/3>.

7 Jako konstytucja traktowane są zasady i zwyczaje dotyczące rządu państwem, tak prawa pozytywne, jak i *common law*. Por. listę aktów [w:] K. Bagan-Kurluta, *Sprawy rodzinne w polsko-brytyjskim obrocie prawnym*, Białystok 2012, s. 20. Por. J. Bell, *op. cit.*, s. 9-11.

8 Według zasady "stare decisis – let the decision stand". C. Elliott & F. Quinn, *English Legal System*, Harlow 2008, s. 9.

9 Spór co do faktu zakończony podjęciem decyzji tylko co do tego faktu nie jest nigdy powodem kreacji precedensu, orzeczenie takie zatem nie jest precedensem. P. Darbyshire, *English Legal System*, London 2001, s. 22; J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford 1999, s. 40.

10 *Statement of law*.

tywowanie decyzji (*ratio decidendi*)¹¹. Może zawierać więcej niż jedno *ratio* (*rationes decidendi*), co zresztą często świadczy o wiążącym charakterze orzeczenia oraz tzw. *obiter dicta/dictum*¹² – argumenty natury prawnej, które wychodzą poza zakres niezbędny dla umotywowania podjęcia decyzji. Dyskusyjne jest to, czy sędzia sam może zdecydować o tym, że jego własne twierdzenie stanowi jedynie opinię w sprawie, a więc odmówić przydania mu roli precedensu. Z całą pewnością sędzia nie może zapobiec przekształceniu opinii w precedens¹³. Zatem *obiter dicta* może zostać uznane za *ratio decidendi*. Decyduje o tym sąd, przed którym powołano się na orzeczenie je zawierające. Stąd waga *obiter dicta* jako potencjalnych *ratio decidendi*, ale także jako tzw. *persuasive* precedens – orzeczeń niewiązących, ale przekonujących do przyjęcia określonej decyzji w następnej sprawie – w razie luk w prawie¹⁴.

Polska jest jednym z państw systemu *civil law*. Co za tym idzie, w katalogu polskich źródeł prawa znajdują się akty prawa pisanego. Kolejność ich stosowania ustala się na podstawie norm konstytucyjnych i ustawowych, ale także z uwzględnieniem pierwszeństwa stosowania aktów prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego. W tym kontekście znaczenie orzecznictwa jest niewielkie. W szczególności trudno jest mówić o mocy wiążącej precedensów.

Orzecznictwo sądów angielskich w sprawach zgody dziecka na leczenie i zabiegi medyczne

Od Family Law Reform Act z 1969 r.¹⁵ w Wielkiej Brytanii¹⁶ pełnoletnia jest osoba, która ukończyła 18 lat. Oznacza to, że jest ona w pełni kompetentna do decydowania o sobie, także w sferze wyrażenia zgody na leczenie lub sprzeciwu wobec leczenia. Sprzeciwić się leczeniu może z przyczyn racjonalnych, nieracjonalnych, czy nawet bez przyczyny¹⁷. Jednak w myśl art. 8 (1) wspomnianej ustawy także osoba, która osiągnęła wiek 16 lat, jest w pełni uprawniona do wyrażenia zgo-

11 Według R. Crossa (za P. Darbyshire, *op. cit.*, s. 22) jest to jakakolwiek reguła prawna wyraźnie lub w sposób dorozumiany zidentyfikowana jako przyjęta przez sędziego za konieczny krok w podjęciu przez niego decyzji – w kontekście toku rozumowania sędziego lub niezbędnej części jego wskazówek dla przysięgłych.

12 Uboczne uwagi.

13 *Behrens v. Bertram Mills Ltd* [1957] 2 QB 1, *In Re Showerings, Vine Products and Whiteways Ltd* [1968] 1 WLR 1381.

14 A. Gillespie, *The English Legal System*, Oxford 2009, s. 73-74.

15 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46/section/8>. Wcześniej było to 21 lat. Por. A. Bainham, S. Cretney, *Children – the modern law*, Bristol 1993, s. 19.

16 Prawo Wielkiej Brytanii nie jest jednolite. W Anglii i Walii na ogół obowiązują te same przepisy. Inaczej jest już w Szkocji i Irlandii Płn. Zob. jednak *Age of Legal Capacity (Scotland) Act* (1991), zgodnie z którym osoby w wieku poniżej 16 lat mają zdolność do wyrażenia zgody, jeśli w ocenie uprawnionego lekarza pacjent jest zdolny do zrozumienia natury i możliwych konsekwencji czynności leczniczych, section 2(4).

17 *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] UKHL 1 (21 February 1985).

dy na leczenie – medyczne, chirurgiczne lub dentystryczne¹⁸. Wyrażenie przez nią zgody eliminuje potrzebę uzyskania jej od rodzica lub opiekuna prawnego. Inaczej przedstawia się sprawa zgody dzieci młodszych, a więc poniżej wieku 16 lat. Generalnie bowiem to rodzice odpowiedzialni są za los swych dzieci, temu też służy instytucja odpowiedzialności rodzicielskiej oraz standard dobra dziecka, który powinien być realizowany w relacjach między rodzicami a dziećmi. Prawa przyznane rodzicom wobec potomstwa są dla korzyści dzieci, a uzasadnieniem ich istnienia jest możliwość wykonywania przez rodziców ich obowiązków względem dzieci. Już W. Blackstone w 1830 r. wywodził władzę rodziców nad dziećmi z ich obowiązków względem dzieci¹⁹. Trudno się zatem dziwić, że stało się to asumptem (razem z postanowieniami Europejskiej konwencji praw człowieka z 1950 r.) do uznania, że zakres praw dziecka, w tym do decydowania o sobie, uzależniony powinien być od stopnia jego dojrzałości.

Nadzwyczaj istotną rolę w orzecznictwie dotyczącym kwestii medycznych spełnia orzeczenie w sprawie *Gillick v. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority*²⁰. W grudniu 1980 r. Department of Health and Social Security wydał wytyczne dotyczące młodzieży i planowania rodziny, w których znalazło się stwierdzenie, że w niektórych przypadkach, które zostały określono jako wyjątkowe, lekarz może (działając zgodnie z prawem) przepisać dziewczynce będącej w wieku poniżej 16 lat środki antykoncepcyjne – bez zgody jej rodziców. Pani Gillick, matka pięciu córek, które nie ukończyły 16 lat, sprzeciwiła się wytycznym, twierdząc, że są one bezprawne. Finalnie sprawa stała się przedmiotem rozstrzygnięcia Izby Lordów. Skarżąca podniosła trzy kwestie. Pierwsza z nich odnosiła się do praw rodzicielskich: pani Gillick twierdziła, że prawa rodzicielskie powinny być zabezpieczone przed interwencją tak wynikającą z upoważnienia sądu, jak i ustawy. Drugi zarzut dotyczył prawa karnego: regulacja pozwalająca na podawanie środków antykoncepcyjnych dziewczynkom poniżej 16. roku życia miała mieć charakter kryminalny, a z pewnością godzić w porządek publiczny. Lekarz, który zastosowałby się do wytycznych, popełniłby przestępstwo²¹ pomocnictwa w bezprawnym seksualnym współżyciu²². W końcu skarżąca podnosiła kwestię wieku, twierdząc, że dziewczynka będąca w wieku poniżej 16 lat nie jest zdolna do skutecznego wyrażenia zgody na leczenie, zwłaszcza w kontekście antykoncepcji i aborcji. Izba Lordów, w szcze-

18 Określenie „chirurgiczne, medyczne lub stomatologiczne leczenie” obejmuje każdą procedurę wykonywaną w celach diagnostycznych, każdą procedurę (w tym, w szczególności, podawanie środka znieczulającego), która jest pomocnicza w stosunku do jakiegokolwiek leczenia, gdyż odnosi się do tego leczenia. Por. art. 8 (2) Family Law Reform Act z 1969 r.

19 Por. W. Blackstone, Commentaries, 17th ed., t. 1, London 1830, s. 452.

20 [1985] UKHL 7 (17 October 1985).

21 Offence.

22 Na mocy art. 28 ówczesnie obowiązującego Sexual Offences Act z 1956 r. Tak wówczas, jak i teraz stosunki seksualne z dziećmi poniżej 16. roku życia są karalne. Por. art. 5 i 6 Sexual Offences Act z 1956 r. oraz art. 9 i następne Sexual Offences Act z 2003 r., <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/4-5/69/section/5>, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/9>.

gólności w osobach lordów Fräsera i Scarmana, nie podzieliła jej opinii w sprawie. Pierwszy z nich stwierdził, że z prawa i obowiązku rodziców sprawowania pieczy nad dzieckiem wynika ich prawo i obowiązek kontroli nad nim, ale samo to nie rzuca światła na zakres tej kontroli w jakimkolwiek dziecko nie byłoby wieku. Sędziowie zgodzili się z twierdzeniem zawartym w orzeczeniu wydanym w pierwszej instancji: to, czy dziecko jest zdolne do wyrażenia niezbędnej zgody, zależy od jego dojrzałości i zrozumienia oraz od rodzaju wymaganej zgody. Dziecko musi być w stanie dokonać racjonalnej oceny zalet i wad proponowanego leczenia, aby zgoda, jeśli wyrażona, mogła być prawidłowo i rzetelnie określona jako prawdziwa. Ponadto sformułowano swego rodzaju przewodnik dotyczący postępowania lekarza, który może zastosować się do wytycznych bez zgody rodziców lub nawet ich wiedzy, jeśli będzie pewien, że: 1) dziewczynka (mimo że nie ukończyła jeszcze 16 lat) zrozumie jego poradę, 2) nie będzie w stanie przekonać jej, aby poinformowała rodziców lub zgodziła się na to, aby on ich poinformował o jej potrzebie uzyskania porady w sprawie antykoncepcji, 3) jest bardzo prawdopodobne, że będzie ona kontynuować stosunki seksualne bez względu na to, czy otrzyma środki antykoncepcyjne czy nie, 4) jej zdrowie fizyczne lub psychiczne najprawdopodobniej ucierpią, jeśli nie otrzyma porady lub środków antykoncepcyjnych, 5) jej dobro wymaga od niego, aby udzielił jej porady, leczenia lub obu bez zgody rodziców. Przyjęty został także swego rodzaju test dotyczący oceny kompetencji dziecka, a więc badanie stanu jego dojrzałości. Według lorda Scarmana rodzice mogą wyrazić zgodę na leczenie w imieniu dziecka, które w świetle tego testu (zwanego od nazwy sprawy „Gillick Competent”) nie jest kompetentne do jej udzielenia, ale nie mogą uchylić swą decyzją zgody dziecka, które w świetle testu jest kompetentne.

Komplementarny test zdolności pacjenta został przyjęty nieco później w orzeczeniu w sprawie *Re C (Adult: Refusal of Treatment)*²³ – w odniesieniu do pacjentów cierpiących na choroby psychiczne. Sędzia Thorpe zaproponował, aby zbadać, posługując się standardem dowodowym równowagi prawdopodobieństw²⁴, czy pacjent: 1) zrozumie charakter, cel i efekt proponowanego badania (procedury medycznej) i zachowa istotne z punktu widzenia leczenia informacje na tyle długo, aby podjąć decyzję w kwestii wyrażenia zgody lub sprzeciwu, 2) uwierzy w udzielone informacje, 3) zważy informacje aby ocenić ryzyko i korzyści z przeprowadzonego leczenia, a na tej podstawie dokona swobodnego wyboru.

Choć lord Balcombe w orzeczeniu w sprawie *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court’s Jurisdiction)*²⁵ stwierdził, że z punktu widzenia logiki nie może być różnicy między zdolnością do wyrażenia zgody na leczenie oraz zdolnością do

23 [1994] 1 All ER 819 (Fam Div); [1994] 1 FLR 31 at 33E; [1994] 1 WLR 290.

24 Odnośnie dostandardów dowodzenia w sprawach rodzinnych por. K. Bagan-Kurluta, *op. cit.*, s. 177-178.

25 [1992] FCR 785.

sprzeciwu wobec leczenia, orzecznictwo w nieco odmienny sposób traktuje te kwestie – przede wszystkim w odniesieniu do możliwości uchylecia sprzeciwu dziecka. Oznacza to, że rodzice, opiekunowie lub sąd mogą podjąć decyzję odmienną niż dziecko. Jeśli będzie ona zgodna z dobrem dziecka, uchyli decyzję dziecka. Tak odnoszące się do kwestii uchylecia decyzji dziecka orzeczenia zapadły w sprawach: *Re R (a Minor) (Wardship: Consent to Treatment)*²⁶, *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction)*²⁷ oraz *Re C (a minor) (Detention for medical treatment)*²⁸. W pierwszej z nich Court of Appeal uznał, że 15-letnia dziewczynka, zmagająca się z powtarzającymi się atakami choroby psychicznej oraz z zachowaniami samobójczymi, nie była kompetentna do udzielenia bądź wycofania zgody na kurację farmakologiczną (tzw. leczenie antypsychotyczne). Chociaż między epizodami choroby dziewczynka oświadczyła, że odmawia leczenia farmakologicznego, to sąd uznał, że zmienny/nawracający charakter jej choroby uczynił z niej osobę niekompetentną do udzielenia lub wycofania zgody. Sąd, stosując test „Gillick Competent”, stwierdził, że nie miała ona kompetencji, ponieważ nie wykazała wystarczającego zrozumienia oraz stopnia inteligencji wystarczającego do decydowania w sprawach, które podjęcia takiej decyzji wymagają. Ponadto sąd był władny zastąpić jej decyzję własną na mocy uprawnień przysługujących mu w odniesieniu do dzieci znajdujących się pod opieką/kuratelą²⁹. Sędzia Donaldson uchylił decyzję dziewczynki z powodu jej wahań w sprawności umysłowej. W świetle ustawodawstwa w dziedzinie zdrowia psychicznego upośledzony umysłowo dorosły może podejmować decyzje dotyczące leczenia, natomiast dziecko w okresach, gdy choroba ustępuje, nie może ich podejmować. Żadne dziecko, niezależnie od wieku, nie jest władne mocą swojego sprzeciwu uchylić zgody na leczenie osoby, która ponosi za nie odpowiedzialność rodzicielską. Stwierdził, że rodzice mają równoległe z dziećmi prawo do wyrażenia zgody lub sprzeciwu (veto) – prawo do decydowania³⁰ jest szersze niż prawo do wyrażenia zgody. Jeśli dziecko wyraża zgodę, a jest to okoliczność decydująca, umożliwiająca leczenie, sprzeciw rodzica nie ma mocy uchylającej i nie rozstrzyga³¹.

Z kolei w sprawie *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction)* Court of Appeal nakazał, aby 16-letnia dziewczynka cierpiąca na anoreksję (*anorexia nervosa*) została przeniesiona wbrew jej woli z ośrodka mieszkalnego dla młodzieży do szpitala specjalizującego się w leczeniu zaburzeń odżywiania. Chociaż

26 (1993) 3 WLR 592, [1993] Fam 64 (Court of Appeal).

27 [1992] FCR 785.

28 Family Division (Mr Justice Wall) 5 March 1997. Por. P. Magrath, Law Report: Court may order anorexic to be detained for treatment, "The Independent" 20 March 1997, <http://www.independent.co.uk/news/people/law-report-court-may-order-anorexic-to-be-detained-for-treatment-1273927.html>.

29 <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12041269?report=medline&format=text>.

30 Right to determination.

31 M. Islam, A Child's Lack of Autonomy in Medical Treatment: A Myth or Just Part of the 'Procedure'? The Students Appeal, 24 August 2011.

wykazywała się ona inteligencją i zrozumieniem wystarczającymi do podjęcia świadomej decyzji, umieszczenie jej w specjalnym szpitalu było w jej najlepszym interesie. Sąd podkreślił, że ponieważ anoreksję cechuje niechęć pacjenta do leczenia, postępowanie zgodne z wolą osoby chorej może w tym przypadku doprowadzić do jej śmierci lub ciężkiego i trwałego uszczerbku na zdrowiu. Sąd wyjaśnił, że w leczeniu pacjenta chorego na anoreksję należy brać pod uwagę stan jego umysłu, jak i masę jego ciała. W przypadku, gdy dziecko w świetle „Gillick Competent” kompetentne do wyrażenia zgody na leczenie sprzeciwia się takiemu leczeniu, a rodzice wyrażają na nie zgodę, leczenie może być podjęte zgodnie z prawem³². W świetle tego orzeczenia lekarz chcący leczyć dziecko potrzebuje osłony (kamizelki³³) chroniącej przed potencjalnym pozwaniem go przed sąd w postępowaniu karnym lub cywilnym z odpowiedzialności deliktowej – w postaci zgody rodzica lub dziecka kompetentnego w świetle testu „Gillick Competent”³⁴.

Z kolei przykładem sprawy, w której uznano, że w teście „Gillick Competent” należy również zwrócić uwagę na wagę decyzji, jaką ma podjąć dziecko, jest *Re L (Medical Treatment: Gillick Competence)*³⁵. Poważnie poparzona po upadku do gorącej wody 14-letnia dziewczyna potrzebowała operacji, której elementem miała być, w opinii lekarza, transfuzja krwi. Sprzeciwiła się, a więc odmówiła wyrażenia na nią zgody z powodu swoich przekonań religijnych. Lekarz poinformował ją o konieczności przeprowadzenia transfuzji krwi dla ratowania jej życia, jednak ze względu na jej wiek nie powiedział jej o bolesności śmierci jako konsekwencji odmowy transfuzji. Sąd zdecydował, że nie miała ona kompetencji w świetle testu „Gillick Competent”, ponieważ żyła pod kloszem i miała niewielkie doświadczenie życiowe, które stało za jej decyzją. Sąd stwierdził ponadto, że nie otrzymała ona właściwych informacji, które powinna mieć na względzie, podejmując decyzję o tym, czy chce umrzeć czy też nie.

Ponadto w sprawach, gdzie istnieje realne zagrożenie dla życia pacjenta sprzeciwiającego się leczeniu, sąd może przyjąć postawę paternalistyczną. Tak też stało się w sprawie *Re M (Medical Treatment: Consent)*³⁶. Sprzeciw 15-letniej dziewczynki wobec planowanego przeszczepu serca został uchylony przez zgodę jej matki na leczenie. Court of Appeal zezwolił na leczenie bez konieczności badania kompetencji dziecka z użyciem testu „Gillick Competent”, ponieważ „kamizelka ochronna” została roztoczona przez matkę dziecka w jego – dziecka – najlepszym inte-

32 <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648298?report=medline&format=text>.

33 Dosłownie *flak jacket*. R. Huxtable, *Re M (Medical Treatment: Consent) Time to Remove the Flak Jacket*, 12 *Child & Fam. L. Q.* 83 (2000), s. 83-88 oraz J. Eekelaar, *White Coats and Flak Jackets – Doctors, Children and the Courts Again* (1993) 109 *LQR*, s. 182.

34 P. Booth, *All or nothing? – An overview of restrictions on parents decision-making powers*, *The Barrister*, <http://www.barristermagazine.com/archivedsite/index.html>

35 (1998) 2 *FCR* 524.

36 (1999) 2 *FLR* 1027.

resie i poglądy dziewczynki uznano za bez znaczenia z punktu widzenia prawa³⁷. Podobnie stało się w dwóch kolejnych sprawach. W *Re S (A Minor) (Consent to Medical Treatment)*³⁸ 15-letnia dziewczynka cierpiała na rzadką chorobę krwi: talasemię (niedokrwistość śródziemnomorską/niedokrwistość Cooleya, czyli niezdolność do wytwarzania czerwonych krwinek), która nieleczona zagrażała życiu. Do dziewiątego roku życia zwykła była poddawać się transfuzjom krwi przeprowadzonym w szpitalu co cztery tygodnie. W wieku 10 lat zaczęła częściej z matką na spotkania świadków Jehowy. Jej ojciec nadal udzielał zgody na transfuzje krwi, a dziecko opuściło nawet kilka spotkań z tego powodu. Jednak później dziewczynka pojawiła się w szpitalu, aby poinformować swojego lekarza, że nie chce już więcej przetaczania krwi. Departament Zdrowia wystąpił do sądu o stwierdzenie, czy może ona zgodnie z prawem sprzeciwić się transfuzji krwi. Sąd uznał, że jego funkcją jest działanie jak rozsądny rodzic. Dziecko w świetle testu „Gillick Competent” kompetentne lub w wieku ponad 16 lat jest władne do wyrażenia zgody równoległe z rodzicem lub opiekunem, ale nie ma ona mocy uchylającej ich decyzję. A sąd nie powinien spieszyć się z umożliwieniem dziecku zamęczenia się na śmierć. W *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*³⁹ z kolei 15-letni świadek Jehowy odmówił transfuzji krwi i produktów krwiopochodnych. Rodzice argumentowali, że ponieważ niedługo skończy 16 lat, a wówczas wymagana będzie jego zgoda na leczenie, jego życzenia powinny zostać uszanowane. Jednak sąd odrzucił ten argument, zastępując decyzję dziecka swoją własną⁴⁰.

W niektórych sprawach rola sądu jest o tyle istotna, że decyduje on w przypadku konfliktu między dzieckiem a rodzicami, samymi rodzicami, ale również między wymienionymi osobami a lekarzem – i wówczas z reguły kieruje się dobrem dziecka⁴¹. Ponadto, w niektórych sprawach tylko sąd jest władny podjąć decyzję, bez względu na czyjąkolwiek zgodę czy też jej brak. Sprawy takie dotyczą sterylizacji i aborcji⁴², a także skrócenia życia dziecka terminalnie chorego⁴³. Być może wynika to z faktu, że sądy z reguły w takich sprawach orzekały w odniesieniu do dzieci znajdujących się pod opieką/kuratelą, a w odniesieniu do nich one jedynie są zawsze władne do podejmowania decyzji.

37 P. Booth, *op. cit.*

38 (1994) 1 FCR 604.

39 (1993) 1 FLR 386.

40 M. Islam, *op. cit.*

41 *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] Fam 147, CA, *Re T (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1997] 1 All. E.R. 906, CA.

42 *Re B (A Minor) (Wardship: Sterilisation)* [1988] AC 199.

43 *Re C (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1990] Fam 26, CA. Por. K. Bagan-Kurluta, *op. cit.*, s. 208.

Zasady wyrażania zgody na leczenie małoletnich z perspektywy polskiego prawa medycznego

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁴⁴ pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza. Jednocześnie art. 17 ust. 2 stanowi, że przedstawiciel ustawowy⁴⁵ w stosunku do pacjenta małoletniego ma prawo do wyrażenia zgody, o której mowa w ustępie pierwszym⁴⁶. W przypadku zaś braku przedstawiciela ustawowego prawo to – ale tylko w odniesieniu do badania (a zatem najprostszej interwencji medycznej)⁴⁷ – może wykonywać opiekun faktyczny⁴⁸. Podobnie przepis art. 32 ust. 2 i art. 34 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry z dnia 5 grudnia 1996 r.⁴⁹ wymagają zgody przedstawiciela ustawowego dla podjęcia wobec małoletnich czynności medycznych zarówno zwykłych, jak i o podwyższonym ryzyku⁵⁰. Na gruncie polskiego prawa medycznego cezurą wiekową, od której rozpoczyna się pełna (lecz nie wyłączna) zdolność do wyrażenia przez małoletniego zgody na leczenie, jest ukończenie 16. roku życia. Pomiędzy 16. a 18. rokiem życia ze względu na wskazane przepisy ustawowe⁵¹ obok zgody małoletniego, który ukończył 16 lat, konieczna jest zgoda przedstawiciela ustawowego lub w przypadku badania – zgoda opiekuna faktyczna (tzw. zgoda równoległa)⁵².

W literaturze z zakresu prawa medycznego powszechnie wskazuje się, że cezura czasowa przyjęta przez polskiego ustawodawcę nie ma związku z cywilnoprawną problematyką zdolności do czynności prawnych⁵³, a ustawodawca w ten sposób chciał podkreślić konieczność respektowania autonomii niepełnoletnich pacjentów. A zatem nie uzyskanie formalnej pełnoletności jest decydujące, lecz stopień

44 Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 259 ze zm., dalej w skrócie ustawa o prawach pacjenta.

45 Według polskiego prawa rodzinnego przedstawicielem ustawowym może być rodzic, przysposabiający, opiekun lub kurator.

46 Przepis odnosi się także do osób całkowicie ubezwłasnowolnionych oraz do osób niezdolnych do samodzielnego wyrażenia zgody, jednakże z uwagi na zakres podjętej problematyki ta treść przepisu pozostaje poza prowadzonymi rozważaniami.

47 Przez badanie należy rozumieć czynności lekarza, polegające na oględzinach ciała i badaniu fizykalnym, tak T. Dukiet-Nagórska, Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6-7, s. 87-88; szersze ujęcie prezentuje Z. Marek, Błąd medyczny, Kraków 1999, s. 42.

48 Definicję opiekuna faktycznego zawiera art. 3 ust. 1 pkt 1 cytowanej ustawy. Jest to osoba sprawująca bez obowiązku ustawowego stałą pieczę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny takiej opieki wymaga.

49 Tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857 ze zm., dalej w skrócie ustawa o zawodzie lekarza.

50 Zob. M. Świdorska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, s. 43.

51 Por także art. 32 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza.

52 Warto zaznaczyć, że w przypadku, gdy pacjent małoletni nie ma przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego bądź też porozumienie z nimi jest niemożliwe, lekarz może sam przeprowadzić badanie (art. 32 ust. 8 ustawy o zawodzie lekarza). Przeprowadzenie jednak innej interwencji medycznej wymaga zgody sądu opiekuńczego.

53 Tak w szczególności M. Sośniak, Cywilna odpowiedzialność lekarza, Warszawa 1989, s. 14 i nast.; M. Safjan, Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny, Warszawa 1998, s. 34 i nast.

dojrzałości małoletniego pozwalający rozemnić własne położenie i skutki poddania się lub niepoddania się zabiegom lekarskim⁵⁴. Jednocześnie zwraca uwagę sztywne stanowisko polskiego ustawodawcy, który z góry określa ów stopień dojrzałości (niezależnie od konkretnego przypadku), jaki otwiera drogę ku samostanowieniu.

Porównując oba porządki prawne: polski i brytyjski, zwraca uwagę odmienne potraktowanie kwestii wyrażania zgody przez małoletnich poniżej 16. roku życia. W prawie polskim w takim przypadku oświadczenie woli przedstawiciela ustawowego zastępuje całkowicie oświadczenie woli małoletniego pacjenta (jest to tzw. zgoda zastępcza lub substytucyjna). Przepis art. 31 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza, co prawda, nakazuje udzielić dziecku odpowiednich informacji (adekwatnych do jego wieku i stopnia rozumienia), lecz tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego. Przy tym lekarz w takim wypadku nie odbiera zgody, lecz wysłuchuje zdania pacjenta. Cytowany tu przepis ma przede wszystkim na celu współpracę dziecka z personelem medycznym w trakcie leczenia. Prezentowane w pierwszej części opracowania orzeczenia wskazują, że w Wielkiej Brytanii w miejsce sztywno określonego pułapu wieku pojawia się kryterium faktycznej zdolności do wyrażenia zgody badanej. W ten sposób dziecko staje się podmiotem uprawnionym do wyrażenia zgody na leczenie. Przy tym w zależności od wyniku testu i rodzaju interwencji medycznej może to być nawet zgoda pojedyncza (tak np. w sytuacji zgody na antykoncepcję). Ten sposób ustalenia kompetencji do wyrażenia zgody, jak się wydaje, lepiej służy zasadzie poszanowania autonomii, ponieważ osoba, która nie ukończyła 16 lat, może być zdolna do świadomego uczestnictwa w postępowaniu leczniczym. Stanowisko takie odnaleźć można także w polskiej literaturze przedmiotu.

M. Świdarska zauważa, że dzieci przejawiają różny stopień kompetencji. Niekiedy dziecko osiąga bardzo wcześnie dojrzałość psychiczną – jeszcze przed ukończeniem 16. roku życia – i przeciwnie, po ukończeniu 16. roku życia bywają osoby jeszcze niedojrzałe i rozchwiane⁵⁵. Wskazuje także, że podejmowanie działań dotyczących integralności fizycznej dziecka bez jego wiedzy i zgody, gdy byłoby ono już w stanie zrozumieć, co się z nim dzieje, może powodować traumatyczne przeżycia. Należałoby zatem wprowadzić rozwiązanie, które pozwoliłoby oceniać świadomość dziecka *ad casum*⁵⁶. Podobnie M. Safjan krytykuje przyjęte w Polsce rozwiązania, wskazując na pułap wieku przyjęty dla ograniczonej zdolności do czynności prawnej (lat 13) oraz na możliwość ponoszenia przez małoletnich, którzy ukończy-

54 Tak A. Zoll, Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia, [w:] Prawa pacjenta a postawa lekarza, Kraków 1996, 13-14.

55 M. Świdarska, Zgoda pacjenta, *op. cit.*, s. 63. Autorka wskazuje na rozwiązania prawa francuskiego, gdzie przewiduje się obowiązek uzyskania zgody podwójnej bez względu na wiek (art. L. 1111-4 ust. 5 francuskiego code de la santé publique). Z kolei w prawie kanadyjskim ustanawia się granicę na lat 14 przy założeniu że dziecko dysponuje odpowiednim rozeznaniem.

56 *Ibidem*.

li 13 lat odpowiedzialności deliktowej (na podstawie art. 426 kodeksu cywilnego)⁵⁷. Jego zdaniem formalna granica wieku powinna być traktowana subsydiarnie (jako tworząca domniemanie na rzecz zdolności do wyrażenia zgody), podczas gdy kryterium podstawowym powinna pozostawać faktyczna zdolność do samodzielnego wyrażania zgody⁵⁸.

Argumentów tych nie uznał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 października 2011 r.⁵⁹ W szczególności TK, powołując się na art. 48 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP, wskazał, iż wychowanie dziecka powinno uwzględniać stopień jego dojrzałości, a także wolność jego sumienia, wyznania i przekonań. To zaś prowadzi do przewartościowania dotychczasowego rozumienia władzy rodzicielskiej, tj. do konieczności uwzględnienia opinii dziecka, a nawet zapewnienia współdecydowania. Jakkolwiek przepisy prawa medycznego ustalają sztywną granicę wieku, to nieuzasadnione jest przeciwstawianie praw dziecka instytucji władzy rodzicielskiej⁶⁰. Obowiązek wysłuchania dziecka i uwzględnienia w miarę możliwości jego zdania na temat własnego leczenia realizowany jest w relacji rodzic – dziecko, a także odpowiednio opiekun – dziecko. Ponadto TK wskazał na argumenty natury użytecznej, odwołując się do trudności, jakie wiązałyby się z wprowadzeniem konieczności instytucjonalnej kontroli poziomu rozwoju pacjenta w każdym indywidualnym przypadku. Zdaniem TK opóźniałoby to udzielenie pomocy lekarskiej. Z kolei pozostawienie decyzji kwestii rozeznania pacjenta swobodzie personelu medycznego⁶¹ – w ocenie TK – mogłoby prowadzić do poważniejszych naruszeń praw pacjenta aniżeli te, które mają miejsce na gruncie obowiązujących przepisów⁶². Odnosząc się do tego ostatniego argumentu, można wskazać, iż arbitralnej decyzji personelu medycznego i tak poddana jest ocena faktycznej kompetencji pacjentów powyżej 16. roku życia⁶³. Jak się wydaje więc, badanie tej kompetencji u małoletnich poniżej 16. roku życia (przy jednoczesnym zagwarantowaniu możliwości ingerencji sądu opiekuńczego w przypadkach wątpliwych) nie byłoby rozwiązaniem całkowicie nowym.

57 M. Safjan, *Prawo i medycyna*, *op. cit.*, s. 56.

58 *Ibidem*.

59 Sygn. akt K 16/10, OTK-A 2011, nr 8, poz. 80.

60 Por. uzasadnienie wyroku TK powoływane w przyp. poprzednim. Zob. też pogląd B. Janiszewskiej, zdaniem której granica 16 lat życia jest ukształtowana w sposób wyważony, a instrumentem dodatkowo zabezpieczającym sytuację małoletniego jest instytucja sprzeciwu. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 505 (przyp. 268).

61 Tak jak to się dzieje w prezentowanym w części pierwszej ustawodawstwie brytyjskim.

62 Zob. szerzej uzasadnienie wyroku TK cytowanego w przyp. 59.

63 W literaturze prezentowane jest stanowisko, że lekarz nie bada stanu kompetencji faktycznej pacjenta małoletniego, który ukończył 16 lat, a jedynie stwierdza stan „niezdolności”, który powoduje, że o interwencji leczniczej decyduje wyłącznie przedstawiciel ustawowy. Tak B. Janiszewska (powołując się na wykładnię art. 32 ust. 2 i 5 ustawy o zawodzie lekarza w zw. z art. 17 ust. 2 zd. 1 oraz art. 18 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta), *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 482 i nast. Odmienne, np. M. Safjan, *Prawo i medycyna*, *op. cit.*, s. 55. Niezależnie jednak od tego, czy przyjmujemy koncepcję negatywną (B. Janiszewskiej) czy pozytywną (M. Safjana), z punktu widzenia lekarza należy określić stan faktycznej kompetencji (czy to od strony pozytywnej, czy to od strony negatywnej).

Na gruncie prezentowanego orzecznictwa brytyjskiego zwraca także uwagę zależność rodzaju zgody (zgoda własna, zgoda równoległa, ewentualnie zgoda sądu opiekuńczego) od wagi i rodzaju interwencji medycznej⁶⁴. Gwoli ścisłości, także w prawie polskim spotykamy się z obniżonym pułapem wieku. Ze względu na szczególny typ interwencji medycznej ustawodawca w ten sposób wzmacnia ochronę autonomii osób małoletnich. I tak w przypadku zabiegów transplantacyjnych, które nie mają na celu zaspokojenia bezpośredniego interesu zdrowotnego małoletniego (małoletni jest dawcą szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej) wymagana jest oprócz zgody przedstawiciela ustawowego zgoda sądu opiekuńczego oraz zgoda małoletniego powyżej lat 13. Należy podkreślić, że w świetle prawa polskiego małoletni mogą być dawcami jedynie regenerujących się tkanek i narządów, a zgoda na transplantację jest ściśle ukierunkowana. Biorcą może być jedynie rodzeństwo dawcy i to w sytuacji, gdy eksplantacja nie spowoduje dającego się przewidzieć upośledzenia sprawności organizmu dawcy, a zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia biorcy i niebezpieczeństwa tego nie można inaczej uniknąć⁶⁵. W przypadku opisanych zabiegów następuje badanie dawcy pod kątem faktycznej zdolności do wyrażenia zgody, ponieważ dla legalizacji zabiegu niezbędną jest zgoda sądu opiekuńczego. Badaniem kompetencji małoletniego zajmuje się sąd w trakcie postępowania w przedmiocie wyrażenia zgody⁶⁶.

Następny szczególny typ interwencji medycznej wymagający zgody małoletniego poniżej lat 16 to eksperyment medyczny. Zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza, jeżeli małoletni ukończył 16 lat lub nie ukończył 16 lat i jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie, konieczna jest także jego pisemna zgoda. W tej sytuacji mamy do czynienia ze zgodą równoległą przedstawiciela ustawowego oraz małoletniego, niezależnie od jego wieku, jeśli jest kompetentny w zakresie wyrażenia zgody⁶⁷. Test kompetencji przeprowadza wówczas lekarz dokonujący eksperymentu. Warto podkreślić, iż ze względu na treść art. 25 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza udział małoletniego w eksperymencie badawczym jest zastrzeżony do sytuacji w istocie wyjątkowych⁶⁸, dopuszczalny jest zaś udział w eksperymencie leczniczym, którego celem jest osiągnięcie bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby małoletniego pacjenta.

64 Tak w przedstawionej sprawie Re M (Medical Treatment: Consent) czy Re S (A Minor) (Consent to Medical Treatment).

65 Zob. art. 12 ust. 2, 3, 4 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.

66 Sąd wysłuchuje także zdania małoletniego poniżej lat 13. Jednakże w tej sytuacji zgodnie z prawem mamy do czynienia z podwójną zgodą: sądu oraz przedstawiciela ustawowego.

67 Zob. szerzej A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Badanie kliniczne z udziałem małoletniego – wybrane problemy*, [w:] *Prawo badań klinicznych w zarysie*, M. Śliwka (red.), Toruń 2013, s. 33 i nast.

68 Przepis ten budzi wiele wątpliwości, ponieważ wskazuje na dopuszczalność eksperymentu badawczego wtedy, gdy spodziewane korzyści mają bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego, a ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów. W istocie zatem eksperymentowi badawczemu ma przyświecać cel leczniczy charakterystyczny dla eksperymentów leczniczych.

Innym przykładem szczególnej interwencji medycznej, w której odnajdujemy obniżony pułap wieku dla wyrażenia zgody na jej przeprowadzenie, jest zabieg aborcji. Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży w art. 4a ust. 4 wymaga obok zgody przedstawiciela ustawowego pisemnej zgody małoletniej powyżej 13. roku życia. W przypadku zaś małoletniej poniżej 13. roku życia wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, a małoletnia ma prawo do wyrażenia własnej opinii. Podobnie zatem jak w przypadku transplantacji test faktycznej kompetencji przeprowadza sąd opiekuńczy.

Problematyka wyrażania zgody przez małoletnich po ukończeniu 16 roku życia z perspektywy prawa polskiego

Zauważmy, iż sposób pozyskiwania zgody na leczenie w Wielkiej Brytanii, jeśli chodzi o małoletnich po ukończeniu 16. roku życia, wykazuje wiele podobieństw z regulacjami prawa polskiego. Co prawda ukończenie 16. roku życia według prawa polskiego nie eliminuje potrzeby uzyskania zgody na leczenie od rodzica lub opiekuna prawnego (jeśli są oni przedstawicielami ustawowymi⁶⁹), tym niemniej cytowana wyżej brytyjska linia orzecznicza wskazuje, że nawet w sytuacji ukończenia przez dziecko 16. roku życia i pozytywnej oceny jego kompetencji (w ramach omówionego testu „Gillick Competent”) sprzeciw małoletniego wobec interwencji, przy jednoczesnej zgodzie rodziców, może zostać pozbawiony znaczenia prawnego mocą orzeczenia sądu opiekuńczego (tak w cytowanej sprawie 16-letniej dziewczynki z anoreksją)⁷⁰.

W prawie brytyjskim istnieje wyraźne zróżnicowanie pomiędzy pozytywnym a negatywnym aspektem prawa do samostanowienia w zakresie leczenia⁷¹. Jeśli pacjent, który ukończył lat 16, zgadza się na interwencję medyczną, nie ma nawet potrzeby pozyskiwania zgody przedstawiciela ustawowego. Jeśli jednak sprzeciwia się on interwencji medycznej (celowej z punktu widzenia aktualnej wiedzy medycznej), przy jednoczesnej zgodzie przedstawicieli ustawowych, jego autonomia nie jest respektowana, tak jak to się dzieje w przypadku osób pełnoletnich i nieubezpieczonych, ale może być przełamana orzeczeniem sądu opiekuńczego. W razie zatem konfliktu dóbr: poszanowanie autonomii versus ochrona życia i zdrowia, sąd opiekuńczy kieruje się dobrem w postaci ochrony zdrowia i życia.

69 Rodzice są tylko wtedy przedstawicielami ustawowymi, gdy przysługuje im władza rodzicielska. Jeśli żadnemu z rodziców nie przysługuje władza rodzicielska albo jeśli rodzice są nieznani ustanawia się dla dziecka opiekę (art. 97 § 3 KRIO).

70 Re W (A Minor) (Medical Court's Jurisdiction).

71 Kwestia rozróżnienia pozytywnego i negatywnego aspektu prawa do wyrażenia zgody staje się widoczna także w prawie polskim, zob. zwłaszcza B. Janiszewska, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 583 i nast.

Powstaje pytanie, czy w podobny sposób należy rozstrzygać konflikt wartości (autonomia v. dobro pacjenta⁷²) na tle prawa polskiego.

Zgodnie z art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza, jeśli pacjent małoletni powyżej 16. roku życia sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody, wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego. Z kolei w przepisie art. 17 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta czytamy, że pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia sprzeciwu co do udzielenia świadczenia zdrowotnego, pomimo zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. W takim przypadku istnieje możliwość przełamania sprzeciwu pacjenta zezwoleniem sądu opiekuńczego. Zestawienie przepisu art. 17 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta oraz art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza prowadzi do wniosku o braku wzajemnej korelacji ustaw, które mają za zadanie z jednej strony określić prawa pacjenta, a z drugiej strony – odpowiadające im obowiązki lekarza⁷³. Przepis art. 17 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta wyraźnie nawiązuje do przedstawionej linii orzecznictwa brytyjskiego, gdzie przełamany może być sprzeciw pacjenta małoletniego powyżej 16. roku życia, przy równoczesnej zgodzie rodziców (sprzeciw rodzica przy zgodzie kompetentnego pacjenta powyżej 16. roku życia w prawie brytyjskim w ogóle nie jest brany pod uwagę). Jak się wydaje, polski ustawodawca „idzie” zdecydowanie dalej, regulując na gruncie art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza trzy sytuacje: sprzeciwu pacjenta i zgody przedstawiciela ustawowego, zgody pacjenta i sprzeciwu przedstawiciela ustawowego oraz sprzeciwu pacjenta i sprzeciwu przedstawiciela ustawowego (podwójny sprzeciw)⁷⁴. We wszystkich trzech przypadkach ustawodawca polski przyznaje kompetencje w zakresie zezwolenia na interwencję medyczną sądowi opiekuńczemu⁷⁵. Zdaniem B. Janiszewskiej w świetle przepisów prawa medycznego, sprzeciw pacjenta stwarza potrzebę rozpatrzenia sprawy przez sąd opiekuńczy bez względu na to, jakiej treści oświadczenie złożył przedstawiciel ustawy (negatywne czy pozytywne). Nie zmienia tego wąska in-

72 Konflikt ten w etyce medycznej przedstawia się za pomocą łacińskich paremii: *salus aegroti suprema lex esto versus voluntas aegroti suprema lex esto*; Zob. szerzej T.L. Beuchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996, s. 284 i nast.

73 W związku z tym stawia się uzasadnione zarzuty naszemu ustawodawstwu medycznemu dotyczące niekonsekwencji, braku przejrzystości oraz niespójności przyjętych rozwiązań, zob. M. Safjan, *Prawo i medycyna*, *op. cit.*, s. 40 i nast.

74 Ta ostatnia sytuacja nie jest wyrażona *expressis verbis*, lecz w myśl argumentum *a maiori ad minus* należy ją dopuścić, skoro ustawodawca odwołuje się do decyzji sądu opiekuńczego przy podwójnym sprzeciwie. Tak T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda*, *op. cit.*, s. 92; P. Dzieńis, *Zgoda pacjenta jako warunek legalności leczenia*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 11-12, s. 78 i nast. Stanowisko to podzielam.

75 Rozwiązanie to budzi krytykę M. Safjana, *Prawo i medycyna*, *op. cit.*, s. 53. Odmienne T. Dukiet-Nagórska, która aprobejuje szeroki zakres uprawnień kontrolnych sądu opiekuńczego, T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda*, *op. cit.*, s. 92; podobnie M. Świderska, która wskazuje, że w przypadkach nagłych to sam lekarz ma prawo do decydowania o zabiegu (art. 33 ust. 1, art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza), trudno zatem odmówić podobnej kompetencji sądowi przy wskazaniu na racje, jakimi powinien się kierować, M. Świderska, *Zgoda pacjenta*, *op. cit.*, s. 55.

interpretacja art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza, w myśl której powodem interwencji sądu opiekuńczego jest „niewyrażenie zgody” przez podmioty uprawnione do wyrażenia zgody kumulatywnej, co oznacza brak przedstawiciela ustawowego lub niemożność porozumienia się z nim, a w przypadku pacjenta powyżej 16. roku życia brak możliwości uzyskania oświadczenia woli (np. z powodu nieprzytomności)⁷⁶. Taka interpretacja, iż chodzi tu wyłącznie o sytuację braku wyartykułowanej woli podmiotów uprawnionych do wyrażenia zgody równoległej, jest prezentowana w literaturze przedmiotu⁷⁷ (podzielają ją również świadkowie Jehowy, zakłada ona bowiem obowiązek respektowania podwójnego sprzeciwu na przetoczenie krwi⁷⁸).

Podwójny sprzeciw rodzi poważny dylemat. Mamy bowiem do czynienia nie tylko ze stanowiskiem małoletniego powyżej 16. roku życia, który jako osoba jeszcze niedojrzała może być brany pod paternalistyczną opiekę prawa, ale także ze sprzeciwem jego rodziców lub opiekunów prawnych, którzy z racji przysługującej im jeszcze władzy (do 18. roku życia) mają prawo do wyrażenia w tym zakresie swojej woli. Zakładając jednak możliwą interwencję sądu opiekuńczego (jak się wydaje, argumenty za przyjęciem tej ingerencji można czerpać także z przepisów polskiego prawa rodzinnego i opiekuńczego⁷⁹), powstaje pytanie, jakimi przesłankami powinien kierować się sąd, wydając orzeczenie. Na pierwszym miejscu pojawia się przesłanka dobra dziecka, które pomimo ukończenia 16. roku życia znajduje się nadal pod opieką prawa rodzinnego i opiekuńczego. Jeśli lekarz widzi potrzebę interwencji medycznej, zaś pacjent i przedstawiciel z powodów konfesyjnych na to zgody nie dają, jak się wydaje, priorytetem będzie i tak zdrowie małoletniego pacjenta⁸⁰. Wskazuje się jednocześnie na konieczność respektowania woli przedstawiciela ustawowego, jeśli działa on na rzecz szeroko rozumianego dobra pacjenta. Zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej decyzja sądu o zezwoleniu na zabieg chirurgiczny lub metodę o podwyższonym ryzyku powinna mieć miejsce tylko w razie wystą-

76 W tej sytuacji, jeśli zgodę może wyrazić przedstawiciel ustawowy, jego zgoda ma charakter wyłączny, co uchyla konieczność wydania zezwolenia przez sąd opiekuńczy.

77 Tak M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 254.

78 Stanowisko to może spotkać się jednak z zarzutem, iż nadaje się odmienne znaczenia podobnym zwrotom ustawowym. Zgodnie bowiem z art. 34 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza, jeżeli przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego nie zgadza się na wykonanie czynności medycznych, które są niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia, lekarz może wykonać czynności po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego. Wykładnia literalna tego przepisu wskazuje, że chodzi o odmowę zgody (sprzeciw) przedstawiciela ustawowego w tzw. sytuacji emergentnej, a nie o niemożność porozumienia się z przedstawicielem ustawowym, zob. B. Janiszewska, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 534.

79 Zob. art. 108, 156 k.r.i.o..

80 Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 27.10.2005 r. (sygn. akt III CK 155/05, „Jurysta” 2006, nr 5, s. 36 i nast.) dał prymat zasadzie poszanowania autonomii, stwierdzając, że oświadczenie pacjenta wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, jakie mogą zaistnieć w przyszłości, jest dla lekarza wiążące, jeśli zostało złożone w sposób wyraźny, jednoznaczny i nie budzi wątpliwości. Orzeczenie to zostało jednak wydane w odniesieniu do pacjentki pełnoletniej.

pienia co najmniej niebezpieczeństwa dla zdrowia pacjenta⁸¹. Stanowisko autorki można także odnieść do problematyki przetaczania krwi u świadków Jehowy. Jeśli istnieją w danym przypadku inne, równie skuteczne metody leczenia, a sytuacja związana ze stanem zdrowia dziecka jest stabilna, sąd nie powinien przełamywać podwójnego sprzeciwu. Respekt dla autonomii podmiotów uczestniczących w procesie wyrażania zgody wymaga w takim przypadku odmowy wydania zezwolenia na przetoczenie krwi. W sytuacji jednak zagrożenia życia lub zdrowia małoletniego, wzgląd na te wartości powinien skutkować wydaniem odpowiedniego zezwolenia. Naszym zdaniem, w świetle polskiego prawa rodzinnego rodzice nie mogą bowiem skutecznie zadecydować o tym, aby ich dziecko umarło (nawet jeśli to dziecko ukończyło już 16 lat).

Konsekwentnie zatem (biorąc pod uwagę przesłanki medyczne), w przypadku podwójnego sprzeciwu, jeśli zwłoka spowodowana postępowaniem przed sądem w sprawie uzyskania zgody groziłaby niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia małoletniego pacjenta powyżej 16. roku życia, lekarz może wykonać transfuzję krwi po zasięgnięciu opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności (art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza). O wykonanych czynnościach lekarz zawiadamia przedstawiciela ustawowego (opiekuna faktycznego) lub sąd opiekuńczy, a także dokonuje adnotacji wraz z uzasadnieniem w dokumentacji medycznej.

Ujęte w konwencjach prawo do swobodnego wyrażania swego zdania oraz ograniczona możliwość decydowania o swoim stanie zdrowia znajdują swoje odzwierciedlenie w rozwiązaniach krajowych. Są one, w nieco odmiennych postaci i treści, obecne w obu analizowanych porządkach prawnych. Ustawodawca polski – w odniesieniu do małoletnich poniżej 16 lat (poza omówionymi wyżej przypadkami szczególnymi) nie przyjmuje kryterium faktycznej zdolności do wyrażenia zgody, a w to miejsce wprowadza wyłącznie kryterium wieku. Ta sztywna granica prowadzi do zbyt formalnego podejścia do problematyki pozyskiwania zgody. Dzieci poniżej 16. roku życia, nawet wtedy gdy są kompetentne, nikt nie prosi o zgodę na naruszenie ich integralności fizycznej. Nie przeciwdziała temu przepis art. 31 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza, który nakazuje wysłuchać zdania pacjenta. Wyrażona w ten sposób opinia nie może równać się z instytucją zgody na leczenie, która w stosunku do małoletnich pacjentów obowiązuje na terenie Wielkiej Brytanii. Rozwiązanie przyjęte w Wielkiej Brytanii, jak się wydaje, lepiej spełnia postulat dostosowania wymogów prawa do Europejskiej konwencji bioetycznej, która nie posługuje się sztywno określoną granicą wieku, ale nakazuje uwzględnianie stano-

81 T. Dukiet-Nagórska, Świadoma zgoda, *op. cit.*, s. 93.

wiska małoletniego przy podejmowaniu decyzji o leczeniu. Na poparcie tego stanowiska można przytoczyć argument M. Safjana, który podnosi, że nie istnieje w tym zakresie niebezpieczeństwo „nadmiernej autonomii” małoletniego, ponieważ obok zgody dziecka pojawia się stanowisko przedstawiciela ustawowego, a ewentualny konflikt pomiędzy nimi rozstrzyga sąd opiekuńczy⁸².

Z kolei w przypadku wyrażania tzw. zgody równoległej po ukończeniu przez dziecko 16. roku życia pomiędzy prawem polskim i orzecznictwem brytyjskim zauważamy liczne podobieństwa. Przede wszystkim dotyczą one roli sądu opiekuńczego, która w tych sprawach jest znacząca. Sąd ingeruje w przypadku konfliktu pomiędzy dzieckiem a rodzicami, wtedy gdy występuje spór pomiędzy samymi rodzicami, a także w razie zaistnienia sprzeczności pomiędzy zdaniem lekarza, który jest przekonany o tym, że dla dobra dziecka należy podjąć określoną interwencję medyczną i opinią dziecka i rodziców, którzy wyrażają tzw. podwójny sprzeciw wobec interwencji medycznej. Widoczny jest w związku z tym tzw. negatywny i pozytywny aspekt prawa do wyrażania zgody.

82 M. Safjan, *Prawo i medycyna*, *op. cit.*, s. 57.