Rzeczpospolita Polska
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 25 lutego 2011 r.

PG VIII TK 127/10
(K 16/10)

2 3 02. 2011

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich „o stwierdzenie niezgodności:

1) art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535 ze zm.) w części zawierającej zwrot <powyżej 16 roku życia> z art. 41 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2, art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.), a także z art. 47 w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2. art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka;

2) art. 32 ust. 5, art. 32 ust. 6 w części zawierającej zwrot <który ukończył 16 lat>, art. 34 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857 ze zm.) z art. 41 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2, art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, a także z art. 47 w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2., art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka;

3) art. 17 ust. 1 w części zawierającej zwrot <w tym małoletni, który ukończył 16 lat> oraz art. 17 ust. 3 w części zawierającej zwrot <który ukończył

16 lat> ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 ze zm.) z art. 41 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2, art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, a także z art. 47 w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2, art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka"

- na podstawie art. 33 w związku z art. 27 pkt 5 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.)

przedstawiam następujące stanowisko:

1) przepis art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535 ze zm.), w części zawierającej zwrot „powyżej 16 roku życia", jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 48 ust. 1 zdanie drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.);

2) przepisy art. 32 ust. 5, art. 32 ust. 6 i art. 34 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857 ze zm.), w części zawierającej zwrot „ukończył 16 lat", są niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 48 ust. 1 zdanie drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 12 ust. 1 Konwencji, o której mowa w pkt 1;

3) przepisy art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 ze zm.), w części zawierającej zwrot „w tym małoletni, który ukończył 16 lat", i art. 17 ust. 3 tej ustawy, w części zawierającej zwrot „który ukończył 16 lat", są niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 48 ust. 1 zdanie

drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 12 ust. 1 Konwencji, o której mowa w pkt 1.

Jednocześnie, na zasadzie art. 190 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, wnoszę o orzeczenie utraty mocy obowiązującej powołanych wyżej przepisów w zaskarżonych częściach z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Wnioskodawca, RPO lub Rzecznik) wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności, w określonych częściach: art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535 ze zm.) [dalej: ustawa o ochronie zdrowia psychicznego], art. 32 ust. 5, art. 32 ust. 6 i art. 34 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 857 ze zm.) [dalej: ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty] oraz art. 17 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2009 r. Nr 52, poz. 417 ze zm.) [dalej: ustawa o prawach pacjenta i RPP], z powołanymi w *petitum* wniosku wzorcami konstytucyjnej kontroli, a także z art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.) [dalej: Konwencja o Prawach Dziecka].

Inspiracją do skierowania wniosku były, jak podniósł RPO, istotne wątpliwości dotyczące wyrażania przez osoby małoletnie zgody na leczenie, jakie ujawniły się w toku analizy przepisów prawa dotyczących autonomii pacjentów w zakresie leczenia.

Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2007 r., sygn. IV CSK 240/07 (OSP z 2010 r., z. 1, poz. 4) oraz poglądy doktryny, RPO wskazał, że „[z]goda ta (zgoda na leczenie - przyp. wł.) stanowi zewnętrzny przejaw prawa jednostki do dysponowania swoją osobą w procesie leczenia. Stanowi ona również realizację podstawowych praw podmiotowych o charakterze konstytucyjnym przysługujących jednostce" (uzasadnienie wniosku, s. 2).

Dalej Rzecznik stwierdził, że autonomia pacjenta obejmuje także prawo do odmowy poddania się czynnościom leczniczym, a także to, iż „nie budzi wątpliwości, że małe dzieci nie mają zdolności do podejmowania decyzji dotyczących ich leczenia. Jednakże w przypadku dzieci starszych zakres przysługujących im praw ulega zwiększeniu i część tych praw mogą one wykonywać samodzielnie bądź też mogą decydować o ich współrealizacji" (uzasadnienie wniosku, s. 4).

Zdaniem RPO, zgoda pacjenta, będąca aktem woli poddania się zabiegowi lekarskiemu, „jest jedynie wyrazem autonomii jednostki w zakresie dysponowania dobrami osobistymi, a nie ma na celu zabezpieczenia interesów osób trzecich", co różni ją od oświadczenia woli w znaczeniu czynności prawnej. Stąd, jak wywodzi Rzecznik, dla ważności takiej zgody „nie jest konieczna zdolność do czynności prawnych" (tamże).

W dalszej kolejności RPO wskazał, w jaki sposób, w Jego ocenie, zaskarżone przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i RPP naruszają powołane w *petitum* wniosku wzorce konstytucyjnej kontroli.

W tym fragmencie uzasadnienia wniosku Rzecznik stwierdził, że, w świetle zaskarżonych przepisów, w przypadku leczenia pacjenta małoletniego, który nie ukończył 16 lat - w odróżnieniu od leczenia pacjenta małoletniego, który ukończył 16 lat, dla podjęcia którego wymagane jest uzyskanie zgody podwójnej, tj. zgody małoletniego pacjenta oraz zgody jego przedstawiciela

ustawowego - stanowisko małoletniego nie ma żadnego znaczenia prawnego, chociaż, zgodnie z obowiązującym prawem (art. 15 k.c.), osoby, które ukończyły lat 13, mają już ograniczoną zdolność do czynności prawnych oraz pomimo tego, że „osoby małoletnie, które nie ukończyły 16 lat dysponują (...) z reguły dostatecznym rozeznaniem pozwalającym na świadome podejmowanie aktów woli poddania się zabiegowi lekarskiemu" (uzasadnienie wniosku, s. 6).

W kolejnym fragmencie uzasadnienia wniosku Rzecznik, powołując się na wypowiedzi doktryny, wyraził pogląd o niekonsekwencji ustawodawcy w konstrukcji respektowania jedynie woli osoby małoletniej, która ukończyła 16 lat, i jako jej przykład wskazał art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.), zgodnie z którym pobranie szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej od małoletniego, który nie posiada pełnej zdolności do czynności prawnych, może być dokonane za zgodą przedstawiciela ustawowego po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego, jednak w przypadku, gdy dawcą szpiku jest małoletni powyżej lat trzynastu, wymagana jest także jego zgoda.

Rzecznik zwrócił też uwagę na kolejną, systemową niekonsekwencję ustawodawcy, który „po pierwsze, przyjął, że na zasadach określonych w Kodeksie karnym odpowiada ten kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat (art. 10 § 1 k. k.). Ustawodawca przyjął zatem ukończenie 17 lat jako granicę pozwalającą na traktowanie sprawcy czynu zabronionego jako podmiotu zdolnego do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Warunkiem tej odpowiedzialności jest zaś przecież osiągnięcie przez sprawcę takiego stopnia dojrzałości, iż jest on w stanie rozpoznać społeczne znaczenie popełnionego przez siebie czynu. Po drugie, w art. 10 § 2 k. k. został wprowadzony wyjątek od reguły przyjmującej brak odpowiedzialności karnej nieletniego. Nieletni ponosi bowiem odpowiedzialność karną, jeśli w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu zabronionego ma ukończone 15 lat, a ponadto zarzucany nieletniemu

czyn zabroniony spełnia znamiona jednego z wymienionych w art. 10 § 2 k. k. przestępstw, zaś okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste przemawiają za pociągnięciem do odpowiedzialności karnej. Przesłanką ogólną odpowiedzialności karnej nieletniego, który ukończył 15 lat (warunkującą winę) jest więc występująca po jego stronie możliwość rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim postępowaniem" (uzasadnienie wniosku, s. 8-9).

Powyższe skłoniło RPO do uznania za słuszny poglądu T. Dukiet - Nagórskiej, że „od tych małoletnich wymaga się by ponosili odpowiedzialność za swoje czyny, zaś nie uzyskują oni prawa do decydowania, a nawet do współdecydowania o sobie" (T. Dukiet - Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne,* Wolters Kluwer, Warszawa 2008. s. 78 - 79).

Kolejne niekonsekwencje ustawodawcy, zdaniem Wnioskodawcy, zachodzą w regulacjach dotyczących sprzeciwu wobec udzielenia świadczenia zdrowotnego. RPO wywiódł, że podczas, gdy „[w] myśl art. 32 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jeżeli (...) małoletni, który ukończył lat 16, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody, wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego", to „stosownie do art. 17 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta pacjent małoletni, który ukończył lat 16, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, ma prawo do wyrażenia sprzeciwu co do udzielenia świadczenia zdrowotnego, pomimo zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego, i w takim przypadku wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego" (uzasadnienie wniosku, s. 9-10).

Przedstawione rozważania pozwoliły Rzecznikowi skonstatować, że „ustalenie formalnej granicy wieku prowadzi do tego, że osoba, która nie ukończyła 16 lat, pomimo że jest zdolna do świadomego uczestniczenia w procesie leczniczym, jest takiej możliwości pozbawiona (możliwości złożenia sprzeciwu, który ma znaczenie prawne – przyp. wł.)" [uzasadnienie wniosku, s. 10].

W dalszej części uzasadnienia wniosku RPO, powołując się głównie na treść wzorców kontroli, określonych w art. 41 ust. 1, art. 48 ust. 1 zdanie drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji RP oraz w art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, podniósł, iż „nie powinno budzić wątpliwości, że granicę autonomii woli małoletniego wyznacza przede wszystkim jego zdolność do kształtowania własnych poglądów oraz stopień dojrzałości, a nie wyłącznie sam wiek osoby małoletniej. Tymczasem kwestionowane przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta posługują się wbrew owej regule konstytucyjnej oraz regule zawartej w Konwencji o Prawach Dziecka sztywnym kryterium wieku dla określania prawa osób małoletnich do decydowania lub współdecydowania o przeprowadzeniu badania lub udzielenia innych świadczeń zdrowotnych. W rezultacie trzeba uznać, że ustawodawca posłużył się niewłaściwym kryterium wprowadzając ograniczenia w korzystaniu przez osoby małoletnie z wolności osobistej i nietykalności osobistej. Stąd też kwestionowane przepisy pozostają w kolizji z art. 41 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 1 zd. 2, art. 72 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka" (uzasadnienie wniosku, s. 12-13).

Odnośnie natomiast wzorca kontroli z art. 47 Konstytucji Wnioskodawca stwierdził, że „[p]rawo do decydowania o swoim życiu osobistym określone w art. 47 Konstytucji RP obejmuje również prawo do decydowania o tym, czy i w jakim zakresie jednostka pragnie poddać się opiece lekarskiej", oraz że „prawo to może podlegać istotnym ograniczeniom, gdyż

sama podmiotowość prawna nie jest równoznaczna ze zdolnością do działania", której zakres „choćby z uwagi na to, że dzieckiem jest osoba do ukończenia 18 lat, musi ulegać ciągłym zmianom", czemu daje wyraz „zarówno art. 48 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP poprzez odwołanie się do kryterium <stopnia dojrzałości dziecka>, jak też art. 72 ust. 3 Konstytucji RP nakazujący w toku ustalania praw dziecka (co obejmuje także prawo do decydowania o swoim życiu osobistym) obowiązek wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka. Do kryterium <wieku i stopnia dojrzałości dziecka> odwołuje się także art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka" (uzasadnienie wniosku, s. 13-14).

W konkluzji Rzecznik stwierdził, że „[t]akże więc w stosunku do realizacji prawa określonego w art. 47 Konstytucji RP ustawodawca posłużył się niewłaściwym kryterium określając granicę autonomii woli małoletniego. Wyznaczył bowiem tę granicę posługując się wyłącznie sztywnym kryterium wieku, podczas gdy postępując w zgodzie z Konstytucją powinien przede wszystkim określając ową granicę odwołać się do stopnia dojrzałości małoletniego oraz jego zdolności do kształtowania własnych poglądów" (uzasadnienie wniosku, s. 14).

Przedmiotem zaskarżenia, w zakresie określonym w *petitum* wniosku, Rzecznik Praw Obywatelskich uczynił przepisy art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, art. 32 ust. 5 i 6 oraz art. 34 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz art. 17 ust. 1 i 3 ustawy o prawach pacjenta i RPP.

Przepis art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego brzmi:

„Jeżeli przyjęcie do szpitala dotyczy osoby (przyjęcie do szpitala psychiatrycznego osoby z zaburzeniami psychicznymi – przyp. wł.) małoletniej **powyżej 16 roku życia** (podkr. wł.) lub osoby pełnoletniej całkowicie ubezwłasnowolnionej, zdolnej do wyrażenia zgody, jest wymagane również uzyskanie zgody tej osoby na przyjęcie. W przypadku sprzecznych oświadczeń

w sprawie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego tej osoby i jej przedstawiciela ustawowego, zgodę na przyjęcie do szpitala wyraża sąd opiekuńczy właściwy ze względu na miejsce zamieszkania tej osoby.".

Przepisy art. 32 ust. 5 i 6 oraz art. 34 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty brzmią (dla czytelności tych regulacji przytoczono także ust. 1 i 2 w art. 32 oraz ust. 1 i 3 w art. 34):

„Art. 32. 1. Lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta.

2. Jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe - zezwolenie sądu opiekuńczego.

3. (...)

4. (...)

5. Jeżeli pacjent **ukończył 16 lat**, wymagana jest także jego zgoda.

6. Jeżeli jednak małoletni, **który ukończył 16 lat**, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego.",

„Art. 34. 1. Lekarz może wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta, po uzyskaniu jego pisemnej zgody.

2. (...)

3. Lekarz może wykonać zabieg lub zastosować metodę, o której mowa w ust. 1, wobec pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, po uzyskaniu zgody jego

przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe - po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego.

4. Jeżeli pacjent **ukończył 16 lat**, wymagana jest także jego pisemna zgoda.".

Przepisy art. 17 ust. 1 - 3 ustawy o prawach pacjenta i RPP brzmią:

„Art. 17. 1. Pacjent, **w tym małoletni, który ukończył 16 lat**, ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza.

2. Przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, ma prawo do wyrażenia zgody, o której mowa w ust. 1. W przypadku braku przedstawiciela ustawowego prawo to, w odniesieniu do badania, może wykonać opiekun faktyczny.

3. Pacjent małoletni, **który ukończył 16 lat**, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, ma prawo do wyrażenia sprzeciwu co do udzielenia świadczenia zdrowotnego, pomimo zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. W takim przypadku wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego.".

Wniosek RPO obejmuje zatem fragmenty norm, wyrażonych w art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, art. 32 ust. 5 i 6 oraz art. 34 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz w art. 17 ust. 1 i 3 ustawy o prawach pacjenta i RPP, które małoletnim poniżej 16 roku życia nie zapewniają prawa do wyrażania zgody na określone w tych przepisach świadczenia (lub sprzeciwu wobec tych świadczeń).

Powyższe odnosi się również do art. 34 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, bo choć w *petitum* wniosku RPO nie ograniczył przedmiotu zaskarżenia do określonego fragmentu tej normy, to uzasadnienie

wniosku nie pozostawia wątpliwości, że intencją jego Autora było zaskarżenie art. 34 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty tylko w zakresie wyrazów „ukończył 16 lat".

Zaskarżone przepisy dotyczą rozmaitych czynności medycznych, dokonywanych w stosunku do małoletniego powyżej 16 roku życia, i wprowadzają prawo pacjenta w tym wieku do wyrażenia: zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego (art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego); zgody i sprzeciwu na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych (art. 32 ust. 5 i 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz art. 17 ust. 1 i 3 ustawy o prawach pacjenta i RPP) oraz zgody na wykonanie zabiegu operacyjnego albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty).

We wszystkich tych przepisach uprawnienia małoletniego powyżej 16 roku życia do wyrażenia zgody bądź sprzeciwu uregulowane są identycznie, niezależnie od charakteru świadczenia. Stąd w dalszej części niniejszego stanowiska wszystkie świadczenia, objęte zaskarżonymi przepisami, będą określane ogólnie jako „czynności medyczne" (*vide* - art. 32 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty).

Za przyjęciem powyższego uogólnienia przemawia też to, iż z uzasadnienia wniosku nie wynika, aby intencją RPO było zróżnicowanie uprawnień małoletnich pacjentów do wyrażenia zgody (sprzeciwu) na czynności medyczne w zależności od charakteru tych czynności (np. badanie, zabieg operacyjny czy przyjęcie do szpitala psychiatrycznego). Niekonstytucyjności zaskarżonych rozwiązań Rzecznik upatruje bowiem jedynie w przyjętym przez ustawodawcę, w odniesieniu do małoletniego pacjenta, formalnym kryterium wieku, decydującym o prawie do wyrażenia zgody (sprzeciwu).

Na gruncie prawa medycznego „zgoda" i „sprzeciw" to oświadczenia (niezależnie od ich charakteru prawnego, o czym w dalszej części niniejszego

stanowiska), które dla pacjenta mają takie znaczenie, że uruchamiają lub tamują (pod pewnymi warunkami - skutecznie) podjęcie przez lekarza określonych czynności medycznych.

Jednak wniosek Rzecznika nie jest związany z kierunkiem oświadczenia („zgoda" albo „sprzeciw"), lecz z prawem do jego złożenia *per se*, ponieważ, w ocenie Wnioskodawcy, niezgodnie z wzorcami konstytucyjnymi prawa tego, co do zasady, pozbawiono małoletnich pacjentów przed ukończeniem przez nich 16 roku życia.

Dlatego też w dalszej części niniejszego stanowiska „zgoda" i „sprzeciw" pacjenta na objęte wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich czynności medyczne będą określane również jako „oświadczenia pacjenta".

Na wstępie rozważań merytorycznych konieczne wydaje się określenie charakteru prawnego oświadczenia pacjenta.

W piśmiennictwie charakter prawny takiego oświadczenia rozpatrywany jest na płaszczyźnie oświadczenia pacjenta o zgodzie na czynności medyczne.

Należy podkreślić, że, w przedmiocie charakteru prawnego zgody pacjenta na czynności medyczne, w piśmiennictwie i orzecznictwie nie ma jednolitego poglądu.

M. Świderska dostrzega dwa zasadnicze nurty dotyczące tej problematyki, wskazując, iż „[p]ierwszy opiera się na twierdzeniu, że zgoda jest oświadczeniem woli w rozumieniu art. 60 k.c. (tj. stanowi stanowczy uzewnętrzniony akt woli wywołujący skutki prawne w sferze prawa cywilnego)" [M. Świderska, *Zgoda na zabieg medyczny w świetle Konwencji Bioetycznej, prawa i etyki* [w:] DIAMETROS - Internetowe Czasopismo Filozoficzne, www.diametros.iphils.uj.edu.pl, *s. 5*]. W tym fragmencie autorka powołuje się na wypowiedzi M. Nestorowicza (M. Nestorowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa-Poznań 1972, s. 28) oraz M. Filara (M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Warszawa 2000, s.

249), jak również na uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r., sygn. II CK 303/04, w którym SN stwierdził, iż „[w]ydaje się, że można bronić poglądu kwalifikującego zgodę pacjenta jako oświadczenie woli, bowiem jej wyrażenie jest zdarzeniem, które zmierza do wywołania skutku prawnego w postaci uchylenia bezprawności działania lekarza dokonującego zabiegów, o których mowa w art. 34 ust. 1 ustawy (ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty - przyp. wł.)" [LEX nr 157493].

W tym nurcie można też umiejscowić poglądy K. Baron, dla której zgoda pacjenta na czynności medyczne **jest czynnością prawną**, „zdarzeniem cywilnoprawnym zmierzającym do wywołania skutków prawnych poprzez oświadczenie woli" (K. Baron, *Zgoda pacjenta* [w:] Prokuratura i Prawo, z. 9/2010, s. 45).

Drugi nurt, zdaniem M. Świderskiej, „dostrzega i eksponuje różnice między zgodą a klasycznym oświadczeniem woli" (*op. cit.*).

Jako reprezentatywne dla tego nurtu autorka wskazuje poglądy M. Safjana (M. Safjan, *Autonomia jednostki wobec interwencji medycznej* [w:] *Prawo i Medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny,* Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 1998 r., s. 35). Ponieważ M. Świderska w swojej wypowiedzi bardzo skrótowo przytacza poglądy M. Safjana, konieczne wydaje się przedstawienie poglądów tego autora w szerszym kontekście.

Zdaniem M. Safjana, „[d]ość powszechnie traktuje się zgodę (zgodę pacjenta na czynności medyczne – przyp. wł.) w kategoriach aktu woli będącego przejawem przysługujących podmiotowi dóbr osobistych związanych przede wszystkim z ochroną prywatności i integralności cielesnej. W tym znaczeniu zgoda nie jest więc czynnością prawną (oświadczeniem woli *sensu stricto*), ponieważ jej istota nie sprowadza się do wywołania określonych skutków prawnych, ale do zadysponowania – w drodze autonomicznej decyzji – własnym dobrem osobistym. Inaczej niż w przypadku klasycznego oświadczenia woli

przesłanki skuteczności i ważności zgody będą więc przede wszystkim odwoływały się do kryteriów podmiotowych i w konsekwencji w znacznie większym stopniu będą podlegały subiektywizacji (przez odniesienie do zamiarów, sposobu rozumienia i zdolności rozpoznania konkretnego podmiotu). Na pierwszy plan wysuwa się tu bowiem ochrona autonomii podmiotu, a interesy innych osób muszą przy takim założeniu zejść na plan dalszy, co jest z kolei nie do pogodzenia z nowoczesną koncepcją czynności prawnej, która wymaga w znacznie większym stopniu respektowania interesów adresatów oświadczenia woli i z tej właśnie racji odwołuje się ona do obiektywnych kryteriów wykładni oświadczeń woli" [M. Safjan, *Autonomia (...), op. cit.*, s. 34-35].

M. Safjan wskazuje też, że „[z]**dolność do wyrażenia zgody jest coraz częściej traktowana jako kategoria niezależna od zdolności do czynności prawnych** (podkr. wł.), co stanowi logiczne następstwo założenia, wedle którego zgoda nie jest oświadczeniem woli *sensu stricto*. W kategoriach aksjologicznych jest to podejście całkowicie uzasadnione. Zgoda ma być aktem realizującym ochronę autonomii danej osoby w odniesieniu do podstawowych dóbr osobistych człowieka, a zatem stopień respektu dla podejmowanych w tym obszarze aktów woli podmiotu powinien być z natury rzeczy większy niż przy określaniu zdolności do czynności prawnych. Zdecydowana większość współczesnych europejskich systemów prawnych stoi na gruncie **coraz szerszego poszanowania – w kontekście medycznym – autonomii osób małoletnich** (podkr. wł.), ubezwłasnowolnionych czy dotkniętych zaburzeniami psychicznymi, a więc osób należących do kategorii niezdolnych do czynności prawnych" (tamże, s. 35-36).

Podobne zdanie jak M. Safjan prezentuje A. Liszewska, która stwierdza, że „[z]godnie z ustalonym poglądem zgoda na zabieg (zgoda pacjenta na czynności medyczne – przyp. wł.) nie jest czynnością prawną, lecz <jednostronnym odwołalnym działaniem prawnym, zbliżonym do oświadczenia

woli>" (A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy,* Państwo i Prawo z. 1/1997, s. 42).

Na poglądy M. Safjana powołują się również, akceptując je, A. Augustynowicz i A. Budziszewska – Makulska (A. Augustynowicz i A. Budziszewska – Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz,* CeDeWu Sp. z o.o., Wydawnictwa Fachowe, Warszawa, 2010, s. 132).

Na brak w doktrynie prawa cywilnego pełnej zgodności co do prawnego charakteru zgody na czynność medyczną wskazuje T. Dukiet-Nagórska. Jej zdaniem, „[s]ą autorzy, którzy uznają, że zgoda ta stanowi oświadczenie woli, inni natomiast wyrażają opinię, zgodnie z którą zgoda stanowi akt woli swoisty" [T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia (...), op. cit.,* s. 28]. Jednocześnie autorka ta, odnosząc warunki skuteczności zgody pacjenta na czynności medyczne do prawnego charakteru tej zgody, stwierdza, że „niezależnie od przyjętego stanowiska (co do prawnego charakteru zgody – przyp. wł.), punkt wyjścia dla ocen odnoszących się do prawnej skuteczności zgody stanowią przepisy wyznaczające skuteczność oświadczeń woli – znajdują one zastosowanie bezpośrednie wtedy, gdy przyjmie się, że zgoda jest oświadczeniem woli, bądź będą stosowane na zasadzie analogii wtedy, gdy zgodzie odmówi się charakteru oświadczenia woli" (tamże).

Z poglądem o braku znaczenia charakteru prawnego zgody pacjenta na czynności medyczne dla jej prawnej skuteczności nie sposób się jednak zgodzić.

W obowiązującym stanie prawnym pogląd ten nie znajduje bowiem uzasadnienia.

Wszak w objętych wnioskiem Rzecznika przepisach ustaw medycznych podstawowym warunkiem uznania za prawnie skuteczną zgody pacjenta na czynności medyczne jest, na co zwraca uwagę sama T. Dukiet-Nagórska, to, aby zgoda pochodziła od osoby zdolnej do jej wyrażenia, **której prawo przyznało**

ponadto prawo do samostanowienia [vide - T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia (...), op. cit.*, s. 28].

W prawie medycznym zdolność do samodzielnego decydowania o sobie (do samostanowienia) posiada, co do zasady, każda osoba o pełnej zdolności do czynności prawnych, której stan nie stoi na przeszkodzie przyjęciu informacji ze zrozumieniem i wyrażeniu zgody w sposób świadomy. Wyjątek od tej zasady wprowadził sam ustawodawca (w tym - w przepisach zaskarżonych przez Rzecznika), przyznając prawo do samostanowienia także osobom ubezwłasnowolnionym oraz małoletnim powyżej 16 roku życia.

W ten sposób sam ustawodawca przesądził, że oświadczenie pacjenta małoletniego nie jest oświadczeniem woli *sensu stricto*, lecz przejawem woli pacjenta.

O ile bowiem przy przyjęciu, że zgoda pacjenta na czynności medyczne stanowi oświadczenie woli *sensu stricto*, nie bez znaczenia dla ważności takiego oświadczenia pozostaje brak pełnej zdolności do czynności prawnych, o tyle **bez znaczenia dla ważności takiego oświadczenia** jest brak pełnej zdolności do czynności prawnych, gdy tego rodzaju zgodę uznać nie za oświadczenie woli, lecz za przejaw woli pacjenta.

Z tych powodów, wyprzedzając rozważania i konkluzje zawarte w dalszej części niniejszego stanowiska, już w tym miejscu można stwierdzić, że „[m]ałoletni pacjent powinien być (...) zapytany o zgodę na podejmowane w stosunku do niego czynności medyczne i wypowiedzieć się w tej sprawie obok swojego przedstawiciela ustawowego" [A. Liszewska, *Zgoda (...), op. cit.*, s. 42].

Warto dodać, że A. Liszewska, powołując się na poglądy M. Sośniaka (M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 125-126), stwierdza, iż „w prawie polskim obowiązuje granica ukończenia 13 roku życia, od której sam pacjent jest uprawniony do wzięcia udziału w podejmowaniu decyzji związanych z jego leczeniem. Prawo nasze zakłada, że od tego momentu

małoletni ma odpowiednie rozeznanie, które uzasadnia np. jego zdolność deliktową" (tamże).

W tym kontekście A. Liszewska przytacza też pogląd A. Zolla (A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 26), że „o mocy obowiązującej zgody pacjenta nie decydują względy czysto formalne (ukończony 18 rok życia), lecz to <czy dana osoba jest w stanie w pełni świadomie podjąć decyzję>" (tamże).

Reasumując tę część rozważań należy stwierdzić, że zgoda (sprzeciw) na czynności medyczne nie jest oświadczeniem woli, lecz przejawem woli pacjenta (w tym pacjenta małoletniego).

Dodatkowego argumentu uzasadniającego tezę, że oświadczenie pacjenta jest przejawem jego woli, a nie oświadczeniem woli *sensu stricto*, dostarczają przepisy Konwencji o Prawach Dziecka, w szczególności treść - zawartego w art. 12 ust. 1 tej Konwencji - prawa dziecka do wyrażania własnych poglądów.

Przepis ten brzmi:

„Państwa-Strony zapewniają dziecku, które jest zdolne do kształtowania swych własnych poglądów, prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach dotyczących dziecka, przyjmując je z należytą wagą, stosownie do wieku oraz dojrzałości dziecka.".

Istotna wskazówka dla interpretacji tego przepisu została zawarta w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 1998 r., sygn. I CKN 1122/98 (LEX nr 35758), w którym SN stwierdził, że „[w] sprawie opiekuńczej dotyczącej małoletniego **sąd ma obowiązek zapoznać się z jego stanowiskiem, jeżeli stopień dojrzałości małoletniego na to pozwala i jest to celowe. W każdym takim przypadku sąd rozważa możliwość uwzględnienia rozsądnego życzenia małoletniego, jeżeli jest to zgodne z jego dobrem**

(podkr. wł.). Obowiązek ten nie jest wypowiedziany wprost w kodeksie postępowania cywilnego (art. 573, 574 i 576), lecz wynika przede wszystkim z art. 12 Konwencji o prawach dziecka (...).

Ponadto przyjęcie takiego obowiązku odpowiada zasadzie trzeciej Rekomendacji nr R/84/4 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 28 lutego 1984 r. w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej, zawierającej postulat, skierowany do organu podejmującego decyzje w sprawie obowiązków rodzicielskich, zapoznania się ze stanowiskiem dziecka [<Właściwy organ zobowiązany do podjęcia decyzji w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej lub jej wykonywania, dotyczącej podstawowych interesów dziecka, powinien zapoznać się z jego stanowiskiem, o ile stopień dojrzałości dziecka na to pozwala> (M. Safjan /red./, Standardy prawne Rady Europy, teksty i komentarze, t. I, Prawo rodzinne, Warszawa 1994, s. 202)].".

Każda sprawa opiekuńcza, w której sąd rozstrzyga o sytuacji małoletniego, jest jednocześnie sprawą dotyczącą tego małoletniego, w rozumieniu art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka.

Sprawą „dotyczącą małoletniego" jest również podejmowanie albo niepodejmowanie wobec małoletniego czynności medycznych. Wszak przy spełnieniu określonych warunków, o czym w dalszej części niniejszego stanowiska, zgodę na czynności medyczne będzie wydawał sąd opiekuńczy.

Skoro zatem w orzecznictwie sądowym przyjęto, że wymogi, określone w art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, spełnia tylko takie postępowanie w sprawie małoletniego, w którym sąd „ma obowiązek zapoznać się z jego stanowiskiem, jeżeli stopień dojrzałości małoletniego na to pozwala i jest to celowe", jak również obowiązek rozważyć „możliwość uwzględnienia rozsądnego życzenia małoletniego, jeżeli jest to zgodne z jego dobrem", to każde ograniczenie prawa małoletnich do wyrażania własnych poglądów z innych powodów niż stan dojrzałości i celowość zapoznania się ze stanowiskiem

małoletniego, jak również pominięcie zdania małoletniego, wówczas, gdy jest ono rozsądne i zgodne z jego dobrem, narusza ten standard.

Powyższe wskazuje, że uznanie zgody pacjenta małoletniego na czynności medyczne jedynie za przejaw jego woli pozostaje w zgodzie z art. 12 Konwencji o Prawach Dziecka, bo tylko wówczas zdolność do wyrażenia zgody może być traktowana jako kategoria niezależna od zdolności do czynności prawnych.

Wskazaniem kierunku, w jakim zmierza prawo europejskie przy konstruowaniu instytucji zgody pacjenta na czynności medyczne, jest Konwencja Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny podpisana w Oviedo w dniu 4 kwietnia 1997 r. (zwana Europejską Konwencją Bioetyczną). Polska podpisała Europejską Konwencję Bioetyczną w 1999 r., jednak, do tej pory, jej nie ratyfikowała.

Ocenę istotnych dla rozważanego wniosku Rzecznika rozwiązań Europejskiej Konwencji Bioetycznej przedstawiła M. Świderska. Przedmiotem rozważań tej autorki był, między innymi, przepis art. 6 ust. 2 powołanej Konwencji, w brzmieniu: „W stosunku do małoletniego, niemającego, zgodnie z obowiązującym prawem, zdolności do wyrażenia 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 na mocy przepisów prawa. Stanowisko małoletniego jest uwzględnione jako czynnik, który znacznie wzrasta w zależności od wieku i stopnia dojrzałości" (tekst nieoficjalnego tłumaczenia Europejskiej Konwencji Bioetycznej, umieszczony na stronie: http://coe.org.pl).

W ocenie M Świderskiej, „[z]namienne jest, że przepis ten (art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Bioetycznej – przyp. wł.) *in fine* nakazuje brać pod uwagę opinię małoletniego, co nabiera znaczenia w miarę wieku i stopnia dorosłości. Nie wprowadza się tu dolnej, formalnej cezury wieku. To samo

rozwiązanie zastosowano w art. 6 ust. 3 Konwencji co do osoby dorosłej niezdolnej do wyrażenia zgody. Przy czym przepis ten nie wspomina o opinii, ale zobowiązuje do tego, by zainteresowana jednostka brała udział w postępowaniu dotyczącym tego rodzaju upoważnienia. Normy nakazujące współuczestniczenie określonych wyżej kategorii osób są wyrazem coraz silniejszej tendencji do jak najpełniejszej ochrony autonomii woli pacjenta, który zachował stan rozeznania. **Znaczenie opinii małoletniego ma charakter dynamiczny i staje się czynnikiem narastająco determinującym ostateczną decyzję co do podjęcia interwencji** (podkr. wł.)" [M. Świderska, *Zgoda na zabieg medyczny w świetle Konwencji Bioetycznej, prawa i etyki* [w:] DIAMETROS - Internetowe Czasopismo Filozoficzne, *op. cit.*, s. 7; podobnie - K. Baron, *Zgoda pacjenta, op. cit.*, s. 54].

Warto w tym miejscu prześledzić warunki, w jakich małoletni wyraża zgodę na czynności medyczne.

W objętym wnioskiem Rzecznika prawie medycznym jest zasadą, że małoletni poniżej 16 roku życia nie ma zdolności do wyrażania zgody na czynności medyczne (zgodę „za niego", nazywaną w piśmiennictwie zgodą „zastępczą", wyraża przedstawiciel ustawowy, czyli rodzice dysponujący władzą rodzicielską albo opiekun faktyczny), natomiast małoletni powyżej 16 roku życia ma ograniczoną zdolność do wyrażenia zgody – może ją wyrazić, jednak nie samodzielnie, tylko obok przedstawiciela ustawowego (zgoda kumulatywna), oraz tylko wtedy, gdy posiada **faktyczną** możliwość wyrażenia woli w sposób swobodny i świadomy (np. jest przytomny, nie pozostaje pod wpływem alkoholu, nie doznaje intensywnego bólu).

Powyższe wynika z przyjęcia, że kompetencję do wyrażenia samodzielnej zgody na czynności medyczne posiada jedynie pacjent o pełnej zdolności do czynności prawnych, będący nadto w stanie pozwalającym na jej świadome wyrażenie (art. 22 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 3 i 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego; art. 32 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 2-6 oraz

art. 34 ust. 1 w związku z art. 34 ust. 2-5 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty; art. 17 ust. 1 w związku z art. 17 ust. 2 i 3 ustawy o prawach pacjenta i RPP).

Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, że wprawdzie w zaskarżonych przez Rzecznika przepisach ustaw medycznych nie został wymieniony dodatkowy warunek posiadania kompetencji do wyrażenia zgody na czynności medyczne przez małoletniego powyżej 16 roku życia - w postaci **faktycznej** możliwości wyrażenia woli w sposób swobodny i świadomy (ustawy posługują się jedynie kryterium wieku) - niemniej w piśmiennictwie podnosi się, iż „wydaje się oczywiste, że kompetencja do wyrażenia zgody tych osób może być brana pod uwagę jedynie w przypadku osób spełniających wymóg faktycznej zdolności świadomego wyrażenia zgody. Prowadzi to do wniosku, że jedynie wtedy, gdy wymóg ten jest spełniony, niezbędne staje się uzyskanie zgody osoby małoletniej. Jeżeli małoletni, który ukończył 16 rok życia, nie jest w stanie świadomie wyrazić zgody, wymagana jest jedynie zgoda jego przedstawiciela ustawowego" (A. Augustynowicz i A. Budziszewska – Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw pacjenta. Komentarz, op. cit.*, s. 137; podobnie - M. Safjan, *Autonomia jednostki wobec interwencji medycznej* [w:] *Prawo i Medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny, op. cit.*, s. 55).

Wniosek Rzecznika dotyczy wyłącznie zgody kumulatywnej (zgoda małoletniego oraz zgoda przedstawiciela ustawowego albo opiekuna faktycznego). Rzecznik uważa, iż kompetencja do wyrażenia zgody kumulatywnej na czynności medyczne nie powinna być uzależniona od wieku małoletniego pacjenta, lecz od „stopnia dojrzałości małoletniego oraz jego zdolności do kształtowania własnych poglądów".

Instytucja zgody kumulatywnej, określona w zaskarżonych przepisach ustaw medycznych, obejmuje jednak nie tylko małoletniego powyżej 16 roku życia, ale też osobę ubezwłasnowolnioną zdolną do wyrażenia zgody, przy czym

w stosunku do tej kategorii osób (osoby ubezwłasnowolnione) instytucja zgody została uzależniona od charakteru czynności medycznej.

W ustawie o ochronie zdrowia psychicznego obok małoletniego powyżej 16 roku życia tylko osoba pełnoletnia całkowicie ubezwłasnowolniona i zdolna do wyrażenia zgody, według kryteriów z art. 3 pkt 4 tej ustawy (przepis ten zostanie omówiony w dalszej części niniejszego stanowiska), posiada kompetencję do wyrażenia zgody kumulatywnej na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego (art. 22 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy o ochronie zdrowia psychicznego; *vide* też - J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2009, s. 129). Warto dodać, że w przypadku sprzecznych oświadczeń - tej osoby (oraz osoby małoletniej powyżej 16 roku życia) i jej przedstawiciela ustawowego - zgodę na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego wyraża sąd opiekuńczy (art. 22 ust. 4 zdanie drugie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego).

Według J. Dudy, osobą niezdolną do wyrażenia zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego „może być: osoba pełnoletnia ubezwłasnowolniona całkowicie, która nie jest w stanie wyrazić zgody według kryteriów z art. 3 pkt 4; osoba małoletnia poniżej 16 roku życia; osoba małoletnia powyżej 16 roku życia, która nie jest w stanie wyrazić zgody według kryteriów z art. 3 pkt 4. Pacjent nie jest zdolny do wyrażenia swego stosunku do hospitalizacji z powodu np. negatywizmu, autyzmu, mutyzmu, osłupienia, zaburzeń świadomości" [J. Duda, *Komentarz (...), op. cit.*, s. 130].

W ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty obok małoletniego powyżej 16 roku życia osoba całkowicie ubezwłasnowolniona posiada kompetencję do wyrażenia zgody kumulatywnej, jednak pod warunkiem, że osoba ta jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię i opinia może dotyczyć wyłącznie jednej czynności medycznej - **badania** (art. 32 ust. 4).

Od zgody kumulatywnej należy odróżnić sprzeciw wobec czynności medycznych.

Instytucja sprzeciwu obok zgody (w tym - zgody kumulatywnej) jest, o czym wcześniej była mowa, określoną w ustawach medycznych, formą oświadczenia pacjenta.

Objętą wnioskiem Rzecznika kompetencję do wyrażenia sprzeciwu co do czynności medycznych, obok małoletniego, który ukończył 16 lat, posiada również osoba ubezwłasnowolniona oraz pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, dysponujący dostatecznym rozeznaniem (art. 32 ust. 6 i art. 34 ust. 1 i 4 w związku z art. 24 ust. 5 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz art. 17 ust. 3 w związku z art. 19 ustawy o prawach pacjenta i RPP).

W powołanych wyżej przepisach konsekwencje zgłoszenia sprzeciwu (albo niewyrażenia zgody przez przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego) są identyczne - wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego.

Jednym z koniecznych warunków legalności czynności medycznej jest skuteczność oświadczenia pacjenta, a skuteczne jest oświadczenie pacjenta **poinformowanego**.

Zakres obowiązku poinformowania pacjenta (poza czynnością medyczną polegającą na przyjęciu do szpitala psychiatrycznego) wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz art. 9 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i RPP. Zgodnie z tymi przepisami, pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego przedstawiciel ustawowy mają prawo do uzyskania **przystępnej informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu.**

Zakres obowiązku poinformowania osoby przyjmowanej do zakładu psychiatrycznego wynika z definicji zgody, określonej w art. 3 pkt 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Według tego przepisu, określona w ustawie o

ochronie zdrowia psychicznego zgoda oznacza „swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która - niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego - jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia **przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania** (podkr. wł.)".

W piśmiennictwie podnosi się, że poinformowanie w zakresie wskazanym w powołanych przepisach jest obowiązkiem lekarza, zaś uzyskanie informacji jest jednym z podstawowych praw pacjenta (*vide* np. - A. Augustynowicz i A. Budziszewska – Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw pacjenta. Komentarz,* op. cit., s. 137; podobnie - M. Safjan, *Autonomia jednostki wobec interwencji medycznej* [w:] *Prawo i Medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny, op. cit.*, s. 133).

Zdaniem A. Górskiego, „[p]oinformowanie pacjenta o rzeczywistym stanie zdrowia jest jego prawem podmiotowym. Treści tego prawa odpowiada obowiązek udzielenia pełnej informacji, chyba że pacjent sobie tego nie życzy", zaś „[n]aruszenie tego obowiązku może powodować odpowiedzialność zawodową, cywilną i w niektórych przypadkach także karną" (A. Górski, *O obowiązku lekarza poinformowania pacjenta i zgodzie pacjenta na zabieg* [w:] Studia Iuridica XXXIX/2001, www.wuw.pl/księgarnia/treści/studiaiuridica, s. 96).

A. Liszewska podkreśla rolę, jaką dla zgody pacjenta na czynności medyczne odgrywa <obowiązek objaśnienia> i wskazuje, że „[p]rzedmiotem zgody jest przecież materia, w większości wypadków, zupełnie pacjentowi nieznana. Aby mógł on zatem świadomie podejmować decyzje, musi zostać wcześniej objaśniony przez lekarza co do istoty i skutków planowanego zabiegu" (A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy, op. cit.*, s. 45).

A. Liszewska, powołując się na literaturę niemiecką, rozróżnia <objaśnienie terapeutyczne> i <objaśnienie w celu samostanowienia o sobie>. Pierwsze – „ograniczone jest do aspektu czysto terapeutycznego (wyjaśnienie pacjentowi, jak powinien zażywać leki, w jaki sposób postępować po operacji, jaką stosować dietę, itp.), a jego brak traktuje się na równi z naruszeniem lekarskiej *lex artis*", natomiast „objaśnienie w celu samostanowienia" ma, jak wskazuje autorka, „umożliwić świadome podjęcie decyzji co do zakresu i sposobu leczenia, a jego brak jest traktowany jako naruszenie obowiązujących lekarza reguł postępowania, mających na celu zagwarantowanie jednostce ochronę prawa do samostanowienia. O istnieniu zgody na wykonanie określonych czynności lekarskich możemy mówić tylko wówczas, gdy pacjent został wcześniej należycie poinformowany o wszystkich istotnych aspektach związanych z planowanym zabiegiem. W przeciwnym razie brakuje elementu świadomości, bez którego nie można mówić o właściwym wyrażeniu woli przez pacjenta, a tym samym o legalności zabiegu leczniczego" (tamże; podobnie *vide* – A. Dudzińska, *Wymagana informacja udzielana pacjentowi,* Państwo i Prawo, z. 8 z 2008 r., s. 90; A. Dudzińska, *Zgoda na działanie medyczne*, Państwo i Prawo, z. 11 z 2009 r., s. 70-71 oraz P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielenia pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, Prawo i Medycyna, Nr 3/2006, s. 73).

Według P. Daniluka, „[z]aniechanie obowiązku udzielenia informacji powodowałoby nierówność stron w świadczeniu usług medycznych i **sprowadzałoby pacjenta do roli przedmiotu decyzji profesjonalisty** (podkr. wł.). Wykraczałoby to przeciwko postulatowi poszanowania osobowości ludzkiej, zgodnie z którym każda decyzja podjęta w zakresie dóbr osobistych człowieka, powinna opierać się o dokładne rozeznanie w jej przedmiocie" [P. Daniluk, *Obowiązek lekarza (...), op. cit.*, s. 73].

Jedną, lecz chyba najdalej idącą, z konsekwencji <braku elementu świadomości> pacjenta, wyrażającego zgodę na czynności medyczne, jest

odpowiedzialność lekarza z art. 192 k.k. W znaczeniu tego przepisu, zgodą nie jest bowiem wyrażenie zgody pacjenta opartej na niedokładnej informacji co do charakteru zabiegu i jego ryzyka (vide – komentarz A. Zolla do art. 192 k.k. [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel i A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Tom II, Wydawnictwo a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 527).

Podobne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie sądowym (*vide* np. - wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 2 października 2003 r., sygn. I ACa 369/03, LEX nr 155067 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2007 r., sygn. IV CSK 240/07, LEX nr 369693).

W ustawie o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz w ustawie o prawach pacjenta i RPP wprowadzono uregulowania przewidujące prawo pacjenta do informacji o swoim stanie zdrowia.

W powołanych ustawach obowiązek informacyjny, o czym wcześniej była mowa, określono podobnie (*vide* - art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz art. 9 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i RPP). Odnośnie natomiast pacjenta małoletniego, który nie ukończył 16 roku życia, nałożono na lekarza obowiązek udzielenia informacji w bardzo ograniczonym zakresie. Przewidziano bowiem, że pozostający w tym wieku małoletni pacjent ma prawo do uzyskania od lekarza (a lekarz ma obowiązek udzielenia) informacji, o których mowa w ust. 2, **jedynie w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego** (art. 31 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz art. 9 ust. 7 ustawy o prawach pacjenta i RPP), przy czym, zgodnie z art. 31 ust. 7 *in fine* ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, lekarz ma obowiązek, dodatkowo, wysłuchania zdania małoletniego.

W ustawie o ochronie zdrowia psychicznego obowiązek informacyjny, o czym też wcześniej była mowa, wynika z samej definicji zgody, zawartej w art.

3 pkt 4 tej ustawy, przy czym nie obejmuje on, choćby w ograniczonym zakresie (tak jak ma to miejsce w przypadku dwóch pozostałych analizowanych ustaw), osób małoletnich, które nie ukończyły 16 roku życia. Z definicji „zgody" oraz z art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, w którym prawo do wyrażenia zgody kumulatywnej na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego przyznano tylko osobom małoletnim powyżej 16 roku życia, wynika bowiem, że osoby małoletnie poniżej 16 roku życia zostały przez ustawodawcę uznane za nieposiadające rzeczywistej zdolności „do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego...".

Reasumując tę część rozważań należy stwierdzić, że zakres informacji, udzielanych małoletniemu pacjentowi o jego stanie zdrowia (celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego), jest pochodną uznania przez ustawodawcę, że tylko małoletni, który ukończył 16 rok życia, jest zdolny do wyrażenia (obok przedstawiciela ustawowego albo opiekuna faktycznego) **świadomej** zgody na czynności medyczne.

Tego rodzaju uznanie jest, jak słusznie podniósł Rzecznik, arbitralne.

Przed skonfrontowaniem przedmiotu zaskarżenia z powołanymi we wniosku Rzecznika wzorcami konstytucyjnej kontroli należy podnieść, co wcześniej już zasygnalizowano (*vide* - omówienie poglądów A. Liszewskiej oraz zacytowana przez tę autorkę wypowiedź A. Zolla, s. 16 - 17 niniejszego stanowiska), że w piśmiennictwie formułowane są krytyczne oceny rozwiązania, w którym prawo do wyrażenia zgody (sprzeciwu) przez pacjenta małoletniego na podejmowane wobec niego czynności medyczne uzależnia się od formalnego kryterium ukończenia przez niego 16 roku życia.

Wydaje się, że źródłem tych wątpliwości jest ugruntowany pogląd, o czym wcześniej też była mowa, iż „prawo do samostanowienia o ingerencji medycznej oferowanej przez lekarza wywodzi się z godności człowieka i jest

niezależne od zdolności do czynności prawnych" [M. Safjan, *Autonomia (...), op. cit.*, s. 35; *vide* też - komentarz A. Zolla do art. 192 k.k. [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel i A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, op. cit.*, s. 524].

A. Zoll dodaje, że „[j]urydyczną podstawę do sformułowania prawa do samostanowienia pacjenta stwarzają art. 41 ust. 1 i 47 Konstytucji RP" (komentarz A. Zolla do art. 192 k.k., *op. cit.*, s. 525).

Odnosząc się do czysto formalnego kryterium wieku (16 lat), zastosowanego przez ustawodawcę do ustalenia kręgu małoletnich, których zgoda będzie stanowiła przesłankę podejmowanego działania medycznego, M. Safjan stwierdził, iż „[g]ranica ta jest ustalona zbyt wysoko, zważywszy choćby na fakt, że ograniczoną zdolność do czynności prawnych nabywa małoletni już z chwilą ukończenia 13 roku życia (art. 13 k.c.) i z tą też chwilą może mu być także postawiony zarzut winy w płaszczyźnie odpowiedzialności *ex delicto* (art. 426) [art. 426 k.c. – przyp. wł.]. Ważniejsze wydaje się tu jednak stwierdzenie, że formalna granica wieku powinna być traktowana jedynie subsydiarnie (jako tworząca domniemanie na rzecz zdolności do wyrażenia zgody, podczas gdy kryterium podstawowym powinna pozostawać faktyczna zdolność świadomego wyrażenia opinii o zamierzonej interwencji medycznej. (...)

Może się wydawać uzasadniona obawa, że ustawowe usztywnienie granicy wieku będzie w konsekwencji sprzyjać czysto formalnemu podejściu do tej kwestii w praktyce medycznej. Braku wymagania zgody osoby małoletniej mającej rozeznanie nie rekompensuje postanowienie artykułu 31 ust. 7 (ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – przyp. wł.), który nakazuje lekarzowi wysłuchanie zdania tej osoby. **Taka formuła w żadnym stopniu bowiem nie zobowiązuje lekarza do liczenia się ze zdaniem małoletniego pacjenta, a wyrażona przez niego opinia nie jest w sensie prawnym równoznaczna ze**

zgodą (lub sprzeciwem) na interwencję (podkr. wł.)" [M. Safjan, *Autonomia jednostki (...), op. cit.*, s. 56-57].

W dalszej kolejności M. Safjan wskazuje przepisy zapewniające, w Jego ocenie, właściwy respekt dla autonomii osób małoletnich przy podejmowaniu niektórych interwencji medycznych (pobranie szpiku kostnego od małoletniego powyżej 13 roku życia - także za jego zgodą [art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz. U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.] oraz zgoda na eksperyment medyczny małoletniego, który nie ukończył 16 roku życia, ale „jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie" [art. 25 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty]) i konkluduje, że „tego typu regulacja odwołująca się do kryterium faktycznej zdolności do wyrażania zgody mogłaby (...) mieć walor ogólniejszy i obejmować wszelkie czynności medyczne. **Nie istnieje bowiem niebezpieczeństwo <nadmiernej autonomii> małoletniego, zważywszy na fakt, że obok zgody tej osoby koniecznym elementem jest stanowisko przedstawiciela ustawowego, a ewentualny konflikt między stanowiskiem małoletniego i przedstawiciela będzie rozstrzygany przez sąd opiekuńczy...** (podkr. wł.)" [tamże, s. 57; podobnie - s. 138; *vide* też - A. Augustynowicz i A. Budziszewska – Makulska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw pacjenta. Komentarz, op. cit.*, s. 137].

W ocenie T. Dukiet-Nagórskiej, odnośnie innych czynności medycznych, niż określone w art. 32 i art. 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (wypowiadał się o nich M. Safjan), nie istnieją racjonalne powody „daleko posuniętej niekonsekwencji ustawodawcy" w kwestii uprawnień małoletniego do wyrażenia zgody (*vide* - T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne, op. cit.*, s. 78; na niekonsekwencję ustawodawcy w kwestii uprawnień małoletniego do wyrażenia zgody na

interwencje medyczne wskazuje również A. Dudzińska i tę wypowiedź cytuje RPO w uzasadnieniu wniosku, s. 8).

Takie rozwiązanie, zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej, koliduje bowiem z prawem karnym oraz Konwencją o Prawach Dziecka (argumentacja T. Dukiet-Nagórskiej, odnosząca się do prawa karnego, została powołana w uzasadnieniu wniosku RPO, s. 9, zaś argument, wynikający z uregulowań Konwencji o Prawach Dziecka, został omówiony we wcześniejszym fragmencie niniejszego stanowiska).

W konkluzji T. Dukiet-Nagórska stwierdza, iż „[o]czywistym jest, że nie jest ani możliwe, ani celowe wprowadzanie jednolitych granic wiekowych w regulacjach odnoszących się do zasadniczo różniących się sytuacji, niemniej jednak ustawodawca powinien te - nawet odległe pod względem tematyki - unormowania podporządkować kategoriom aksjologicznym określającym stopniowy wzrost samodzielności małoletnich, odpowiadający procesowi ich dorastania" [T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta (...), op. cit.*, s. 79].

Tak sztywno i jednocześnie na tak wysokim poziomie określona granica wieku (16 lat), wyznaczająca zakres obowiązku uwzględnienia woli pacjenta, budzi wątpliwości również A. Liszewskiej, która uważa, iż „wystarczające byłoby wskazanie kryterium faktycznej zdolności zrozumienia przez małoletniego przekazywanych mu informacji oraz świadomego podejmowania decyzji odnośnie do proponowanych czynności leczniczych ..." oraz sądzi, że „nawet na gruncie ustawy z 1950 r. (ustawy z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza, Dz. U. Nr 50, poz. 458 ze zm. – przyp. wł.) nie budziło wątpliwości, iż wola małoletniego pacjenta powinna być przez lekarza brana pod uwagę. W wypadku istotnych rozbieżności między tym, co chce pacjent a tym, czego życzy sobie jego przedstawiciel ustawowy pozostaje – o ile jest na to czas ze względu na stan zdrowia chorego - zwrócić się o rozstrzygnięcie konfliktu do sądu opiekuńczego. Jeśli natomiast istnieje konieczność natychmiastowego podjęcia decyzji, to lekarz powinien postąpić zgodnie z wolą

tej strony konfliktu, która z punktu widzenia medycznego jest korzystniejsza dla pacjenta" (A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy, op. cit.*, s. 42).

Jak dodaje A. Liszewska, „[w]yrażenie zgody na leczenie **zupełnie małych dzieci** (podkr. wł.) oraz osób dotkniętych niedorozwojem umysłowym czy chorobą psychiczną, uniemożliwiającymi jakiekolwiek rozsądne podejmowanie decyzji, należy wyłącznie do przedstawiciela ustawowego lub opiekuna" (tamże, s. 42 - 43).

Jako podstawowe wzorce konstytucyjnej kontroli Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał art. 41 ust. 1 i art. 47 Konstytucji oraz - pozostające z tymi przepisami w jednoczesnym związku - art. 48 ust. 1 zdanie drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji.

W przedstawionych warunkach pierwszorzędne znaczenie dla oceny konstytucyjności zaskarżonych przepisów będzie miała ich konfrontacja z art. 41 ust. 1 i art. 47 Konstytucji, wskazanymi jako wzorce podstawowe.

Należy też zauważyć, iż wniosek Rzecznika w istocie dotyczy prawa pacjenta do samostanowienia o sobie, zaś jurydyczną podstawę do sformułowania tego prawa, o czym wcześniej była mowa, tworzą właśnie art. 41 ust. 1 i art. 47 Konstytucji.

Przepis art. 41 ust. 1 Konstytucji zawiera gwarancję wolności i nietykalności osobistej.

W doktrynie przyjmuje się, że „[w]olnością osobistą jest możliwość swobodnego określania przez jednostkę swego zachowania i postępowania, tak w życiu publicznym, jak i prywatnym, nieograniczoną przez jakiekolwiek inne czynniki ludzkie", oraz, że „każda z dalszych <wolności> konstytucyjnych jest w swej istocie takim czy innym przejawem wykorzystywania wolności osobistej (por. np. art. 47 ust. 1, art. 65 czy art. 73)", natomiast pozostającą z nią w ścisłym związku <nietykalność osobistą> w doktrynie określa się „jako

zagwarantowaną możliwość utrzymywania przez jednostkę swej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej oraz zakaz jakiejkolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność" (komentarz P. Sarneckiego do art. 41 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Wydawnictwo Sejmowe, Tom III, Warszawa 2003, s. 1 i 2).

P. Sarnecki wskazuje, że "[n]ietykalność osobista posiada też szczególnie silny związek z przyrodzoną godnością ludzką i jako pewien aspekt egzystencji człowieka posiada wymiar absolutny i ustawy nie mogą jej ograniczać" (tamże, s. 2).

Przepis art. 41 ust. 1 Konstytucji stanowił przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego.

W wyroku z dnia 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07, Trybunał Konstytucyjny zacytował i zaakceptował wskazane wyżej wypowiedzi P. Sarneckiego i uzupełniająco wskazał, że *„[i]stota nietykalności osobistej wiąże się nie tylko, co Trybunał pragnie podkreślić, z nietykalnością cielesną, ale polega na nienaruszalności integralności cielesnej i duchowej człowieka, którego tożsamość określa nie tylko ciało, ale również wnętrze psychiczne. Szczególna wartość, jaką jest nietykalność osobista człowieka, jako osoby ludzkiej wiąże się dlatego w sposób szczególnie silny z godnością człowieka, o której mowa w art. 30 Konstytucji, że jest <przyrodzona>, <niezbywalna> oraz że <stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela>.*

Trybunał zwraca uwagę, że również art. 39 i art. 40 Konstytucji odnoszą się (w świetle systemowej wykładni Konstytucji) do nietykalności osobistej, określając zakazy naruszania nietykalności osobistej. Zgodnie z art. 39 Konstytucji <Nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody>, a art. 40 Konstytucji stanowi: <Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych>.

Trafnie wskazuje się w doktrynie, że nietykalność osobista, a więc nienaruszalność integralności cielesnej i duchowej człowieka, może doznać uszczerbku przez bicie, zranienie, torturowanie fizyczne lub dręczenie psychiczne (P. Winczorek, Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Warszawa 2000, s. 60).

Ukazując, wynikający z art. 41 ust. 1 Konstytucji, związek między wolnością osobistą a nietykalnością osobistą, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 18 lutego 2004 r. stwierdził, że <aspekt pozytywny «wolności jednostki» polega na tym, że jednostka może swobodnie kształtować swoje zachowania w danej sferze, wybierając takie formy aktywności, które jej samej najbardziej odpowiadają, lub powstrzymywać się od podejmowania jakiejkolwiek działalności. Aspekt negatywny «wolności jednostki» polega na prawnym obowiązku powstrzymania się - kogokolwiek - od ingerencji w sferę zastrzeżoną dla jednostki. Obowiązek taki ciąży na państwie i na innych podmiotach>. W takim rozumieniu wolności - <nietykalność osobista> stanowi jej aspekt negatywny, gwarantujący <wolność od> wkraczania w sferę integralności wewnętrznej i zewnętrznej każdego człowieka, natomiast pojęcie <wolności osobistej> pokrywa się z jej aspektem pozytywnym, chroniącym najszerzej ujmowaną możliwość realizacji woli i zachowań człowieka (sygn. P 21/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 9).

Trybunał zwraca uwagę, że ścisły związek między wolnością osobistą i nietykalnością osobistą, wynikający z treści normatywnych art. 41 ust. 1 zdania pierwszego Konstytucji, stanowi, na tle demokratycznych standardów ochrony wolności człowieka, szczególną regulację podstawowych praw i wolności; szczególną ze względu na kształt tej regulacji oraz ze względu na znaczenie ochrony wolności osobistej dla ochrony wszystkich praw i wolności podstawowych. W świetle wykładni art. 41 ust. 1 Konstytucji nietykalność osobista stanowi konieczny, szczególnie ważny warunek realizacji wolności

osobistej człowieka w państwie demokratycznym; poszanowanie nietykalności osobistej jest zarazem gwarancją realizacji wolności osobistej.

Trybunał podkreśla, że ścisły związek między poszanowaniem wolności osobistej i respektowaniem nietykalności osobistej na gruncie Konstytucji oznacza, że ograniczenie wolności osobistej podlega szczególnej ochronie konstytucyjnej. Ograniczenie wolności osobistej wymaga bowiem nie tylko spełnienia wymogów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, dotyczących ograniczenia każdego prawa lub wolności konstytucyjnej, ale wymaga ponadto respektowania nietykalności osobistej. Wolność osobista może podlegać ograniczeniom wyłącznie w ustawie, a przesłanki ustawowego ograniczania tej wolności, określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji odnoszą się również do ograniczenia wolności osobistej. Przepis art. 41 ust. 1 Konstytucji <dodaje> jednak do ustawowych przesłanek dopuszczających ograniczenie wolności osobistej, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jeszcze jeden wymóg: pełne poszanowanie nietykalności osobistej" (OTK ZU seria A nr 3/2010, poz. 20, s. 349 - 350; *vide* też - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 października 2009 r., sygn. SK 46/07, OTK ZU seria A nr 9/2009, poz. 132).

Odnośnie natomiast art. 47 Konstytucji, w doktrynie przyjmuje się, że zostały w nim uregulowane „dwie odrębne sytuacje: po pierwsze, prawo jednostki do prawnej ochrony wskazanych w pierwszej części przepisu sfer jej życia, po drugie, przyznanie jej prawa do decydowania w sprawach określonych w drugiej jego części" (komentarz P. Sarneckiego do art. 47 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 1).

Jak kontynuuje P. Sarnecki, „[p]ierwszemu prawu jednostki odpowiada oczywiście obowiązek władzy państwowej uregulowania w drodze przepisów prawnych tych zagadnień. Natomiast drugie prawo posiada w istocie charakter <wolności>, polega bowiem na wykluczeniu wszelkiej postronnej ingerencji w

sferę życia osobistego jednostki. Wolność ta jest również jeszcze jednym z przejawów ogólnej wolności człowieka (art. 31 ust. 1) oraz wolności osobistej *sensu stricto*, zagwarantowanej przez art. 41 ust. 1 (...). Ujęte w komentowanym artykule normy konstytucyjne powszechnie określa się jako prawo do prywatności; trafniej, jak się wydaje, należałoby je określać jako wolność od ingerencji w sfery prywatne (osobiste)" [tamże].

Jednocześnie P. Sarnecki za <życie osobiste> - w ujęciu, jak określa ten autor, <bardzo abstrakcyjnym> - uznaje sytuację „decydowania o całokształcie swego życia prywatnego (niepublicznego) przez osoby niepozostające w związku małżeńskim, nieposiadające w ogóle żadnych krewnych i powinowatych. A więc np. kwestie zawierania i utrzymywania znajomości oraz ich charakteru, decyzje o sposobie spędzania czasu wolnego, o przedmiocie rozwijanych osobistych zainteresowań, o miejscu i sposobie zamieszkiwania oraz stylu ubioru, **o intensywności i kształcie poddawania się opiece lekarskiej** (podkr. wł.) itd. Komentowany przepis zapewnia w tej sferze każdej jednostce nieskrępowane niczym prawo <decydowania> i nie wymaga w tym zakresie istnienia żadnych dalszych regulacji" (tamże, s. 3).

Art. 47 Konstytucji, z punktu widzenia konstytucyjnie gwarantowanego w tym przepisie prawa jednostki do decydowania o swoim życiu osobistym, był przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego, między innymi, w sprawie o sygn. SK 48/05.

W uzasadnieniu, wydanego w tej sprawie w dniu 9 lipca 2009 r., wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„[a]rt. 47 Konstytucji określa prawo każdego do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Oznacza to, że państwo z jednej strony zobowiązuje się do nieingerowania w konstytucyjnie określony zakres życia jednostki, a z drugiej strony zapewnia jej w tym zakresie stosowną ochronę (...).*

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, w sferze życia osobistego jednostki mieści się również prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia" (OTK ZU seria A nr 7/2009, poz. 108, s. 1104).

Jednocześnie w powołanym wyroku Trybunał Konstytucyjny, wskazując, że art. 47 Konstytucji *„dotyczy wszystkich wolności i praw, które zostały ujęte w rozdziale II Konstytucji, chyba że szczegółowe unormowanie dotyczące poszczególnej wolności bądź prawa wyłączałoby zastosowanie tego przepisu w całości lub w części"* oraz że *„[b]rak zamieszczenia klauzul ograniczających w art. 47 Konstytucji należy interpretować jako odesłanie do art. 31 ust. 3"*, stwierdził, iż *„[w] odniesieniu do art. 31 ust. 3 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że prawa i wolności człowieka nie mają charakteru absolutnego, mogą bowiem podlegać ograniczeniom. Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli są ustanowione w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Dodatkowym wymaganiem kształtującym dozwolony zakres ograniczeń, zawartym w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jest zakaz naruszania istoty wolności i praw"* oraz, że *„[p]owołany przepis proklamuje zasadę proporcjonalności. Trybunał Konstytucyjny wskazywał w swoim orzecznictwie, że stosownie do tej zasady ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); a ponadto 3) jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu) [...]. Aby ocenić spełnienie powyższych wymagań niezbędna jest bliższa analiza w każdym konkretnym przypadku ograniczania prawa lub wolności"* (op. cit., s. 1104 - 1105).

W kolejnym fragmencie uzasadnienia tego samego wyroku z dnia 9 lipca 2009 r., Trybunał Konstytucyjny, rozpatrując skargę konstytucyjną, której przedmiotem był, zawarty w Prawie o ruchu drogowym, nakaz stosowania pasów bezpieczeństwa w pojazdach, omawiając mającą istotne znaczenie w tej sprawie, jedną z chronionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, wartości - mianowicie „zdrowie" - stwierdził, że *„[u]żyty w omawianym przepisie* (art. 31 ust. 3 Konstytucji – przyp. wł.) *zwrot <dla (...) ochrony (...) zdrowia i moralności publicznej> może być różnie rozumiany. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, problemu znaczenia normy zawartej w tym przepisie nie da się rozwiązać wyłącznie za pomocą wykładni językowej i logicznej. Istotną wskazówkę interpretacyjną mogą stanowić jednakowe lub podobnie brzmiące sformułowania zawarte w umowach międzynarodowych dotyczących praw człowieka. Odwołanie się w tym kontekście do prawa międzynarodowego jest tym bardziej uzasadnione, że treść art. 31 ust. 3 Konstytucji odpowiada w dużym stopniu <klauzulom ograniczającym> zastosowanym w wiążących Rzeczpospolitą Polską umowach międzynarodowych, a mianowicie Konwencji oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych otwartym do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (...).*

W orzecznictwie strasburskim ochronę zdrowia rozumie się zarówno jak ochronę zdrowia publicznego, jaki i ochronę zdrowia samej jednostki (...).

W polskiej literaturze prawa konstytucyjnego zauważa się, że przesłanka <ochrony zdrowia> może być rozumiana w dwóch aspektach. Ograniczenia mające na celu ochronę zdrowia można z jednej strony usprawiedliwić ochroną praw innych osób w kontekście szeroko rozumianego zdrowia publicznego, z drugiej zaś ochroną zdrowia osoby, której to ograniczenie dotyczy (...). Związek omawianej wartości z ochroną jednostki jest bezpośredni i oczywisty, ale - skoro mowa o zdrowiu <publicznym> - należy je postrzegać w szerszym wymiarze, m.in. jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by usuwać zarówno zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (np. zwalczanie

chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opieka medyczna), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia (...).

Trybunał Konstytucyjny uważa, że przewidziana w art. 31 ust. 3 Konstytucji możliwość ograniczenia przez ustawodawcę zakresu korzystania z wolności ze względu na ochronę zdrowia może się odnosić zarówno do ochrony zdrowia całego społeczeństwa czy poszczególnych grup, jak i zdrowia poszczególnych osób" (tamże).

Pomimo iż, w ocenie Wnioskodawcy, art. 72 ust. 3 Konstytucji jest dla art. 41 ust. 1 i art. 48 ust. 1 zdanie drugie ustawy zasadniczej jedynie wzorcem pomocniczym, to, ponieważ normuje on sytuację dziecka, wzgląd na przedmiot kontroli wymaga przybliżenia zawartości normatywnej również i tego przepisu Konstytucji.

W doktrynie przyjmuje się, że art. 72 ust. 3 Konstytucji „uznaje podmiotowość dziecka i wynikające stąd uprawnienia proceduralne dziecka", zaś z art. 72 Konstytucji „[w] sumie (...) wynika ogólne uznanie <dobra dziecka> za samoistną wartość konstytucyjną, uzupełniającą wartość szerszą, jaką jest <dobro rodziny>" (komentarz L. Garlickiego do art. 72 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 2).

Zdaniem L. Garlickiego, „[r]ealizacja <dobra dziecka> polega na zapewnieniu mu wzrastania w pełnej rodzinie w warunkach odpowiadających godności istoty ludzkiej, przy poszanowaniu podmiotowości dziecka i przy zapewnieniu niezbędnej pomocy i opieki ze strony władz publicznych (...). Obowiązkiem ustawodawcy zwykłego jest stworzenie szczegółowych unormowań pozwalających na urzeczywistnianie dobra dziecka, a proces wykładni i stosowania wszelkich przepisów prawa musi uwzględniać obowiązek realizacji tej wartości konstytucyjnej" (tamże, s. 3).

L. Garlicki zwraca uwagę, że „[k]onstytucja nie definiuje **pojęcia dziecka** (...), choć daje pewne wskazówki dla jego określenia. Skoro bowiem art. 65 ust. 3 używa pojęcia <dzieci do lat 16>, to sugeruje, iż status dziecka trwa także po ukończeniu tego wieku. Z kolei art. 62 ust. 1, uznając, że czynne prawo wyborcze uzyskuje się po ukończeniu 18 lat, wskazuje na próg politycznej dorosłości, bo trudno byłoby przyjąć, że prawo wyborcze może przysługiwać <dziecku>. Do podobnego wniosku prowadzi art. 70 ust. 1, ustalając 18 lat jako granicę obowiązku szkolnego. Najważniejsze wskazówki wynikają jednak z KPD (Konwencji o Prawach Dziecka - przyp. wł.), która uznaje za dziecko <każdą istotę ludzką w wieku poniżej 18 lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletniość> (art. 1). Nie ma powodu, by przypuszczać, że twórcy konstytucji z 1997 zamierzali odstąpić od tej definicji, zwłaszcza że ma ona dla Polski charakter wiążący" i podnosi, iż „[u]znanie, że konstytucyjne pojęcie dziecka odnosi się do wszystkich, którzy nie ukończyli 18 lat, zakłada istotne zróżnicowanie wewnętrzne tej klasy podmiotów, bo - w zależności od wieku i stopnia dojrzałości - status <dziecka> musi być kształtowany w odmienny sposób" (tamże).

Wyrażona w Konstytucji pozycja dziecka obejmuje, według L. Garlickiego, status pasywny i aktywny dziecka.

Zdaniem tego autora, „<status pasywny> określa zasady i zakres poddania dziecka władzy innych osób, przede wszystkim rodziców i opiekunów, a także opiece i ochronie ze strony władz publicznych", natomiast „<status aktywny>, zapewnia dziecku możliwość samodzielnego realizowania niektórych wolności i praw konstytucyjnych" (tamże, s. 4).

W uzupełnieniu swoich rozważań, dotyczących <statusu aktywnego> dziecka, L. Garlicki stwierdza, że status ten „wskazuje zakres, w jakim może ono (dziecko - przyp. wł.) korzystać z poszczególnych, konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności. Trzeba podkreślić, że - poza nielicznymi

wyjątkami (np. art. 62 ust. 1) - konstytucja adresuje prawa i wolności do <każdego> bądź <każdego obywatela>, niezależnie od wieku. W zasadzie więc dziecko jest podmiotem wszystkich praw i wolności konstytucyjnych (...), co jest oczywiste zwłaszcza w odniesieniu do praw osobistych. Nie wszystkie natomiast prawa i wolności dziecko może wykonywać samodzielnie, bo podmiotowość prawna nie jest równoznaczna ze zdolnością do działania. Biorąc zaś pod uwagę, że <dzieckiem> pozostaje się, w zasadzie, do ukończenia 18 lat, zakres tej zdolności musi ulegać stałym zmianom. Daje temu wyraz art. 48 ust. 1 zd. 2, wprowadzając kryterium <stopnia dojrzałości dziecka> i akcentując wolność sumienia i wyznania oraz autonomię przekonań, przysługujących dziecku. W znacznie szerszym i bardziej konkretnym stopniu kwestie te zostały unormowane w KPD. Nie ulega więc wątpliwości, że w miarę zbliżania się do granicy lat 18, rośnie grupa praw i wolności, które <dziecko> może wykonywać samodzielnie, bez pośrednictwa swoich rodziców czy opiekunów. Dotyczyć to powinno zwłaszcza sytuacji, gdy dziecko jest traktowane w sposób podobny do dorosłego (stosunki pracy po ukończeniu lat 16; odpowiedzialność karna, gdy nieletni odpowiada jak dorosły itp.)

Art. 72 ust. 3 formułuje w tym zakresie zasadę proceduralną, bo nakłada na wszystkie organy władzy publicznej oraz na wszystkie osoby odpowiedzialne za dziecko **obowiązek wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka w toku ustalania jego praw** (podkr. wł.). Adresatami tego obowiązku są więc zarówno organy władzy publicznej, jak i rodzice (opiekunowie prawni) dziecka, trzeba jednak podkreślić, że dotyczy on tylko <ustalania praw dziecka>, a nie codziennego procesu wychowawczego w rodzinie. Podmiotem uprawnionym jest <dziecko> (i - w moim przekonaniu - **można tu mówić o ustanowieniu prawa podmiotowego po stronie dziecka). Treścią obowiązku/uprawnienia jest - z jednej strony wysłuchanie dziecka, a z drugiej - uwzględnienie jego zdania, ale tylko <w miarę możliwości>** (podkr. wł.). Charakter bezwzględny ma więc tylko obowiązek wysłuchania

(prawo do wysłuchania), co wynika zresztą także z art. 12 KPD (który formułuje nader słusznie zastrzeżenie, iż chodzi o dziecko, które jest <zdolne do kształtowania swoich własnych poglądów>). Określenie formy i procedury wysłuchania należy do ustawodawcy, nie zawsze musi to być bezpośrednie wysłuchanie dziecka na sali sądowej, nie ma też nakazu przyznawania dziecku statusu (pełnoprawnego) uczestnika postępowania" (tamże, s. 6-7).

Na marginesie należy odnotować, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego kwestie podmiotowości dziecka i wynikające z niej uprawnienia proceduralne dziecka (art. 72 ust. 3 Konstytucji), jak dotychczas, nie były podnoszone. W tych warunkach znaczenia nabierają przedstawione wyżej wypowiedzi L. Garlickiego.

Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądy doktryny należy stwierdzić, że przepisy art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, w części zawierającej zwrot „powyżej 16 roku życia"; art. 32 ust. 5, art. 32 ust. 6 i art. 34 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, w części zawierającej zwrot „ukończył 16 lat"; art. 17 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i RPP, w części zawierającej zwrot „w tym małoletni, który ukończył 16 lat" oraz art. 17 ust. 3 tej ustawy, w części zawierającej zwrot „który ukończył 16 lat", są niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 Konstytucji.

Uzasadnienie tego stanowiska należy rozpocząć od formułowania najważniejszych tez wynikających z art. 72 ust. 3 Konstytucji.

Przede wszystkim art. 72 ust. 3 Konstytucji wyraża prawo podmiotowe dziecka, którego treścią jest obowiązek władz publicznych wysłuchania dziecka oraz, w miarę możliwości, uwzględnienia jego zdania.

W rozumieniu Konstytucji (ale też Konwencji o Prawach Dziecka) dzieckiem jest każda osoba do ukończenia 18 roku życia.

Jeżeli Konstytucja adresuje prawa i wolności do każdego, niezależnie od wieku, co „jest oczywiste zwłaszcza w odniesieniu do praw osobistych", oznacza to, że dziecko jest podmiotem wszystkich praw i wolności konstytucyjnych.

W sytuacjach, gdy dziecko jest traktowane w sposób podobny do dorosłego, to mimo, co do zasady, braku zdolności do działania, powinno ono wykonywać swoje prawa i wolności samodzielnie, bez pośrednictwa rodziców.

Teza o konieczności, w miarę możliwości, uwzględnienia zdania dziecka wymaga uzupełnienia o, jak się wydaje, oczywiste założenie, że, aby w ogóle można było mówić o uwzględnieniu albo nieuwzględnieniu zdania osoby (w tym dziecka) [zatem mówić o pewnym procesie decyzyjnym podmiotu, do którego to zdanie jest adresowane], konieczne jest umożliwienie osobie wysłuchiwanej wyrażenia własnego zdania.

Jest też oczywiste, że, w rozumieniu art. 72 ust. 3 Konstytucji, „wysłuchanie dziecka" to nie to samo, co umożliwienie dziecku wypowiedzenia własnego zdania.

W znaczeniu językowym „zdanie" to, <mniemanie, pogląd, opinia, sąd o kimś, o czymś>, zaś „być zdania" to, <uważać, sądzić>, gdy tymczasem „wysłuchać" to <słuchając przyjąć coś do wiadomości; posłuchać do końca>, <wysłuchać czyjegoś tłumaczenia. Wysłuchać referatu, audycji, koncertu (...). Wysłuchiwać czyichś zwierzeń, żalów (czyjeś zwierzenia, żale)> (*Słownik Języka Polskiego pod red. M. Szymczaka*, Tom Trzeci R-Ż, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1981, s. 847 i 989).

Powracając na grunt przepisów, będących przedmiotem wniosku Rzecznika, należy stwierdzić, że skoro w sferze życia osobistego mieści się również prawo do decydowania o własnym zdrowiu, to każda czynność medyczna ingeruje nie tylko w wolność oraz nietykalność osobistą poddanej tej czynności osoby, ale też w tę sferę jej życia prywatnego, która jest nazywana życiem osobistym.

Prawna ochrona życia prywatnego oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym to standardy konstytucyjne.

Wskazane we wniosku Rzecznika ustawy medyczne owego standardu ochrony nie zapewniają w odniesieniu do małoletnich poniżej 16 roku życia.

Wprowadzają bowiem, o czym wcześniej była mowa, formalne kryterium wieku (16 lat), poniżej którego małoletni pacjent nie ma prawa do składania oświadczeń (wyrażenia zgody bądź sprzeciwu) w przedmiocie wykonywanych wobec niego czynności medycznych.

Wprowadzone przez ustawodawcę kryterium wieku nie wynika wszak z Konstytucji. Konstytucja nie uzależnia bowiem stosowania gwarancji, zawartej w 47 Konstytucji, od wieku osoby decydującej o swoim życiu osobistym.

W wyroku z dnia 23 lutego 2010 r., sygn. P 20/09, Trybunał Konstytucyjny, rozwijając i uzupełniając dotychczasowe orzecznictwo, przypomniał, że *„pojęcia konstytucyjne mają charakter autonomiczny i nie mogą być utożsamiane z pojęciami funkcjonującymi w szczegółowych gałęziach prawa. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego przy ustalaniu treści terminów konstytucyjnych nie można też przyjmować założenia, że odpowiadają one identycznie brzmiącym terminom przyjętym w ustawodawstwie zwykłym. Przyjęcie takiego założenia otwierałoby bowiem drogę do obchodzenia gwarancji konstytucyjnych przez odpowiednie zawężanie zakresu określonych terminów w przepisach zamieszczonych w ustawodawstwie zwykłym. (...)*

W razie wątpliwości co do zakresu poszczególnych terminów konstytucyjnych, ustalając ich znaczenie należy brać jako punkt wyjścia ich zwykłe rozumienie w języku literackim" (OTK ZU seria A nr 2/2010, poz. 13, s. 172).

W kontekście powołanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, a także wcześniejszej wypowiedzi L. Garlickiego, odnoszącej się do wzorca kontroli z art. 72 ust. 3 Konstytucji, należy przyjąć, że, określony w art. 47 Konstytucji,

termin „każdy" obejmuje zarówno osobę, która ukończyła 16 lat, jak i osobę, która nie ukończyła 16 roku życia.

Jeżeli zatem, określonym w art. 47 ustawy zasadniczej, standardem jest objęcie ochroną wszystkich osób niezależnie od ich wieku, w tym obu grup małoletnich (przed i po ukończeniu 16 lat), to pozbawienie przez ustawodawcę zwykłego małoletnich pacjentów, którzy nie osiągnęli 16 roku życia, prawa do wyrażania zgody (sprzeciwu) na czynności medyczne narusza ten standard.

Konstatacja ta dotyczy zarówno art. 47, jak i art. 41 ust. 1 Konstytucji, ponieważ prawo do decydowania o swoim życiu osobistym jest w swej istocie przejawem wykorzystywania, pozostającej pod ochroną art. 41 ust. 1 Konstytucji, wolności osobistej. Nie można też zapominać, że w zasadzie każda czynność medyczna ingeruje w, gwarantowane w art. 41 ust. 1 Konstytucji, prawo do nietykalności osobistej.

Czy jednak ograniczenie wspomnianych praw, w kwestionowanym przez RPO zakresie (prawa do ochrony wolności i nietykalności osobistej, prawa do życia prywatnego oraz prawa do decydowania o swoim życiu osobistym), nie jest konieczne w demokratycznym państwie chociażby ze względu na ochronę zdrowia, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji?

Na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

O określonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji „konieczności" ograniczenia małoletnim pacjentom poniżej 16 roku życia wymienionych praw konstytucyjnych - poprzez wyłączenie tych osób z kręgu pacjentów uprawnionych do wyrażania zgody (sprzeciwu) na podejmowane wobec nich czynności medyczne - można byłoby mówić tylko wtedy, gdyby ingerencja lekarza (podjęcie czynności medycznej) zależała wyłącznie od oświadczenia tego małoletniego.

Niewątpliwie bowiem tylko w takiej sytuacji autonomia woli małoletnich poniżej 16 roku życia byłaby nadmierna, bo w zdecydowanej

większości przypadków decydowaliby oni samodzielnie o własnym życiu i zdrowiu bez dostatecznego rozeznania znaczenia i konsekwencji tej decyzji.

Rzecznik nie przyjmuje jednak założenia, iż małoletni poniżej 16 roku życia (niezależnie, w jakim są wieku) dysponują faktyczną zdolnością rozeznania, i nie „domaga się" przyznania im prawa do wyrażania **zgody** (sprzeciwu) na czynności medyczne – **samodzielnej**. RPO, o czym wcześniej była mowa, „domaga się" jedynie, aby małoletni poniżej 16 roku życia posiadali prawo do wyrażania **zgody** (sprzeciwu) na czynności medyczne - **łącznej (kumulatywnej),** i tylko w sytuacji, gdy pozwoli na to stopień ich dojrzałości oraz zdolność do kształtowania własnych poglądów.

Inaczej mówiąc, w ocenie Rzecznika, dotychczasowe prawo do wyrażenia przez małoletnich powyżej 16 roku życia zgody kumulatywnej należałoby rozszerzyć na tę grupę małoletnich poniżej 16 roku życia, którzy dysponują faktyczną zdolnością rozeznania (są w stanie ze zrozumieniem wyrazić opinię w sprawie podejmowanych wobec nich czynności medycznych).

Jeżeli zaś wniosek Rzecznika zmierza do osiągnięcia tak określonego rezultatu, to z istoty zgody kumulatywnej wynika, że przyznanie uprawnienia do jej wyrażania małoletnim poniżej 16 roku życia *per se* nie może doprowadzić do <nadmiernej autonomii> tej grupy osób, której efektem mogłyby być działania na własną szkodę.

Zawsze - w przypadku zgody kumulatywnej - koniecznym warunkiem podjęcia przez lekarza czynności medycznej jest bowiem stanowisko przedstawiciela ustawowego, a ewentualny konflikt między stanowiskiem małoletniego i jego przedstawiciela będzie rozstrzygany przez sąd opiekuńczy.

Tak więc, jeżeli nawet małoletni poniżej 16 roku życia, uznany przez lekarza za zdolnego ze zrozumieniem wypowiedzieć opinię o planowanej u niego czynności medycznej, wbrew oczywistym, z medycznego punktu widzenia, rokowaniom nie wyrazi na tę czynność zgody (zgłosi sprzeciw), to i

tak jego stanowisko zostanie zweryfikowane przez przedstawiciela ustawowego (opiekuna faktycznego), a w ostateczności - przez sąd opiekuńczy.

Nie można też pominąć, o czym wcześniej była mowa, niespójności określonego w obowiązującym prawie medycznym systemu wyrażania przez osoby małoletnie zgody na interwencje medyczne. Na tę niespójność zwraca też uwagę Rzecznik w uzasadnieniu wniosku (s. 6-7).

Można mieć wątpliwości co do tego, że małoletni poniżej 16 roku życia nie ma prawa do wyrażenia zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego czy też do wyrażenia zgody na zastosowanie metody leczenia, stwarzającej dla niego podwyższone ryzyko, w sytuacji, gdy, jeżeli tylko małoletni w tym samym przedziale wieku jest w stanie ze zrozumieniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie medycznym, ma prawo do wyrażania zgody na ten eksperyment (eksperyment medyczny, co oczywiste, zawsze stwarza dla pacjenta podwyższone ryzyko).

Pewna niespójność daje się również zauważyć w ramach przepisów objętych wnioskiem Rzecznika.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, osoba pełnoletnia całkowicie ubezwłasnowolniona, ale zdolna do wyrażenia zgody, posiada kompetencję do wyrażenia zgody kumulatywnej na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego. Osoba całkowicie ubezwłasnowolniona posiada też uprawnienie do wyrażania zgody kumulatywnej na badanie (art. 32 ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty).

Trzeba przy tym pamiętać, że jedną z przesłanek całkowitego ubezwłasnowolnienia jest niedorozwój umysłowy.

Tak więc pacjent dorosły, całkowicie ubezwłasnowolniony z powodu ciężkiego niedorozwoju umysłowego (np. debilizmu), ma prawo do wyrażania zgody kumulatywnej na wyżej wymienione czynności medyczne, podczas gdy przeciętnie (a czasem nawet ponadprzeciętnie) umysłowo rozwinięty małoletni poniżej 16 roku życia prawa do wyrażenia takiej zgody jest pozbawiony.

Na marginesie należy zauważyć, iż dodatkową przesłanką całkowitego ubezwłasnowolnienia jest kwalifikowana niemożność kierowania swoim, szeroko rozumianym, postępowaniem przez osobę fizyczną, przy czym „niemożność" wskazuje na brak mentalnego, świadomego kontaktu z otoczeniem i na niemożność intelektualnej oceny swojej sytuacji (vide – komentarz T. Sokołowskiego do art. 13 k.c. [w:] Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, A. Kidyba, K. Kapaczyńska – Pieczniak, E. Niezbecka i T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz,* Tom I, LEX, Warszawa 2009).

Konsekwencją niezgodności analizowanych przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i RPP, w zaskarżonych częściach, z art. 41 ust. 1 i art. 47 Konstytucji jest niezgodność tych przepisów, w tych samych zakresach, z powołanymi przez Wnioskodawcę jako związkowe art. 48 ust. 1 zdanie drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji.

Przepis art. 48 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji nakazuje uwzględnianie przez rodziców, w procesie wychowania dzieci, dziecięcych postaw, co „nie oznacza oczywiście wymogu ich akceptacji i wymogu zaniechania na danym odcinku prowadzenia przez rodziców dalszych działań wychowawczych, skoro ich dziecko posiada już pewne przekonania. Ich prawo (obowiązek) do wychowania pozostaje nienaruszone, choć naturalnie winno już zawierać pewne reakcje na nowe sytuacje" (komentarz P. Sarneckiego do art. 48 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 4).

Nie można też zapominać, że art. 48 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji wprowadza kryterium stopnia dojrzałości dziecka.

Wzorzec kontroli z art. 72 ust. 3 Konstytucji został omówiony we wcześniejszym fragmencie niniejszego stanowiska (od jego omówienia

rozpoczęto kontrolę zgodności kwestionowanych we wniosku uregulowań z art. 41 ust. 1 i art. 47 Konstytucji).

W tym miejscu uzupełniająco należy wskazać związek zachodzący pomiędzy art. 48 ust. 1 zdanie drugie a art. 72 ust. 3 Konstytucji.

Zdaniem P. Sarneckiego, „[a]nalizowany obowiązek rodziców (obowiązek wychowania dzieci - przyp. wł.) widzieć również należy jako przejaw ogólniejszego obowiązku z art. 72 ust. 3, w myśl którego <w toku ustalania praw dziecka>, a więc również jego prawa do posiadania własnych przekonań, istnieje obowiązek <organów władzy publicznej>, ale i osób <odpowiedzialnych za dziecko> do <wysłuchania i w miarę możliwości uwzględniania zdania dziecka>" (tamże).

Kwestionowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich uregulowania są również niezgodne z art. 12 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka.

Standard, określony w powołanym przepisie tej Konwencji, narusza, o czym wcześniej była mowa, każde ograniczenie prawa małoletnich do wyrażania własnych poglądów z innych powodów niż stan dojrzałości i celowość zapoznania się ze stanowiskiem małoletniego, jak również pominięcie zdania małoletniego wówczas, gdy jest ono zgodne z jego dobrem.

W obowiązującym stanie prawnym małoletniemu, który nie ukończył 16 roku życia, zapewniono jedynie prawo do wysłuchania jego zdania, po udzieleniu przez lekarza informacji „w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego" (art. 31 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty).

Nie ulega wątpliwości, że tego rodzaju regulacja sprowadza małoletniego poniżej 16 roku życia **do przedmiotu** czynności medycznych. Zakres tego rodzaju informacji nie pozwala bowiem na świadome wypowiedzenie zdania na temat podejmowanej czynności medycznej już nie tylko pacjentowi małoletniemu, ale każdemu pacjentowi.

Nie trudno nie zauważyć, iż tego rodzaju informacja ma jedynie za zadanie ułatwić prowadzenie przez lekarza procesu diagnostycznego lub terapeutycznego.

Z pewnością pozbawienie małoletniego poniżej 16 roku życia prawa do wyrażania zgody (sprzeciwu) na podejmowane wobec niego czynności medyczne nie bierze pod uwagę stopnia dojrzałości tego małoletniego.

Poza tym, po wprowadzeniu instytucji kumulatywnej zgody małoletniego poniżej 16 roku życia na czynności medyczne, na, przykładowo, niestwarzający podwyższonego ryzyka i korzystny dla tego małoletniego zabieg operacyjny, w sytuacji, gdy takiej zgody udzieli on sam, a nie udzieli jego przedstawiciel ustawowy (opiekun faktyczny), ewentualnego zezwolenia mógłby udzielić sąd opiekuńczy. W obowiązującym stanie prawnym sytuacja taka nie jest dopuszczalna, ponieważ brak zgody przedstawiciela ustawowego (opiekuna faktycznego) uniemożliwia przeprowadzenie u małoletniego poniżej 16 roku życia każdej tego rodzaju (niestwarzającej podwyższonego ryzyka) czynności medycznej, niezależnie od tego, jakiego zdania jest sam małoletni, i niezależnie od tego, czy czynność ta służy, czy też nie służy jego dobru.

Wniosek o orzeczenie utraty mocy obowiązującej objętych wnioskiem przepisów, w zaskarżonych częściach, z upływem 12 miesięcy od ogłoszenia wyroku, na wypadek gdyby Trybunał Konstytucyjny podzielił ocenę zawartą w niniejszym stanowisku, podyktowany jest konieczną interwencją ustawodawcy zwykłego, który, w przypadku nadania małoletnim poniżej 16 roku życia prawa do wyrażenia zgody (sprzeciwu) na czynności medyczne, powinien nałożyć na lekarza obowiązek udzielania tym małoletnim pacjentom informacji, o której mowa w art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz w art. 9 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i RPP. Bez nałożenia na lekarza obowiązku udzielenia pacjentowi tego rodzaju informacji nie zostanie spełniony jeden z warunków skuteczności zgody - jej świadomość, ponieważ „[z]goda musi

pochodzić od osoby poinformowanej o ryzyku, przedmiocie i celu interwencji" (M. Safjan, *Autonomia jednostki wobec interwencji medycznej* [w:] *Prawo i Medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny, op. cit.*, s. 62).

Obowiązek informacyjny, przewidziany w art. 31 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty oraz w art. 9 ust. 7 ustawy o prawach pacjenta i RPP, warunku tego nie spełnia. Ponadto w art. 31 ust. 7 *in fine* ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty jest mowa o wysłuchaniu zdania małoletniego, co przy jednoczesnym przyznaniu małoletniemu prawa do wyrażenia zgody będzie uregulowaniem niespójnym.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego