

ZAGADNIENIE PRAWNE

W sprawie z urzędu na skutek zawiadomienia dyrektora szpitala o zezwolenie na zabieg medyczny na skutek apelacji uczestnika od postanowienia Sądu Rejonowego z dnia 18 czerwca 2014 r.

Czy rodzic w ramach wykonywania władzy rodzicielskiej może skutecznie udzielić pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu medycznego u jego małoletniego dziecka?

Uzasadnienie

Wnioskiem z dnia 17 czerwca 2014 roku S. K. wystąpił do Sądu Rejonowego w L. na podstawie art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 05 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2011 roku Nr 277, poz. 1634 ze zm.) o wyrażenie zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych z zakresu pediatrii i gastroenterologii tj. niezbędnych badań laboratoryjnych oraz gastroscopii w znieczuleniu pacjentce M. K.

Wnioskodawca uzasadniał, że małoletnia M. K. wymaga aktualnie wykonania badań laboratoryjnych oraz gastroscopii w znieczuleniu ogólnym celem oceny efektów dotychczasowego leczenia. Dziewczynka mieszka w Domu Pomocy Społecznej w K. Jej matka nie żyje, natomiast ojciec E. W., posiadający pełnię władzy rodzicielskiej, udzielił bratu matki, radcy prawnemu R. K., pełnomocnictwa upoważniającego do reprezentowania go przed wszelkimi instytucjami, szpitalami, urzędami i organami administracji oraz sądami, w tym przed Sądem Najwyższym, we wszystkich sprawach związanych z wykonywaną władzą rodzicielską w stosunku do małoletniej M. K. (kopia pełnomocnictwa k. 3, 11, 22). Pełnomocnik wprowadzie wyraża zgodę na planowane leczenie, natomiast wątpliwość budzi skuteczność tej zgody.

W dniu 18 czerwca 2014 r. pełnomocnik uczestnika E. W. wniósł o umorzenie niniejszego postępowania jako bezprzedmiotowego.

W uzasadnieniu wskazał, iż stosowana zgoda na przeprowadzenie badań została już wyrażona poprzez pełnomocnika, który jest umocowany do działania w imieniu ojca dziecka w zakresie czynności władzy rodzicielskiej i zgoda ta jest całkowicie wystarczająca. Zakres udzielonego pełnomocnictwa jest bowiem szerszy niż wyrażenie zgody wymaganej ustawą o zawodach lekarza i lekarza dentysty, a czynność ta nie ma charakteru ściśle osobistego

Postanowieniem z dnia 18 czerwca 2014 roku Sąd Rejonowy w L. w sprawie [...] zezwolił na wykonanie u M. K. córki Z. i E., badań laboratoryjnych oraz gastrokopii w znieczuleniu ogólnym.

Sąd Rejonowy ustalił, że małaletnia M. K. ma 13 lat. Mieszka w Domu Pomocy Społecznej w K. Jej matka Z. K. zmarła. Ojciec E. W., który posiada pełnię władzy rodzicielskiej, mieszka w W. Małaletnia ma zespół Downa i jest upośledzona umysłowo w znacznym stopniu. W kwietniu 2014 r. zdiagnozowano u niej refluksowe zapalenie przełyku. M. K. była hospitalizowana z powodu niedokrwistości, wymiotów po posiłkach oraz ubytku masy ciała. Wówczas tutejszy Sąd postanowieniem z dnia 8 kwietnia 2014 r. zezwolił na wykonanie u dziecka gastrofiberoskopii z pobraniem wycinków do badania histopatologicznego w znieczuleniu ogólnym (postanowienie - k. 15 z akt [...]). Pomimo wprowadzonego leczenia u małaletniej utrzymują się okresowe wymioty i zwracanie pokarmu po posiłkach, jednak w mniejszym natężeniu. Dziecko wymaga postępowania diagnostyczno-terapeutycznego, w związku z czym małaletnia w dniu 16 czerwca 2014 r. planowo została przyjęta na Oddział Ogólnopediatryczny Dziecięcego Szpitala Klinicznego w L., o czym ojciec małaletniej został poinformowany przez opiekunkę z DPS. E. W. wiedział od pracownika domu pomocy społecznej, iż u córki ma zostać wykonana gastroscopia w pełnym znieczuleniu. Nie kwestionował konieczności jego wykonania, natomiast nie kontaktował się ze szpitalem. W jego imieniu robił to jego pełnomocnik R. K., który uczestniczył w przyjęciu małaletniej do szpitala i podpisał dokumenty potrzebne do przyjęcia i wykonania zabiegu (oświadczenie R. K. -k.13). Legitymował się pełnomocnictwem udzielonym przez ojca małaletniej w dniu 8 kwietnia 2014 r. Zgodnie z jego treścią E. W. upoważnił radcę prawnego R. K. do reprezentowania go przed wszelkimi instytucjami, szpitalami, urzędami i organami administracji oraz sądami, w tym Sądem Najwyższym, we wszelkich sprawach związanych z wykonywaną przez niego władzą rodzicielską w stosunku do małaletniej córki

uczestnika M. K. Pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do składania w jego zakresie w imieniu mocodawcy wszelkich oświadczeń woli i zgód. W następnym czasie radca prawny szpitala poddał w wątpliwość skuteczność udzielonej zgody przez pełnomocnika, a sprawa zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych małoletniej M. K. przekazana została do rozpoznania przez Sąd, który wszczął postępowanie z urzędu.

Sąd Rejonowy wskazał, że zgodnie z art. 34 ust. 1 i 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry z dnia 5 grudnia 1996 r. (Dz. U. Nr 136, póź. 857 z późn. zm.) - lekarz może wykonać zabieg operacyjny u pacjenta, po uzyskaniu jego pisemnej zgody a wobec pacjenta niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego. W myśl ust. 3 lekarz może wykonać zabieg lub zastosować metodę, o której mowa w ust. 1, wobec pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, po uzyskaniu zgody jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe - po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego.

W niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę całokształt ustalonych okoliczności, Sąd Rejonowy uznał za bezsporne, że małoletnia M. K. wymagała udzielenia świadczeń zdrowotnych w zakresie przeprowadzenia koniecznych badań laboratoryjnych oraz gastrokopii w znieczuleniu ogólnym. Faktu tego nie kwestionował ojciec małoletniej, ani jego pełnomocnik R. K., który wyraził zgodę na wykonanie powyższych badań. Z uwagi na powyższe Sąd Rejonowy wydał w tym zakresie stosowne rozstrzygnięcie i badanie zostało u dziecka wykonane.

Uzasadnione natomiast wątpliwości Sądu Rejonowego wzbudziło umocowanie pełnomocnika radcy prawnego R. K. do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych M. K.

Sąd I instancji podniósł, iż zgodnie z art. 95 k.c. czynności prawnej można dokonać przez przedstawiciela. Zasadą jest dopuszczalność dokonania każdej czynności prawnej przez przedstawiciela, chyba, że skorzystanie z przedstawiciela wyklucza przepis albo właściwość czynności prawnej.

Umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo) (art. 96 k.c.). Zasada powyższa doznaje jednak wyjątków, do takich należą czynności prawne, a także zdarzenia prawne traktowane jako przejawy

woli bądź przejawy uczuć, których właściwość wyklucza możliwość ich dokonania przez przedstawiciela. Dotyczy to czynności mających ściśle osobisty charakter, a także z zakresu prawa rodzinnego (...) (zob. Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. część ogólna pod red. A. Kidyby).

Ponadto Sąd Rejonowy wskazał, że przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie przewidują możliwości udzielenia pełnomocnictwa do wykonywania władzy rodzicielskiej, która przysługuje tylko i wyłącznie rodzicom. Jak podkreślił SN w uchwale 7 sędziów z dnia 8 marca 2006 r., III CZP 98/05 „Władza rodzicielska, ze względu na swój charakter, wykazuje jako prawo podmiotowe szczególne cechy. Jej zasadniczą właściwość stanowi to, że jej atrybuty są *zarazem* obowiązkiem rodziców, podstawowym zaś celem jest funkcja ochronna względem dziecka”. Należy podkreślić, że władza rodzicielska ma charakter prawa niezbywalnego i niedziedzicznego. Z brzmienia art. 95 § 1 k.r.o. wynika, że obejmuje ona pieczę nad osobą dziecka, pieczę nad majątkiem dziecka oraz prawo do jego wychowania z poszanowaniem jego godności i praw. Jest ona sprawowana na zasadzie wyłączności, co oznacza, że nikt ich w tym względzie nie może wyręczać (A. Zieliński, *Prawo rodzinne...*, s. 193). W orzeczeniu z dnia 21 listopada 1952 r., C 1814/52, SN podkreślił, że obowiązek rodziców sprawowania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka powinien być przez nich wykonywany osobiście (zob. Komentarz G. Jędrejek. Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy.)

Ponadto wskazać należy, iż zgoda, o której mowa w art. 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, musi być wyraźna i obejmować ściśle określone czynności medyczne (Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz pod red. E. Zielińskiej). Dotyczy ona więc konkretnych świadczeń, których udzielenie poparte jest uzyskaniem odpowiedniej informacji. Nie można zatem udzielić blankietowej zgody (zob. powyższy Komentarz).

W oparciu o powyższe Sąd Rejonowy stwierdził, że pełnomocnictwo, na podstawie którego działał R. K. sformułowane jest ogólnie i dotyczy działania we wszelkich sprawach i składania wszelkich oświadczeń woli i zgód. Nawet, jeżeli przyjąć, iż pełnomocnictwo udzielone zostałoby R. K. do dokonania konkretnej czynności w zakresie wyrażenia zgody na udzielenie małoletniej świadczeń medycznych wątpliwości budzi udzielenie umocowania do czynności o charakterze ściśle osobistym, a do takich należy zgoda na zabieg medyczny. Osobisty charakter wynika z jej specyfiki oraz legalizacji naruszenia dóbr osobistych. Z treści

powoływanej ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty wynika wprost, kto jest osobą uprawnioną do wyrażenia zastępczej zgody, wśród nich nie ma pełnomocnika. Ponadto dla ewentualnej, acz wątpliwej skuteczności takiego pełnomocnictwa wymagana jest wiedza o konieczności przeprowadzenia czynności medycznych bezpośrednio przed ich przeprowadzeniem. Nie można udzielić zatem zgody na przyszłość. Ojciec małoletniej wskazał, iż wiedział o zabiegu oraz znał ryzyko z nim związane. Przyznał natomiast, iż nie rozmawiał z lekarzem. Udzielone przez niego ogólne pełnomocnictwo w dniu 8 kwietnia 2014 r. nie mogło skutecznie dotyczyć zgody na wykonanie u jego córki gastrokopii w znieczuleniu ogólnym w czerwcu 2014 r. Prawdą jest, iż małoletnia miała uprzednio już wykonany zabieg gastrofiberoskopii w znieczuleniu ogólnym. Jednak wymagana każdorazowo zgoda na zabieg związana jest z aktualną kondycją zdrowotną pacjenta. Przyjęcie generalnej zgody jest sprzeczne z przepisami prawa oraz godzi w dobro dziecka. Wobec powyższych rozważań Sąd Rejonowy nie podzielił stanowiska pełnomocnika o bezprzedmiotowości wydania postanowienia w niniejszej sprawie, uznając, iż wyrażona przez R. K. zgoda na udzielenie świadczeń medycznych małoletniej M. K. jest bezskuteczna.

Apelację złożył pełnomocnik uczestnika E. W. Zaskarżył postanowienie w całości, wnosząc o jego uchylenie i umorzenie postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego postanowienia w całości i przekazanie sprawy Sądowi w L. do ponownego rozpoznania.

Pełnomocnik uczestnika zarzucił Sądowi Rejonowemu:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 95 k.c. oraz art. 96 k.c. w zw. z art. 95 §1 k.r.o przez przyjęcie, że wykluczone jest dokonywanie nawet poszczególnych czynności z zakresu sprawowania władzy rodzicielskiej przez pełnomocnika;

2. naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 65 k.c. w związku z przepisem art 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty przez przyjęcie, że udzielone przez E. W. pełnomocnictwo ma charakter blankietowy w sytuacji, gdy jest to w pełni ważne pełnomocnictwo do działania w jego imieniu w zakresie czynności władzy rodzicielskiej, w tym wydawania zgód na zabiegi medyczne córki M. K.

Apelujący wywodził, iż uczestnik, aczkolwiek nie sprawuje bezpośredniej pieczy nad córką, ma pełną władzę rodzicielską, jest zainteresowany losem dziecka oraz

zorientowany w jego potrzebach.

Podniósł, iż w świetle orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1953r. sygn. C 1761/51, PiP \ 1953 r., nr 1, s. 899 przepisy ogólne prawa cywilnego będą miały odpowiednie zastosowanie do czynności prawnych unormowanych w kodeksie rodzinnym. Mają więc także odpowiednie zastosowanie do dokonywania przez przedstawiciela czynności prawnych uregulowanych w k.r.o, chyba, że właściwość danej czynności prawnej wyłącza dokonanie jej przez przedstawiciela.

Rozpoznając apelację Sąd Okręgowy stwierdził, że istnieje zagadnienie prawne, budzące poważną wątpliwość, od której wyjaśnienia zależy rozstrzygnięcie rozpoznawanej sprawy, a mianowicie czy rodzic w ramach wykonywanej władzy rodzicielskiej może skutecznie udzielić pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu medycznego u jego małoletniego dziecka.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Przedmiotowe zagadnienie powstało przy rozpoznawaniu apelacji uczestnika w sprawie o zezwolenie na dokonanie zabiegu medycznego i zachodzi związek między odpowiedzią na to zagadnienie a podjęciem decyzji kończącej postępowanie apelacyjne.

Kwestia stanowiąca przedmiot zagadnienia nie była dotąd przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, natomiast w doktrynie pojawiały się w omawianym zakresie wypowiedzi niejako kwestionujące zawarty w powyższym pytaniu pogląd.

Z jednej strony nie sposób odmówić trafności stanowisku Sądu Rejonowego w niniejszej sprawie popartemu nie tylko argumentami przedstawionymi w komentarzu do Kodeksu cywilnego pod red. A. Kidyby, lecz również autorytetem Sądu Najwyższego.

Na wstępie należy wskazać, że Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie zawiera definicji legalnej władzy rodzicielskiej. Doktryna i orzecznictwo zgodnie przyjmują, że jest to ogół obowiązków spoczywających na rodzicach i praw im przysługujących względem dziecka, w celu należytego wykonywania pieczy nad jego osobą i majątkiem. Oczywiście jest, że na tej ogólnej definicji nie można poprzestać, gdyż mimo jej poprawności nie daje ona pełnego obrazu treści tej władzy. Użyty w tym przepisie zwrot „w szczególności” wskazuje, że zawarte w nim wyliczenie nie jest

wyczerpujące. Uzupełnia go art. 98 § 1 k.r.o, według którego rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka.

Mając na względzie powyższe wskazówki ustawodawcy, oraz analizę przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego traktujących o władzy rodzicielskiej (art. 95 § 1 k.r.o, art. 96 i 98 § 1 k.r.o), doktryna przyjmuje, że na treść władzy składają się następujące elementy:

- a) piecza nad osobą dziecka,
- b) zarząd jego majątkiem,
- c) reprezentowanie dziecka.

Co do zasady przeważająca część doktryny opowiada się za koniecznością osobistego wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodzica.

Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 12 listopada 1952r. C 1814/52, OSN 1953, nr 3, poz.92 wyraził pogląd, iż obowiązek rodziców sprawowania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka powinien być wykonywany osobiście przez rodziców.

Za wyrażony przez Sąd Najwyższy poglądem opowiada się większość przedstawicieli doktryny.

Komentatorzy wskazują, że zarówno z samej istoty władzy rodzicielskiej jako stosunku osobistego, jak i treści przepisów (art. 96 k.r.o, 97 § 1 k.r.o , 98 § 1 k.r.o) wynika, że wykonywanie władzy rodzicielskiej związane jest ściśle z osobami rodziców. Oznacza to, że na gruncie prawa polskiego obowiązuje zasada osobistego wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodziców (por. J. Ignatowicz [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. pod. red. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Warszawa 2010 s. 868, G. Jędrejek, Komentarz do art. 95 k.r.o, System Informacji Prawnej LEX stan prawny na 01.10.2013 r., teza 2. , Jerzy Strzebińczyk [w:] System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12, System Informacji prawnej Legalis)

Natomiast komentatorzy nie są zgodni czy zasada ta ma charakter bezwzględny.

Jedni wskazują, że piecza nad osobą dziecka, której elementem jest troska o zdrowie i bezpieczeństwo dziecka ma być sprawowana przez rodziców na zasadzie wyłączności, co oznacza, że nikt ich w tym względzie nie może wyręczać. (por. Grzegorz Jędrejek, Komentarz do art. 95 k.r.o, system informacji prawnej LEX, Andrzej Zieliński, Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie Warszawa 2002, s. 193)

Drudzy, że rodzice dla dobra dziecka mogą posługiwać się przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej, innymi osobami lub specjalistycznymi zakładami. Sytuacja tak może mieć miejsce tylko zupełnie wyjątkowo. Tylko z ważnych powodów rodzice mogą zrezygnować z osobistego, bezpośredniego wykonywania władzy rodzicielskiej. Nie jest natomiast dopuszczalne powierzenie innej osobie, w całości wykonywania władzy rodzicielskiej, przy rezygnacji ze strony rodziców z jakiegokolwiek ingerencji. Innej osobie można powierzyć tylko oznaczony zakres funkcji rodzicielskich. Rodzice muszą zachować dla siebie decyzje w sprawach podstawowych i ogólny nadzór. Natomiast gdy jest to usprawiedliwione mogą uciec się do pomocy osoby trzeciej, gdy chodzi o pieczę nad osobą dziecka i zarząd jego majątkiem. W zakresie zarządu majątkiem udzielenie pełnomocnictwa będzie wymagało odpowiedniego zezwolenia sądu opiekuńczego art. 101 § 3 k.r.o (por. J. Ignatowicz [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. pod. red. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Warszawa 2010 s. 868)

Również J. Strzebińczyk w Systemie Prawa Prywatnego. Prawo Rodzinne i Opiekuńcze. T. 12 zwraca uwagę, że często w praktyce występują sytuacje, kiedy w sposób nieuregulowany wprost w przepisach, osoby trzecie biorą udział w wykonywaniu władzy rodzicielskiej, z inicjatywy lub co najmniej za aprobatą samych rodziców. Do przekazywania pieczy nad dzieckiem dochodzi między innymi osobom bliskim rodzicom np. dziadkom, bądź też tzw. pomocy domowej lub wyspecjalizowanym instytucjom (żłobki, przedszkola), na czas zawodowych zajęć rodziców lub podczas wakacji. Podmioty te, oprócz faktycznej pieczy nad dzieckiem, kierują nim i mają pewien wpływ na jego wychowywanie. Jako podobną sytuację należy ocenić udział dziecka w pracach różnych organizacji młodzieżowych i społecznych, kołach zainteresowań rozwijających jego talenty czy w obrzędach religijnych. Komentator zwrócił również uwagę, że wzrasta liczba zrekonstruowanych wspólnot rodzinnych, złożonych z małżonków oraz dzieci jednego z nich, gdzie ojczym (macocha) nie posiada władzy rodzicielskiej. Bardzo często jednak wykonuje *de facto* wiele z jej atrybutów, zwłaszcza w zakresie pieczy nad osobą pasierba, kierowania nim i wychowywania. Udział takich osób w faktycznym wykonywaniu władzy rodzicielskiej – aprobowany, a niekiedy wręcz oczekiwany przez współmałżonka jest nierzadko znaczący i większy od zakresu partycypowania w tym procesie przez drugiego rodzica dziecka, który pozostaje poza wspólnotą rodzinną.

De lege ferenda postuluje nawet przyznanie ojczymowi lub macosze władzy rodzicielskiej nad pasierbem.

Faktyczny udział osób trzecich z woli rodziców dziecka – zdaniem J. Strzebińczyka w wykonywaniu władzy rodzicielskiej należy uznać za dopuszczalny w ściśle określonych sytuacjach, o ile nie prowadzi do stanu zagrożenia dobra dziecka. Natomiast jego zdaniem za prawnie nieskuteczne byłoby przekazanie osobom trzecim, noszące znamiona trwałości, wszystkie obowiązki i uprawnienia wynikające z władzy rodzicielskiej. Postawę taką należałoby zakwalifikować niekiedy jako rażące zaniedbywanie obowiązków wobec dziecka, skutkujące możliwością pozbawienia rodziców władzy rodzicielskiej (art. 111 § 1 k.r.o). (por. System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 12, System Informacji prawnej Legalis)

Komentatorzy zwracają również uwagę na generalną zasadę wykonywania władzy rodzicielskiej jaką jest dobro dziecka. Oznacza to, że rodzice powinni władzę rodzicielską tak sprawować, aby wszystkie ich poczynania były zgodne z interesem dziecka. Zasada z art. 95 § 3 k.r.o ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Wskazane są w nim kryteria sposobu wykonywania tej władzy - dobro dziecka i interes społeczny - są ze sobą zbieżne, gdyż działanie zgodne z interesem dziecka nie może być sprzeczne z interesem ogólnospołecznym. Interes dziecka należy oceniać według kryteriów obiektywnych, przyjętych jako reguły prawidłowego postępowania w społeczeństwie, z uwzględnieniem wieku dziecka, jego stanu zdrowia, uzdolnień, cech charakterologicznych, właściwości rodziny i środowiska, w którym się wychowuje. Przesłanka dobra dziecka ma też podstawowe znaczenie przy zarządzie jego majątkiem, przybierając postać interesu majątkowego, i sprowadza się przede wszystkim do przestrzegania zasad prawidłowej gospodarki (por. H. Ciepła, Komentarz do art.95 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, system informacji prawnej LEX, stan prawny na 20.09.2011 r.)

Ponadto jak podkreślił SN w uchwale 7 sędziów z dnia 8 marca 2006 r., III CZP 98/05 „Władza rodzicielska, ze względu na swój charakter, wykazuje jako prawo podmiotowe szczególne cechy. Jej zasadniczą właściwość stanowi to, że jej atrybuty są zarazem obowiązkiem rodziców, podstawowym zaś celem jest funkcja ochronna względem dziecka". Należy podkreślić, że władza rodzicielska ma charakter prawa niezbywalnego i niedziedzicznego. Z brzmienia art. 95 § 1 k.r.o. wynika, że obejmuje ona pieczę nad osobą dziecka, pieczę nad majątkiem dziecka oraz prawo do jego

wychowania z poszanowaniem jego godności i praw. Jest ona sprawowana na zasadzie wyłączności, co oznacza, że nikt ich w tym względzie nie może wyręczać (A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2002 s. 193).

Rozstrzygając tą kwestię należy również zwrócić uwagę na funkcję i rolę władzy rodzicielskiej. Jak wskazuje J. Strzebińczyk [w:] System Prawa Prywatnego Tom. 12 „Prawo rodzinne i opiekuńcze” w aktualnym kształcie normatywnym władza rodzicielska – jest prawnym instrumentem umożliwiającym rodzicom przede wszystkim ostateczne psychofizyczne ukształtowanie dziecka i przygotowanie go w ten sposób do samodzielnego życia. Tę pierwszoplanową funkcję podkreślił ustawodawca dość wyraźnie, przewidując obowiązek rodziców troszczenia się o fizyczny i o duchowy rozwój dziecka oraz eksponując rolę jego wychowywania i potrzebę kierowania nim w czasie wykonywania władzy rodzicielskiej (art. 96 § 1 k.r.o). W związku z powyższym wykonywanie władzy rodzicielskiej przy udziale pełnomocnika, stałoby się sprzeczne z przedstawioną powyżej funkcją władzy rodzicielskiej.

Należy również wskazać, że w doktrynie dostrzeżono problem możliwości udzielenia tzw. pełnomocnictwa zdrowotnego.

Pełnomocnictwo tzw. zdrowotne polega na tym, że pacjent wykorzystując relację opartą na zaufaniu powierza kompetencję do decydowania o przebiegu swojego leczenia osobie bliskiej. Dopuszczenie takiego rozwiązania ma sprzyjać jak najpełniejszej ochronie interesów niezdolnego pacjenta poprzez powierzenie zaufanej osobie zadania rozważenia poglądów pacjenta sprzed utraty przytomności, jego systemu wartości i przejawów woli oraz wskazań medycznych. (por. M. Syska Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym. System informacji prawnej LEX.)

Ponadto, rozważając ten problem wskazuje się, że kodeksowa instytucja pełnomocnictwa ma zatem raczej charakter majątkowy, natomiast ewentualna możliwość dokonania czynności osobistych przez pełnomocnika została uregulowana w przepisach odrębnych. Ze względu na charakter oraz skutek w postaci legalizacji naruszenia dóbr osobistych zgodę na zabieg medyczny uznać za czynność *stricte* osobistą. Co jednocześnie sprzeciwia się możliwości zastosowania instytucji klasycznego pełnomocnictwa do decyzji medycznych bez wyraźnej podstawy prawnej. Przeciwko możliwości ustanowienia pełnomocnika ds. zdrowotnych przemawiają także przepisy ustawy o zawodzie lekarza i lekarza

dentysty enumeratywnie wskazując osoby uprawnione do wyrażenia zgody zastępczej. Nie ma wśród nich pełnomocnika.

Należy przy tym wskazać, że może chodzić zarówno o pełnomocnika działającego bezpośrednio w zastępstwie pacjenta, czy też za jego przedstawiciela ustawowego.

W literaturze podkreśla się, że procedura uzyskiwania zgody uregulowana została dość precyzyjnie i nie ma w niej miejsca dla działania pełnomocnika. Nawet gdyby zresztą uznać, że możliwe jest skuteczne udzielenie pełnomocnictwa do wyrażania zgody na zabieg medyczny, to i tak pełnomocnik działałby w tym przypadku w imieniu pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, tj. w ramach uprawnienia pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego do wyrażania zgody. Pełnomocnik mógłby co najwyżej zawiadomić sąd opiekuńczy o stanie zdrowia pacjenta oraz o konieczności podjęcia decyzji w sprawie zabiegu. Postępowanie w sprawie sądowej zgody zastępczej prowadzone jest bowiem z urzędu, a informacja lekarza traktowana jedynie jako zawiadomienie, a nie wniosek (por. M. Syska, Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym. system informacji prawnej LEX).

Kolejną kwestią na którą warto wskazać, jest iż władza rodzicielska może przysługiwać wyłącznie osobie posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych (art. 10 k.c., 13 k.c. i 16 k.c.). Natomiast ograniczenie to nie odnosi się do pełnomocnika, którym może być również osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych.

Co prawda zgodnie z treścią art. 100 k.c. nie ma przeszkód, aby ograniczony w zdolności do czynności prawnych był pełnomocnikiem, niezależnie od tego, czy ograniczenie to było stwierdzone w chwili udzielenia pełnomocnictwa, czy też ograniczenie nastąpiło dopiero później. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 100 k.c. czynność prawna dokonana przez pełnomocnika w granicach udzielonego mu umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Tak więc osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, która we własnych sprawach może działać tylko za zgodą przedstawiciela ustawowego (art. 18 § 1 k.c.) nie potrzebuje tej zgody przy dokonywaniu czynności prawnych w imieniu reprezentowanego. (por. P. Nazaruk, Komentarz do art. 100 Kodeksu cywilnego, system informacji prawnej LEX, stan prawny na 01.05.2014 r.).

Umożliwienie działania pełnomocnikowi ograniczonemu w zdolności do

czynności prawnych może de facto doprowadzić do obejścia zakazu, iż władza rodzicielska powinna przysługiwać i być wykonywana przez osobę posiadającą pełnię zdolności do czynności prawnych, skoro bowiem dopuszczalne byłoby uznanie, że rodzic lub inna osoba posiadająca władzę rodzicielską może udzielić pełnomocnictwa, a nie ma przepisu zakazującego, aby pełnomocnikiem mogła zostać osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych.

Stanowisko Sądu Rejonowego sprowadza się do ostatecznego wniosku, że zgoda na zabieg medyczny małoletniego dziecka jest ściśle powiązana z władzą rodzicielską i nie może być wyrażona przez pełnomocnika.

Nie ulega wątpliwości, że zgoda na zabieg medyczny wyrażona przez przedstawiciela ustawowego małoletniego pacjenta jest oświadczeniem woli. Oświadczenie takie powinno być świadome, swobodne i złożone w zamiarze wywołania skutków prawnych (art. 60 k.c.)

Z drugiej zaś strony zasadą prawa cywilnego wyrażoną w art. 95 k.c. jest, iż czynności prawnej można dokonać przez przedstawiciela. Umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo) (art. 96 k.c.). Zgodnie z tym pierwszym stanowiskiem zasada wyrażona w art. 95 i 96 k.c. doznaje jednak wyjątków, do takich należą czynności prawne, a także zdarzenia prawne traktowane jako przejawy woli bądź przejawy uczuć, których właściwość wyklucza możliwość ich dokonania przez przedstawiciela. Dotyczy to czynności mających ściśle osobisty charakter, a także z zakresu prawa rodzinnego (...) (zob. Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. część ogólna pod red. A. Kidyby, Wojciech Robaczyński, Komentarz do art. 95 Kodeksu Cywilnego, system informacji prawnej LEX, stan prawny na 18.04.2014 r.)

Przez przedstawiciela można dokonać zdecydowanej większości czynności prawnych. Są jednak w ustawie pewne wyjątki wskazujące czynności, które mogą być dokonane wyłącznie osobiście przez zainteresowaną osobę np. sporządzenie testamentu. Omawiany przepis przewiduje także sytuacje, w których właściwość czynności może przemawiać przeciwko jej dokonaniu przez przedstawiciela. Przykładem może być uznanie ojcostwa lub wyrażenie zgody na przysposobienie (por. P. Sobolewski w: Kodeks cywilny..., red K. Osajda, t.1, s.787, J. Mucha-Kujawa, Teoretycznoprawne aspekty przedstawicielstwa podmiotów prywatnych, Studia Prawnicze 2013 nr 4).

Jednakże zarówno przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jak i ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry nie zawierają regulacji, która zakazywałaby wyrażenie takiej zgody przez pełnomocnika. Jednak biorąc pod uwagę charakter czynności prawnej jaką jest wyrażenie zgody na zabieg medycznych, gdzie lekarz w czasie wykonywania swojego zawodu dokonuje swoistej ingerencji w dobra gwarantowane konstytucyjnie takie jak: prawo do ochrony życia i zdrowia (art. 38 i 68 Konstytucji), oraz prawo do samostanowienia (art. 31 ust. 1, art. 39 i art. 41 ust. 1 Konstytucji) należy tą okoliczność poddać szczególnej rozważeniu.

Aktualna sytuacja społeczno-gospodarcza, w świetle nasilającej się migracji rodziców lub jednego z nich sugeruje, że wymagana jest weryfikacja dotychczasowej oceny tej kwestii. Wskazywałaby na potrzebę jej uregulowania i umożliwienia rodzicom, żyjącym niejednokrotnie w znacznym oddaleniu, współdecydowania o istotnych sprawach dziecka za pośrednictwem ustanowionego pełnomocnika. Niewątpliwie profesjonalny pełnomocnik jakim jest radca prawny czy adwokat lub też członek najbliższej rodziny, dawałby gwarancję należytego wykonania powierzonych, konkretnych czynności. Pozwoliłoby to na uniknięcie sytuacji, w których występowałyby zagrożenia dla dobra dziecka.

W przypadkach, w których rodzice małoletniego dziecka nie są w stanie okresowo wykonywać osobiście wszystkich czynności związanych z pieczę nad dzieckiem, a nie zachodzi konieczność ingerencji w sposób wykonywania tej władzy, uzyskując uprawnienie do działania przez pełnomocnika, będą działać w interesie dobra dziecka, zwłaszcza w sprawach niecierpiących zwłoki. Generalną zasadą wykonywania władzy rodzicielskiej jest dobro dziecka. Oznacza to, że rodzice powinni władzę rodzicielską tak sprawować, aby wszystkie ich poczynania były zgodne z dobrem dziecka. Interes dziecka, jak już wspomniano, należy oceniać według kryteriów obiektywnych, przyjętych jako reguły prawidłowego postępowania w społeczeństwie, z uwzględnieniem wieku dziecka, jego stanu zdrowia, uzdolnień, cech charakteru, właściwości rodziny i środowiska, w którym się wychowuje (tak: kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem pod red. K. Piaseckiego str.562).

Powyższe nie wyklucza równocześnie działania rodziców w w/w ramach, w uzasadnionych przypadkach, na odległość, poprzez ustanowionego pełnomocnika, który miałby możliwość decydowania w sprawach dziecka wymagających natychmiastowej reakcji, takich jak właśnie zgoda na zabieg medyczny, gdyż brak szybkiej zgody mogłoby zaważyć na zdrowiu bądź też życiu dziecka.

W niniejszej sprawie znamienym jest rozstrzygnięcie czy czynność polegająca na wyrażeniu zgody na zabieg medyczny (art. 34 ust 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty) mogła być dokonana przez pełnomocnika, czy też jej dokonanie w taki sposób wyłącza właściwość tej czynności prawnej.

Żaden przepis prawa nie zabrania wprost (nie wyklucza), by tego rodzaju oświadczenia były składane przez pełnomocnika.

Niewątpliwie wyrażenie zgody przez E. W. na zabieg medyczny małoletniej córki mieści się w jego władzy rodzicielskiej. Jak już wspomniano nie ma przepisu prawa, w tym w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty, który by zabraniał wyrażenia tej zgody przez pełnomocnika. Art. 34 ust 3 w/w ustawy mówi, że jeżeli pacjent jest osobą małoletnią, niezdolną do świadomego wyrażenia zgody lub całkowicie ubezwłasnowolnioną, a nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe, lekarz może przeprowadzić zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego (art. 34 ust. 3 u.z.l.). Przepis art. 34 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 6 ustawy nakazuje lekarzowi uzyskanie zgody sądu opiekuńczego także w następujących sytuacjach:

- 1) gdy pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo chora psychicznie lub upośledzona umysłowo, lecz dysponująca dostatecznym rozeznanem, sprzeciwia się podjęciu czynności medycznych przez lekarza, zaś przedstawiciel ustawowy się zgadza;
- 2) gdy pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo chora psychicznie lub upośledzona umysłowo, lecz dysponująca dostatecznym rozeznanem, wyraża zgodę na czynności medyczne, natomiast przedstawiciel ustawowy się sprzeciwia, a zabieg jest niezbędny do usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia;
- 3) gdy czynnościom lekarza sprzeciwia się zarówno pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo chora psychicznie lub upośledzona umysłowo, lecz dysponująca dostatecznym rozeznanem, jak i przedstawiciel ustawowy;
- 4) gdy czynnościom lekarza sprzeciwia się przedstawiciel ustawowy małoletniego pacjenta, który nie ukończył 16 lat.

Przepis ten ma zastosowanie w przypadku, gdy niebezpieczeństwo pogorszenia się stanu zdrowia nie jest bezpośrednie i nagłe. Wprawdzie nie został w tej regulacji wymieniony pełnomocnik, ale w innych przepisach prawa też nie ma wskazanego pełnomocnika jako osoby uprawnionej do dokonywania jakichkolwiek czynności.

Co prawda komentatorzy z zakresu prawa medycznego zwracają uwagę, że należy bardzo ostrożnie podejść do tego aby opiekun faktyczny- za którego de facto należałoby uznać R. K., wykonującego bez obowiązku ustawowego stałą pieczę nad małoletnią, miał możliwość wyrażenia zgody na zabieg medyczny.

M. Nestorowicz wskazuje, że ustawa nie daje opiekunowi faktycznemu uprawnień jakie posiada przedstawiciel ustawowy. Jego zgoda potrzebna jest jedynie do przeprowadzenia zwykłych badań (art. 33 ust 1 ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry) lub do udzielenia świadczeń zdrowotnych o zwykłym ryzyku, gdy pacjent nie wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej (art. 34 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarz i lekarza dentystry) (por. M. Nestorowicz, Prawo medyczne, Toruń 2007, s. 130)

W opisanym kontekście, jak również w realiach faktycznych sprawy, przedstawione zagadnienie prawne budzi poważne wątpliwości Sądu Okręgowego z uwagi na dopuszczalne reguły wzajemnej relacji i wykładni wchodzących w grę przepisów decydujących o możliwości działania przez pełnomocnika przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej w istotnych sprawach dziecka.

Powyższe względy, wskazujące na brak jednoznacznej interpretacji kwestii możliwości skutecznego udzielenia przez rodzica w ramach wykonywanej władzy rodzicielskiej pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu medycznego u jego małoletniego dziecka spowodowały poważną wątpliwość Sądu Okręgowego i przedstawienie na podstawie art. 390 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego.