



Natalia Karczewska-Kamińska*

Uniwersytet Mikołaja Kopernika

OCHRONA OSÓB MAŁOLETNIICH I NIEZDOLNYCH DO WYRAŻENIA ZGODY NA INTERWENCJĘ MEDYCZNĄ W PRAWIE COMMON LAW (ANGLO-AMERYKAŃSKIM)

Zasadą w prawie medycznym jest autonomia woli pacjenta, jego prawo do decydowania o nienaruszalności swojej osoby, o swoim życiu i zdrowiu, o podaniu się leczeniu lub odmowie leczenia. Przewidują to ustawodawstwa wielu państw, akty prawa międzynarodowego, Rady Europy, Parlamentu Europejskiego (konwencje, rezolucje, rekomendacje, dyrektywy, deklaracje i karty praw pacjenta, kodeksy zdrowia publicznego, kodeksy etyki lekarskiej). Lekarz może dokonać interwencji medycznej tylko za zgodą pacjenta. Ponieważ zgoda musi być „poinformowana”, uświadomiona, to wspomniana zasada odnosi się przede wszystkim do osób dorosłych zdolnych do wyrażenia takiej zgody, kompetentnych. Liczną grupę pacjentów stanowią jednak małoletni oraz osoby dorosłe niezdolne (z różnych powodów – przemijających lub trwałych) do wyrażenia świadomej zgody, których prawa muszą być respektowane, również – w możliwie największym stopniu – prawo do autonomii woli. Aby zapewnić jak najlepszą ochronę tych praw, przyjmuje się szczególne regulacje prawne. Czasem zgody zastępczej udziela przedstawiciel ustawowy pacjenta czy osoba bliska, która powinna podjąć decyzję najbardziej zbliżoną do tej, którą podjąłby sam pacjent, gdyby był do tego zdolny; niekiedy potrzebne jest orzeczenie sądu, często też przywołuje się kryterium „najlepszego interesu” pacjenta. W niniejszym artykule zostały przedstawione rozwiązania przyjęte w prawie *common law* na przykładzie prawa angielskiego i amerykańskiego.

Prawo *common law*, które wywodzi się z Anglii, jest w znacznym stopniu oparte na precedensach, czyli rozstrzygnięciach sądowych dokonywanych przez najwyższe instancje. Sędziowie nie piszą prawa, lecz poprzez precedensy faktycznie prawo tworzą (*judge-made law*)¹. Jeśli nawet są uchwalane ustawy (w Anglii głównie ze względu na dostosowanie prawa do prawa unijnego i wyroków

* n_karczewska@umk.pl

¹ Por. A. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 1999, s. 56 i nn.

Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a w USA ustawy federalne), to i tak w praktyce ważniejszą rolę odgrywają orzeczenia sądowe, oparte na przepisach ustawowych. To ma miejsce również w prawie medycznym Anglii i USA, z tym że w prawie amerykańskim istnieją podobieństwa, lecz również różnice pomiędzy stanowymi ustawami i rozstrzygnięciami sądów². W pewnym stopniu ujednolicenia dokonuje Sąd Najwyższy USA.

I. Prawo angielskie

1. W prawie angielskim poddawanie osób dorosłych niezdolnych do wyrażenia zgody (*incompetent adults*) interwencjom medycznym reguluje Mental Capacity Act 2005 (MCA)³. Na tej podstawie pacjentowi można udzielić świadczeń, które są w jego najlepszym interesie (*best interests*)⁴. Ponadto osoby, które mają zdolność do podejmowania decyzji, mogą złożyć – na wypadek utraty tej zdolności – oświadczenie *pro futuro*, tzw. dyrektywy antycypowane (*advance decisions, advance directives*) odmawiające zgody na leczenie lub udzielić zaufanej osobie specjalnego pełnomocnictwa (*lasting power of attorney, LPA*). Mental Capacity Act umożliwi także sądowi wyznaczenie osoby lub osób (*deputies*), które będą podejmować decyzje w imieniu niekompetentnego pacjenta⁵. Należy jednak pamiętać o s. 27 MCA, który wskazuje, na co nie można wyrazić zgody w imieniu osoby, która sama nie jest do tego zdolna (np. procedury odnoszące się do prokreacji medycznie wspomaganey przewidziane w Human Fertilisation and Embryology Act 1990)⁶.

2. Podstawową zasadą jest domniemanie, że pacjent ma zdolność do decydowania we własnych sprawach i wyrażania (lub nie) zgody na leczenie, chyba że zostanie udowodniony brak zdolności. Wyraźnie stanowi o tym s. 1(2) MCA. Ciężar dowodu braku zdolności spoczywa na lekarzu. Wystarczy jednak wykazać, że jest bardziej prawdopodobne, iż pacjent nie ma zdolności niż to, że ją ma (*the balance of probabilities*)⁷.

O braku zdolności w rozumieniu MCA mówimy, gdy pacjent jest pozbawiony tej zdolności w określonym czasie z powodu upośledzenia lub zaburzeń w funkcjonowaniu mózgu (s. 2(2) MCA), tj. gdy jest dotknięty jakimś upośledzeniem lub

² Zob. W. Wadlington, J.R. Waltz, R.B. Dworkin, *Law and Medicine*, Mineola, N.Y. 1980.

³ MCA 2005 ma zastosowanie do osób, które ukończyły 16 lat.

⁴ Zasada najlepszego interesu była stosowana i ugruntowana w *common law* już przed 2005 r. Obecnie znajduje swoje potwierdzenie w ustawie. Zob. np.: Re MB (Medical Treatment) [1997], 2 FLR 426, CA; Re A (Male Sterilisation) [2000], 1 FLR 549; Re S (Sterilisation: Patient's Best Interests) [2000], 2 FLR 389; Re F (Adult Patient: Sterilisation) [2001], Fam 15.

⁵ J. Herring, *Medical Law and Ethics*, 4th ed., Oxford 2012, s. 153.

⁶ Zob. też MCA 2005, s. 28 i 29.

⁷ Department for Constitutional Affairs (DCA), *Mental Capacity Act 2005. Code of Practice*, London 2007, s. 44, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/497253/Mental-capacity-act-code-of-practice.pdf [dostęp: 4.03.2018].

zaburzeniem, które wpływa na pracę mózgu w taki sposób, że nie jest w stanie podjąć określonej decyzji w danym czasie. To ma miejsce, kiedy pacjent nie rozumie informacji (*relevant information*) o decyzji, która ma być podjęta (o istocie tej decyzji, dlaczego ma być podjęta i o konsekwencjach podjęcia takiej, a nie innej decyzji lub niepodjęcia jej w ogóle), nie jest w stanie przyswoić i zapamiętać informacji ani też nie potrafi odpowiednio ich ocenić i wykorzystać przy podejmowaniu decyzji⁸ albo nie jest w stanie zakomunikować w jakikolwiek sposób swojej decyzji (s. 3(1) MCA). W *Code of Practice* podaje się przykłady dysfunkcji mogących powodować brak zdolności. Są to m.in. stany związane z niektórymi chorobami psychicznymi, demencja, poważne trudności w uczeniu się, długotrwałe skutki uszkodzenia mózgu, delirium, wstrząs mózgu, objawy spowodowane stosowaniem narkotyków czy alkoholu⁹.

Nie wystarczy zatem, że lekarz wykaże jedynie, iż pacjent nie jest w stanie podjąć/wyrazić decyzji w swoim imieniu, ale że nie może tego zrobić na skutek upośledzenia lub zaburzeń w funkcjonowaniu mózgu, a więc w sytuacji, gdy pacjent bez żadnej dysfunkcji umysłowej odmawia leczenia, bo głęboko wierzy, że Bóg go uzdrowi, nie może zostać uznany za niezdolnego do wyrażenia zgody, nawet gdy lekarze podnoszą, że nie zrozumiał prawidłowo swojej sytuacji¹⁰.

Ocena musi odnosić się do zdolności do podjęcia decyzji w konkretnej sprawie, w czasie, w którym decyzja miała zostać podjęta, a nie do zdolności do podejmowania decyzji w ogóle. W związku z tym brak zdolności nie musi być trwały. Nie musi być też całkowity. Może się okazać, że osoba będzie zdolna wyrazić zgodę na prostą interwencję, jednak nie będzie zdolna, aby podjąć decyzję co do poważniejszej operacji. Należy jednak pamiętać, że pacjent nie powinien być traktowany jako niezdolny do podjęcia decyzji dopóty, dopóki nie zostaną zastosowane wszystkie możliwe środki, aby mu w tym pomóc (s. 1(3) MCA)¹¹. Podobnie nie może być uznany za niezdolnego tylko dlatego, że jego decyzja jest nierozsądna (s. 1(4) MCA).

Gdy osoba jest niezdolna do wyrażenia zgody i wymaga leczenia, należy ustalić, czy: 1) złożyła wcześniej skuteczne oświadczenie *pro futuro* odmawiające leczenia na podstawie s. 24 MCA. Jeśli tak, to powinno zostać uszanowane; 2) udzieliła komuś odpowiedniego pełnomocnictwa (LPA). W takim przypadku to pełnomocnik może podjąć decyzję dotyczącą leczenia; 3) został wyznaczony pełnomocnik (*deputy*) przez sąd; pełnomocnik taki może decydować w niektórych sprawach. Jeśli nie zachodzi żadna z powyższych okoliczności, należy odpowiedzieć na pytanie, czy interwencja medyczna jest w najlepszym interesie pacjenta¹².

⁸ Zob. sprawę: *Local Authority v E* [2012], EWHC 1639 (COP).

⁹ DCA, *Mental Capacity Act...*

¹⁰ J. Herring, *Medical Law...*, s. 158.

¹¹ Tamże, s. 157.

¹² Tamże, s. 176.

3. Zgodnie z s. 24 MCA tylko osoba, która ukończyła 18 lat i jest zdolna do podejmowania decyzji, może złożyć oświadczenie o odmowie zgody na podjęcie lub kontynuację określonego leczenia, w określonych okolicznościach, na wypadek utraty zdolności do wyrażania zgody (tzw. dyrektywa antycypowana). Dotyczy to tylko odmowy zgody. Nie można składać dyrektyw antycypowanych w postaci żądań. Taka dyrektywa nie może stanowić podstawy do tego, aby zmusić lekarza do podjęcia określonego leczenia¹³. Ponadto oświadczenie takie ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy pacjent stanie się niezdolny do wyrażenia zgody, a więc gdyby np. kobieta w takim oświadczeniu nie wyraziła zgody na cesarskie cięcie, a w momencie, kiedy zabieg byłby niezbędny, była kompetentna i zgadzała się na zabieg, to wcześniejsze oświadczenie nie miałoby znaczenia.

Istotne jest, że dyrektywa antycypowana musi być złożona na przyszłość, ale w odniesieniu do sprecyzowanych okoliczności medycznych. Należy w niej zatem określić, jakich okoliczności i jakiego leczenia dotyczy sprzeciw¹⁴. Można ją złożyć w dowolnej formie, nawet ustnej, chyba że dotyczy odmowy zgody na leczenie ratujące życie. W takim wypadku, zgodnie z s. 25 MCA, jest konieczna forma pisemna z podpisem pacjenta złożonym w obecności osoby trzeciej, która również podpisuje oświadczenie w obecności pacjenta.

Dyrektywa będzie nieważna w kilku przypadkach: 1) jeśli pacjent ją odwoła (s. 25(2)(a) MCA) (odwołać lub zmienić dyrektywę można w dowolnym czasie, pod warunkiem że pacjent będzie w danym momencie do tego zdolny); 2) jeśli po złożeniu oświadczenia ustanowi pełnomocnictwo (LPA) do wyrażenia lub odmowy zgody na leczenie, którego dotyczyło oświadczenie (s. 25(2)(b) MCA); 3) jeśli pacjent zrobi cokolwiek, co jest wyraźnie sprzeczne z wytycznymi zawartymi w dyrektywie (s. 25(2)(c) MCA). Co do ostatniej przesłanki, przykładem może być sprawa *HE v A Hospital NHS Trust* [2003] (EWHC 1017 (Fam)), w której pacjentka potrzebowała transfuzji krwi. Wcześniej jednak złożyła oświadczenie *pro futuro*, w którym nie zgadzała się na transfuzję, nawet gdyby groziło jej to śmiercią. W momencie składania oświadczenia była świadkiem Jehowy. Sąd zaznaczył, że dowody (zwłaszcza fakt, że jest zaręczona z muzułmaninem) wskazują, iż pacjentka nie jest już aktywnym świadkiem Jehowy, a co za tym idzie, jej decyzja odnośnie do transfuzji mogłaby być inna. Biorąc pod uwagę to oraz inne okoliczności, uznał, że wcześniejsze oświadczenie powinno zostać pominięte. Wskazuje się, że choć sprawa została rozstrzygnięta, zanim MCA wszedł w życie, to obecnie rozstrzygnięcie wydane na podstawie tej ustawy mogłoby być podobne¹⁵. Pojawia się jednak w związku z tym szereg wątpliwości.

W omawianej sprawie sąd podkreślił, że w przypadku leczenia ratującego życie, jeśli pojawiają się wątpliwości co do zastosowania i skuteczności wyrażonego wcześniej oświadczenia *pro futuro*, należy przyjąć domniemanie na korzyść

¹³ Zob. sprawę: *R (on the application of Burke) v General Medical Council* [2005], EWCA Civ 1003.

¹⁴ M. Syska, *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013.

¹⁵ J. Herring, *Medical Law...*, s. 177.

ratowania życia. Mental Capacity Act takiego domniemania nie zawiera wprost, chociaż sądy mogą ostrożnie podchodzić do oświadczeń *pro futuro* odmawiających zgody na leczenie, jeżeli istnieją okoliczności wskazujące, że pacjent zmienił zdanie. Zwłaszcza w kontekście budzących pewne zastrzeżenia s. 2(4) oraz cyt. s. 25(2)(c) MCA, które pozostawiają szeroki margines swobody w ocenie, czy nie zachodzą przesłanki umożliwiające odstępianie od wyrażonej wcześniej decyzji pacjenta. Zgodnie z s. 2(4) MCA dyrektywy antycypowanej nie uwzględnia się w stosunku do danej interwencji medycznej, jeśli ta interwencja nie jest określona w oświadczeniu, nie występują inne okoliczności wskazane w oświadczeniu lub gdy są uzasadnione podstawy, by sądzić, że istnieją okoliczności, których pacjent nie przewidział w chwili składania oświadczenia, a które wpłynęłyby na jego decyzję.

4. Mental Capacity Act 2005 wprowadził nowy rodzaj pełnomocnictwa – *lasting power of attorney* (s. 9–14), odnoszący się do spraw majątkowych, jak i niemajątkowych, który można ustanowić na wypadek utraty zdolności do podejmowania decyzji. Regulacje te zastąpiły wcześniej obowiązujące przepisy Enduring Powers of Attorney Act 1985, na mocy których także było możliwe ustanowienie pełnomocnictwa, ale tylko w sprawach majątkowych¹⁶.

Pełnomocnictwa może udzielić osoba, która ukończyła 18 lat i dysponuje odpowiednią zdolnością. Ustawa przewiduje precyzyjne regulacje i formalności co do tego rodzaju pełnomocnictwa i jego rejestracji (*Schedule 1 MCA*). Jeśli któryś z wymogów nie zostanie spełniony, LPA nie będzie wywierało skutków prawnych.

Pełnomocnikiem może zostać wyłącznie osoba pełnoletnia. Pacjent może ustanowić jednego lub kilku pełnomocników, którzy będą decydować o jego leczeniu. Jeśli jest kilku pełnomocników, wszyscy muszą decydować łącznie (tzn. wszyscy muszą zgodnie podjąć określoną decyzję), chyba że co innego zastrzeżono w pełnomocnictwie. Pełnomocnictwo (LPA) można także odwołać w dowolnym czasie (pod warunkiem że pacjent jest do tego zdolny).

Gdy LPA zostało właściwie ustanowione i nie pominięto żadnych formalności, pełnomocnik może podejmować decyzje w imieniu pacjenta. Jednak w odniesieniu do interwencji medycznych swoboda pełnomocnika podlega istotnym ograniczeniom. Jest on zobowiązany do podjęcia decyzji, które będą w najlepszym interesie pacjenta zgodnie z s. 4 MCA. Nie może podjąć decyzji, która nie będzie w najlepszym interesie pacjenta, nawet gdyby był przekonany, że taką decyzję podjąłby sam pacjent. Ustawodawca zapewnił jednak pewną ochronę przed ewentualną odpowiedzialnością pełnomocnika, jeśli ten, uwzględniając s. 4 MCA, żywił rozsądne przekonanie, że decyzja przez niego podjęta była w naj-

¹⁶ Zob. M. Brazier, E. Cave, *Medicine, Patients and the Law*, 5th ed., London 2011, s. 163–164.

lepszym interesie pacjenta¹⁷. Co istotne, pełnomocnik nie może decydować o leczeniu ratującym życia, jeżeli nie został do tego wyraźnie upoważniony w LPA¹⁸.

5. Mental Capacity Act 2005 w s. 15–21 reguluje wyjątkowe przypadki ustanowienia przedstawiciela upoważnionego do podejmowania decyzji dotyczących zarówno spraw osobistych, jak i majątkowych pacjenta¹⁹. Sąd opiekuńczy, ustanawiając przedstawiciela, powinien rozważyć, czy jest to w najlepszym interesie pacjenta (s. 4 MCA), a ponadto, że pierwszeństwo przed ustanowieniem przedstawiciela ma rozstrzygnięcie sprawy orzeczeniem sądu oraz że zakres przyznaných przedstawicielowi uprawnień oraz czas ich trwania nie powinien być zbyt szeroki, lecz ograniczony stosownie do okoliczności. Może wobec tego powstać pytanie, jaki jest sens ustanawiania takiego przedstawiciela, skoro sąd opiekuńczy zawsze może wydać odpowiednie rozstrzygnięcie w sprawach wątpliwych. Maciej Syska wskazuje, że chodzi zwykle o sytuacje, gdy istnieje potrzeba wielokrotnego podejmowania decyzji w imieniu osoby niezdolnej do wyrażenia zgody, a brak jest pełnomocnika ustanowionego przez nią samą. W takiej sytuacji podejmowanie wielu jednostkowych decyzji przez sąd byłoby niepraktyczne i mogłoby powodować opóźnienia w prowadzeniu spraw pacjenta²⁰.

Potrzebę ustanowienia przedstawiciela przez sąd ilustruje wyjątkowa sprawa *Re P (Vulnerable Adult) (Capacity: Appointment of Deputies)* [2010] (EWHC 1592 (Fam)), dotycząca trzydziestoletniego niewidomego mężczyzny dotkniętego głębokim autyzmem, a jednocześnie będącego geniuszem muzycznym i znakomitym artystą. Ponieważ ze względu na swój stan umysłowy nie był zdolny do podejmowania decyzji we własnych sprawach, potrzebował indywidualnej opieki, a także prowadzenia spraw finansowych i organizowania podróży. Sąd opiekuńczy ustanowił rodziców i siostrę P jako jego przedstawicieli na czas nieokreślony, szeroko wyznaczając zakres upoważnienia do podejmowania decyzji zarówno w sprawach majątkowych, jak i osobistych. Pojawiło się pytanie, czy oprócz członków rodziny przedstawicielem nie powinien zostać ktoś „niezależny”. Sąd jednak w tej sprawie był przekonany, że rodzina P poprowadzi jego sprawy umiejętnie i w jego najlepszym interesie. Członkowie rodziny nie zawsze jednak będą dobrymi kandydatami na przedstawicieli, co zauważył sąd w sprawie *G v E and others* [2010] (EWHC 2512)²¹.

6. Co do zasady, gdy pacjent złożył dyrektywę antycypowaną, która jest ważna i ma zastosowanie w danych okolicznościach, nie rozważa się, co jest w naj-

¹⁷ Zob. s. 4 (9) MCA. Dotyczy to nie tylko pełnomocnika, ale wszystkich osób działających lub podejmujących decyzje w najlepszym interesie pacjenta.

¹⁸ J. Herring, *Medical Law...*, s. 179–180.

¹⁹ Ustawa przewiduje jednak szereg ograniczeń w s. 20 MCA, m.in. przedstawiciel nie może decydować o leczeniu ratującym życie (s. 20(5) MCA).

²⁰ M. Syska, *Medyczne oświadczenia pro futuro...*

²¹ M. Brazier, E. Cave, *Medicine, Patients...*, s. 164–165.

lepszym interesie pacjenta, lecz polega na wyrażonym wcześniej oświadczeniu. Inaczej jest, gdy decyzję o leczeniu podejmuje w imieniu pacjenta inna osoba. Zarówno gdy jest nią pełnomocnik wyznaczony przez pacjenta, przedstawiciel ustanowiony przez sąd opiekuńczy, jak i lekarz leczący daną osobę niezdolną do samodzielnego decydowania, decyzja zawsze musi być podjęta w najlepszym interesie pacjenta. Jest to jedna z podstawowych zasad wyrażonych w s. 1 MCA 2005, którą rozwinęto w s. 4. Nie wystarczy przy tym wskazać, że interwencja jest w najlepszym interesie pacjenta, ale trzeba także ustalić, czy nie ma innego, równie dobrego rozwiązania, które w mniejszym stopniu naruszałoby prawa czy wolność pacjenta (s. 1(6) MCA).

Ocena, co jest w najlepszym interesie pacjenta, nie należy do zadań łatwych. Osoba decydująca, ustalając najlepszy interes pacjenta, powinna robić to zgodnie z s. 4 MCA, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć znaczenie, a nie tylko takie, które sama uzna za istotne. W szczególności należy wziąć pod uwagę takie czynniki, jak: 1) „potencjalną” zdolność pacjenta²²; 2) obecne stanowisko pacjenta; 3) poglądy wyrażane przez pacjenta w przeszłości, a także 4) stanowisko osób bliskich pacjenta²³. Ponadto wiele cennych wskazówek dotyczących określania najlepszego interesu zawiera rozdział 5 *Code of Practice*²⁴.

W każdym przypadku można zwrócić się do sądu opiekuńczego z wnioskiem o ustalenie, czy dana interwencja jest w najlepszym interesie pacjenta niezdolnego do samodzielnego wyrażenia zgody, zabezpieczając się przed ewentualną odpowiedzialnością. Wówczas to sąd będzie ustalał, co jest w najlepszym interesie pacjenta w oparciu o s. 4 MCA.

7. Szczególną grupę pacjentów stanowią tzw. *vulnerable adults*, czyli dorośli, których oficjalnie uznano za zdolnych do decydowania we własnych sprawach zgodnie z przepisami MCA 2005, ale których mimo to uważa się za potrzebujących szczególnej ochrony²⁵.

Zgodnie z ortodoksyjnym poglądem, jeżeli pacjent został uznany za zdolnego do podejmowania decyzji, nawet jeśli dysponował taką zdolnością jedynie w niewielkim stopniu, to traktowano go tak samo jak osobę, która bez wątpienia była w pełni zdolna do decydowania o sobie²⁶. Niemniej sądy dostrzegły potrzebę

²² Należy rozważyć, czy istnieje prawdopodobieństwo, że pacjent odzyska zdolność, a jeśli tak, to kiedy mogłoby to nastąpić (s. 4(3) MCA). W przypadku, gdyby było prawdopodobne, że pacjent odzyska zdolność w niedalekiej przyszłości, lepiej byłoby – o ile to możliwe – odłożyć decyzję w czasie i poczekać, aż pacjent sam będzie mógł zdecydować.

²³ J. Herring, *Medical Law...*, s. 182 i nn.; I. Goold, J. Herring, *Great debates in Medical Law and Ethics*, 2014, s. 64 i nn.; M. Brazier, E. Cave, *Medicine, Patients...*, s. 152 i nn., 174–175.

²⁴ DCA, *Mental Capacity Act...*, s. 64 i nn.

²⁵ Zob. J. Herring, *Protecting vulnerable adults: a critical review of recent case law*, „Child and Family Law Quarterly” 2009, Vol. 21, s. 498 i nn.

²⁶ Zob. J. Herring, *Losing it? Losing what? The law and dementia*, „Child and Family Law Quarterly” 2009, Vol. 21, s. 3 i nn.

odrębnego traktowania tej grupy osób, przez lata rozwijając orzecznictwo w tych sprawach w ramach tzw. jurysdykcji inherentnej (*inherent jurisdiction*)²⁷ i rozstrzygając w oparciu o najlepszy interes pacjenta. Jak dotąd większość takich spraw dotyczyła kwestii socjalnych bądź rodzinnych, nie można jednak wykluczyć, że sądy skorzystają z tego rozwiązania, by zezwolić na dokonanie interwencji medycznej bez zgody pacjenta²⁸. W sprawie *A NHS Trust v Dr A* [2013] (EWHC 2442 (COP)); sąd nie znalazł uzasadnienia dla przymusowego karmienia pacjenta, który podjął strajk głodowy, ani na podstawie MCA, ani na podstawie MHA (jako że nie stanowiłoby to leczenia zaburzenia psychicznego), w związku z tym, zezwalając na taki rodzaj interwencji, odwołał się do jurysdykcji inherentnej²⁹. Z kolei w sprawie *A Local Authority v A* [2010] (EWHC 1549 (Fam)), sąd uznał, iż nie ma podstaw dla stosowania przymusowej antykoncepcji, pomimo obaw, że mąż może wywierać nacisk na żonę dotkniętą pewnym upośledzeniem funkcji poznawczych³⁰.

8. W przypadku osób małoletnich sytuacja jest szczególna. W grę wchodzi bowiem nie tylko zgoda samego pacjenta (czasami w ogóle nie będzie brana pod uwagę), ale też innych podmiotów (zwłaszcza rodziców). W tym kontekście istotne jest rozróżnienie na osoby małoletnie zdolne do wyrażania zgody (*competent children*) oraz niemające takiej zdolności (*incompetent children*). W tym drugim przypadku decyzja co do leczenia dziecka należy do rodziców (innego przedstawiciela ustawowego) albo do sądu. Jako przykład można wskazać sprawę *Glass przeciwko Wielkiej Brytanii*, rozstrzygniętą przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) w wyroku z 9 marca 2004 r. (skarga nr 61827/00). W tej sprawie dwunastoletni chłopiec, upośledzony psychicznie i fizycznie, został przyjęty do szpitala i poddany operacji. Ponieważ stan pacjenta był krytyczny, lekarze zdecydowali o podaniu mu diamorfiny w celu złagodzenia cierpień, mimo sprzeciwu matki, która uważała, że zmniejszy to szanse syna na przeżycie. Pani Glass

²⁷ Zob. J. Herring, *Medical Law...*, s. 155; I. Goold, J. Herring, *Great debates...*, s. 57; M. Brazier, E. Cave, *Medicine, Patients...*, s. 170; M.C. Dunn, I.C.H. Clare, A.J. Holland, *To empower or to protect? Constructing the 'vulnerable adult' in English law and public policy*, „Legal Studies. The Journal of the Society of Legal Scholars” 2008, No. 2, s. 234 i nn.; J. Coggon, *Best interests, Public Interest, and the Power of the Medical Profession*, „Health Care Analysis” 2008, No. 3, s. 226 i nn.; w sprawie: *Re SA (Vulnerable Adult With Capacity: Marriage)* (2005), EWHC 2942 (Fam), Munby J powiedział: „...the inherent jurisdiction can be exercised in relation to a vulnerable adult who, even if not incapacitated by mental disorder or mental illness, is, or is reasonably believed to be, either (i) under constraint or (ii) subject to coercion or undue influence or (iii) for some other reason deprived of the capacity to make the relevant decision, or disabled from making a free choice, or incapacitated or disabled from giving or expressing a real and genuine consent”. Takie stanowisko potwierdził Sąd Apelacyjny w sprawie *DL v A Local Authority* (2012), EWCA Civ 253.

²⁸ Zob. J. Herring, *Medical Law...*, s. 155–156 oraz na temat *vulnerable adults*: tenże, *Vulnerable adults and the Law*, Oxford 2016.

²⁹ Zob. B.C. Dimond, *Legal Aspects of Mental Capacity: A Practical Guide for Health and Social Care Professionals*, 2nd ed., Oxford 2016, s. 17, 252.

³⁰ M. Brazier, E. Cave, *Medicine, Patients...*, s. 171.

uznała, że pogarszanie się zdrowia dziecka jest spowodowane tym lekiem i zażądała zaprzestania podawania go. Skarżąca Carroll Glass i jej syn David Glass zarzucali władzom naruszenie prawa do prywatności (art. 8 Konwencji o Prawach Człowieka) przez brak poszanowania woli pacjenta co do sposobu leczenia, w szczególności przez podanie leku nie tylko bez zgody, ale także pomimo sprzeciwu przedstawicielki ustawowej oraz przez umieszczenie w karcie chorego adnotacji o niepodejmowaniu leczenia (DNR – *Do Not Resuscitate*) bez konsultacji z Carroll Glass.

Trybunał orzekł, że podanie leku bez zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego stanowi naruszenie jego integralności cielesnej. W sytuacji sporu pomiędzy pacjentem (jego przedstawicielem ustawowym) a lekarzami, lekarze powinni się zwrócić o rozstrzygnięcie do sądu. Uznając, że działanie lekarzy stanowiło naruszenie art. 8 Konwencji, Trybunał zasądził na rzecz skarżących za doświadczenie w kwocie 10 tys. euro.

W prawie angielskim, podobnie jak w prawie polskim, małoletnią jest osoba poniżej 18. roku życia, lecz nie trzeba mieć ukończonych 18 lat, żeby wyrazić skuteczną zgodę na interwencję medyczną. Zgodnie z s. 8 Family Law Reform Act 1969 może to zrobić także osoba małoletnia, która ukończyła 16 lat i nie potrzeba dodatkowo zgody jej rodziców³¹. Ponadto skuteczną zgodę może wyrazić również małoletni poniżej 16. roku życia, jeśli sąd uzna go za wystarczająco dojrzałego. Taką osobę określa się mianem *gillick competent child*³² w związku z rozstrzygnięciem Izby Lordów wydanym w precedensowej sprawie *Gillick v West Norfolk AHA* [1985] (3 All ER 402), w której po raz pierwszy przyjęto koncepcję dziecka zdolnego do wyrażenia zgody na interwencję medyczną (*competent child*)³³. Izba Lordów orzekła, że małoletnia poniżej 16. roku życia może w pewnych okolicznościach wyrazić ważną zgodę na interwencję medyczną, w tym antykoncepcję oraz aborcję, bez zgody, a nawet wiedzy rodziców³⁴.

³¹ Pewne wątpliwości mogą pojawić się co do zakresu pojęcia leczenia. Wskazuje się, że nie jest prawdopodobne, aby obejmowało ono np. operacje plastyczne, dawstwo tkanek czy badania doświadczalne – zob. J. Herring, *Medical Law...*, s. 191.

³² Zob. więcej na temat *Gillick competency* – I. Goold, J. Herring, *Great debates...*, s. 42 i nn.

³³ Izba Lordów stwierdziła, że „... a minor’s capacity to make his or her own decision depends upon the minor having sufficient understanding and depends upon the minor having sufficient understanding and intelligence to make the decision and is not to be determined by reference to any judicially fixed age limit” – zob. J. Healy, *Medical Negligence: Common Law Perspectives*, London 1999, s. 176.

³⁴ Jeden z sędziów, Lord Fraser, zaproponował pięciopunktowy test mający pomóc lekarzom ocenić, czy małoletnia pacjentka jest zdolna do wyrażenia zgody: „The doctor will, in my opinion, be justified in proceeding without the parents’ consent or even knowledge provided he is satisfied on the following matters: (1) that the girl (although under 16 years of age) will understand his advice; (2) that he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform the parents that she is seeking contraceptive advice; (3) that she is very likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment; (4) that unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer; (5) that her best interests require him to give the contraceptive advice, treatment or both without the parental consent” – zob. M. Stauch, K. Wheat, *Text, Cases and Materials on Medical Law and Ethics*, 5th ed., London–New York 2015, s. 172;

Aby uznać małoletniego za zdolnego do wyrażenia zgody, należy m.in. ustalić, że pacjent rozumie istotę interwencji, skutki jej dokonania oraz konsekwencje jej niepodjęcia. W sprawie *Re E* [1993] (1 FLR 386) za niekompetentnego uznano małoletniego, będącego świadkiem Jehowy, ponieważ nie rozumiał, jak powolna i bolesna będzie jego śmierć, jeśli nie podda się transfuzji krwi, na którą nie wyrażał zgody. Wskazuje się, że często w sytuacji, gdy małoletni stają przed koniecznością poddania się interwencji ratującej życie i nie wyrażają na nią zgody, nie wynika to z braku ich zdolności, ale z braku odpowiednich informacji, których lekarz zdecydował się nie przekazywać, gdyż mogłoby to spowodować u nich zbyt duży stres³⁵.

Warto zaznaczyć, że przy odmowie zgody na leczenie stwierdzenie braku kompetencji osoby małoletniej nie ma zbyt dużego znaczenia. Gdyby bowiem uznać ją za kompetentną, a ona nadal nie wyrażałaby zgody, to i tak interwencji można by dokonać na podstawie zgody rodziców (podmiotu, któremu przysługuje władza rodzicielska) albo sądu. Podobne stanowisko przyjęły sądy w sprawach *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction)* [1993] (1 FLR 1)³⁶ oraz *Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Medical Treatment)* [1991] (4 All ER 177). Pierwsza z nich dotyczyła szesnastolatki cierpiącej na anoreksję, odmawiającej leczenia, która twierdziła (bezskutecznie), że s. 8 Family Law Reform Act 1969 przynajmniej takie same prawa do odmowy zgody na leczenie jak osobie dorosłej³⁷. Sąd wyjaśnił, że lekarz, który chce poddać małoletniego interwencji medycznej, potrzebuje zabezpieczenia, „kamizelki kuloodpornej”, która będzie go chroniła przed ewentualną odpowiedzialnością. Taką rolę pełni co do zasady zgoda. Odnosnie do małoletniego może to być: zgoda kompetentnej osoby małoletniej (powyżej 16. roku życia zgodnie z Family Law Reform Act 1969 lub poniżej, jeżeli wykazuje *gillick competency*), zgoda rodziców (albo podmiotu, któremu przysługuje władza rodzicielska), a także orzeczenie sądu. Mamy więc do czynienia z sytuacją, gdy osoba małoletnia jest na tyle dojrzała, aby wyrazić zgodę na leczenie, ale już nie może jej odmówić³⁸. W drugiej sprawie małoletnia pacjentka, cierpiąca na zaburzenia psychiczne, często psychotyczne i samobójcze, odmawiała zgody na leczenie. Sąd Apelacyjny brak jej zgody pominął ze względu na jej stan psychiczny³⁹.

zob. też sprawę *R (On the Application of Axon) v Secretary of State for Health (Family Planning Association: intervening)* (2006), 1 FCR 175; I. Goold, J. Herring, *Great debates...*, s. 41–42.

³⁵ Zob. J. Herring, *Medical Law...*, s. 191; I. Goold, J. Herring, *Great debates...*, s. 43; E. Cave, *Maximisation of Minor's Capacity*, „Child and Family Law Quarterly” 2011, Vol. 4, s. 429 i nn.

³⁶ Zob. R. Sandland, *Minors and Consent to Treatment*, „The Journal of Forensic Psychiatry” 1993, No. 1, s. 138 i nn.

³⁷ Zob. E. Jackson, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, 3rd ed., Oxford 2013, s. 274.

³⁸ I. Goold, J. Herring, *Great debates...*, s. 41; C. Bridge, M. Brazier, *Coercion or Caring: Analysing Adolescent Autonomy*, „Legal Studies” 1996, Vol. 15, s. 84 i nn.; S. Gilmore, J. Herring, „No” is the hardest word: consent and children's autonomy, „Child and Family Law Quarterly” 2011, Vol. 23, s. 1 i nn.; E. Cave, J. Wallbank, „Minors' capacity to refuse treatment: A reply to Gilmore and Herring”, „Medical Law Review” 2012, Vol. 20, s. 423 i nn.

³⁹ Lord Donaldson M.R. powiedział: „What is really being looked at is an assessment of mental and emotional age, as contrasted with chronological age” – J. Healy, *Medical Negligence...*, s. 177.

Odnosnie do osób małoletnich oraz wielości podmiotów uprawnionych do wyrażenia zgody na interwencję medyczną trudno całkowicie uniknąć sytuacji konfliktowych, tj. gdy jeden podmiot uprawniony wyraża zgodę, a drugi nie. Jak już wskazano, odnosząc się do metafory „kamizelki kuloodpornej”, lekarz może dokonać interwencji medycznej w sytuacji, gdy: 1) pacjent małoletni mający zdolność do podejmowania decyzji wyraża zgodę, ale rodzice się sprzeciwiają; 2) rodzice wyrażają zgodę, ale kompetentny małoletni pacjent odmawia; 3) mimo sprzeciwu zarówno rodziców, jak i małoletniego pacjenta, do dokonania interwencji upoważnia sąd. Sąd może to zrobić na podstawie s. 8 Children Act 1989 albo jurysdykcji inherentnej. Niezależnie od podstawy orzeczenie sądu musi zostać wydane w najlepszym interesie pacjenta⁴⁰.

Sąd rozstrzygnie kwestię zgody na leczenie pacjenta małoletniego także wtedy, gdy rodzice nie mogą dojść do porozumienia. Co prawda z s. 2(7) Children Act 1989 wynika, że do dokonania interwencji medycznej wystarczy zgoda jednego rodzica, to jednak wskazuje się, że w ważnych kwestiach rodzice powinni podejmować decyzje wspólnie⁴¹. W sprawie *Re J (Child's Religious Upbringing and Circumcision)* [1999] (52 BMLR 82) sędzia Butler-Sloss stwierdziła, że w jej ocenie istnieje niewielka grupa ważnych decyzji podejmowanych w imieniu dziecka, gdy w razie braku porozumienia między rodzicami jest konieczne potwierdzenie sądu⁴². Ta sprawa dotyczyła obrzezania, ale do wspomnianej grupy ważnych decyzji należą także te dotyczące szczepień dziecka. Wyraźnie powiedział to sędzia Thorpe w sprawie *Re C (Welfare of Child: Immunisation)* [2003] (EWCA Civ 1148)⁴³, w której rodzice mieli odmienne zdania co do podania dzieciom trójskładnikowej szczepionki przeciw odrze, śwince i różyczce (MMR). Z jednej strony podnoszono, że szczepionka ta niesie ze sobą nieakceptowalne ryzyko, z drugiej, że istnieją przekonujące badania medyczne potwierdzone dowodami, że korzyści przewyższają ryzyko. Sąd pierwszej instancji wydał upoważnienie do dokonania szczepienia. Sąd Apelacyjny utrzymał to orzeczenie w mocy⁴⁴.

Jeśli pojawiają się wątpliwości co do leczenia dziecka, sąd musi zdecydować, co leży w najlepszym interesie małoletniego. Najważniejsze jest jego dobro (s. 1 Children Act 1989). Sąd może unieważnić decyzję rodziców lub samego pacjenta, jeśli została podjęta z naruszeniem interesów dziecka, godząc w jego dobro. Ponadto przyjmuje się, że rodzice nie mogą odmówić zgody na interwencję ratującą życie dziecka. W takim przypadku zawsze rozstrzyga sąd. W sprawie *Re S (A Minor) (Medical Treatment)* [1993] (1 FLR 376) pacjentem było czteroipółletnie dziecko cierpiące na białaczkę T-komórkową. Rodzice S byli świadkami

⁴⁰ Zob. J. Herring, *Medical Law...*, s. 192, 194.

⁴¹ Tamże, s. 195.

⁴² Zob. E. Jackson, *Medical Law...*, s. 256–257.

⁴³ J. Thorpe stwierdził: „In my opinion this appeal demonstrates that hotly contested issues of immunization are to be added to that „small group of important decisions””; zob. E. Jackson, *Medical Law...*, s. 257.

⁴⁴ Zob. M. Stauch, K. Wheat, *Text, Cases and Materials...*, s.191–192.

Jehowy. Zgodzili się na chemioterapię, jednak lekarze przekonywali, że konieczna jest transfuzja krwi dla zwiększenia szans na przeżycie dziecka. Na to rodzice się już nie zgodzili. Podnieśli zastrzeżenia nie tylko natury religijnej, ale też odnośnie do bezpieczeństwa krwi i produktów krwiopochodnych. Ponadto prawnik reprezentujący rodziców podkreślał, że relacje S z rodziną mogą ucierpieć, gdyż rodzice będą żyć ze świadomością, że życie ich dziecka zostało przedłużone przez „bezbożne działanie”. Sąd odrzucił argumentację rodziców, twierdząc, że dobro dziecka wymaga, aby zapewnić mu jak największe szanse na przeżycie⁴⁵.

Odrębne zagadnienie stanowią interwencje medyczne na osobach małoletnich, których nie można dokonać bez zgody sądu⁴⁶. Są to np. sterylizacja nieterapeutyczna⁴⁷ czy donacja tkanek nieregenerujących się⁴⁸.

II. Prawo USA

1. W USA ochronę osób małoletnich oraz pełnoletnich niezdolnych do wyrażenia zgody na interwencję medyczną z powodu stanu psychicznego lub fizycznego regulują głównie ustawy stanowe oraz orzeczenia sądów (stanowych, federalnych i Sądu Najwyższego USA), a w pewnym zakresie ustawy federalne. Jako prawo federalne trzeba wskazać⁴⁹: The Rehabilitation Act of 1973, The Americans with Disabilities Act of 1990, The Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1974, The Child Abuse Amendments of 1984, The Emergency Medical Treatment and Active Labor Act.

2. Sąd Najwyższy USA wielokrotnie stwierdzał, że rodzice mają konstytucyjne prawo do wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnimi dziećmi⁵⁰. Natomiast sądy zakładały, że rodzice będą współpracować z lekarzami i przyjmowały domniemanie, że będą działać w najlepszym interesie dziecka (*in the child's best interests*). Uważano przy tym, że to domniemanie musi być równoważone sta-

⁴⁵ Zob. M. Brazier, E. Cave, *Medicine, Patients...*, s. 433; także inne podobne sprawy: *Re E (A Minor)* [1990], 9 BMLR 1; *Re O (A Minor) (Medical Treatment)* [1993], 4 Med L R 272; *Re R (A Minor)* [1993], 2 FLR 757.

⁴⁶ J. Herring, *Medical Law...*, s. 196; M. Stauch, K. Wheat, *Text, Cases and Materials...*, s. 184 i nn.

⁴⁷ Zob. *Re B* [1987] 2 All ER 206.

⁴⁸ Zob. *Re F* [1989] 2 FLR 276.

⁴⁹ E.A. Nealy, *Medical Decision-Making for Children: A Struggle for Autonomy*, „SMU Law Review” 1995, Vol. 49, s. 141 i nn.

⁵⁰ Sąd Najwyższy USA w wielu sprawach (jak w sprawie *Meyer v Nebraska*, 262 U.S. 390 [1923]; *Santosky v Kramer*, 455 U.S. 745 [1982]; *Quillon v Walcott*, 434 US 246 [1978] orzekł, że według 14. poprawki do konstytucji rodzice mają: „the right to establish a home and bring up children” oraz że: „freedom of personal choice in matters of family life is a fundamental liberty interest protected by the Fourteenth Amendment”; a w sprawie *Troxel v Granville*, 530 U.S. 57, 65 [2000], powtórzył, że: „the interest of parents in the care, custody, and control of their children – is perhaps the oldest of the fundamental liberty interests recognized by this Court” – zob. V.E. Garell, *Child Obesity as a Child Protection Concern in the United States and the United Kingdom: a Proposed Framework*, „Georgia Journal of International & Comparative Law” 2014, Vol. 42, s. 562.

nowiskiem lekarzy i szpitali. Zasady etyki medycznej nie pozwalają pacjentom (rodzicom dzieci) wymagać od lekarza leczenia, które według oceny lekarzy jest pozorne albo medycznie nieodpowiednie. Rodzice nie mogą zmuszać lekarza do działania wbrew jego opinii medycznej⁵¹.

Ustawy zabraniają interwencji medycznych na małoletnich dzieciach bez zgody rodziców, z wyjątkiem stanu wyższej konieczności (*emergency circumstances*). Rodzice nie mają jednak absolutnego prawa do podejmowania decyzji dotyczących zdrowia i życia dzieci. W niektórych sytuacjach nad ich decyzjami może przeważać interes państwa w ochronie dobra dziecka⁵². Ustawy przewidują również możliwość pozbawienia rodziców władzy rodzicielskiej, a nawet odpowiedzialność lekarzy za zaniedbania w zapewnieniu dziecku koniecznego leczenia (*necessary medical care*)⁵³.

W razie zaniedbań w opiece nad dzieckiem, naruszenia przez rodziców swoich obowiązków wynikających z aktów prawnych (gdy dziecko jest: „neglected”, „deprived”, „abuse”), sąd, opierając się na doktrynie *parens patriae*, może ingerować we władzę rodzicielską, wydać odpowiednie orzeczenie lub ustanowić kuratora (*guardian ad litem*), który ma działać w najlepszym interesie dziecka, często sprzecznie z wolą rodziców⁵⁴.

W doktrynie wskazuje się⁵⁵, że obecnie według badań psychologicznych czternastoletnie dzieci mają już dojrzałość umysłową osób pełnoletnich. W związku z tym pojawiają się poglądy, że przy podejmowaniu interwencji medycznych należy przyznać dziecku prawo do podjęcia decyzji, która jego dotyczy, jeżeli działa ono z rozeznaniem (*competent child*), z wyłączeniem decyzji dotyczących podtrzymywania życia (*life-sustaining treatment*) i mających charakter nadzwyczajny

⁵¹ E.A. Nealy, *Medical Decision-Making for Children...*, s. 157. To domniemanie jest jednak krytykowane ze względu na istniejące czasami konflikty pomiędzy interesami rodziców i dziecka, życzeniami rodziców, które nie zawsze są w najlepszym interesie dziecka – zob. A.W. Austin, *Medical Decisions and Children: How Much Voice Should Children Have in Their Medical Care?*, „Arizona Law Review” 2007, Vol. 49, s. 157 i nn.

⁵² E.A. Nealy, *Medical Decision-Making for Children...*, s. 153 i nn.; zob. sprawy: *Prince v Commonwealth*, 321 U.S. 158 [1944]; *In re Cicero*, 421 N.Y.S.2d 965 [Sup. Ct. 1979]; *In re Minor*, 393 N.E.2d 836, 843 [Mass. 1979].

⁵³ M. Swartz, *The Patient Who Refuses Medical Treatment: A Dilemma for Hospitals and Physicians*, „American Journal of Law and Medicine” 1985, No. 2, s. 183 i nn.

⁵⁴ Zob. sprawy: *In re Baby K*, 16 E3d 590 [4th Cir. 1994], 115 S. Ct. 91 [1994]; J.J. Paris, R.K. Crone, F. Reardon, *Physicians’ Refusal of Requested Treatment: The Case of Baby L.*, „New England Journal of Medicine” 1990, No. 14, s. 1012–1015; *In re Jensen*, 633 P.2d 1302 [Or. Ct. App. 1981]. W sprawie *In re Hamilton*, 657 S.W.2d 425 [Tenn. Ct. App. 1983] rodzice dwunastoletniej dziewczynki mającej nowotwór sprzeciwili się leczeniu ze względów religijnych. Sąd uznał, że jeżeli nawet szanse wyzdrowienia po leczeniu wynoszą 25%, to powinna być zastosowana chemioterapia i zarządził, aby kurator wyraził na to zgodę. Oparł swoją decyzję na fakcie, że chociaż prognoza była niepomyślna, to skutkiem zaniechania leczenia byłaby śmierć dziecka w cierpieniach w ciągu kilku miesięcy; i wiele innych spraw cyt. przez M. Swartz, *The Patient Who Refuses Medical Treatment...*, s. 184 i nn.

⁵⁵ Zob. A.W. Austin, *Medical Decisions and Children...*, s. 151 i nn.

(*extraordinary care*)⁵⁶. Te decyzje powinny być podejmowane przy uwzględnieniu nie tylko życzeń dziecka, lecz także jego rodziców i stanowiska lekarzy.

3. Osoby dorosłe zgodnie z ustalonym orzecznictwem mają prawo do odmowy leczenia. Najczęściej chodzi o niepodtrzymywanie życia pacjentów w stanie terminalnym (*life-sustaining medical treatment*), przedłużenie życia (*life-prolonging medical treatment*) czy nieratowania w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia (DNR – *Do Not Resuscitate*). Sąd Najwyższy USA nie stwierdził, czy istnieje prawo do śmierci (*right to die*), lecz orzekł, że „osoba zdolna do podejmowania decyzji miałaby konstytucyjnie chronione prawo do odmowy żywienia oraz nawadniania ratującego życie” oraz że „prawo do samostanowienia zazwyczaj przeważa nad jakimkolwiek przeciwnym interesem państwa, a osoby zdolne do wyrażenia zgody na ogół mogą odmówić interwencji medycznej, nawet ryzykując śmiercią” (w sprawie *Cruzan v Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 263, 274 [1990])⁵⁷.

Problem dotyczy jednak osób, które z uwagi na stan psychiczny nie mają świadomości lub są nieprzytomne, a nie pozostawiły żadnego oświadczenia woli (*advance directive* czy *living will*), są to *incompetent patients*⁵⁸. Decyzje podejmuje wówczas z reguły osoba bliska lub upoważniona za życia przez pacjenta albo kurator (*guardian ad litem*) ustanowiony przez sąd⁵⁹. Ochronę tych osób normuje

⁵⁶ „Extraordinary care” jest definiowana jako „all medicines, treatments and operations which cannot be obtained or used without excessive expense, pain or other inconvenience, or if used, would not offer a reasonable hope of benefit” – tak sąd w sprawie: *Foody v Manchester Memorial Hospital*, 40 Conn. Sup. 127, 135 [Conn. Super. Ct. 1984], cyt. za A.W. Austin, *Medical Decisions and Children...*, s. 167, przyp. 254.

⁵⁷ „On balance, the right to self-determination ordinarily outweighs any countervailing state interests, and competent persons generally are permitted to refuse medical treatment, even at the risk of death” – zob. A.W. Austin, *Medical Decisions and Children...*, s. 145.

⁵⁸ W orzecznictwie określa się pojęcie i kryteria „niekompetencji”, „niezdolności” (*incompetence* or *temporary incompetence*), np. w sprawie *In Re Schiller*, 148 N.J. Super. 168, 180-81 [N.J. Super. App. Div. 1977] sąd zastosował poniższy test: „Does the patient have sufficient mind to reasonably understand the condition, the nature and effect of the proposed treatment, attendant risks in pursuing the treatment, and not pursuing the treatment?”. Fakt, że pacjent jest niekompetentny nie oznacza, że wszystkie jego żądania będą zignorowane. Sąd Najwyższy stanu Waszyngton w sprawie: *In re Ingram*, 102 Wn.2d 827, 689 P.2d 1363, 1371 [1984] orzekł, że: „there are degrees of incompetency; some individuals are more incompetent than others”. Ponieważ pacjentka miała demencję i omamy, lecz nie była całkowicie w stanie wegetatywnym, sąd uznał wyrażoną przez nią preferencję zastosowania radioterapii zamiast zabiegu chirurgicznego leczenia nowotworu krtani – zob. M. Swartz, *The Patient Who Refuses Medical Treatment...*, s. 166 i nn.

⁵⁹ Orzeczenia sądów i unormowania ustawowe zob. m.in. S.E. Williams, *Substituted Judgement in Medical Decisionmaking for Incompetent persons: In re Storar*, „Wisconsin Law Review” 1982, No. 6, s. 1173 i nn.; G.S. Gilman, *Guardians of Incompetent Persons Can Refuse Life-Prolonging Treatment for Their Wards – Superintendent of Belchertown State School v Saikewicz*, 77 Mass. Adv. Sh. 2461, 370 N.E.2d 417 (1977) – *Case Comment*, „Suffolk University Law Review” 1978, No. 4, s. 1039 i nn.; F.M. Michaelson, *Standards of Substitute Judgement for Applying Surrogate Treatment Decisionmaking for Incompetent Adults in Virginia*, „Colonial Lawyer” 1990, No. 2, s. 130 i nn.; T.J. Marzen, *Medical Decisionmaking for the Incompetent Person: A Comprehensive Approach*, „Issues in Law & Medicine” 1986, No. 1, s. 293 i nn.; M. Swartz, *The Patient Who Refuses Medical Treatment...*, s. 167 i nn.

prawo stanowe. Jako przykład unormowań ustawowych można wskazać ustawę stanu Waszyngton – *Revised Code of Washington (RCW)* (7.70.65)⁶⁰.

Według tej ustawy jeżeli pacjent jest niekompetentny⁶¹ do wyrażenia zgody na zabiegi medyczne, zgodę może wyrazić osoba uprawniona zgodnie z ustawą w następującej kolejności: a) kurator (*guardian*) ustanowiony przez sąd⁶²; b) osoba, której pacjent udzielił pełnomocnictwa (*durable power of attorney for health care*)⁶³; c) małżonek pacjenta; d) dzieci pacjenta mające co najmniej 18 lat; e) rodzice pacjenta; f) dorosłe rodzeństwo pacjenta.

Każda osoba (grupa osób) z wyższej klasy wyprzedza osoby z niższej klasy. Jednakże żadna osoba nie może wyrazić zgody, jeżeli osoba z wyższej klasy odmówiła udzielenia zgody albo jeżeli decyzja dwóch lub więcej osób z tej samej klasy nie jest jednomyślna.

Aby udzielić „poinformowanej” zgody na rzecz pacjenta, osoba uprawniona musi być w dobrej wierze przekonana, że pacjent, gdyby był kompetentny, to zgodziłby się na proponowaną interwencję medyczną. Jeżeli takiego przekonania nie można uzyskać, to zgoda na proponowaną interwencję może być udzielona tylko w najlepszym interesie pacjenta⁶⁴.

Wskazuje się na mankamenty RCW, zwłaszcza co do arbitralnie przyjętej hierarchii osób upoważnionych do udzielenia zgody w imieniu niekompetentnego pacjenta. Podnosi się, że RCW ma na celu ochronę autonomii pacjenta przez

⁶⁰ Podaję za A.E. Quinn, *Who Should Make Medical Decisions for Incompetent Adults – A Critique of RCW 7.70.065 Comment*, „Seattle University Law Review” 1997, No. 2, s. 573 i nn.

⁶¹ Definicję osób niekompetentnych zawiera RCW 11.88.010 (1) [2017], w szczególności (1)(e), zgodnie z którym: „For purposes of giving informed consent for health care pursuant to RCW 7.70.050 and 7.70.065, an »incompetent« person is any person who is (i) incompetent by reason of mental illness, developmental disability, senility, habitual drunkenness, excessive use of drugs, or other mental incapacity, of either managing his or her property or caring for himself or herself, or both, or (ii) incapacitated as defined in (a), (b), or (d) of this subsection”, <http://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=11.88.010> [dostęp: 4.03.2018].

⁶² Sąd ustanawia kuratora wtedy, gdy istnieje konflikt pomiędzy członkami rodziny w danej grupie, tak że żaden z członków tej grupy nie może udzielić zgody; albo gdy jeden z członków rodziny nie zgadza się z opinią pozostałych i składa wniosek do sądu o ustanowienie kuratora; albo gdy szpital lub lekarz leczący pacjenta uważa, że osoba uprawniona do udzielenia zgody działa przeciwko życzeniom lub interesom pacjenta; bądź gdy żadna z osób uprawnionych nie jest osiągalna albo kompetentna do udzielenia zgody – A.E. Quinn, *Who Should Make Medical Decisions...*, s. 582–583.

⁶³ Udzielenie takiego pełnomocnictwa następuje jednak rzadko. Jak wskazuje A.E. Quinn, *Who Should Make Medical Decisions...*, s. 583 i nn. tylko 9–23% Amerykanów pozostawia jakiegoś rodzaju formalne upoważnienie na piśmie (*written advance directive*). Ponadto, ponieważ ustawowe wymagania dla takiego pełnomocnictwa są bardzo rygorystyczne, to ich niespełnienie powoduje, że pełnomocnictwo jest nieważne. W wielu stanach istnieją przepisy dotyczące ustanowienia pełnomocnika i jego obowiązków, jak np. w Kalifornii czy Wirginii – *Durable Power of Attorney for Health Care Act* – zob. T.J. Marzen, *Medical Decisionmaking...*, s. 306 i nn.; M.F. Michaelson, *Standards of Substitute Judgement...*, s. 154 i nn.

⁶⁴ Co do kryterium najlepszego interesu zob. L.M. Kopelman, *The Best Interests Standard for Incompetent or Incapacitated Persons of All Ages*, „Journal of Law, Medicine & Ethics” 2007, No. 1, s. 187 i nn.; M. Swartz, *The Patient Who Refuses Medical Treatment...*, s. 177 i nn.; S.E. Williams, *Substituted Judgement...*, s. 1176 i nn.; A.W. Austin, *Medical Decisions and Children...*, s. 163 i nn.

wskazanie osób, które powinny być na tyle bliskie, aby znać i postępować zgodnie z jego życzeniami, ale aby ta ochrona mogła być realizowana, ustawa powinna uwzględniać faktyczne relacje pacjenta z osobami bliskimi. Może się bowiem okazać, że w rzeczywistości osoba niżej w hierarchii ustawowej będzie w bliższych stosunkach z pacjentem niż ta, która jest wyżej. Podobnie w przypadku osób spoza przedstawionego katalogu, np. partnerów, bliskich przyjaciół. Proponuje się w związku z tym m.in. zniesienie tej hierarchii i umożliwienie wyrażenia zgody w imieniu pacjenta niekompetentnego także osobom najbliższym, lecz niewymienionym w ustawie⁶⁵.

Natalia Karczevska-Kamińska

**PROTECTION OF MINORS AND THOSE UNABLE TO EXPRESS
CONSENT TO MEDICAL INTERVENTION
IN COMMON LAW SYSTEMS (ANGLO-AMERICAN)**

Each person has a right to self-determination and is entitled to have his/her autonomy respected. This ethical principle finds its expression in medical law through the notion of consent. It is a cornerstone principle of medical law that before treating a patient a doctor (or other medical professional) should get the patient's consent. But to give valid consent, the patient must have capacity to make such decision.

The Author analyses particular solutions adopted in common law jurisdictions (in England and the United States) to protect rights (especially the right to autonomy) of those who lack capacity to express consent, i.e. minors and incompetent patients. The article includes considerations concerning such issues as e.g. advance directives, the lasting power of attorney, patient's best interest criterion and the legal situation of vulnerable adults.

⁶⁵ Zob. A.E. Quinn, *Who Should Make Medical Decisions...*, s. 610–611.