

Paulina Konarska

Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń

Transplantacja *ex mortuo* z udziałem dawcy małoletniego

DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/SIT.2015.020>

Obecnie dla wielu pacjentów jedyną szansą na odzyskanie pełnej sprawności, a często również przedłużenie życia lub poprawę jego jakości jest transplantacja, która jeszcze nie tak dawno rozpatrywana była w kategoriach eksperymentu medycznego, dziś zaś stała się niemal codziennością. Współcześnie transplantacja stanowi „uznaną część usług medycznych oferowanych społeczeństwu”¹, a to przede wszystkim ze względu na jej wysoką skuteczność, niskie koszty oraz brak alternatywnych metod leczenia. Pomimo niezaprzeczalnego fenomenu omawianej instytucji, z zagadnieniem transplantacji związane są liczne dylematy nie tylko natury *stricte* etycznej, lecz nierzadko również prawnej. Prawo nie zawsze nadąża bowiem za gwałtownym postępowaniem w dziedzinie medycyny, jaki miał miejsce w ostatnich latach, co w praktyce skutkuje powstawaniem wielu problemów natury prawnomedycznej.

¹ Protokół dodatkowy do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczący transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego przyjęty w dniu 24 stycznia 2002 r. w Strasburgu [online], <http://bip.kprm.gov.pl/download/75/7511/uwagiMS2.pdf>, s. 1 [dostęp: 13 marca 2015 r.].

1. Transplantacja – zagadnienia wstępne

Zabiegi transplantacyjne doczekały się licznych regulacji prawnych głównie na poziomie prawa międzynarodowego. Do najważniejszych z nich zaliczyć można: konwencję o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny², Protokół dodatkowy do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie dotyczący transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego³ oraz Zasady przewodnie dotyczące transplantacji komórek, tkanek i organów pochodzenia ludzkiego (ang. *WHO Guiding principles on human cell, tissue and organ transplantation*) przyjęte przez Komitet Wykonawczy Światowej Organizacji Zdrowia (ang. *World Health Organization*) w dniu 24 stycznia 1991 roku⁴. W Polsce kwestie związane z przeszczepami narządów reguluje obecnie ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (dalej: ustawa transplantacyjna)⁵, która w sposób szczegółowy określa zasady pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, w tym komórek krwiotwórczych szpiku, krwi obwodowej oraz krwi pępowinowej, a także tkanek narządów pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok oraz testowania, przetwarzania, przechowywania i dystrybucji komórek oraz tkanek ludzkich. Uchwalenie wyżej wskazanej ustawy konieczne było ze względu na obowiązek dostosowania prawa polskiego do ustawodawstwa europejskiego, tj. do dotyczą-

² Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, przyjęta w dniu 19 listopada 1996 r. w Oviedo [online], http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf [dostęp: 13 marca 2015 r.].

³ Protokół dodatkowy do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie [online], <http://bip.kprm.gov.pl/download/75/7511/uwagiMS2.pdf> [dostęp: 13 marca 2015 r.].

⁴ R. Tokarczyk, *Zarys regulacji transplantacji organów ludzkich*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjalny” 2000, zeszyt 1, s. 18.

⁵ Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1411.

cej kwestii transplantologii dyrektywy nr 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.

Polska ustawa transplantacyjna nie zawiera definicji legalnej pojęcia transplantacja. Ogólnie rzecz ujmując, „transplantacja [łac. *Transplantare* ‘szczepić’, ‘przesadzać’], przeszczepianie, [to] zabieg przeniesienia komórek (np. szpiku), tkanek (np. skóry) bądź narządów (np. serca, nerek) w obrębie jednego organizmu lub między dwoma organizmami”⁶. Z kolei idąc za ustawodawstwem międzynarodowym, można odnaleźć stwierdzenie, że transplantacja to cały proces pobrania narządu lub tkanki od jednej osoby i przeszczepiania tego narządu lub tej tkanki innej osobie, łącznie z postępowaniem przygotowującym, zabezpieczającym oraz przechowywaniem⁷. Najbardziej trafna zdaje się być jednak definicja zaproponowana przez Romana Górala, która stanowi, że „transplantacja to wykonywane operacyjnie przemieszczenie tkanki lub całego narządu (przeszczepu) w przypadku określonych stanów chorobowych, z jednego miejsca w drugie, u tego samego człowieka lub od jednego człowieka (dawcy) do drugiego (biorcy), które ma na celu uzupełnienie ubytku lub przywrócenie czynności”⁸.

Współcześnie wyróżnia się wiele sposobów klasyfikowania przeszczepów, gdzie kryterium podziału może być: różnorodność genotypu dawcy i biorcy (przeszczepy autogeniczne, syngeniczne, allogeniczne, ksenogeniczne), przedmiot przeszczepienia (przeszczepy organów, tkanek, komórek), miejsce eksplantacji i implantacji (przeszczepy izotopowe, ortotopowe, heterotopowe), funkcje transplantatu (przeszczepy alowitalne, alostatyczne, pomocnicze, substytutywne) oraz witalność dawcy (przeszczep *ex vivo*, przeszczep *ex mortuo*)⁹. Polska ustawa transplantacyjna reguluje w szerokim zakresie dwa sposoby przeprowadzania przeszczepów: przeszczep *ex vivo* – czyli przekazanie komórek, tkanek lub narządów po-

⁶ <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/transplantacja;3988774.html> [dostęp: 12 marca 2015 r.].

⁷ Protokół dodatkowy do konwencji o prawach człowieka i biomedycynie, s. 2.

⁸ R. Góral, *Zarys chirurgii. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1987, s. 154.

⁹ E. M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 30–32.

między żywym dawcą i żywym biorcą oraz przeszczep *ex mortuo*, czyli pobranie komórek, narządów lub tkanek ze zwłok ludzkich i przeniesienie ich do organizmu żywego dawcy. Zakres poniższych rozważań ograniczony zostanie jedynie do transplantacji *ex mortuo*, a to głównie ze względu na nadanie przez Radę Unii Europejskiej priorytetu tej właśnie metodzie¹⁰. W polskim ustawodawstwie pobranie narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia podlega pewnym ograniczeniom. Zgodnie z zasadą celowości przeszczepienia komórki tkanki i narządy mogą być pobierane ze zwłok ludzkich tylko i wyłącznie w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych i dydaktycznych (art. 4 ust. 1 ustawy transplantacyjnej). W niniejszym opracowaniu omówiona zostanie wyłącznie transplantacja *ex mortuo* w celach leczniczych (czyli przeszczepienie zdrowego narządu pochodzącego od zmarłego dawcy choremu biorcy).

2. Zgoda w medycynie

Zasadniczo każda interwencja medyczna wymaga wyrażenia na nią zgody przez osobę zainteresowaną. Małgorzata Świdarska przyjmuje, że zgoda na udzielenie świadczenia to: „odwołałny, swobodnie podjęty i wyrażany według reguł znaczeniowych dostępnych dla innych uczestników procesu medycznego akt woli pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego (w wąsko zakreślanych na ogół granicach także opiekuna faktycznego) podjęty na podstawie przystępnie udzielonej, rzetelnej informacji co do wszelkich stadiów postępowania medycznego”¹¹. W praktyce istnieją różne metody umożliwiające wyrażenie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Zgoda na leczenie może być udzielona ustnie, pisemnie, a nawet *per facta concludentia*. Nie zawsze konieczne jest zatem

¹⁰ Konkluzje Rady w sprawie dawstwa i przeszczepiania narządów, Dz.U. UE 2012/C 396/03.

¹¹ M. Świdarska, *Zgoda na zabieg medyczny w świetle Konwencji Bioetycznej, prawa i etyki* [online], <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=wyk55&m=45&ik=19&ij=1> [dostęp: 12 marca 2015 r.].

wyrażenie zgody na piśmie, aczkolwiek zdarza się, że forma pisemna jest wymagana przez ustawę.

Zgoda musi spełniać określone przesłanki, aby można ją było uznać za niewadliwą. Powinna być to tak zwana „zgoda uświadomiona”, tj. wyrażona swobodnie przez pacjenta, który uprzednio został poinformowany o wszystkich istotnych okolicznościach. Co ważne, pacjent powinien uzyskać szczegółowe informacje na temat interwencji medycznej jeszcze przed rozpoczęciem wykonywania świadczenia. Informacje powinny dotyczyć przynajmniej celu i natury interwencji, jej ewentualnych konsekwencji oraz ryzyka (art. 5 konwencji o prawach człowieka i biomedycynie). Dopiero w następstwie udzielenia wyczerpujących informacji na temat przewidywanych działań pacjent może wyrazić na nie zgodę. Jeżeli informacje zostaną przekazane w sposób niezgodny z prawem, może dojść do udzielenia tak zwanej „zgody nieobjaśnionej”, która powszechnie uważana jest za wadliwą i nieskuteczną. Z kolei jeśli doszło do wyrażenia „zgody nieobjaśnionej”, „lekarz działa bez zgody i naraża się na odpowiedzialność cywilną za szkodę wyrządzoną pacjentowi, nawet gdy postępuje zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej”¹².

3. Zgoda na pobranie narządów w celu ich przeszczepienia

Podobnie w przypadku zabiegu pobrania narządów od dawcy w celu przeszczepienia ich biorecy konieczne jest wyrażenie zgody przez dawcę przeszczepu. W polskim porządku prawnym obowiązuje zasada, zgodnie z którą pobranie komórek, tkanek i narządów w celu leczniczym od osoby zmarłej może się odbyć, jeśli osoba ta nie wyraziła za życia sprzeciwu (przyjęto bowiem konstrukcję tak zwanej zgody domniemanej na przeszczep – system *opt out*). Sprzeciw można wyrazić w formie: dokonania wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich; złożenia pisemnego oświadczenia zaopatrzonego we wła-

¹² Wyrok SA w Szczecinie z dnia 2 sierpnia 2012 r., I ACa 443/12, LEX nr 1237851.

snoręczny podpis oraz złożenia ustnego oświadczenia w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego (art. 6 ust. 1 ustawy transplantacyjnej), przy czym wszystkie powyższe formy są równoważne. W piśmiennictwie wskazuje się, że sprzeciw jest czynnością podobną do czynności prawnych, osobistą i odwoalną¹³. Jest on oświadczeniem *pro futuro*, czyli oświadczeniem „na wypadek śmierci, które zachowuje swoją skuteczność mimo braku (utruty) przymiotu zdolności prawnej podmiotu, który złożył oświadczenie”¹⁴. Sprzeciw jest także czynnością *mortis causa*, a – co za tym idzie – jego skutki prawne powstaną dopiero z chwilą śmierci podmiotu, który go złożył¹⁵.

W kwestii wyrażenia za życia zgody na dokonanie przeszczepu po śmierci pojawia się wiele wątpliwości, zwłaszcza w zakresie zdolności do złożenia omawianego oświadczenia przez określone podmioty. Zrozumiałe jest, że oświadczenie takie może złożyć osoba pełnoletnia i nieubezważnowolniona, posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych. Osoby takie mają bowiem możliwość samodzielnie podjąć decyzję i w pełni świadomie zdecydować o losie swoich organów po śmierci. Zasadnicze wątpliwości pojawiają się jednak na tle możliwości wyrażenia zgody na pobranie narządów przez osobę niepełnoletnią lub ubezważnowolnioną. W świetle prawa takie podmioty nie posiadają bowiem prawa do samostanowienia i decydowania w sposób autonomiczny o swojej sytuacji prawnej.

3.1. Sytuacja małoletniego dawcy na tle przepisów ustawy transplantacyjnej

Ustawa transplantacyjna nie definiuje pojęcia „małoletni”. Na podstawie przepisów obowiązującego Kodeksu cywilnego (dalej: KC)¹⁶

¹³ J. Haberko, I. Uhrzynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, LEX 2014.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 121.

należy wnioskować, że małoletnim jest osoba, która nie ukończyła lat osiemnastu (art. 10§1 KC *a contrario*) oraz nie mając ukończonych osiemnastu lat nie zawarła małżeństwa (art. 10§2 KC *a contrario*). Małoletni w świetle przepisów KC nie posiada zdolności do czynności prawnych, jeśli nie ukończył lat trzynastu (art. 12 KC). W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że za małoletniego działa przedstawiciel ustawowy, a każda czynność prawna dokonana bez jego zgody będzie nieważna – poza umowami należącymi do umów powszechnie zawieranych w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego (art. 14§2 KC). Większą swobodę w zakresie decydowania o sobie przyznano małoletniemu, który ukończył lat trzynaście, lecz nie ukończył lat osiemnastu. W tym przypadku zgoda przedstawiciela ustawowego potrzebna jest jedynie do czynności prawnych polegających na zaciąganiu zobowiązań lub rozporządzaniu swoim prawem (art. 17 KC). Jednakże jeżeli osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych samodzielnie dokonała jednostronnej czynności prawnej, do której ustawa wymaga zgody przedstawiciela ustawowego, czynność jest nieważna (art. 19 KC).

W ustawie transplantacyjnej „w przypadku transplantacji *ex mortuo* ustawodawca zdecydował się na wyodrębnienie trzech kategorii podmiotów tj. małoletniego poniżej 16. roku życia, małoletniego powyżej 16. roku życia działającego z rozeznaniem i małoletniego powyżej 16. roku życia niedziałającego z rozeznaniem, dopisując tym podmiotom określone [uprawnienia]¹⁷. W kwestii złożenia oświadczenia odnośnie dawstwa narządów, w przypadku małoletniego poniżej lat szesnastu, sprzeciw może wyrazić za ich życia jedynie jego przedstawiciel ustawowy (art. 5. ust. 2 ustawy transplantacyjnej). Mamy tu do czynienia bowiem z tak zwaną zgodą zastępczą, czyli sytuacją, w której, w zamian za dawcę, zgodę bądź sprzeciw na dokonanie przeszczepu wyraża ktoś inny¹⁸. Wskazane powyżej rozwiązanie nie odbiega od tego, jakie przewi-

¹⁷ A. Gałęska-Śliwka, *Transplantacja ex mortuo z udziałem małoletniego*, LEX nr 184315.

¹⁸ M. Żelichowski, *Sprzeciw na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich* [online], http://www.mp.pl/etyka/prawo_medyczne/show.html?id=7601 [dostęp: 12 marca 2015 r.].

dziano w części ogólnej prawa cywilnego. Osoba pozbawiona zdolności do czynności prawnych nie została przez ustawodawcę wyposażona w możliwość decydowania o swojej sytuacji prawnej, ponieważ – ze względu na wiek oraz brak doświadczenia życiowego – nie byłaby w stanie podjąć racjonalnej, odpowiedzialnej i w pełni świadomej decyzji. Przewidziana przez ustawodawcę „ochrona małoletniego wynika ze stopnia wrażliwości młodego człowieka, nieukształtowania charakteru, braku zrozumienia i oceny sytuacji [...], jak również z nieświadomości powagi bycia dawcą”¹⁹.

3.2. Problematyka zgody na pobranie narządów od dawcy, który ukończył lat 16, lecz nie ukończył lat 18

Najwięcej wątpliwości może budzić regulacja dotycząca osoby, która ukończyła lat szesnaście, lecz nie ukończyła lat osiemnastu. Gdy chodzi o ten podmiot, ustawodawca postanowił, że sprzeciw na pobranie narządów może wyrazić nie tylko przedstawiciel ustawowy, lecz również sam małoletni (art. 5 ust. 3 ustawy transplantacyjnej). Dalej przewidziano jednak, że sprzeciw przedstawiciela ustawowego lub małoletniego jest skuteczny w stosunku do pozostałych (art. 6 ust. 3 ustawy transplantacyjnej). Sytuacja jest klarowna, gdy zarówno małoletni, jak i jego przedstawiciel ustawowy wyrażają w omawianej kwestii tożsamy pogląd – sprzeciw wyrażony przez jednego z nich zostanie wtedy zaaprobowany przez drugą stronę. W przypadku jednak, gdy zdania obu podmiotów są podzielone dochodzi do pewnego rodzaju konkurencji pomiędzy opinią małoletniego i opinią jego przedstawiciela ustawowego – w zależności od tego, który podmiot złoży swoje oświadczenie wcześniej będzie ono wiążące dla drugiego z nich.

¹⁹ N. Kraszkiewicz, *Małoletni jako dawca w świetle polskich przepisów transplantacyjnych* [online], <http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykul&id=205&PHPSESSID=927f399d5b7b24ca494b403876506339> [dostęp: 14 marca 2015 r.].

Rozwiązanie przewidziane przez ustawodawcę zdaje się być zatem nieracjonalne. Z jednej strony zdecydował się on bowiem rozszerzyć zakres spraw, w których samodzielnie może podjąć decyzję małoletni (który ukończył szesnaście lat). Przyznanie małoletniemu uprawnienia do wyrażenia bądź niewyrażenia zgody na pobranie narządów w celu ich przeszczepienia po śmierci to znaczne zwiększenie kompetencji decyzyjnych (zwłaszcza w zakresie dokonywania rozporządzeń) oraz zakresu autonomii małoletniego. Takie podejście jest zgodne z obowiązującym w tej kwestii nurtem międzynarodowym. Wskazuje się bowiem, że „coraz większa ekspansja ochrony procesu decyzyjnego osoby poddawanej interwencji medycznej, zwłaszcza na płaszczyźnie międzynarodowych regulacji biomedycznych przejawia się w znoszeniu minimalnej bariery wieku dla zdolności do wyrażenia zgody i coraz intensywniejszej ochronie osób psychicznie chorych i ubezwłasnowolnionych”²⁰.

Z drugiej strony jednak uprawnienie małoletniego zostaje w sposób niezrozumiały ograniczone, ponieważ w sytuacji, gdy oświadczenie jako pierwszy złoży jego przedstawiciel ustawowy ewentualny przyszły dawca musi się do niego biernie zastosować (choćby się z nim nie zgadzał). Ustawodawca nie zapewnił w tej sytuacji małoletniemu chociażby minimalnego zakresu ochrony jego prawa do samostanowienia. Przedstawiciel ustawowy, który jako pierwszy złożyłby sprzeciw wobec ewentualnego pobrania narządów małoletniego po śmierci, nie został zobowiązany nawet do zasięgnięcia opinii samego zainteresowanego. Co więcej, nie przewidziano żadnych instrumentów prawnych, które umożliwiłyby małoletniemu podważenie decyzji przedstawiciela. Dobrym rozwiązaniem w przypadku zgody małoletniego i jednoczesnego sprzeciwu jego przedstawiciela ustawowego (lub odwrotnie) byłoby przedstawienie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu opiekuńczego, który – po dokładnym rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy – orzekłby, które oświadczenie ostatecznie powinno wiązać.

²⁰ M. Świdarska, *Zgoda na zabieg medyczny w świetle Konwencji Bioetycznej* [online], <http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=wyk55&m=45&ik=19&ij=1> [dostęp: 12 marca 2015 r.].

Obecnie obowiązujący Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: KRO) nie zawiera regulacji, które gwarantowałyby pełną ochronę autonomii małoletniego. Pomimo że małoletniemu po ukończeniu 16 r.ż. ustawa transplantacyjna przyznaje pewien zakres autonomii decyzyjnej, nie należy zapominać, iż pozostaje on nadal pod władzą rodzicielską. Władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny (art. 95 § 3 KRO). Rodzice wykonujący władzę rodzicielską przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby dziecka (a taką na pewno jest decyzja co do pośmiertnego dawstwa narządów) powinni je wysłuchać, jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia (art. 95§4 KRO). Jeśli małoletni działa z pełnym rozeznanieniem, rodzice powinni uwzględnić jego zdanie w kwestii dawstwa narządów *post mortem*. Jeśli jednak rodzice zlekceważą opinię małoletniego, ustawodawca poza art. 109 KRO nie pozostawia mu żadnych środków ochronnych na gruncie obowiązujących przepisów.

W orzecznictwie wskazuje się, że „sąd opiekuńczy może na podstawie art. 109 k.r.o. wydać każde zarządzenie, jakiego w danych okolicznościach wymaga dobro dziecka. Zawarte w jego § 2 wyliczenie zarządzeń opiekuńczych ma charakter przykładowy”²¹. Należy zatem zauważyć, że w sytuacji, gdy decyzja podjęta przez przedstawicieli ustawowych małoletniego, który ukończył szesnaście lat, zagraża jego dobru istnieje możliwość ingerencji sądu. Postępowanie takie może być wszczęte z urzędu. Zgodnie z art. 573 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: KPC) w postępowaniu tym osoba pozostająca pod władzą rodzicielską ma zdolność do podejmowania czynności procesowych. Sąd opiekuńczy wysłucha małoletniego, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala, uwzględniając w miarę możliwości jego rozsądne życzenia (art. 576 § 2 KPC).

Należy jednak zauważyć, że rozwiązanie przewidziane w art. 109 KRO nie gwarantuje małoletniemu pełnej ochrony jego prawa do

²¹ Postanowienie SNz dnia 10 maja 2000 r., III CKN 845/00, LEX nr 1222322.

samostanowienia. Zasadniczym pytaniem jest, czy wyrażenie zgody / złożenie sprzeciwu wobec pośmiertnego dawstwa narządów przez przedstawiciela ustawowego wbrew opinii małoletniego zagraża jego dobru w rozumieniu art. 109 KRO? Być może nie każdy sąd opiekuńczy będzie chciał prowadzić postępowanie dotyczące tej kwestii (wyliczenie spraw podanych kognicji sądu na podstawie art. 109 KRO jest przykładowe, od sądu zależy zatem, czy ostatecznie zdecyduje się on orzekać w innej, niewymienionej w KRO kwestii). Co więcej, postępowanie nieprocesowe, wszczęte na podstawie art. 109 KRO, jest stanowczo zbyt skomplikowane. Rozstrzygnięcie sądu dotyczące tego, które oświadczenie pozostanie ostatecznie wiążące powinno być wydawane w postępowaniu szybszym i mniej skomplikowanym, gwarantującym małoletniemu pełne uczestnictwo w każdym jego stadium.

O nieracjonalności ustawodawcy świadczy to, że zapewnia on małoletniemu ochronę, gdy chodzi o czynności dotyczące majątku małoletniego. Wtedy to rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko (art. 101 § 3 KRO). Ustawodawca zapewnia małoletniemu ochronę także wtedy, gdy ustanowiono dla niego opiekuna. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 156 KRO opiekun powinien uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby lub majątku małoletniego. W świetle doktryny do „ważniejszych spraw” zalicza się również między innymi „wyrażenie zgody na poddanie się poważniejszemu zabiegowi lekarskiemu”²².

Rozwiązanie przewidziane przez ustawodawcę krajowego jest tym bardziej niezrozumiałe, że co do innego rodzaju interwencji medycznych (zazwyczaj o wysokim stopniu ryzyka) przewidział on obowiązek uzyskania na ich przeprowadzenie nie tylko zgody przedstawiciela ustawowego, lecz również zgody małoletniego, który ukończył szesnasty rok życia (art. 32 ust. 5 ustawy o zawodzie

²² G. Jędrejek, *Komentarz do art. 156 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, LEX nr 162494.

lekarza i lekarza dentystry²³) – mamy tu zatem do czynienia z modelem tak zwanej zgody podwójnej lub inaczej równoległej. Jeżeli jednak małoletni, który ukończył szesnaście lat sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody, wymagane będzie zezwolenie sądu opiekuńczego (art. 32 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry). Niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą jednak, że „zgoda na leczenie pacjenta, który ukończył 16 lat, jest wystarczająca do podjęcia zgodnie z prawem leczenia nawet wtedy, gdy sprzeciwia mu się przedstawiciel ustawy”²⁴.

3.3. Sytuacja małoletniego dawcy na tle przepisów prawa międzynarodowego

Również w prawie międzynarodowym wyraźnie przewidziano, że w stosunku do małoletniego nieposiadającego, zgodnie z obowiązującym prawem, zdolności do wyrażenia zgody na interwencję medyczną, interwencja medyczna może być przeprowadzona za zgodą jego przedstawiciela ustawowego, odpowiedniej władzy albo innej osoby lub instytucji ustanowionych w tym celu na mocy przepisów prawa (art. 6 ust. 2 konwencji o prawach człowieka i biomedycynie). W świetle powołanej wyżej konwencji małoletniemu nie przysługuje zatem prawo do samodzielnego podjęcia decyzji odnośnie przeprowadzanej interwencji – ustawodawca międzynarodowy zdecydował, że na tym etapie rozwoju inne podmioty (takie jak: przedstawiciel, opiekun lub organ państwowy) będą za tę decyzję współodpowiedzialne²⁵.

²³ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634.

²⁴ I. Michałek-Janiczek, *Autonomia małoletniego w zakresie leczenia*. Teza nr 3, LEX nr 104111/3.

²⁵ N. Kraszkiewicz, *Małoletni jako dawca w świetle polskich przepisów transplantacyjnych* [online], <http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykul&i-d=205&PHPSESSID=927f399d5b7b24ca494b403876506339> [dostęp: 14 marca 2015 r.].

Stanowisko małoletniego jest jednak uwzględnione jako czynnik, którego znaczenie wzrasta w zależności od wieku i stopnia dojrzałości (art. 6 ust. 2 konwencji o prawach człowieka i biomedycynie). Małoletni uzyskuje zatem możliwość współdecydowania odnośnie ewentualnych ingerencji medycznych (w tym dotyczących dawstwa narządów po śmierci) wraz z osiągnięciem nie tylko określonego wieku, ale i stanu psychicznego. Ustawodawca międzynarodowy nie wprowadził żadnej konkretnej granicy wieku uprawniającej małoletniego do uzyskania prawa do samostanowienia. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie. W praktyce może bowiem zdarzyć się, że osoba w wieku trzynastu lat będzie działać z większym rozeznanie, będzie bardziej dojrzała, odpowiedzialna i świadoma podejmowanych przez siebie decyzji niż inny potencjalny dawca w wieku lat siedemnastu. Rozwiązanie przewidziane w prawie międzynarodowym aprobuje również Małgorzata Świdorska, która twierdzi, że „wola człowieka co do tego, co dzieje się z jego ciałem, powinna być respektowana jak najwcześniej, tj. gdy tylko osiągnie on stosowną do tego dojrzałość lub też odpowiednie rozeznanie”²⁶.

4. Cofnięcie sprzeciwu na przeszczep *post mortem*

Jak już wcześniej wspomniano, sprzeciw na pobranie narządów po śmierci jest czynnością odwoalną, może być zatem cofnięty w każdym czasie w formie przyjętej przez ustawodawcę dla jego wyrażenia. Tego rodzaju rozwiązanie jest w pełni uzasadnione, ponieważ pod wpływem pewnych opinii lub z biegiem czasu podmiot zainteresowany może zmienić zdanie w kwestii dawstwa narządów po śmierci. Skoro zatem w każdym czasie może się takiemu pobraniu sprzeciwić, zasadne jest, by swoje wcześniejsze oświadczenie mógł wycofać i tym samym udzielić zgody na przeszczep *post mortem* z wykorzystaniem swoich narządów.

²⁶ M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 63.

4.1. Zakres podmiotowy uprawnienia do cofnięcia sprzeciwu

Niestety przepis art. 6 ust. 4 ustawy transplantacyjnej został sformułowany w sposób nieprecyzyjny i jego zastosowanie może budzić w praktyce wiele wątpliwości. Ustawodawca nie wskazał bowiem wyraźnie jaki podmiot uprawniony jest do cofnięcia sprzeciwu. Tak jak w kwestii złożenia sprzeciwu, tak w przypadku jego cofnięcia nie ma wątpliwości co do kompetencji podmiotów pełnoletnich posiadających pełną zdolność do czynności prawnych. W przypadku małoletniego jednak, kwestie te rodzić będą uzasadnione wątpliwości. Hipotetycznie zakładając, że sprzeciw wobec pobrania narządów w imieniu małoletniego, który ukończył szesnasty rok życia, lecz nie ukończył osiemnastego roku życia, złożył jego przedstawiciel ustawowy – czy tylko on będzie podmiotem uprawnionym do cofnięcia sprzeciwu? Czy w takiej sytuacji sprzeciw przed ukończeniem osiemnastego roku życia będzie mógł cofnąć również sam małoletni? Ta kwestia nie została przez ustawodawcę jednoznacznie rozstrzygnięta. Literalne brzmienie omawianego przepisu nie wyłącza możliwości cofnięcia sprzeciwu przez samego małoletniego, chociaż niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą, że „zakres zdolności do cofnięcia sprzeciwu pokrywa się z zakresem zdolności do jego wyrażenia”²⁷, co z kolei wyłączałoby możliwość cofnięcia sprzeciwu przez samego małoletniego.

4.2. Forma cofnięcia sprzeciwu

Jeśli sprzeciw został wyrażony w formie wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów, o istnieniu wpisu zawiadamia się małoletniego po osiągnięciu przez niego pełnoletniości (§3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania

²⁷ J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, LEX 2014.

istnienia wpisu w tym rejestrze, dalej: rozporządzenie²⁸). Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do Spraw Transplantacji „Poltransplant”, które prowadzi rejestr, przesyła zawiadomienie w formie wydruku komputerowego przesyłką pocztową za potwierdzeniem odbioru (§ 3 pkt 2 rozporządzenia). Zawiadomienie takie przesyła się również do małoletniego, który ukończył szesnaście lat (§ 3 pkt 3 rozporządzenia). Brak odpowiedzi na zawiadomienie w terminie 30 dni stanowi potwierdzenie sprzeciwu (§ 3 pkt 4 rozporządzenia).

Jak widać na przykładzie powyższych przepisów, gdy sprzeciw został złożony w formie wpisu do rejestru interesy małoletniego są w znacznym stopniu chronione. Zgodnie z powołanym rozporządzeniem małoletni po osiągnięciu określonego wieku zostanie poinformowany o istnieniu wpisu, co z kolei umożliwi mu podjęcie odpowiednich działań, jeśli zgadza się na pobranie narządów *post mortem*. Wątpliwości może budzić przepis § 3 pkt 4 rozporządzenia. Zdaje się, że lepszym rozwiązaniem byłoby automatyczne wykreślenie sprzeciwu złożonego w imieniu małoletniego po osiągnięciu przez niego pełnoletności i zobowiązanie (w zawiadomieniu) do ponownego złożenia sprzeciwu. Może się bowiem zdarzyć, że zawiadomienie o istnieniu sprzeciwu nie dotrze do zainteresowanego lub, pomimo jego odbioru, nie dopilnuje on terminu do złożenia odpowiedzi na zawiadomienie, w której wnioskowałby o wykreślenie sprzeciwu. Takie rozwiązanie mogłoby doprowadzić do zwiększenia liczby dawców w przypadku transplantacji *ex mortuo*.

Znacznie więcej problemów pojawi się, gdy sprzeciw został złożony w formie pisemnego lub ustnego oświadczenia. W tym przypadku bowiem brak jest przepisów gwarantujących ochronę interesów małoletniego. Nierzadko może się zdarzyć, że małoletni nie będzie miał świadomości istnienia pisemnego oświadczenia lub faktu złożenia oświadczenia ustnie. W tej sytuacji pojawia się pytanie – jak zainteresowany ma odwołać sprzeciw, by ostatecznie zgodzić się na pobranie narządów *post mortem*? Jeśli małoletni nie będzie

²⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze, Dz.U. z 2006 r. Nr 228, poz. 1671).

wiedział o istnieniu sprzeciwu, może się okazać, że złożone przez przedstawiciela oświadczenie będzie go wiązało w życiu dorosłym, pomimo odmiennej woli samego zainteresowanego.

5. Konkluzja

Ostatnimi czasy transplantacja budzi wiele wątpliwości zarówno natury etycznej, jak i prawnej. Pomimo iż większość społeczeństwa w Polsce (74%) godzi się na pobranie narządów po śmierci²⁹ nadal borykamy się z problemem braku wystarczającej ilości organów. Z tego względu niezwykle ważne jest, by już od najmłodszych lat edukować i zachęcać do oddawania organów ewentualnych przyszłych dawców. Nie tylko dorośli, lecz również osoby małoletnie powinny być zaznajamiane wyczerpująco z omawianą tematyką, a to chociażby ze względu na fakt, że „na niechęć do bycia dawcą narządów po śmierci wpływa w pewnym stopniu wiek – najstarsi respondenci częściej niż pozostali są temu przeciwni”³⁰. Ergo, im młodszy i lepiej wykształcony dawca, tym chętniej zdecyduje się na ofiarowanie swoich narządów po śmierci.

Sytuacji nie poprawia fakt, że niewiele osób zna regulacje prawne dotyczące transplantacji. W przeprowadzonym w 2012 r. badaniu jedynie 14% respondentów miało świadomość obowiązywania w Polsce systemu *opt out*³¹. Co gorsza, niektóre postanowienia obowiązującej ustawy transplantacyjnej są nieprecyzyjne i budzą wiele wątpliwości, przede wszystkim u lekarzy i personelu medycznego. Najwięcej problemów w praktyce mogą powodować postanowienia dotyczące przeszczepiania narządów po śmierci od dawców małoletnich. Obowiązujące prawo nie zawsze bowiem respektuje wolę dawcy. O ile w przypadku osób poniżej szesnastego roku życia przyznanie prawa do decydowania odnośnie omawianej kwestii przedstawicielom ustawowym jest zrozumiałe, o tyle w przypadku

²⁹ Fundacja CBOS, komunikat z badań nr BS/105/2012, *Postawy wobec przeszczepiania narządów*, Warszawa 2012, s. 3.

³⁰ Ibidem, s. 4.

³¹ Ibidem, s. 14.

starszych małoletnich już nie zawsze. W praktyce mogą pojawić się sytuacje, w których wola małoletniego będzie odmienna od decyzji, którą w tej kwestii podjął jego opiekun. Idąc za nurtem międzynarodowym w omawianej kwestii, warto byłoby wprowadzić rozwiązania respektujące opinię małoletniego, który ukończył szesnaście lat, ponieważ bardzo często jest on już na tyle dojrzały, że może samodzielnie podjąć decyzję odnośnie ewentualnego dawstwa narządów.

STRESZCZENIE

Transplantacja *ex mortuo* z udziałem dawcy małoletniego

Transplantacja jako powszechnie uznana metoda leczenia umożliwia obecnie wielu osobom nie tylko poprawę jakości życia, lecz często również jego przedłużenie. Tak jak w przypadku każdej innej ingerencji medycznej, tak w przypadku przeszczepiania narządów konieczne jest uzyskanie zgody na nią podmiotu zainteresowanego. W praktyce wyróżnia się rozmaite metody wyrażania zgody na pobranie organów po śmierci – Polski ustawodawca zdecydował się jednak na przyjęcie konstrukcji tak zwanej zgody domniemanej, zgodnie z którą ewentualny przyszły dawca musi złożyć sprzeciw, by jego tkanki, komórki i narządy nie zostały pobrane po śmierci. Dotycząca kwestii pobierania narządów polska ustawa transplantacyjna nie reguluje jednak w sposób precyzyjny kwestii wyrażenia zgody przez osoby małoletnie. Na tym tle pojawiać się mogą problemy praktyczne, które *summa summarum* rozwiązać zmuszeni będą lekarze. W omawianej kwestii konieczne jest wprowadzenie szczegółowych regulacji, które jednocześnie poszerzałyby zakres autonomii małoletniego i zapewniałyby mu współudział w procesie podejmowania decyzji odnośnie ofiarowania swoich narządów po śmierci.

Słowa kluczowe: transplantacja *ex mortuo*; dawstwo organów; małoletni dawca; zgoda domniemana; zgoda zastępcza; zgoda równoległa

SUMMARY

Ex mortuo transplantation with minor's participation

Organ transplantation is often the only chance to people who suffer from malfunction of heart, kidneys or liver. Nowadays, transplantation is no

longer said to be medical experiment. It is acknowledged method of treatment. World human organization said that transplantation is the transfer (engraftment) of human cells, tissues or organs from a donor to a recipient with the aim of restoring function(s) in the body. We can distinguish *ex vivo* transplantation (with participation of living donor) and *ex mortuo* transplantation (with participation of deceased donor). The laws of different countries allow potential donors to permit (opt in system) or refuse (opt out system) donation. In Poland there is an opt out system which means that potential donor has to raise an objection in order to not to be donor after death. There is no questions if an adult person raise an objection, but there is number of doubts if we said about minor's consent or objection to organ donation. Now, it is necessary to improve polish transplantation law in order to increase organ availability and increase deceased donations to their full potential.

Keywords: transplantation; *ex mortuo* transplantation; human organ donation; deceased donor; minor; presumed consent

BIBLIOGRAFIA

- Fundacja CBOS, komunikat z badań nr BS/105/2012, *Postawy wobec przeszczepiania narządów*, Warszawa 2012.
- Gałęska-Śliwka A., *Transplantacja ex mortuo z udziałem małoletniego*, „Prawo i Medycyna” 2013.
- Góral R., *Zarys chirurgii. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1987.
- Haberko J., Uhrynowska-Tyszkiewicz I., *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Kraszkiewicz N., *Małoletni jako dawca w świetle polskich przepisów transplantacyjnych* [online], <http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykuł&id=205&PHPSESSID=927f399d5b7b24ca494b403876506339> [dostęp: 14 marca 2015 r.].
- Michałek-Janiczek I., *Autonomia małoletniego w zakresie leczenia*, „Państwo i Prawo” 2009.
- Świdarska M., *Zgoda na zabieg medyczny w świetle Konwencji Bioetycznej, prawa i etyki* [online]<http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=wyk55&m=45&ik=19&ij=1> [dostęp: 12 marca 2015 r.].
- Świdarska M., *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.
- Żelichowski M., *Sprzeciw na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich* [online], http://www.mp.pl/etyka/prawo_medyczne/show.html?id=7601 [dostęp: 12 marca 2015 r.].