

MONIKA TENENBAUM

Uniwersytet Wrocławski

Zakres autonomii osób fizycznych w możliwości dysponowania komórkami, tkankami i narządami dla celów transplantologicznych za życia oraz na wypadek śmierci

Wstęp

W szerokim spektrum naukowych zainteresowań Profesora Jana Kosika znajdowała się między innymi problematyka dotycząca zagadnień śmierci człowieka i transplantologii¹. Niewątpliwie marginalna rola, jaką zagadnienia te odgrywały w dorobku Profesora, wiązać się mogła z brakiem uregulowań szczególnych związanych z przedmiotowymi zagadnieniami, a co za tym idzie z możliwością wnioskowania wyłącznie w oparciu o regulacje cywilnoprawne o charakterze ogólnym i wysuwania wniosków *de lege ferenda*. Rozwój ustawodawstwa dotyczącego transplantologii rozpoczął się w 1995 roku, wraz z uchaleniem ustawy o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów². Istotną rolę przypisać należy tak zwanej konwencji biomedycznej wraz z protokołem dodatkowym dotyczącym przeszczepów³ oraz dyrektywom unij-

¹ J. Kosik, *Śmierć człowieka i transplantacja ze zwłok ze stanowiska prawa cywilnego*, [w:] *Śmierć człowieka w świetle medycyny i prawa*, Wrocław 1975, s. 34 i n.

² Ustawa z 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. z 1995, Nr 138, poz. 682 ze zm.

³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny, przyjęta przez Komitet Ministrów dnia 19 listopada 1996 r., podpisana dnia 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo. Tekst konwencji – „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3 (vol. 1), s. 140 i n.; Protokół dodatkowy do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie dotyczący przeszczepiania organów i tkanek pochodzenia ludzkiego, 24 I 2002 r., Strasburg.

nym⁴, w nawiązaniu do których w 2005 roku uchwalona została nowa ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów⁵ oraz przygotowana została jej nowelizacja⁶.

W kontekście zagadnień, o których mowa, z cywilistycznego punktu widzenia interesująca jest zwłaszcza problematyka dotycząca zakresu autonomii osób fizycznych w możliwości dysponowania swoimi komórkami, tkankami i narządami dla celów transplantologicznych za życia oraz na wypadek śmierci. Podjęta zostanie tu próba ustalenia, czy zmiany legislacyjne, wprowadzone w 2005 roku, stanowiły przemyślany zabieg ustawodawcy oraz czy będące ich wynikiem konsekwencje ocenić należy pozytywnie. Prowadzone rozważania odnosić się przy tym powinny nie tylko do oceny stopnia dostosowania polskiego ustawodawstwa dotyczącego transplantologii do konwencji biomedycznej i implementacji dyrektyw unijnych. Celowe wydaje się również porównanie zakresu autonomii poszczególnych kategorii osób fizycznych, dotyczącej wyrażania przez nie zgody na poddanie się zabiegom medycznym i decydowania o możliwości dokonania od nich przeszczepów oraz skonfrontowanie obowiązujących regulacji z poprzedzającymi ich uchwalenie i wejście w życie postulatami przedstawicieli nauki zgłaszzanymi *de lege ferenda*.

Przeszczepy *ex mortuo*

Ustawodawca różnicuje przesłanki dopuszczalności dokonania pobrania, w zależności od tego, czy komórki, tkanki lub narządy mają zostać pobrane od osoby żywej czy ze zwłok. Pobrania komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia można dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu (art. 5 ust. 1). W przypadku małoletniego lub innej osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, sprzeciw wyrazić może za ich życia przedstawiciel ustawowy (art. 5 ust. 2), natomiast w przypadku małoletniego powyżej lat szesnastu sprzeciw może wyrazić również ten małoletni (art. 5 ust. 3). Sprzeciw jednego przedstawiciela ustawowego lub małoletniego powyżej lat szesnastu jest skuteczny w stosunku do pozostałych (art. 6 ust. 3). Cytowana regulacja ustawy z 2005 roku wzorowana jest na treści art. 4 ustawy z 1995 roku, niemniej jednak w porównaniu do poprzednio obowiązujące-

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r., 2004/23/WE; dyrektywy Komisji: z 8 lutego 2006 r., 2006/17/WE oraz z 24 października 2006 r., 2006/86/WE.

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

⁶ Projekt ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów oraz o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny – http://www.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/projekt_kodeks_karny_2092008.pdf

go aktu prawnego wprowadzona została istotna zmiana. Zgodnie z art. 4 ust. 3 ustawy z 1995 roku sprzeciw dotyczący pobrania wyrazić mogła – oprócz małoletniego, który ukończył lat szesnaście – również inna osoba niemająca pełnej zdolności do czynności prawnych. Redakcja tego przepisu nasuwała zasadnicze wątpliwości. Osobami nieposiadającymi pełnej zdolności do czynności prawnych są bowiem zarówno osoby takiej zdolności pozbawione, jak i mające ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Zgodnie z wykładnią językową art. 4 ust. 3 w zw. z ust. 2 można by przyjąć, że uprawniona do wyrażenia sprzeciwu była każda osoba fizyczna, niezależnie od tego, czy była ubezwłasnowolniona całkowicie czy częściowo. Wydaje się jednak, że właściwsze było przyjęcie, w oparciu o wykładnię celowościową, że kompetencja ta przysługiwała osobie pełnoletniej, zarówno ubezwłasnowolnionej całkowicie, jak i częściowo. Oczywiście kwestia tak istotnej rangi nie powinna pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, zastanawiać się jednak można, czy całkowite pominięcie niejasnego zwrotu w nowej ustawie było zabiegiem właściwszym niż wprowadzenie jego precyzyjniejszej redakcji.

Konstrukcja braku sprzeciwu wyrażonego za życia, jako podstawy dopuszczalności dokonania pobrania, określana jest w doktrynie również jako dorozumiana lub domniemana⁷ zgoda na dokonanie takiej czynności. Proponuje się także zwrot „zarejestrowany sprzeciw”⁸. Model ten bywa również nazywany systemem *opting out*, w odróżnieniu od systemu *opting in* („zgody wprost”)⁹.

Zastosowana przez ustawodawcę regulacja jest interesująca z kilku powodów. Przede wszystkim odbiega od mechanizmu dokonywania czynności prawnych przez osoby pozbawione zdolności do czynności prawnych lub posiadające taką zdolność w ograniczonym zakresie. Mimo że należy przychylić się do poglądu, zgodnie z którym sprzeciw na dokonanie pobrania czy dorozumiana zgoda

⁷ A. Jakubowska-Winecka, *Psychologiczne problemy transplantacji narządów – z perspektywy psychologa praktyka*, [w:] *Medycyna na początku III tysiąclecia. Humanizm, traumatologia, transplantologia*, red. K. Imieliński, Warszawa 2000, s. 138; W. Rowiński, *Etyczno-obyczajowe aspekty medycyny transplantacyjnej w Polsce i na świecie*, [w:] *Postępy w nefrologii i nadciśnieniu tętniczym*, red. A. Więcek, F. Kokot, t. V, Kraków 2006, s. 120 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 293; T. Dukiet-Nagórska, *Aspekty prawne transplantacji*, „Kardiochirurgia i Torakochirurgia Polska” 2005, t. 2, nr 1, s. 128; M. Szeroczyńska, *Podstawowe zasady prawne dokonywania przeszczepów komórek, tkanek i narządów*, „Standardy Medyczne” 2000, nr 12, s. 48; I. Wrześniewska-Wal, *Nowelizacja ustawy o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*, „Lekarz” 2004, nr 12, s. 19; M. Nowacka, *Status prawny zwłok ludzkich w kontekście fonomenologii cielesności*, „Wiadomości Lekarskie” 2002, LV, supl. 1, cz. I, s. 361; D. Patrzalek, A. Morawski, *Dawcy i przeszczepianie narządów unaczynionych w Polsce. Stan aktualny, regulacja prawna*, „Polska Medycyna Rodzinna” 2000, t. 2, z. 3, s. 311; R. Tokarczyk, *Normatywne uwarunkowania transplantologii*, [w:] *Medycyna na początku III tysiąclecia. Humanizm, traumatologia, transplantologia*, red. K. Imieliński, Warszawa 2000, s. 174.

⁸ W. Rowiński, *op. cit.*, s. 120 i n.

⁹ M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 293.

– w przypadku jego braku – nie stanowią czynności prawnych i powinny być kwalifikowane jako zdarzenia jedynie do nich podobne¹⁰, przywołane reguły dokonywania czynności prawnych stanowić mogą punkt odniesienia. Przyjęcie poglądu, iż brak sprzeciwu powinien być kwalifikowany jako dorozumiana zgoda, prowadzi do wniosku, że dokonanie pobrania ze zwłok w przypadku małoletniego powyżej lat szesnastu uzależnione jest w istocie od podwójnej dorozumianej zgody – podmiotu, którego pobranie ma dotyczyć oraz jego przedstawiciela ustawowego. Zastanawia natomiast zmiana, wprowadzona w 2005 roku, pozbawiająca inną niż małoletniego powyżej lat szesnastu osobę uprawnienia do wyrażenia sprzeciwu. W konsekwencji, dopuszczalność pobrania ze zwłok nie tylko małoletnich poniżej lat szesnastu, ale także osób pozbawionych zdolności do czynności prawnych lub mających taką zdolność ograniczoną nie tylko z powodu wieku (a więc ubezwłasnowolnionych całkowicie lub częściowo), uzależniona jest wyłącznie od braku wyrażenia sprzeciwu przez ich przedstawicieli ustawowych (art. 5 ust 2 w zw. z ust. 3). Wydaje się, że można mieć istotne wątpliwości co do takiej zmiany wprowadzonej przez ustawodawcę. Trudno znaleźć *ratio legis* rozwiązania, według którego zakres autonomii osoby ubezwłasnowolnionej częściowo jest mniejszy niż małoletniego, który ukończył lat szesnaście. Nie podważając gorącej aprobaty dla działalności transplantologicznej, w tym również preferowanego przez konwencję biomedyczną¹¹, inne akty¹² i przedstawicieli nauki¹³ dokonywania przeszczepów ze zwłok¹⁴, z formalnego punktu widzenia zastanawia pozbawienie przez ustawodawcę możliwości podejmowania tego rodzaju decyzji osoby ubezwłasnowolnionej częściowo na przykład z powodu choroby psychicznej charakteryzującej się występowaniem okresów remisji, która mimo to jest zdolna kierować swoim postępowaniem, a jedynie potrzebna jest jej pomoc w prowadzeniu jej spraw. Można podać w wątpliwość, czy decyzja takiej osoby, podjęta i starannie przemyślana w okresach braku nawrotów choroby powinna być traktowana generalnie jako mniej świadoma, posiadająca mniejszą doniosłość niż decyzja przeciętnego szesnastolatka.

Na gruncie art. 32 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁵ osoba ubezwłasnowolniona całkowicie, ale działająca z rozeznaniem, posiada kompetencję do wyrażenia sprzeciwu dotyczącego podejmowanych czynności

¹⁰ Zobacz przypis nr 16.

¹¹ Art. 19 ust. 1 konwencji. Podobnie art. 9 protokołu dodatkowego.

¹² Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 VI 2008 r w sprawie akceptacji transplantacji jako metody leczenia, Apel do Społeczeństwa, Parlamentu i rządu RP z 29 stycznia 2008 r., http://www.p-t-t.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=1&Itemid=48.

¹³ M. Sośniak, *Zagadnienia prawne przeszczepów*, PiP 1971, nr 2, s. 232.

¹⁴ Zgodnie z art. 19 ust. 1 konwencji, „pobranie organów albo tkanek od żyjącego dawcy w celu dokonania transplantacji może być przeprowadzone [...] tylko wtedy, gdy nieosiągalny jest odpowiedni organ lub tkanka od osoby zmarłej, a nie istnieje alternatywna metoda terapeutyczna o porównywalnej skuteczności”.

¹⁵ Ustawa z 5 grudnia 1996 r., Dz.U. z 2008 r., Nr 136, poz. 857 – t.j.

medycznych. W takim przypadku w celu umożliwienia ich przeprowadzenia niezbędne jest uzyskanie oprócz zgody przedstawiciela ustawowego takiej osoby (lub w przypadku, gdy takiej zgody nie wyrazi) dodatkowo zgody sądu opiekuńczego. Regulacje tych dwóch ustaw wydają się niespójne, co prowadzi do wniosku, że brakuje w obowiązującym ustawodawstwie medycznym koncepcji dotyczącej zakresu autonomii poszczególnych kategorii podmiotów.

Zagadnienie charakteru prawnego zgody rozważane było w kontekście przeprowadzenia transplantacji i eksperymentu medycznego. Za dominujący uznac można pogląd, że zgoda taka stanowi jednostronne działanie prawne, zbliżone do oświadczenia woli, mające odwoalny charakter¹⁶. Akcentuje się jej podobieństwo do czynności prawnych rozporządzających¹⁷. Zwraca się uwagę w doktrynie, że kwalifikowanie zgody jako czynności prawnej prowadziło do konieczności przyjęcia, że powinna ona zwykle prowadzić do powstania, zmiany lub ustania stosunku prawnego, a gdy skutek taki nie występuje, traktowanie zgody jako czynności prawnej jest niepoprawne, gdyż stanowi uchybienie precyzji pojęć prawnych¹⁸. Wskazuje się więc, że skutki zgody nie tyle związane są z wolą, ile wynikają z ustawy.

Stanowisko przeciwne zakłada, że zgoda ma charakter jednostronnej czynności prawnej¹⁹. Traktuje się ją jako czynność prawną upoważniającą²⁰. Zdaniem

¹⁶ S. Niemczyk, A. Łazarska, *Materialnoprawne elementy aktu zgody pacjenta w ujęciu prawnym i medycznym*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, (19, vol. 7), s. 49; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 124 i n.; *idem*, *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 1959, Prace Prawnicze, z. 6, s. 139 i n.; *idem*, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, [w:] *Prace z prawa cywilnego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 67; A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, RPEiS 1990, z. 1, s. 46; J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, MoP 2003, nr 16, s. 744; A. Liszewska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy*, PiP 1997, nr 1, s. 42; M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 35; M. Safjan, K. Zaradkiewicz, *Zgoda na interwencję medyczną w świetle Konwencji Rady Europy o Prawach Człowieka i Biomedycynie*, [w:] *Divina et humana, Księga jubileuszowa w 65. rocznicę urodzin księdza profesora Henryka Misztala*, red. A. Dębiński, W. Bar, P. Stanisław, Lublin 2001, s. 209.

¹⁷ M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego...*, s. 142.

¹⁸ R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, t. I: *Die Geschichte des Einwilligungsproblems u. die Methodenfrage 1919*, s. 164 – za: W. Nowak, *Prawne formy zgody pacjenta na eksperyment medyczny (zagadnienia cywilnoprawne)*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 3 (20, vol. 7), s. 50; S. Niemczyk, A. Łazarska, *op. cit.*, s. 49.

¹⁹ J. Kosik, *op. cit.*, s. 48 i n.; S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 120; M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 121; *idem*, *Podstawy prawne zabiegów lekarskich w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1976, nr 1, s. 27; T. Dukiet-Nagórska, *op. cit.*, s. 128; W. Nowak, *op. cit.*, s. 52; J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty cywilnoprawne*, Kraków 1998, s. 55. Zobacz również: T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6–7 (vol. 2), s. 89.

²⁰ W. Nowak, *op. cit.*, s. 52.

J. Kosika jest to oświadczenie na wypadek śmierci, niekierowane do określonego adresata, za pomocą którego dawca zrzeka się części ochrony należnej jego zwłokom²¹. Wspomniany autor, zakładając, iż odwołalność zgody jest jej immanentną cechą, wskazuje na bliskie pokrewieństwo pomiędzy zgodą na dokonanie transplantacji a klasycznym odwołalnym aktem, jakim jest testament. W konsekwencji postulował on odpowiednie stosowanie do zgody przepisów dotyczących testamentu, w szczególności regulujących nieważność testamentu, jego odwołalność, a także formę²².

Wydaje się, że brak wyrażenia sprzeciwu traktować należy jako działanie w szerszym tego słowa znaczeniu²³ lub też zachowanie²⁴ pod postacią czynu, gdyż norma prawna łączy z nim skutek prawny niezależnie od tego, czy wola działającego była skierowana na jego wywołanie, czy też nie²⁵. Działania te kwalifikowane są jako czyny zgodne z prawem przez zastosowanie swoistej definicji negatywnej – ani nie stanowią czynności zmierzających do wywołania skutków prawnych, ani nie są czynami bezprawnymi, a mimo to wywołują określone konsekwencje o charakterze cywilnoprawnym²⁶. Uważam, że przeciwko przyjęciu kwalifikacji jako czynności prawnej upoważniającej przemawia fakt, iż nie występuje tu element wyznaczenia innemu podmiotowi kompetencji do dokonania czynności konwencjonalnej²⁷. Zdarza się jednak wiązanie czynności upoważniających z upoważnieniem do „pewnego zachowania się”, a więc – jak się wydaje – niekoniecznie do dokonania czynności konwencjonalnej prawnie doniosłej, w szczególności czynności prawnej²⁸. W literaturze słusznie wskazano, że kwalifikowanie jako czynności upoważniającej każdej postaci upoważnienia, którego konsekwencją jest ustalenie dozwolonej sfery zachowania innego podmiotu, byłoby zbyt szerokie²⁹. Wskazuje się także istnienie przypadków, w których kompetencja do wyrażenia zgody zostaje oddzielona od sfery zdolności do czynności

²¹ J. Kosik, *op. cit.*, s. 51.

²² *Ibidem*.

²³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1999, s. 116.

²⁴ Z. Banaszczyk, [w:] red. M. Safjan, *System prawa prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 882.

²⁵ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 121; S. Grzybowski, [w:] red. S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. 1, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 202; M. Sośniak, *Znaczenie zgody uprawnionego...*, s. 140 i n.; M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny*, red. K. Pietrzykowski, t. I: *Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, Warszawa 2005, s. 237 i n.; Z. Banaszczyk, *op. cit.*, s. 896; A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, AUW No 1016, Prawo CLXVII, Wrocław 1989, s. 99.

²⁶ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 122.

²⁷ Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 205; *idem*, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 227; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op. cit.*, s. 268.

²⁸ S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1, s. 494.

²⁹ M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny...*, t. I, s. 242.

prawnych, stając się samoistnym instrumentem ochrony prawnej danego podmiotu³⁰. Uwagi te odnieść można do braku sprzeciwu na pobranie przeszczepu. Moim zdaniem stanowisku, zgodnie z którym zgoda na przeszczep *ex mortuo* stanowi oświadczenie na wypadek śmierci, za pomocą którego dawca zrzeka się części ochrony należnej jego zwłokom, postawić można dwa zarzuty. Argumenty przeciwko traktowaniu go jako czynności prawnej zostały już przytoczone. Poza tym w katalogu dóbr osobistych wyróżnia się w literaturze kult po zmarłej osobie bliskiej³¹, nie wyodrębniając prawa jednostki do ochrony jej zwłok w przyszłości.

W przypadku przeszczepu *ex mortuo* jest on dopuszczalny, jeżeli za życia dawca lub jego przedstawiciel ustawowy nie wyrazili sprzeciwu. Sprzeciw może być wyrażony przez dokonanie wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów, poprzez pisemne oświadczenie z własnoręcznym podpisem albo ustne oświadczenie złożone w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzone (art. 6 ust. 1). Sprzeciw może zostać cofnięty w każdym czasie, przy zastosowaniu jednej z wymienionych form (art. 6 ust. 4). Centralny rejestr sprzeciwów prowadzony jest przez Poltransplant (art. 7). Wpisy w nim dokonywane są niezwłocznie po zgłoszeniu, a osoba zgłaszająca otrzymuje zawiadomienie o potwierdzeniu dokonania wpisu³². Przed pobraniem komórek, tkanek lub narządów od osoby zmarłej lekarz lub osoba przez niego upoważniona zasięgają informacji, czy nie został zgłoszony sprzeciw w centralnym rejestrze sprzeciwów, oraz na podstawie dostępnych informacji lub dokumentów ustalają, czy istnieje sprzeciw wyrażony w jednej z pozostałych dopuszczalnych form (art. 10). Informacji o tym, czy sprzeciw danej osoby umieszczony jest w rejestrze, udziela się niezwłocznie po otrzymaniu takiego zapytania (art. 7 ust. 6). Jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że zgon nastąpił w wyniku czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo, pobrania można dokonać po uzyskaniu od właściwego prokuratora informacji, że nie wyraża on sprzeciwu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone przeciwko małoletniemu, informacji takiej udziela sąd rodzinny (art. 8 ust. 1). Warunkiem dokonania pobrania jest stwierdzenie śmierci mózgu (art. 9).

Problematyczne jest zagadnienie dopuszczalności pobrań od noworodków, które urodziły się martwe. W literaturze wyrażane jest stanowisko, zgodnie z którym w odniesieniu do pobrań od dzieci, które urodziły się nieżywe, należy zachować taką samą procedurę stwierdzania zgonu, jak w przypadku każdej osoby zmarłej³³. Mimo że cytowana wypowiedź ma charakter fragmentaryczny,

³⁰ *Ibidem*.

³¹ M. Pazdan, [w:] *System prawa prywatnego*, red. M. Safjan, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 1141 i podana tam literatura.

³² § 2 pkt. 3 rozp. Ministra Zdrowia z 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze, Dz.U. z 2006 r., Nr 228, poz. 1671.

³³ A. Rzepliński, *Prawne granice dopuszczalności transplantacji narządów i tkanek ludzkich w myśl przepisów Rady Europy*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 12, vol. 4, s. 53.

wydaje się z niej wynikać, że autor dopuszcza możliwość dokonywania pobrań w takich przypadkach. W mojej ocenie sytuacja ta zasługuje na szczegółowe uregulowanie, ponieważ wykluczona jest wówczas możliwość wyrażenia za życia sprzeciwu zarówno przez zmarłego, jak i przez jego przedstawiciela ustawowego. Ze względu na zakres zastosowania przepisów protokołu, pobieranie organów i tkanek od embrionów i płodów wyłączone zostało do odrębnego uregulowania (art. 1 ust. 3 lit. b). Ustawa z 2005 roku określa zasady pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok (art. 1 ust. 1 pkt 1), dawca definiowany jest jako „żywy dawca lub zwłoki ludzkie” (art. 2 ust. 2), natomiast przepisów ustawy nie stosuje się do pobierania i przeszczepiania między innymi „tkanek płodowych” (art. 1 ust. 2 pkt. 1). W mojej ocenie *de lege lata* dokonanie pobrania od noworodka, który urodził się martwy, jest problematyczne, ponieważ wyrażenie sprzeciwu w ogóle w takim przypadku nie jest możliwe. Przedstawiciel ustawowy swój sprzeciw może wyrazić jedynie za życia zmarłego (art. 5 ust. 2), co w tym przypadku oczywiście nie może mieć miejsca. Zastanawiać się można, czy *de lege lata* kierowanie się zasadą *salus aegroti suprema lex* uzasadnia dopuszczalność takiego pobrania.

Na marginesie zwrócić można uwagę na to, iż zakres autonomii zmarłego określany jest nie tylko przez ustawę, ale niestety również przez czynniki faktyczne. Mam na myśli sygnalizowany przez środowisko medyczne problem uwzględniania stanowiska rodziny zmarłego, mimo że konieczność taka nie wynika z obowiązujących przepisów. W konsekwencji W. Rowiński klasyfikując występujące współcześnie systemy autoryzacji pobierania narządów od zmarłych, dzieli je na trzy grupy. Pierwsza z nich to zarejestrowany sprzeciw, tzw. zgoda domniemana (model bezwzględny – nieuwzględniający stanowiska rodziny), drugi to zarejestrowany sprzeciw, tzw. zgoda domniemana (model warunkowy – uwzględniający stanowisko rodziny), który zdaniem autora występuje w Polsce, trzeci natomiast to model zgody wprost udokumentowanej kartą dawcy lub w rejestrze³⁴. Oczywiście przedmiot rozważań stanowi analiza obowiązującego ustawodawstwa, niemniej jednak należałoby zwrócić uwagę również na jego stosowanie i apelować do środowiska medycznego o ścisłe przestrzeganie przepisów. Należy podkreślić, że lekarz nie ma nawet obowiązku informowania rodziny zmarłego o dokonanym pobraniu. Rodzinie przysługuje wyłącznie prawo do pochówku³⁵, z którym wiąże się obowiązek lekarza, by zapewnić nadanie zwłokom należytego wyglądu (art. 11 ustawy; podobnie art. 18 protokołu).

Problem uwzględniania stanowiska rodziny rozwiązany jest różnie w poszczególnych systemach prawnych. Poglądy przedstawicieli doktryny w tej kwestii również były zróżnicowane. J. Kosik *de lege ferenda* był zwolennikiem sto-

³⁴ W. Rowiński, *op. cit.*, s. 120.

³⁵ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 294.

sunkowo szerokich kompetencji rodziny zmarłego, w sytuacji gdy nie wyraził on za życia żadnego stanowiska w kwestii transplantacji³⁶. Zdaniem Profesora można wyróżnić swoiste prawo na zwłokach o charakterze niemajątkowym, przysługujące następcom zmarłego, „jego kontynuatorom – nie *iure successionis*, lecz *iure sanguinis*”³⁷. Warto przypomnieć, że stanowisko to wyrażone zostało w czasie, gdy brakowało przepisów dotyczących transplantacji. Opierając się na rozwiązaniach cywilnoprawnych i analogii do regulacji dotyczącej sekcji zwłok, J. Kosik zakładał, że z chwilą śmierci rodzina zmarłego, oprócz ciężących na niej obowiązków wobec zmarłego, nabywa prawo do zwłok, obejmujące ich stan w chwili śmierci. W konsekwencji dochodził do wniosku, że jakiegokolwiek naruszenie zwłok godzi w rodzinę, stąd też, jeżeli zmarły nie złożył żadnego oświadczenia, decyzja dotycząca transplantacji należy do rodziny³⁸. Obecnie obserwować można zmianę stanowiska doktryny, które ewoluuje od aprobowania prawa rodziny do zwłok w kierunku uznawania wyłącznie prawa rodziny do pochówku.

Przeszczepy *ex vivo*

Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, gdy chodzi o transplantacje, reguluje wyłącznie pobieranie organów i tkanek od żyjących dawców. Jedną z jej zasad ogólnych jest ochrona godności i tożsamości każdej osoby oraz poszanowanie jej integralności oraz podstawowych praw i wolności wobec zastosowań biologii i medycyny (art. 1). Istotne jest także przyznanie prymatu interesowi i dobru istoty ludzkiej przed interesem społeczeństwa lub nauki (art. 2). Z założeń tych wynika przyznanie priorytetowej roli autonomii osoby biorącej udział w interwencji medycznej i zagwarantowanie jej ochrony. Dążenie do poszanowania autonomii jednostki jest widoczne zarówno w regulacjach dotyczących wyrażania zgody na interwencję medyczną, jak i w przepisach odnoszących się do dokonywania interwencji genetycznych, badań naukowych i transplantacji.

Wydaje się, że na gruncie konwencji o biomedycynie sformułowanie „osoba niezdolna do wyrażenia zgody” użyte zostało w znaczeniu niezdolności zarówno prawnej, jak i faktycznej. W konsekwencji problematyka zdolności do wyrażenia zgody została oddzielona od kategorii zdolności do czynności prawnych³⁹. Podobne stanowisko zajmuje M. Safjan, traktujący zdolność do wyrażenia zgody jako

³⁶ J. Kosik, *op. cit.*, s. 52 i n.

³⁷ *Ibidem*, s. 60.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ M. Safjan, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, vol. 2, s. 12; M. Safjan, K. Zaradkiewicz, *op. cit.*, s. 210 i n.

kategorię faktyczną⁴⁰. W tytule art. 20 konwencji przewidziano, że reguluje on „ochronę osób niezdolnych do wyrażenia zgody na pobranie organów”. Podobnie – art. 14 protokołu. Zagadnienie faktycznej lub prawnej niemożliwości wyrażenia zgody stanowiło już przedmiot rozważań przedstawicieli doktryny. Na gruncie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry wśród pacjentów nieposiadających własnej kompetencji do wyrażenia zgody wyróżniono osoby niezdolne z powodu faktycznej niemożliwości wyrażenia woli, które zachowują zdolność do czynności prawnych, jak na przykład nieprzytomni, chorzy psychicznie, upośledzeni umysłowo czy osoby będące pod wpływem alkoholu lub narkotyków oraz osoby niezdolne *ex lege* do skutecznego wyrażenia zgody, czyli ubezwłasnowolnieni całkowicie lub częściowo oraz małoletni⁴¹. Na użycie zwrotu, o którym mowa w znaczeniu prawnym, wskazywać może brzmienie art. 6 ust. 2 i 3, regulującego sytuację „małoletniego, nieposiadającego, zgodnie z obowiązującym prawem, zdolności do wyrażenia zgody” oraz przypadek, w którym „zgodnie z obowiązującym prawem, osoba dorosła nie posiada zdolności do wyrażenia zgody na interwencję z powodu zakłóceń czynności psychicznych, choroby albo innych podobnych powodów”. W pozostałych przepisach konwencji mowa jest już wyłącznie o osobach niezdolnych do wyrażenia świadomej i swobodnej zgody (art. 17 ust. 1, art. 20 ust. 1 oraz tytuły art. 17 i 20). Jednak art. 7, ustanawiający ochronę osób z zaburzeniami psychicznymi, stanowi, że przy zachowaniu określonych warunków „osoba cierpiąca na poważne zaburzenia psychiczne może, bez wyrażenia zgody, zostać poddana interwencji medycznej mającej na celu leczenie tych zaburzeń, jeżeli brak interwencji stwarza ryzyko znacznego uszczerbku dla jej zdrowia [...]”. Wydaje się, że w przepisie tym chodzi o faktyczną zdolność do wyrażenia zgody, gdyż osobą cierpiącą na poważne zaburzenia psychiczne może być zarówno małoletni i osoba dorosła – nieposiadający zgodnie z obowiązującym prawem zdolności do wyrażenia zgody, jak i osoba dorosła z takimi zaburzeniami, która jednak, zgodnie z obowiązującym prawem, nie została pozbawiona możliwości wyrażenia zgody na interwencję medyczną. Podobnie art. 8 konwencji zezwala na bezzwłoczne przeprowadzenie interwencji medycznej, o ile jest ona niezbędna z punktu widzenia korzyści zdrowotnych danej osoby, „jeżeli, ze względu na nagłą sytuację, nie można uzyskać wymaganej zgody”. Oba przepisy dotyczyć mogą sytuacji, w których podmiotem kompetentnym do wyrażenia zgody jest osoba, wobec której ma być zastosowana interwencja medyczna, a która jednak zgody takiej wyrazić nie może ze względu na niemożność faktyczną, spowodowaną poważnymi zaburzeniami psychicznymi lub innymi czynnikami w nagłym przypadku. Z oczywistych względów w odniesieniu do transplantacji wymienione wyżej

⁴⁰ M. Sajfan, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, s. 12.

⁴¹ A. Kołodziej, *Stopień autonomii woli pacjenta na tle ustawy o zawodzie lekarza i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11, vol. 4, s. 75; M. Sajfan, *Prawo i medycyna...*, s. 42 i n.

dwa przepisy nie będą miały zastosowania, niemniej jednak wydaje się, iż można przyjąć, że konwencja posługuje się pojęciem niezdolności do wyrażenia zgody w rozumieniu zarówno prawnym, jak i faktycznym. Dotyczący transplantacji art. 20 ust. 2 pkt. iv odsyła jednak do art. 6 ust. 2 i 3. Artykuł 6, traktujący *expressis verbis* o niezdolności prawnej do wyrażenia zgody na interwencję medyczną, w ust. 3 *in fine* stanowi, że „osoba poddana interwencji medycznej powinna, o ile jest to możliwe, uczestniczyć w podejmowaniu decyzji”.

Zakres autonomii pewnych kategorii osób niezdolnych do wyrażenia zgody z powodów prawnych, konkretnie osób dorosłych nieposiadających zdolności do wyrażenia zgody ze względu na wpływ na ich funkcjonowanie zakłóceń czynności psychicznych, choroby albo innych podobnych czynników – a więc osób ubezwłasnowolnionych częściowo lub całkowicie, które uzyskały następnie pełnoletność – jest w ujęciu konwencji szerszy niż na gruncie ustawy z 2005 roku. Ich stanowisko nie jest pozbawione znaczenia prawnego, choć ich wola nie może zostać uznana za decydującą, skoro należy ponadto zastosować odpowiednie mechanizmy ochronne – uzyskać zgodę przedstawiciela ustawowego, odpowiedniej władzy albo innej osoby lub instytucji (art. 6 ust. 3 konwencji). Podobne rozwiązanie nie zostało przyjęte ani w ustawie z 2005 roku, ani w poprzednio obowiązującej ustawie z 1995.

Ważnym przejawem poszanowania autonomii każdej jednostki uczestniczącej w interwencji medycznej jest fakt, iż konwencja nakazuje w określonych sytuacjach respektowanie sprzeciwu także osoby niezdolnej do wyrażenia zgody. W przypadku transplantacji wyjątkowo dopuszczane pobranie regenerujących się tkanek od osoby nieposiadającej zdolności do wyrażenia zgody jest uzależnione między innymi od niewyrażenia przez nią sprzeciwu (art. 20 ust. 2 pkt v). Podobnie jednym z warunków przeprowadzenia badań naukowych na osobie nieposiadającej zdolności do wyrażenia na nie zgody jest niezgłoszenie przez nią sprzeciwu (art. 17 ust. 1 pkt v).

Postanowienia konwencji zostały sformułowane na tyle ogólnie, że ustawodawcy krajowi mają stosunkowo dużą swobodę, dotyczącą zwłaszcza określenia kategorii osób niezdolnych do wyrażenia zgody i procedur uzyskiwania zgody w takich przypadkach. O ile podstawowe zasady deklarowane w konwencji wyrażone zostały również w polskim ustawodawstwie, o tyle wątpliwości dotyczyć mogą dostosowania regulacji szczegółowych. Wydaje się, że sytuacja pod tym względem znacząco się nie poprawiła, mimo wskazywanych w literaturze niezgodności z konwencją postanowień ustawy z 1995 roku⁴².

Podstawowym warunkiem jest wyrażenie swobodnej i świadomej zgody na interwencję medyczną przez osobę, której ma ona dotyczyć. Osoba taka przed dokonaniem interwencji ma otrzymać odpowiednie informacje o jej celu i naturze, a także o konsekwencjach i ryzyku. Osoba poddawana interwencji medycz-

⁴² M. Safjan, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, s. 12 i n.

nej może również w każdej chwili swobodnie wycofać zgodę (art. 5 konwencji, art. 13 protokołu). Analogiczne rozwiązanie wynika z art. 12 ust. 5–8 ustawy z 2005 roku. Obiektywizm informacji i możliwość podjęcia przemyślanej decyzji przez dawcę ma zapewnić udzielenie informacji w formie pisemnej przez lekarza wykonującego zabieg oraz przez innego lekarza niebiorącego bezpośredniego udziału w pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządu (w przypadku kobiet ciężarnych, mogących oddać jedynie komórki i tkanki, ocena ta dotyczy również mającego narodzić się dziecka i dokonywana jest przy udziale lekarza ginekologa położnika i neonatologa). Zgoda również wymaga zachowania formy pisemnej. Kandydat na dawcę informowany jest o ryzyku i następstwach dla stanu zdrowia jego i biorcy, mogących wynikać z wycofania przez niego zgody na pobranie; kandydata na biorcę informuje się natomiast o konsekwencjach pobrania, jakie może ponieść dawca. Możliwość wycofania zgody wynika pośrednio z art. 12 ust. 8 ustawy.

Ze względu na uprawnienie dawcy do wycofania zgody w każdym czasie A. Rzepliński na gruncie konwencji wyklucza możliwość pobrania organu czy tkanki od osoby, która trwale utraciła przytomność, nawet gdyby zgodę wyraził jej przedstawiciel ustawowy. Zdaniem cytowanego autora niezbędna staje się wówczas oczekiwanie na śmierć tego dawcy. Wyjątek stanowić ma sytuacja, w której potencjalnym dawcą ma być dziecko lub osoba nieposiadająca pełnej zdolności do czynności prawnych ze względu na zaburzenia psychiczne⁴³. W myśl ustawy z 2005 roku pobranie w takim przypadku należy wykluczyć. Pobranie szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej od małoletniego nieposiadającego pełnej zdolności do czynności prawnych na rzecz rodzeństwa w sytuacji bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia, którego nie można inaczej uniknąć, jest co prawda dopuszczalne, ale za zgodą przedstawiciela ustawowego i po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego. Jeżeli małoletni kandydat na dawcę szpiku ukończył trzynaście lat, wymagana jest także jego zgoda (art. 12 ust. 2 i 3). Niezależnie od tego, czy pobrany ma być szpik, czy komórki krwiotwórcze, sąd orzeka po wysłuchaniu małoletniego i zasięgnięciu opinii biegłego psychologa (art. 12 ust. 4), co w tym przypadku jest niemożliwe.

Wskazuje się, komentując postanowienia konwencji, że skoro wycofanie zgody przez dawcę nie musi mieć formy pisemnej, wyobrażalne jest jej wycofanie w trakcie zabiegu, gdy chodzi o pobranie komórek lub tkanek. W takim przypadku, o ile przebieg pobrania to umożliwi, zabieg powinien zostać przerwany⁴⁴. Wyróżnia się ponadto sytuacje, w których dawca wycofał zgodę już po pobraniu komórki lub narządu, domagając się wszczęcia z powrotem lub nie wysuwając takiego żądania. W związku z brakiem regulacji, w doktrynie postuluje się w pierwszym przypadku poszanowanie woli dawcy, zwłaszcza że taka zmiana

⁴³ A. Rzepliński, *op. cit.*, s. 58 i n.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 59.

decyzji może wskazywać na niewłaściwą ocenę negatywnych skutków dla zdrowia dawcy, zwłaszcza dla jego stanu psychicznego, bądź na to, iż uzyskanie zgody było wadliwe (nie była ona swobodna)⁴⁵. Natomiast jeżeli dawca po pobraniu wycofuje zgodę, nie żądając jednocześnie wszczęcia sobie z powrotem organu lub tkanki, postuluje się dokonanie transplantacji, o ile biorca podtrzymuje zgodę i względy medyczne się temu nie sprzeciwiają, ze względu na priorytet potrzeby ratowania życia lub zdrowia biorcy⁴⁶. Wydaje się, że należałoby mieć na uwadze fakt, iż na gruncie konwencji zgoda wyrażana jest na dokonanie pobrania. Dlatego, w mojej ocenie, można ją odwołać najpóźniej do chwili, w której pobranie zostało zakończone. Wskazują na to racje natury językowej i celowościowej. Odrębną kwestią jest właściwa ocena poprawności wyrażonej zgody. W gestii ustawodawców krajowych pozostaje wprowadzenie mechanizmów kontrolnych o odpowiednim stopniu restrykcyjności. Wszelkie wątpliwości związane ze świadomością i swobodą towarzyszącymi wyrażeniu zgody powinny wpływać na kwalifikację danej osoby jako niezdolnej do wyrażenia zgody na pobranie organów, co uzasadnia zastosowanie regulacji z art. 20 konwencji.

Konwencja wprowadza zakaz pobierania organów lub tkanek od osoby nieposiadającej zdolności do wyrażenia świadomej i swobodnej zgody na przeprowadzenie takiej interwencji medycznej (art. 20 ust. 1 w zw. z art. 5). Na zasadzie wyjątku dopuszcza natomiast pobranie regenerujących się tkanek od osoby, która nie posiada takiej zdolności, przy łącznym spełnieniu następujących warunków: odpowiedni dawca mający zdolność do wyrażenia zgody nie jest osiągalny, biorcą jest brat lub siostra dawcy, transplantacja jest niezbędna dla ratowania życia biorcy, zgoda została wyrażona w sposób wyraźny i na piśmie, zgodnie z prawem i za zgodą właściwej instytucji oraz dotyczy konkretnego pobrania i potencjalny dawca nie zgłasza sprzeciwu (art. 20 ust. 2 konwencji; podobnie art. 14 protokołu). Określając wymaganą zgodę, konwencja zawiera odesłanie do jej art. 6 ust. 2 i 3 (art. 20 ust. 2 pkt iv). Stosownie do art. 6 ust. 2, w stosunku do małoletniego nieposiadającego 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 powinno być uwzględniane jako czynnik, którego znaczenie wzrasta w zależności od wieku i stopnia dojrzałości.

W ustawie z 2005 roku jako zasadę dotyczącą kandydatów na żywych dawców komórek, tkanek lub narządów przewidziano wymóg posiadania przez nich pełnej zdolności do czynności prawnych, oprócz konieczności dobrowolnego wyrażenia przed lekarzem pisemnej zgody na pobranie komórek, tkanek lub narządu w celu ich przeszczepienia określonego biorcy. Wymóg wskazania biorcy prze-

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

szczępu nie dotyczy pobrania szpiku lub innej regenerującej się komórki czy tkanki (art. 12 ust. 1 pkt 7).

Charakterystyczne jest jednak, że do polskiej ustawy nie wprowadzono odpowiednika art. 6 ust. 3 konwencji. Stosownie do tego przepisu, jeżeli zgodnie z obowiązującym prawem osoba dorosła nie posiada zdolności do wyrażenia zgody na interwencję z powodu zakłóceń czynności psychicznych, choroby albo innych podobnych powodów, interwencja medyczna może być przeprowadzona za zgodą jej przedstawiciela ustawowego, odpowiedniej władzy albo innej osoby lub instytucji ustanowionych w tym celu na mocy przepisów prawa. Osoba poddana interwencji medycznej powinna, jeśli jest to możliwe, uczestniczyć w podejmowaniu decyzji. Jak widać, konwencja przewiduje stosowanie jednolitego mechanizmu zarówno w stosunku do małoletnich, jak i do osób dorosłych, niezdolnych do wyrażenia zgody na interwencję medyczną z powodu zakłóceń czynności psychicznych, choroby albo innych podobnych powodów. Rozwiązanie takie, potraktowane jako swego rodzaju inspiracja dla ustawodawcy polskiego, wydaje się zasługiwać na aprobatę. Uważam, że osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych powinny mieć zarówno możliwość wyrażenia sprzeciwu co do pobrania komórek, tkanek lub narządów z ich zwłok, ponieważ pozostawienie wyłącznej kompetencji ich przedstawicielowi ustawowemu oceniam jako zbyt daleko ograniczające ich autonomię – zwłaszcza w porównaniu z sytuacją prawną małoletniego, który ukończył lat szesnaście – jak i możliwość wpływania w pewnym stopniu na dopuszczalność dokonania od nich przeszczepu za ich życia. O ile wątpliwości mogłoby budzić dopuszczenie dokonywania od nich pobrań organów, o tyle w przypadku regenerujących się komórek i tkanek skutkiem pobrania nie jest trwale okaleczenie dawcy. Wydaje się, że w przypadku regulacji dotyczącej żywych dawców zasadne byłoby jednolite traktowanie małoletnich oraz osób posiadających ograniczoną zdolność do czynności prawnych nie tylko ze względu na wiek. Już w czasie obowiązywania ustawy z 1995 roku zwracano w doktrynie uwagę na brak w polskim ustawodawstwie odpowiednika art. 6 ust. 2 i ust. 3 konwencji⁴⁷. Zdaniem M. Safjana, ratyfikacja konwencji otwiera możliwość stosowania dyrektywy interpretacyjnej, nakazującej uwzględnianie stanowiska małoletniego dotyczącego interwencji medycznej stosownie do jego wieku i stopnia dojrzałości, niemniej jednak w pełni podzielam pogląd tego autora, że zasadne byłoby wyraźne wyrażenie jej w przepisach ustawy⁴⁸. Podobnie zasadny jest postulat dotyczący wprowadzenia do polskiego ustawodawstwa dyrektywy ogólnej przyznającej osobie dorosłej, niezdolnej do wyrażenia zgody, roli w procesie decydowania o interwencji medycznej, jeśli jest to możliwe w określonych okolicznościach⁴⁹. Status osób ubezwłasnowolnionych, zwłaszcza częściowo, był zda-

⁴⁷ M. Safjan, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, s. 12 i n.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 13.

niem M. Safjana regulowany przez mało klarowne i niespójne przepisy⁵⁰. Trudno przyjąć, że uległo to zmianie w obowiązującym stanie prawnym.

Zwrócono już w literaturze uwagę, że konwencja nie określa niestety charakteru, jaki ma opinia małoletniego, ani roli uczestnictwa osoby dorosłej, niezdolnej do wyrażenia zgody w podejmowaniu decyzji⁵¹. W szczególności otwarte pozostaje pytanie, czy sprzeciw takiej osoby uniemożliwia podjęcie decyzji, czy jest to kompetencja do samodzielnego wyrażania zgody⁵². Negatywnie oceniane jest także pozostawienie przez konwencję państwom członkowskim swobody w określeniu zakresu podmiotów upoważnionych do wyrażania substytucyjnej zgody. Brak warunku kontroli procesu podejmowania decyzji oceniany jest jako niegwarantujący ochrony praw pacjenta⁵³.

Niezgodność regulacji ustawowych z konwencją polega na tym, że w mniejszym stopniu chroniona jest autonomia potencjalnych dawców. Była już mowa o tym, że konwencja za jeden z warunków dopuszczalności przeszczepu, oprócz zgody odpowiedniego podmiotu, uznaje niewyrażenie sprzeciwu przez dawcę, będącego osobą niezdolną do wyrażenia zgody (art. 20 ust. 2 pkt v). Natomiast ustawa z 2005 roku, podobnie jak jej poprzedniczka, w odniesieniu do osób niemających pełnej zdolności do czynności prawnych wprowadza wymóg uzyskania zgody wyłącznie od małoletniego, jeżeli ukończył on lat 13, i to tylko w odniesieniu do pobrania szpiku (art. 12 ust. 3 zd. 2, podobnie art. 9 ust. 3 zd. 2 ustawy z 1995 roku). Na niespójność tę zwracano już uwagę w literaturze⁵⁴, co niestety nie wpłynęło na ustawodawcę.

Przejawem silniejszej ochrony potencjalnych dawców na gruncie konwencji jest także to, że dla dopuszczalności pobrania regenerujących się tkanek od osoby niezdolnej do wyrażenia zgody niezbędne jest stwierdzenie braku innego dawcy zdolnego do wyrażenia zgody (art. 20 ust. 2 pkt i).

Zgoda dawcy na pobranie od niego komórek, tkanek czy narządu obejmuje cel, w którym mogą one zostać użyte – mają być wykorzystane do przeszczepienia. O ile konwencja biomedyczna zawiera przepis dotyczący możliwości przechowywania i wykorzystania części ciała ludzkiego dla innych celów niż te, dla których zostały pobrane (podobnie protokół w art. 20 ust. 1), o tyle ustawa z 1995 roku nie zawierała analogicznego przepisu. Obecnie art. 21 ustawy w zasadzie powtarza w nieco zmienionej formie regulację konwencyjną (art. 22), wymagając dla takiego działania uzyskania zgody dawcy lub jego przedstawiciela ustawowego.

Przy pobieraniu komórek, tkanek lub narządów od żywych dawców zasadą jest istnienie określonej relacji między dawcą a biorcą. Pobranie komórki, tkanki lub narządu może zostać dokonane na rzecz krewnego w linii prostej, rodzeństwa,

⁵⁰ *Ibidem*, s. 12.

⁵¹ M. Safjan, K. Zaradkiewicz, *op. cit.*, s. 222.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, s. 223.

⁵⁴ M. Safjan, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, s. 17.

osoby przysposobionej lub małżonka oraz – z zastrzeżeniem art. 13 – na rzecz innej osoby, jeżeli uzasadniają to szczególne względy osobiste (art. 12 ust. 1 pkt 1). Jedynie pobranie szpiku lub innych regenerujących się komórek lub tkanek może nastąpić również na rzecz innej osoby niż wymienione (art. 12 ust. 1 pkt 2). Podstawowymi wymogami, oprócz medycznego uzasadnienia transplantacji i istnienia więzi pokrewieństwa, przysposobienia lub małżeństwa, są więc – w odniesieniu do dawcy: posiadanie przez niego pełnej zdolności do czynności prawnych, spełnienie wobec niego obowiązków informacyjnych oraz dobrowolne wyrażenie przez niego wobec lekarza pisemnej zgody na pobranie i określenia biorcy (przy uwzględnieniu wyjątku z art. 12 ust. 1 pkt 7 *in fine*), a wobec biorcy – poinformowanie go o ryzyku związanym z pobraniem komórek, tkanek lub narządu oraz o możliwych następstwach dla stanu zdrowia dawcy i wyrażenie przez niego zgody na przyjęcie komórek, tkanek lub narządu od tego dawcy, przy czym wymóg zgody na przyjęcie od określonego dawcy nie dotyczy szpiku lub innych regenerujących się komórek, tkanek lub narządu (art. 12 ust. 1 pkt 9). Ustawa nie reguluje przypadku, w którym niemożliwe jest uzyskanie zgody biorcy (na przykład dlatego, że jest on nieprzytomny), a dokonanie przeszczepu jest niezbędne. Zastosowanie znajdują wówczas przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (art. 34 ust. 7).

Jedynie w przypadku, gdy zachodzi bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, któremu nie można zapobiec w inny sposób niż przez dokonanie przeszczepu szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej, dawcą na rzecz rodzeństwa może być również małoletni, jeżeli nie spowoduje to dającego się przewidzieć upośledzenia sprawności organizmu dawcy (art. 12 ust. 2). 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 właściwego ze względu na miejsce zamieszkania kandydata na dawcę. W przypadku, gdy dawcą szpiku jest małoletni powyżej 13 lat, wymagana jest także jego zgoda (art. 12 ust. 3). Podmioty uprawnione do złożenia wniosku oraz termin jego rozstrzygnięcia przez sąd zostały określone w art. 13 ust. 4 i 5. W porównaniu z obowiązującą poprzednio ustawą, obecnie w sytuacji zagrożenia życia dopuszczalne jest pobranie od małoletniego nie tylko szpiku, ale także komórek krwiotwórczych krwi obwodowej (art. 9 ust. 2 ustawy z 1995 roku). Zawężony został jednak krąg podmiotów, na rzecz których takie pobranie może nastąpić. Według art. 9 ust. 2 ustawy z 1995 roku pobranie mogło nastąpić na rzecz wstępnych, zstępnych i rodzeństwa, obecnie wyłącznie na rzecz rodzeństwa. Zmiana ta wydaje się wyrazem dostosowania regulacji ustawowych do postanowień konwencji biomedycznej.

Pobranie komórek, tkanek lub narządu od żywego dawcy na rzecz osoby niespełniającej wymogu pokrewieństwa, niezwiązanej więzami przysposobienia ani małżeństwa jest dopuszczalne, jeżeli uzasadniają to szczególne względy osobiste (art. 12 ust. 1 pkt 1). Wymaga ono zgody sądu rejonowego właściwego ze względu

du na miejsce zamieszkania lub pobytu dawcy, wydanego w postępowaniu nieprocesowym, po wysłuchaniu wnioskodawcy oraz po zapoznaniu się z opinią Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej (art. 13 ust. 1), przy czym przepis ten nie dotyczy pobrania szpiku i innych regenerujących się komórek lub tkanek (art. 13 ust. 2), których pobranie może nastąpić również na rzecz innej osoby niż krewny w linii prostej, rodzeństwo, osoba przysposobiona lub małżonek (art. 12 ust. 1 pkt 2). W ustawie z 1995 roku osoba niezwiązana wymienionymi więzami rodzinnymi z dawcą określana była mianem „osoby bliskiej dawcy” (art. 10 ust. 1). Zmiana o charakterze merytorycznym polega na obowiązku zasięgnięcia przez sąd opinii Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej, która nie była wymagana na gruncie przepisu art. 10 ust. 1 ustawy z 1995 roku. Do wniosku kandydata na dawcę, wszczynającego postępowanie, należy dołączyć pisemną zgodę biorcy na pobranie komórek, tkanek lub narządu od tego dawcy (art. 13 ust. 3 pkt 1, wcześniej art. 10 ust. 3 ustawy z 1995 roku), opinię Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej oraz orzeczenie kierownika zespołu lekarskiego mającego dokonać przeszczepienia o zasadności i celowości wykonania zabiegu (art. 13 ust. 3 pkt 2–3). Na gruncie ustawy z 1995 roku oprócz wymienionej zgody dołączyć należało orzeczenie lekarza mającego dokonać przeszczepu o zasadności i celowości przeszczepu oraz spełnieniu określonych warunków (art. 10 ust. 3). Z przedstawionych regulacji wynika, że niezbędnymi wymogami dla dokonania przeszczepu od żywego dawcy jest posiadanie przez niego pełnej zdolności do czynności prawnych oraz istnienie więzów rodzinnych między dawcą i biorcą. Jedynie przy pobraniu szpiku i innych regenerujących się tkanek nie mają one znaczenia. Mimo braku takich powiązań możliwa jest transplantacja komórek, tkanek lub narządu na rzecz innej osoby, jeżeli przemawiają za tym względy osobiste. Niezbędne jest wówczas uzyskanie zgody sądu, zasięgającego opinii Komisji Etycznej Krajowej Rady Transplantacyjnej. W przypadku gdy potencjalnym dawcą ma być małoletni (nieposiadający pełnej zdolności do czynności prawnych), przy spełnieniu odpowiednich wymogów możliwe jest pobranie wyłącznie szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej tylko na rzecz rodzeństwa, za zgodą przedstawiciela ustawowego po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego i – jeśli chodzi o szpik – dodatkowo zgody małoletniego, jeśli ukończył on lat trzynaście. Jak z tego wynika, zgoda przedstawiciela ustawowego i – lub tylko – zgoda sądu wymagane są wówczas, gdy nie zostaje spełniony wymóg posiadania przez dawcę pełnej zdolności do czynności prawnych lub gdy dawca mający taką zdolność nie jest związany z biorcą więzami rodzinnymi, a chodzi o pobranie nieregenerujących się komórek, tkanek lub narządu. Zgoda dodatkowego podmiotu lub podmiotów, zamiast bądź oprócz zgody potencjalnego dawcy i oprócz zgody biorcy ma zatem służyć z jednej strony zapewnieniu ochrony dawcy, wobec którego planowane jest pobranie (jak w przypadku małoletniego), z drugiej natomiast ma zapewnić przeprowadzenie kontroli, czy określona komórka, tkanka lub narząd o nieregenerującym się charakterze oddawane są z przyczyn altruistycznych,

a nie wbrew obowiązującemu zakazowi handlu organami⁵⁵. Wydaje się, że można byłoby rozważyć *de lege ferenda* wprowadzenie dopuszczalności pobierania regenerujących się komórek, tkanek lub narządów od osób ubezwłasnowolnionych częściowo przy zastosowaniu analogicznego mechanizmu ich ochrony. Według obowiązującego stanu prawnego małoletni niemający pełnej zdolności do czynności prawnych może zostać dawcą – co prawda tylko szpiku i komórek krwiotwórczych krwi obwodowej – jeżeli nie ukończył lat trzynastu, to niezależnie od swego stanowiska w tej kwestii, natomiast osoba ubezwłasnowolniona częściowo nie może oddać tego rodzaju regenerujących się komórek i tkanek nawet swojemu krewnemu w linii prostej, rodzeństwu, osobie przysposobionej czy małżonkowi, nie wspominając o innej osobie, nawet jeżeli uzasadniałyby to łączące ich więzi osobiste. Gdyby założyć, że owo rozwiązanie jest wynikiem w pełni przemyślanego zabiegu ustawodawczego, to zastanawia fakt, iż autorzy komentujący zmiany wywołane wejściem w życie nowej ustawy transplantacyjnej oceniają je jako motywowane dobrem małoletniego⁵⁶, nie wypowiadając się na temat tak daleko posuniętej „ochrony” osób ubezwłasnowolnionych, czy też tak skrajnego ograniczenia ich autonomii. Dodać można, że regulacje medyczne są przez przedstawicieli doktryny generalnie oceniane jako niestanowiące przejawu szczytowego osiągnięcia legislacyjnego⁵⁷. W dawniejszej literaturze postulowano wprowadzenie zakazu przeszczepów od „osób, które nie posiadają całkowitej możliwości decydowania o sobie (nieletnich, ubezwłasnowolnionych i więźniów)”⁵⁸. Zdecydowanym przeciwnikiem dopuszczalności przeszczepów *ex vivo* zarówno od osób, które nie osiągnęły pełnoletności, jak i od ubezwłasnowolnionych całkowicie lub częściowo, jest M. Sośniak. W opinii tego autora osoby ubezwłasnowolnione „nie nadają się w żadnym wypadku na dawców”⁵⁹. Można się jednak zastanawiać, czy nie należałoby przyjąć pewnego zróżnicowania, opartego na tym, czy dane komórki, tkanki lub narządy mają charakter regenerujący się. Obecnie wyraźna jest tendencja do poszerzania autonomii tych podmiotów, przy zastosowaniu odpowiednich mechanizmów ochronnych. Postulować więc można *de lege ferenda* zmianę obowiązującej regulacji i wzorowanie się pod tym względem na konwencji biomedycznej. Wydaje się, że wprowadzenie takiej zmiany mogłoby stworzyć formalnoprawne warunki umożliwiające pełniejsze urzeczywistnienie idei daw-

⁵⁵ Zasadę honorowego dawstwa organów przewidują: art. 21 Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie; pkt 19, art. 12 dyrektywy 2004/23/WE; art. 3 ust. 1 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów.

⁵⁶ M. Paszkowska, *Transplantacje w świetle nowej ustawy*, cz. II, „Ogólnopolski Przegląd Medyczny” 2007, nr 5, s. 52.

⁵⁷ T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, s. 79; M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 40. Zob. jednak: M. Paszkowska, *op. cit.*, s. 54.

⁵⁸ M. Sośniak, *Zagadnienia prawne przeszczepów*, s. 219 i 232.

⁵⁹ M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, s. 207; *idem*, *Z cywilistycznej problematyki przeszczepów*, PiP 1973, nr 3, s. 36.

stwa organów, deklarowanej zarówno w aktach europejskich⁶⁰, jak i na gruncie krajowym⁶¹. Co prawda, jak stanowi dyrektywa 2004/23/WE w punkcie 22, ani Karta Praw Podstawowych, ani Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie nie zabraniają państwom członkowskim stosowania bardziej rygorystycznych wymogów w ustawodawstwie krajowym. W mojej ocenie rozwiązania poszerzające zakres autonomii przy wprowadzeniu odpowiednich mechanizmów kontrolnych stanowiłyby przejaw pełniejszej implementacji postanowień dyrektywy, zalecającej państwom członkowskim podejmowanie kroków mających na celu zachęcenie znakomitej większości społeczeństwa oraz sektora niedochodowego do zaangażowania się w świadczenie usług związanych ze stosowaniem tkanek i komórek oraz odnośnych badań i rozwoju⁶², zwłaszcza że w aktach prawnych zwraca się uwagę na to, iż populacja dawców maleje⁶³. Jest to o tyle istotne, że projekt ustawy nowelizującej ustawę o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów oraz o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny⁶⁴ – podobnych zmian nie zawiera.

Istotne w związku z powyższym są postanowienia określające stosunek konwencji do innych przepisów. Zgodnie z art. 26 ust. 1 konwencji jedynymi dopuszczalnymi ograniczeniami w wykonywaniu praw i gwarancji zawartych w konwencji mogą być ograniczenia określone przez prawo, które są konieczne w demokratycznym społeczeństwie do ochrony bezpieczeństwa publicznego, zapobiegania przestępczości, ochrony zdrowia publicznego albo ochrony praw i wolności innych osób. Jednakże ograniczenia takie są niedopuszczalne w odniesieniu między innymi do art. 19 i 20, dotyczących pobierania organów i tkanek od żyjących dawców dla celów transplantacji. Przepis art. 20 ust. 2 pkt iv odsyła natomiast do całego art. 6 ust. 3, a więc również do sformułowanego w końcowej części tego ostatniego przepisu uprawnienia osoby dorosłej, nieposiadającej prawnej zdolności do wyrażenia zgody na interwencję medyczną z powodu zakłóceń czynności psychicznych, choroby albo innych podobnych powodów, do uczestnictwa w podejmowaniu takiej decyzji, o ile jest to możliwe.

Co prawda art. 27 konwencji zezwala jej stronom na przyznanie dalej idącej ochrony w dziedzinie zastosowań biologii i medycyny niż ochrona konwencyjna, wydaje się jednak, że całkowitego pozbawienia osób ubezwłasnowolnionych czę-

⁶⁰ Punkt 18–19 dyrektywy 2004/23/WE; preambuła protokołu dodatkowego do konwencji biomedycznej.

⁶¹ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 13 czerwca 2008 r. w sprawie akceptacji transplantacji jako metody leczenia; „Nadprzyrodzony krwiobieg miłości” Słowo biskupów polskich w sprawie przeszczepiania narządów z 23 września 2007 r., http://www.p-t-t.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=1&Itemid=48.

⁶² Punkt 18 dyrektywy 2004/23/WE.

⁶³ Punkt 15 dyrektywy 2004/23/WE; Apel Walnego Zebrania Polskiego Towarzystwa Transplantacyjnego z dnia 15 maja 2007 r., http://www.p-t-t.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=1&Itemid=48.

⁶⁴ Przekazany do uzgodnień zewnętrznych 27 kwietnia 2007 r.

ściowo możliwości zostania dawcą za życia nie powinno się kwalifikować jako przejawu skorzystania z tego upoważnienia. Czy sytuacja, w której podmioty te posiadałyby wpływ na tego rodzaju decyzję, podejmowaną za zgodą ich przedstawicieli ustawowych, odpowiedniej władzy albo innej osoby lub instytucji, stanowiłaby przejaw ich niewystarczającej ochrony? Czy dalej posuniętą ochronę stanowi wykluczenie ich autonomii pod tym względem? Wydaje się, że twierdząca odpowiedź na powyższe pytania może budzić wątpliwości.

Konwencja biomedyczna, ze względu na to, iż zawiera regulacje dotyczące praw, wolności i obowiązków określonych w konstytucji i dotyczy spraw, dla których przewidziana jest regulacja ustawowa, wymaga ratyfikacji w formie ustawy⁶⁵. Postanowienia ratyfikowanej umowy międzynarodowej, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej stanowią część krajowego porządku prawnego i są bezpośrednio stosowane, o ile ich stosowanie nie jest uzależnione od wydania ustawy⁶⁶. W przypadku konwencji będzie to jednak często niezbędne z uwagi na ogólnikowy charakter jej postanowień, wymagający doprecyzowania w ustawie. Gdyby regulacji krajowych nie dało się pogodzić z konwencją, postanowienia konwencji powinny być stosowane z pierwszeństwem przed ustawą⁶⁷. Jednak ze względu na wagę regulowanych kwestii istotne wydaje się, aby polskie ustawodawstwo było dostosowane do regulacji konwencyjnych po to, by wyeliminować wszelkie wątpliwości interpretacyjne, tym bardziej że od przyjęcia tekstu konwencji do uchwalenia nowej ustawy transplantacyjnej minęło dziewięć lat.

Podsumowując – wydaje się, że regulacje krajowe w dziedzinie transplantologii wywołują szereg istotnych wątpliwości. Zwłaszcza daje się zaobserwować brak generalnej koncepcji ustawodawcy w kwestii zakresu autonomii osób ubezwłasnowolnionych. Uważam, że zasadne byłoby wprowadzenie możliwości wpływania przez osoby ubezwłasnowolnione częściowo na dopuszczalność przeszczepów *ex mortuo*, a także rozważenie, czy osobom takim nie stworzyć możliwości zostania dawcą za życia, zwłaszcza na rzecz osób powiązanych z nimi więzami rodzinnymi czy stosunkiem bliskości, w szczególności gdy chodzi o regenerujące się komórki, tkanki czy narządy – przy wprowadzeniu odpowiednich mechanizmów kontrolnych, służących zagwarantowaniu poprawności wyrażenia przez nie zgody.

⁶⁵ Art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 ustawy z 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁶⁶ Art. 91 ust. 1 Konstytucji.

⁶⁷ Art. 91 ust. 2 Konstytucji.