

Uniwersytet Warszawski

MARIA BORATYŃSKA
ORCID: 0000-0002-2062-0499
m.boratynska@wpia.uw.edu.pl

Dysfunkcjonalność ochrony praw pacjenta małoletniego. Część 1: Reprezentowanie interesów i prawo do informacji

The Dysfunctionality of the Protection of the Rights of a Minor Patient.
Part 1: Representation of Interests and the Right to Information

WPROWADZENIE

Pułap wieku, gdy dziecko osiąga ograniczoną zdolność decyzyjną w sprawie zgody na wykonanie czynności medycznych, na zasadach ogólnych polskiego prawa wynosi – jak wiadomo – aż 16 lat. Przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹ oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta² regulują *expressis verbis* zagadnienie wieku decyzyjnego tylko od strony zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego oraz należytej informacji medycznej. Prawa przysługujące każdemu pacjentowi są jednak dużo bardziej zróżnicowane, a ich arcyosobisty charakter pozwala łatwo wyobrazić sobie rozdzwieki między zapytywaniem młodych ludzi na tajemnicę bądź intymność a koncepcją ich ochrony realizowaną przez rodziców. Nawet najlepszy rodzic jest tutaj mimo wszystko tylko osobą trzecią wobec interesów osobistych swojego dziecka i nie przysługuje mu autonomiczne uprawnienie do dysponowania jego prawami pacjenta. Ustawy medyczne nie różnicują jednak praw pacjenta małoletniego, mimo że służą one dziecku, a rodzic reprezentuje go jedynie wobec osób trzecich, czyli na zewnątrz.

¹ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 1997, nr 28, poz. 152; t.j. Dz.U. 2022, poz. 1731, 1733, 2731, 2770; Dz.U. 2023, poz. 605, 650), dalej: UZL.

² Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2009, nr 52, poz. 417; t.j. Dz.U. 2022, poz. 1876, 2280, 2705; Dz.U. 2023, poz. 605).

Na sytuacje konfliktowe nie ma uniwersalnych recept, jednakże jeśli młoda osoba osiągnęła już poziom zdolności umysłowej pozwalający nie tylko wypowiedzieć z rozeznaniami opinię w danej sprawie, ale i podjąć rozsądną decyzję, to decyzja ta powinna przeważać nad odmienną wolą rodziców. Kluczem do interpretacji powinna być koncepcja, że ochrona praw dziecka jako pacjenta wyprzedza uprawnienia rodziców, więc w razie kolizji decyduje uzasadniony i najlepiej pojęty interes dziecka. Uregulowania prawa medycznego wydają się zakładać, że poza kwestią udzielania zgody na leczenie i żądania wcześniejszego wypisania ze szpitala takie kolizje nie istnieją. Informacja medyczna należy się rodzicom bez ograniczeń wraz z pełnym dostępem do dokumentacji. Ujawnienie tajemnicy medycznej dziecka jest uzależnione od zgody przedstawiciela ustawowego. W praktyce rodzic może też zażądać, by pewnych informacji dziecku nie przekazywać albo zadecydować o zakazie odwiedzin. W obecności rodzica wykonywane są badania i inne czynności medyczne, gdyż panuje przekonanie, że jako opiekun prawny ma prawo przy nich być. Pytanie jednak, czy rzeczywiście. Mimo najlepszych chęci może bowiem błędzić i nieświadomie szkodzić, również wtedy, gdy wkracza w sferę wstydu podopiecznego i tkwi na miejscu mimo oczywistych sygnałów, że powinien wyjść i poczekać na zewnątrz.

Jeszcze bardziej szkodliwe mogą być skutki zaniechań wynikających z zaniechania pieczy w sprawach co prawda niewymagających niezwłocznej pomocy lekarskiej, ale skutkujących na przyszłość mniej lub bardziej dotkliwymi dysfunkcjami organizmu, jak pogłębiająca się wada wzroku czy dramatyczne ubytki w uzębieniu.

System ochrony praw zdrowotnych dzieci może być oceniony jako funkcjonalny pod warunkiem, że działa sprawnie oraz szanuje ich autentyczne i dojrzałe decyzje. Wysoko określony pułap wieku decyzyjnego zawodzi pod wieloma względami. Przede wszystkim nie rozróżnia między noworodkiem a piętnastolatkiem, podczas gdy już młodzież szkolna wykazuje przynajmniej ograniczone rozeznanie we własnych sprawach zdrowotnych. Prosta obserwacja rozwoju umysłowego dzieci – z pozycji czy to rodzica, czy to pedagoga – pozwala z łatwością dostrzec, że dojrzałość umysłowa pojawia się zdecydowanie wcześniej, problem stanowi jednak właściwa jej ocena.

W zapoczątkowanych w latach 90. XX w. zagranicznych badaniach nad kompetencją dzieci i młodzieży w sprawach zdrowotnych zwraca się uwagę, że sztywno określone przez prawo przedziały wiekowe stanowią raczej przeszkodę niż pomoc, ponieważ największą przydatność wykazuje doraźna ocena empiryczna³.

³ B.M. Dickens, R.J. Cook, *Adolescents and Consent to Treatment*, "International Journal of Gynecology and Obstetrics" 2005, vol. 89(2), s. 182; I.M. Hein, P.W. Troost, A. Broersma, M.C. de Vries, J.G. Daams, R.J.L. Lindauer, *Why Is It Hard to Make Progress in Assessing Children's Decision-Making Competence?*, "BMC Medical Ethics" 2015, vol. 16, s. 2.

Badania prowadzone są głównie u dzieci w wieku 7–18 lat, co pokazuje, że bardzo poważnie jest tam traktowana autonomia osób co najmniej siedmioletnich. Sugerują one, że dzieci powyżej 9. roku życia mogą zrozumieć nawet dość złożone procesy metaboliczne⁴. Podkreśla się przy tym znaną konstatację, że kompetencja nie powinna być oceniana generalnie, ponieważ w przypadku dziecka zależy od wielu czynników. Następnie odróżnia się kategorię dorastających małoletnich (od 10, 12 lub 14 lat – w zależności od grupy etnicznej)⁵ i osobno wymienia się małoletnich dojrzałych – *mature minors* (14–18 lat). Pojęcie dojrzałego małoletniego zostało wprowadzone przez niektóre organy, aby objąć nim grupy dzieci, których wiek w większości krajów Unii Europejskiej (UE) wynosi od 14 do 18 lat i które są często uznawane za wystarczająco dojrzałe, aby samodzielnie wyrazić zgodę na leczenie. Kompetencja, czyli zdolność do wykonania konkretnego zadania, jest często kojarzona z możliwościami poznawczymi, racjonalnością i wiekiem. Bardzo małe dzieci mogą mieć jasne pojęcie o śmierci, chociaż zwykle brakuje im zrozumienia prawdopodobnego wpływu ich śmierci na rodzinę. W każdym przypadku lekarze powinni zawsze zadać sobie pytanie, czy dziecko jest wystarczająco dojrzałe, aby prawidłowo udzielić zgody. Zgodnie z prawem poszczególnych państw młodsze dzieci mogą skutecznie wyrazić zgodę na leczenie, zwłaszcza jeśli mają wystarczającą zdolność do zrozumienia korzyści i ryzyka związanego z proponowanym leczeniem oraz jego alternatywą⁶. Nowsze badania nad strukturą i funkcjonowaniem mózgu dają wszakże wyniki mniej jednoznaczne niż przyjęta swego czasu przez sąd w USA tzw. reguła siedmiu⁷. Obecne są teorie, że odnotowana u nastolatków w okresie dojrzewania skłonność do ryzykownych zachowań jest wynikiem tego, że w ich mózgu obwody zachowań związanych z nagrodami rozwijają się wcześniej niż regiony związane z kontrolą. Przy podejmowaniu decyzji w niewątpliwie stresującym środowisku opieki zdrowotnej nastolatki mogą bardziej polegać na swoim dojrzałym układzie limbicznym (społeczno-emocjonalnym) niż na kontrolującym impulsy mniej rozwiniętym przedczołowym systemie poznawczym. Na ich korzyść działa ustalenie, że późne dorastanie to także okres, w którym młodzież rozwija spójne poczucie tożsamości, z większym zrozumieniem swoich indywidualnych przekonań, wartości i priorytetów. Droga

⁴ M. De Lourdes Levy, V. Larcher, R. Kurz, *Informed Consent/Assent in Children: Statement of the Ethics Working Group of the Confederation of European Specialists in Paediatrics (CESP)*, "European Journal of Pediatrics" 2003, vol. 162, s. 633.

⁵ Z kontekstu rozważań wynika, że chodzi przede wszystkim o dojrzałość płciową i zdrowie seksualne.

⁶ M. De Lourdes Levy, V. Larcher, R. Kurz, *op. cit.*, s. 631.

⁷ Zdolność decyzyjna nie istnieje w przypadku dzieci poniżej wieku 7 lat, brak tej zdolności jest domniemany, ale może być obalony za pomocą odpowiednich dowodów dla wieku 7–14 lat, a zdolność jest domniemana, ale może zostać obalona w wieku 14 lat i starszym. Zob. *Cardwell v Bechtol*, 724 SW 2d 739, 745 (Tenn 1987).

do autonomii jest związana zarówno z dojrzałością intelektualną, jak i z funkcjonowaniem moralnym. Klinicyści powinni więc szukać w osobowości młodego pacjenta dowodów na stabilne, zinternalizowane wartości, odzwierciedlające poznawcze dojrzewanie i kluczowe dla procesu podejmowania decyzji w trudnych sytuacjach⁸.

Zgoda dzieci nawet w wieku 7 lat na interwencje medyczne może pomóc im bardziej zaangażować się w opiekę medyczną oraz sprzyjać ich rozwojowi moralnemu i rozwojowi autonomii⁹. To, czy dziecko jest w stanie podejmować takie decyzje, zależy od jego poziomu rozwojowego i zdolności do podejmowania samodzielnych decyzji. Dziecko musi zatem wykazać, że potrafi: zrozumieć przekazywane mu informacje; pojmować, że to jego te informacje dotyczą; wykorzystać informacje do dokonania wolnego wyboru; dokonać danego wyboru. Ponadto kompetencja zależy od kontekstu, który może obejmować fizyczne otoczenie dziecka, a także od relacji między dzieckiem, rodzicami i pracownikami służby zdrowia oraz musi być postrzegana na tle doświadczeń dziecka związanych z chorobą. Te dzieci, które mają takie osobiste doświadczenia, mogą wykazać się większą wnikliwością i zrozumieniem niż dzieci w porównywalnym wieku, którym tego doświadczenia brakuje¹⁰. Kompetencje zmieniają się również w czasie i w zależności od stanu choroby. Na przykład dziecko, które odczuwa silny ból, może nie być kompetentne do decyzji, które w innym przypadku byłoby w stanie podjąć. Ogólnie rzecz biorąc, dzieci muszą wykazać się zrozumieniem natury swojej choroby – dlaczego leczenie jest konieczne, zrozumieniem leczenia, które jest proponowane i jakie ryzyko się z tym wiąże oraz pojmować implikacje leczenia bądź jego zaniechania dla nich samych lub dla rodziny. Im większy wpływ na życie będzie miało leczenie, tym większego zrozumienia należy wymagać, zwłaszcza jeśli pacjent chce leczenia odmówić. Zrozumienie kompetencji dzieci wiąże się z kwestionowaniem myślenia skoncentrowanego na dorosłych i spojrzenia na to, jak rzeczy pasują do siebie i mają sens z niższej, bardziej ziemskiej perspektywy dziecka¹¹.

Istnieje też złożona relacja między kompetencjami a informacją. Licząca się zgoda wymaga nie tylko kompetencji, ale i odpowiednich informacji oraz

⁸ A.L. Katz, S.A. Webb, *Informed Consent in Decision-Making in Pediatric Practice*, "Pediatrics" 2016, vol. 138(2), s. 67.

⁹ *Ibidem*, s. 68.

¹⁰ P. Alderson, *In the Genes or in the Stars? Children's Competence to Consent*, "Journal of Medical Ethics" 1992, vol. 18(3), s. 2272–2283; M. Bluebond-Langner, J.B. Belasco, M. DeMesquita Wander, "I Want to Live, Until I Don't Want to Live Anymore": *Involving Children with Life-Threatening and Life-Shortening Illnesses in Decision Making about Care and Treatment*, "Nursing Clinics of North America" 2010, vol. 45(3), s. 329–343; V. Larcher, A. Hutchinson, *How Should Paediatricians Assess Gillick Competence?*, "Archives of Disease in Childhood" 2010, vol. 95, s. 307–311, podaje za I.M. Hein, P.W. Troost, A. Broersma, M.C. de Vries, J.G. Daams, R.J.L. Lindauer, *op. cit.*, s. 3.

¹¹ P. Alderson, *op. cit.*, s. 121.

uzyskania zgody bez przymusu¹². Trudno byłoby dziecku być kompetentnym, gdyby nie zostało odpowiednio poinformowane. Dlatego wszystkie dzieci, nawet te, które nie zostały uznane za kompetentne, mają prawo otrzymać informacje podane w sposób dla nich zrozumiały oraz wyrazić swoją zgodę lub sprzeciw¹³. Jednocześnie punkt ciężkości rozważań jest położony na decyzje zdrowotne z gatunku krytycznych¹⁴ oraz podejmowanych na potrzeby sytuacji naglących lub niebezpiecznych¹⁵: zgodę bądź jej odmowę na operacje (np. przeszczep płuc przy mukowiscydozie), zabiegi ratujące życie (jak apendektomia przy ostrym stanie zapalnym wyrostka robaczkowego) czy uciążliwe leczenie ciężkich schorzeń (np. białaczki). W piśmiennictwie zagranicznym podkreśla się przy tym, że brakuje systematycznych badań nad zdolnością decyzyjną dzieci, a stopień tej zdolności zależy od wielu czynników, w tym społecznych i rodzinnych¹⁶, którym nie przydaje się takiego znaczenia w stosunku do dorosłych.

W tym opracowaniu nie będzie jednak mowy o decyzjach krytycznych, lecz o codziennej i podstawowej opiece zdrowotnej oraz o autonomii decyzyjnej dziecka w sprawach zdrowia i korzystania z praw pacjenta. Jego teza brzmi, że dziecko powinno zostać wyposażone w środki prawne umożliwiające samodzielne, swobodne i wolne od stresu działanie bez angażowania służb ochrony przynajmniej w sprawach stosunkowo prostych i oczywistych. Skoro bowiem obowiązujące prawo pozostaje obojętne na zróżnicowany stopień rozwoju umysłowego dzieci i młodzieży, paternalizm rodzicielski jest przez to dobrze ugruntowany i trudno wzruszalny, o ile dziecku nie dzieje się jaskrawa krzywda.

¹² M. De Lourdes Levy, V. Larcher, R. Kurz, *op. cit.*, s. 631.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Mianem krytycznych decyzji zdrowotnych określa się te, które wazą między życiem a śmiercią, w tym: o zaprzestaniu terapii daremnej, o odstąpieniu od zaawansowanego technicznie wspomaganie czynności życiowych w stanach terminalnych czy o nieprzeprowadzeniu wysoce inwazyjnego zabiegu operacyjnego przy nikłych szansach powodzenia. Zob. prekursorski tekst: Z. Szawarski, *Moralne problemy dotyczące opieki nad dziećmi nieuleczalnie chorymi*, „Studia Filozoficzne” 1984, nr 2, s. 65–92; K. Szewczyk, *Czy rodzice powinni mieć prawo do decydowania o życiu i śmierci krytycznie chorych noworodków?*, „Diametros” 2012, nr 34, s. 154–178; R. Huxtable, *Law at the Limits of Life: Children, Welfare and Best Interests*, [w:] *Law, Ethics and Compromise at the Limits of Life: To Treat or Not to Treat?*, New York 2012; A. Howells, *Is the Best Interests Test for the Care of Critically Ill Children Fit for Purpose?*, „Edinburgh Student Law Review”, 27.07.2020.

¹⁵ Według art. 33 ust. 1 UZL badanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. Nie rozwiązuje to jednak – co oczywiste – problemu każdej potrzeby zdrowotnej u dziecka poniżej 16 lat, w tym np. stomatologicznego leczenia zachowawczego o charakterze nienagłym, prostowania zgryzu, dobierania okularów, operacyjnej korekcji zeza, szczepień nieobowiązkowych czy bieżącej opieki ginekologicznej.

¹⁶ Zob. m.in. V. Miller, D. Drotar, E. Kodish, *Children's Competence for Assent and Consent: A Review of Empirical Findings*, „Ethics and Behavior” 2004, vol. 14(3), s. 257 i przywołana tu literatura.

Prawo przewiduje wprawdzie wystąpienie się o zezwolenie zastępcze sądu opiekuńczego, lecz metoda ta jest zupełnie nieskuteczna, o ile nie będzie jej realizować osoba dorosła. Teoretycznie dziecko mogłoby zgłosić się po pomoc do nauczycieli w szkole, a ci mają ustawowy obowiązek powiadomienia sądu także z własnej inicjatywy, ale praktyczne skorzystanie z tego sposobu przez dzieci i młodzież wymaga rozeznania wyższego niż przeciętne przede wszystkim w obowiązującym prawie. A już najmniej prawdopodobne jest to, by dziecko zwróciło się do sądu osobiście. Kompetencja wszczynania postępowań cywilnych lub przystępowania do tych już będących w toku przysługuje Rzecznikowi Praw Dziecka¹⁷. Z informacji pośrednich wiadomo tylko, że w 2021 r. do Biura Rzecznika Praw Dziecka trafiło kilka spraw dotyczących sporu między dzieckiem a rodzicami na temat szczepień¹⁸. Model, w którym dziecko (z pomocą dorosłego lub bez) musi najpierw wystąpić do sądu, jest jednak w praktyce mało użyteczny, gdyż wymaga zwrócenia się do organów ochrony przeciwko własnym rodzicom. To zaś będzie podyktowane dopiero desperacją i spowoduje stres.

Jedyny obecnie realny instrument prawny zapewniający poszanowanie autonomii dziecka – wysłuchanie małoletniego – ma szanse spełnić swoje zadanie tylko pod warunkiem, że sprawa najpierw trafi przed sąd¹⁹.

Wysoki poziom wieku decyzyjnego był przedmiotem skargi Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, nie przyniosło to jednak żadnych pozytywnych rezultatów²⁰. Myślenie adultocentryczne przejawiało się tam m.in. w argumentacji, że w sprawach zdrowotnych „podejmowanym decyzjom towarzyszą silne emocje, z typową dla młodego wieku skłonnością do ryzykownych zachowań w tle”²¹ i to ma uzasadniać przyjętą konwencję ustawową, według której „dopiero wraz z ukończeniem szesnastego roku życia człowiek nabywa zdol-

¹⁷ W czasie konferencji „Dziecko w postępowaniu cywilnym” adwokatka związana z Biurem Rzecznika Praw Dziecka referowała, że wpływają tam bezpośrednio pochodzące od dzieci prośby o ustanowienie dla nich adwokata.

¹⁸ Podają za: A. Romaniuk, *Masz szlaban na szczepienie*, „Gazeta Wyborcza. Duży Format”, 10.01.2022, s. 2.

¹⁹ Zob. przegląd instytucji prawnych zapewniających – jak to uzasadniał Trybunał Konstytucyjny w sprawie K 10/16 – uszanowanie „rozsądnych życzeń” małoletniego oraz ich ocenę praktyczną: M. Boratyńska, *Dziecko w potrzebie zdrowotnej wobec bezczynności opiekunów. Jak system prawny szanuje autonomię osoby małoletniej w sprawach medycznych*, (w druku).

²⁰ Skarga konstytucyjna Rzecznika Praw Obywatelskich została przez Trybunał Konstytucyjny oddalona (wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., K 16/10). Uzasadnienie sprowadzało się do tego, że skoro według naszego prawa osoba poniżej lat 18 jest w rozumieniu prawa dzieckiem, to nie ma takich pryncypiów, z którymi sprzeczne byłoby określenie wieku ograniczonego decydowania na poziomie lat 16. Szerzej zob. M. Boratyńska, *Dziecko w potrzebie zdrowotnej wobec bezczynności opiekunów...*

²¹ Wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., K 16/10.

ność do świadomego i racjonalnego ustosunkowania się do proponowanych mu świadczeń zdrowotnych²².

Obecnie procedowany jest projekt zmian w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry z dnia 5 grudnia 1996 r., nadający osobom, które ukończyły 15 lat, pełną samodzielność decyzyjną w sprawach konsultacji dermatologicznych, ginekologicznych i urologicznych²³. Jak nietrudno dociec, chodzi o poszanowanie prawa do prywatności w sferze zdrowia reprodukcyjnego w świetle prawnokarnej regulacji, która tzw. wiek przyzwolenia na życie intymne statuuje pośrednio właśnie na ukończone 15 lat. Trudno prognozować, jakie będą dalsze losy projektu, dotychczasowe doświadczenia pozwalają jednak na supozycję, że skończy się tak jak zwykle, czyli spełźnie na niczym. Mimo bowiem powtarzających się na przestrzeni lat w doktrynie prawa postulatów zmian polegających na obniżeniu, a nawet zniesieniu formalnej granicy wieku decyzyjnego²⁴, wciąż powielane jest utrwalone podejście, że małoletnie dziecko jest „z istoty niedojrzałe” i wobec tego „z oczywistych względów” nie może podejmować racjonalnych życiowo decyzji zdrowotnych²⁵. Rodzicom zaś przysługuje w tej sprawie „autonomia rodzicielska”, której jednym z dobitniejszych przejawów są perypetie z wykonywaniem u dzieci szczepeń ochronnych. Takie przejawy aduptyzmu i adultocentryzmu²⁶ przedstawiają się szczególnie rażąco na tle współczesnych opracowań pedagogicznych, które od dawna już postulują traktowanie dziecka podmiotowo, co polega m.in. na przestrzeganiu jego prawa do podejmowania wyborów życiowych, zachęcaniu do wyrażania własnego zdania i opinii oraz do autonomicznego podejmowania przez nie decyzji na odpowiednim poziomie dostosowanym do jego roz-

²² *Ibidem*.

²³ Sejm RP, Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry, Druk nr 1432, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1432> (dostęp: 26.06.2023).

²⁴ Zob. np. M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 63.

²⁵ Zob. J. Haberko, *Sytuacja prawna dziecka jako pacjenta*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2020, vol. 19(1), s. 12.

²⁶ Chodzi o postrzeganie dziecka jako niepełnego, niedoskonałego człowieka, potencjalnego dorosłego i konstruowanie dzieciństwa jako charakteryzowanego przez „brak” (przede wszystkim racjonalności) przejściowego, a więc i nieważnego okresu dążenia do dorosłości lub człowieczeństwa. Aduptyzm przejawia się „w lekceważeniu młodych ludzi, uznawaniu bezwzględności prawa do sprawowania nad nimi władzy – do kontroli i dyscyplinowania” (H. Ostrowicka, *Młodość jako kategoria i relacja w dyskursie edukacyjnym*, „Przegląd Pedagogiczny” 2011, nr 1, s. 281). Adultocentryzm natomiast to zapatrywanie, że normą i standardem jest dorosłość, a młodość jest odchyleniem od tej normy i tylko stanem dążenia do jej osiągnięcia. Z kolei mianem adultarchii określa się system rządzenia i organizacji społecznej, w którym władza spoczywa w rękach dorosłych, a dzieci i młodzież nie mają możliwości decydowania, kontrolowania ani wpływania nawet na kwestie, które dotyczą ich bezpośrednio. Zob. A. Golus, *Od przedmiotu do podmiotu. Status dziecka w rodzinie i społeczeństwie*, „Studia Edukacyjne” 2018, nr 48, s. 320–322.

woju psychospołecznego²⁷. Istotą tej podmiotowości jest „osobista sprawczość, czyli świadoma aktywność, w trakcie której człowiek dokonuje samodzielnych wyborów”²⁸. Troska o zachowanie podmiotowości dziecka jest uważana za podstawową zasadę pedagogiczną²⁹.

Aktualny stan prawny w polskim prawie medycznym prowadzi do czegoś wręcz przeciwnego. Tym bardziej zatem należy podkreślać dysfunkcjonalność obecnych rozwiązań i dążyć do poszanowania tych praw pacjenta małoletniego, które w obecnych warunkach da się respektować niezależnie od odmiennej woli (albo braku woli) rodziców. Przy pewnej dozie uporczywości lekarze mogą powstrzymać nadmierną aktywność rodziców przez uzasadnienie odmowy brakiem wskazań medycznych do wykonania czynności bądź brakiem faktycznego przyzwolenia po stronie odpowiednio dojrzałego umysłowo dziecka, bo na użycie przymusu bezpośredniego nie ma podstawy prawnej³⁰. Również Kodeks Etyki Lekarskiej (art. 15 ust. 2 KEL) nakazuje postarać się uzyskać przyzwolenie na czynność medyczną od pacjenta małoletniego wykazującego odpowiednią dojrzałość³¹. Etyką lekarską da się przynajmniej w pewnych przypadkach usprawiedliwić odmowę interwencji medycznej wobec dziecka przymuszanego przez rodziców albo opiekunów.

W sporządzonym na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości raporcie z 2016 r. sprawy sądowe ze świadomym udziałem dziecka poniżej lat 16 w ogóle nie zostały odnotowane³². Informacje o zaniechaniach rodzicielskich

²⁷ L. Miś, K. Ornacka, *Podmiotowość dziecka w rodzinie*, „Problemy Polityki Społecznej” 2015, nr 28, s. 71.

²⁸ J. Szempruch, *W poszukiwaniu idei podmiotowości relacji edukacyjnych rodziny i szkoły*, „Chowanna” 2009 (tom jubileuszowy), s. 80.

²⁹ Zob. A. Golus, *op. cit.*, s. 328 i przywoływana tu literatura.

³⁰ Zagadnienie dopuszczalności stosowania przymusu medycznego, w tym przymusu bezpośredniego, dokładnie przeanalizowała na gruncie ustaw szczególnych T. Dukiet-Nagórska, zwracając uwagę na zaznaczające się tam niekonsekwencje prawne. Polegają one z jednej strony na nakładaniu pewnych obowiązków na pacjentów o szczególnym statusie (oskarżeni, osadzeni, alkoholicy, narkomani), z drugiej zaś na braku dla każdego rodzaju przypadku przepisów ustawowych upoważniających do użycia wobec nich przymusu bezpośredniego. Stosowanie go przy takich warunkowaniach prawnych autorka słusznie uznała za niekonstytucyjne. Zob. T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 103 i n.

³¹ Przyzwolenie ze strony dziecka na czynność medyczną nie stanowi zgody w rozumieniu prawa medycznego, zwłaszcza że Kodeks Etyki Lekarskiej w żaden sposób nie uzależnia od tej zgody dalszego postępowania z pacjentem. Zob. P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1: *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 411. Normę etyczną zawartą w ust. 2 art. 15 KEL można więc zinterpretować tylko tak, że lekarz powinien dążyć do starań, by uzyskać od niesamodzielnego prawnie pacjenta faktyczne przyzwolenie na interwencję.

³² J. Słyk, *Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry)*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, vol. 25, s. 149–190. Wnioski z raportu można streścić

w zapewnieniu dzieciom dostępu do potrzebnej opieki zdrowotnej przedostają się do obiegu publicznego tylko sporadycznie i głównie za pośrednictwem prasy. Wyjątek stanowi problem uchylania się przez rodziców od obowiązkowego szczepienia dzieci, który został wszechstronnie rozważony przez orzecznictwo i doktrynę i stał się przedmiotem osobnych opracowań, dlatego tym razem nie będzie roztrząsany³³. W związku z niedawną pandemią kwestia szczepień ochronnych, zwłaszcza przeciwko Covid-19, nabrała nowego wymiaru, a prasa nagłośniła nieprawomocne orzeczenie sądu I instancji rozstrzygające różnice zdań w tym przedmiocie między rodzicami trzynastolatka – odmowę przełamania sprzeciwu matki³⁴. Niektóre uchybienia pieczy rodzicielskiej są trudne do wykrycia, a tym bardziej do skontrolowania i wychodzą na jaw dopiero w sytuacjach kryzysowych, wywołując pojedyncze skandale. Same dzieci odczuwają zwykle wobec rodziców odruchową lojalność albo milczą i nie skarżą się, powstrzymywane przez wstyd. Wykorzystane tutaj opisy przypadków pochodzą głównie z przekazów nieformalnych, bo innych brakuje. Przy tych uwarunkowaniach trzeba posłużyć się szeroko stosowaną w naukach społecznych, a mało docenianą przez prawników metodą antropologiczną, a w braku dostatecznie wszechstronnej debaty na forum krajowym podeprzeć się dokonaniem bioetyki zagranicznej. Wykładnia prawa dokonywana jest głównie poprzez wychwytywanie i rozstrzygnięcie kolizji norm.

Poszukiwanie luk i braku sankcji w tym skostniałym systemie przedstawia się nie jako działalność wywrotowa, lecz jako aktywność w celu ochrony i poszanowania praw niedorośłego człowieka.

następująco. Na 240 badanych spraw nadesłanych przez sądy w odpowiedzi na apel Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (a nie jest to dużo, wzięwszy pod uwagę, że tyle jest w Polsce sądów rejonowych) gros dotyczyło niemowląt w wieku poniżej roku i z rodzin w jakiś sposób patologicznych (z powodu ograniczeń władzy rodzicielskiej, pobytu dzieci w placówkach opiekuńczych bądź w rodzinach zastępczych). Tylko w czterech sprawach chodziło o przełamanie sprzeciwu pacjenta, który ukończył 16 lat, w 10 – o zezwolenie na zabieg u takiego pacjenta dotkniętego niepełnosprawnością intelektualną.

³³ Zob. najnowsze opracowanie: M. Boratyńska, *Wolność, prawo i treść władzy rodzicielskiej: spór o obowiązkowe szczepienia dzieci*, [w] *Spory medyczne*, red. A. Wnukiewicz-Kozłowska, Wrocław 2021, s. 259–276.

³⁴ Postanowienie SR dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, III Wydział Rodzinny i Nietletnich, z dnia 2 listopada 2021 r., III Nsm 891/21. Sprawa była komentowana na portalu na: Temat, któremu niezadowolony z rozstrzygnięcia ojciec dziecka udzielił wywiadu. Stąd wiadomo, ile chłopiec miał lat. Zob. D. Kuźnik, *Ojciec chciał szczepić dziecko na covid, matka nie. Trafili do sądu – to pierwszy taki wyrok w kraju*, 4.11.2021, <https://natemat.pl/382443,rodzice-poklocili-sie-o-szczepienie-dziecka-na-covid-wyrok-we-wroclawiu> (dostęp: 31.08.2022). Zob. omówienie tego judykatu oraz innych przypadków opisywanych w prasie: M. Boratyńska, *Dziecko w potrzebie zdrowotnej wobec bezczynności opiekunów...*

PODSTAWOWE I GŁÓWNE ŹRÓDŁO NIEPOROZUMIEŃ

Podstawowym i głównym źródłem nieporozumień jest „prawo” rodzica do decydowania o leczeniu dziecka, niefortunnie nazwane tak w art. 17 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (UPP). Prawa i wolności są bowiem stanowione dla ochrony interesów własnych, więc od razu można zadać pytanie kontrolne, jakie „prawo” wykonuje rodzic, decydując o najbardziej osobistych sprawach dziecka, bo przecież nie takie, żeby rządzić. Realizacja norm prawa rodzinnego w sprawie opieki nad dzieckiem polega na podążaniu za usprawiedliwionymi potrzebami i własnym zdaniem dziecka (przy uwzględnieniu jego faktycznej kompetencji umysłowej), wspieraniu w podejmowaniu decyzji i podsuwaniu możliwych rozwiązań. Samodzielne decydowanie przez rodzica ponad głową i bez porozumienia z potomkiem znajduje uzasadnienie tylko wtedy, gdy on sam okaże się do tego niezdolny. Decyzje reglamentuje przy tym klauzula jego dobra (czyli w praktyce – sporządzonego na konkretną sytuację kliniczną bilansu interesów – najlepiej pojęty interes)³⁵.

Reprezentowanie praw dziecka przez rodziców bywa błędnie utożsamiane z prawami i wolnościami ich samych, a ograniczanie decyzji w jego sprawie traktuje się jako zamach na swobody obywatelskie. Wynika to z błędnego traktowania opieki medycznej w kategoriach wychowawczych. Wprawdzie Konstytucja RP gwarantuje rodzicom „prawo do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem” (art. 53 ust. 3), jednak sprawowanie pieczy nad opieką zdrowotną i leczeniem nie kwalifikuje się jako czynność wychowawcza. Wychowanie polega na kształtowaniu pożądanych postaw, ale drogą oddziaływania mentalnego³⁶. Wobec tego konstytucyjną swobodą objęte jest tylko wywieranie wpływu mentalnego – przekazywanie idei i zaszczepianie przekonań, perswazja czy dawanie dobrego przykładu, a nie fizyczne oddziaływanie na organizm bądź odmowa zaspokajania podstawowych potrzeb. W doktrynie prawa rodzinnego rozróżnia się czynności wychowawcze i opiekuńcze oraz o charakterze mieszanym – i rzeczywiście da się wskazać takie, które obok czynnika opiekuńczego zawierają pierwiastek wychowawczy. Piecza

³⁵ O kryterium najlepiej pojętego interesu dziecka w kontekście sprawowania pieczy rodzicielskiej od dawna szeroko rozpisują się bioetycy. Zob. np. K. Szewczyk, *op. cit.*, s. 154–178; R. Huxtable, *op. cit.*, s. 50; P. Łuków, *Etyka lekarska w pediatrii*, [w:] P. Łuków, T. Pasiński, *Etyka medyczna z elementami filozofii*, Warszawa 2014, s. 181.

³⁶ Wychowanie w pedagogice oznacza „świadome i celowe oddziaływanie zmierzające do wszechstronnego rozwoju jednostki oraz przygotowania jej do uczestnictwa w życiu społecznym, kulturalnym i zawodowym” (C. Kupisiewicz, M. Kupisiewicz, *Słownik pedagogiczny*, Warszawa 2009, s. 193–194). Metodą wychowania określa się „systematycznie stosowany sposób postępowania zmierzający do wywołania u wychowanków takiej aktywności własnej, jaka jest w stanie doprowadzić do pożądanych zmian w ich osobowości” (W. Okoń, *Nowy słownik pedagogiczny*, Warszawa 1996, s. 170).

zdrowotna nie ma jednak nic wspólnego z wychowaniem, więc nie może być uznana nawet za czynność mieszaną, czyli z elementem wychowawczym. Decydowanie o opiece medycznej zalicza się do zaspokajania potrzeb zdrowotnych, a te należą do kategorii ściśle opiekuńczych i zostały wymienione w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (KRO) – osobno obok wychowania – jako piecza nad osobą. Skoro decydowanie o sprawach zdrowotnych należy do czynności opiekuńczych, a nie wychowawczych, to nie jest ono objęte konstytucyjną swobodą. Potrzeby te zaspokaja adekwatna do wskazań opieka medyczna, realizowana na ogół za zgodą rodzica. Względna swoboda wyboru przysługuje tylko w granicach najlepiej pojętego interesu dziecka, o ile istnieje jakiś wybór między mniej więcej równorzędnymi opcjami terapeutycznymi. Nie można więc w tych sprawach decydować autonomicznie i kierować się osobistymi przekonaniem. Władza rodzicielska nie daje tutaj pola do wolnego wyboru – powinna być sprawowana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny (art. 95 § 3 KRO).

W istocie jedynym rzeczywistym prawem rodzicielskim jest prawo do osobistych kontaktów z dzieckiem, zaspokaja bowiem także interes własny uprawionego, czyli niekwestionowane rodzicielskie potrzeby emocjonalne. Oprócz prawa do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, pozostałe prerogatywy sprowadzają się do obowiązków należytej pieczy, a wykonywane są w interesie dziecka. Ich skutkiem ubocznym może być zaspokojenie osobistej potrzeby troszczenia się oraz słuszną satysfakcją moralną i emocjonalną wynikającą z poczucia spełnionego obowiązku, ale też faktyczna dominacja rodzica i płynące z niej psychiczne poczucie władzy. Dominacja ta stanowi jednak tylko instrument i nie powinna być wykorzystywana do własnych celów ani dla czystej satysfakcji rządzenia. Rodzic ma przyznaną jedynie kompetencję do reprezentowania interesów podopiecznego stosownie do dyrektyw ustawowych. Wymaga to uwzględnienia wielu czynników, ale nie własnego punktu widzenia. Decyzja zdrowotna podjęta w imię dobra dziecka nie stanowi przejawu wolności własnej rodzica. Prawo przedstawiciela ustawowego do wyrażenia zgody zastępczej na leczenie i wykonywanie u dziecka innych czynności medycznych nie może być traktowane jako samodzielne i niezależne. Nieporozumieniem jest więc operowanie w tym kontekście pojęciem autonomii, w szczególności „autonomii rodzicielskiej”.

Na ogół to rodzice – ze względu na sytuację wyjątkowej bliskości z dzieckiem – są w stanie najlepiej określić, co leży w jego słusznym interesie, ocenić jego jakość życia i przewidzieć zdolność do radzenia sobie z leczeniem³⁷. Również

³⁷ D. Diekema, *Parental Refusals of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention*, “Philosophy of Medical Research and Practice” 2004, vol. 25, s. 243, 244; D. Wilkinson, *In Defence of a Conditional Harm Threshold Test for Paediatric Decision-Making*, [w:] *Parental Rights, Best Interests and Significant Harms: Medical Decision-Making on Behalf of Children Post-Great Ormond Street Hospital v Gard*, eds. I. Goold, J. Herring, C. Auckland, London 2019.

oni są rozliczani z odpowiedzialności za dziecko i przez to ponoszą główne konsekwencje podjętych decyzji³⁸. W głośnej sprawie Charliego Garda jego rodzice argumentowali, że wtargnięcie państwa w tak prywatny obszar życia jak wspólna decyzja rodzicielska podjęta w sprawie wychowania³⁹ dziecka oznacza erozję podstawowych wartości konstytucyjnych oraz wyrazili pogląd, że ich prawa rodzicielskie zostały ubezskutezcznione⁴⁰. Ograniczenia nałożone na rodzicielskie decyzje medyczne wobec dzieci wydają się podważać te prawa, co powoduje, że niektórzy rodzice czują się pozbawieni władzy. To zapatrywanie spotkało się z trafną repliką, że prawa rodzicielskie nie są absolutne i nigdy nie były tak traktowane. W debacie wokół takich spraw jak Gard i Evans pozycja rodziców była często ujmowana w kategoriach „praw rodzicielskich”. Te istnieją jednak tylko po to, by rodzice wypełniali swoje obowiązki. Owszem, może być tu zaangażowane prawo do prywatności, ale kolizja dóbr powinna przeważać na rzecz dziecka⁴¹.

Krytyczne decyzje w sprawie kontynuowania bądź zaprzestania leczenia nie stanowią może najlepszego odniesienia do naszych rozważań, ale niektóre konstatacje mają walor uniwersalny. Tym bardziej, że o ile brytyjski Urząd ds. Dzieci działa nad wyraz sprawnie, o tyle w polskich realiach utrudniony jest nawet wgląd z zewnątrz w zaspokojenie podstawowych potrzeb, chyba że dziecko wyraźnie sprawia wrażenie chorego czy krzywo stawia nogi, nie widzi liter na tablicy, niedosłyszany lekcji albo prezentuje rząd popsutych zębów. Ponadto rodzic nie zawsze jest wyrocznią w sprawie potrzeb zdrowotnych swojego dziecka. Dzięki stałej styczności z licznymi grupami podopiecznych, co daje dużo większe doświadczenie praktyczne i dostarcza materiału porównawczego, nauczyciel, który wielokrotnie widywał u wychowanków tzw. trójkąt Filatowa⁴², jest w stanie szybciej rozpoznać wstępnie szkarlatynę, a codzienne osłuchanie z najróżniejszymi tonami kaszlu pozwala szybko postawić mocną hipotezę zapalenia płuc. Jeśli rodzic nie zwraca uwagi na takie sygnały, a nawet je ignoruje, potrzeba rozwiązań prawnych umożliwiających samodzielne skorzystanie z opieki medycznej młodym osobom, które wykazują już odpowiednią kompetencję faktyczną.

Dobrze byłoby znaleźć sposób, by roztoczyć nad takimi dziećmi odpowiednią opiekę lekarską, która uwzględniałaby realnie, a nie tylko w teorii – jak stanowi art. 95 § 4 KRO – ich stopień rozwoju umysłowego i rozsądne życzenia. Pewnego przełomu dokonała ustawa z dnia 12 kwietnia 2019 r. o opiece zdrowotnej

³⁸ E. Salter, *Deciding for a Child: A Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard*, „Theoretical Medicine and Bioethics” 2012, vol. 33, s. 179, 181. Podobnie: P. Łuków, *op. cit.*, s. 182.

³⁹ Angielskie słowo *upbringing* obejmuje swoim zakresem znaczeniowym zarówno pieczę i opiekę, jak i wychowanie.

⁴⁰ UKSC, *In the matter of Charlie Gard (Permission to Appeal Hearing)* (2017).

⁴¹ A. Howells, *op. cit.*

⁴² Obszar zbiegającej skóry wokół ust, ograniczony z trzech stron zaczerwienieniami na policzkach i podbródku.

nad uczniami⁴³, która co do zasady odwróciła mechanizm uzyskiwania zgody przedstawiciela ustawowego ucznia na wymienione tam czynności medyczne wykonywane na terenie szkoły albo przez szkołę organizowane. Ich legalność zależy bowiem od braku pisemnego sprzeciwu rodziców, zgłoszonego – jak wolno wnioskować – z wyprzedzeniem (art. 7 ust. 3). Ważne jest, że skuteczność prawną równą brakowi zgody zyskuje dopiero rodzicielski sprzeciw wyrażony aktywnie, a gdy go nie wniesiono, szkole wolno jest organizować nad uczniem opiekę zdrowotną w granicach określonych ustawą. Wbrew szumnym zapewnieniom projektodawców zakres dozwolonych działań jest niewielki. Jakkolwiek przepisy są nieprecyzyjne i budzą liczne wątpliwości⁴⁴, taki mechanizm umożliwi m.in. profilaktykę zdrowotną oraz „leczenie ogólnostomatologiczne” (cokolwiek to znaczy). Niemniej gdy rodzic zgłosi sprzeciw, jest z czym odwołać się do sądu. W ten sposób da się przejść ponad rodzicielskimi zaniechaniami, a wymaganie pisemnego sprzeciwu dostarcza dowodu⁴⁵. Trzeba jednak przy tym stanowczości ze strony innych dorosłych, którzy uruchomią odpowiednie procedury. Inicjatywa jest zaś podejmowana ponad głowami młodzieży – w mechanizmie tym nie ma miejsca na zadeklarowane z rozeznaniem stanowisko dziecka w wieku poniżej lat 16. Nie rozwiąże on też problemu młodszych dzieci, które nie będąc jeszcze uczniami, praktycznie pozostają pod pełną dominacją swoich opiekunów.

Projektowana zmiana w ustawie lekarskiej, nadająca samodzielne prawa decyzyjne w sferze ochrony zdrowia związanego z seksem i rozrodczością piętnastolatkom, stanowi krok w dobrym kierunku, ale nie rozwiązuje problemu młodszej młodzieży, zwłaszcza dziewczynek, u których pierwsza menstruacja pojawia się w naszej szerokości geograficznej typowo w 13. roku życia. Jako przykład istotnej potrzeby zdrowotnej okresu dojrzewania można podać dolegliwość zwaną krwawieniem młodzieńczym⁴⁶. Wymaga ona pełnej diagnostyki, w tym obrazowej (USG), a leczenie polega na doustnym podawaniu preparatów hormonalnych – tych samych, które we wskazaniu podstawowym mają antykoncepcję. W realizacji recepty jest zatem nieodzowna pomoc osoby dorosłej⁴⁷. Ignorancja bądź pruderia po stronie rodziców grożą dziewczynce poważnym uszczerbkiem

⁴³ Dz.U. 2019, poz. 1078.

⁴⁴ Zob. M. Świdowska, *Kilka uwag o prawach pacjenta w przepisach ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami z dnia 12 kwietnia 2019 r.*, „Przegląd Prawa Medycznego” 2019, nr 2, s. 178–186.

⁴⁵ O ile potrzeby zdrowotne ucznia nie są zaspokajane przez rodziców własnymi staraniami.

⁴⁶ Objawia się nadmiernie obfitymi, nieregularnymi krwawieniami (częstszymi niż miesięczne i bez charakterystycznych objawów towarzyszących), utrzymującymi się nawet przez miesiąc, co może prowadzić do anemii. Jest spowodowana nieprawidłowym złuszczeniem nabłonka macicy w cyklach bezowulacyjnych. Szacuje się, że w okresie dojrzewania owulacja występuje jedynie u połowy dziewcząt.

⁴⁷ Rajd po aptekach z receptą na środki antykoncepcyjne i PESEL trzynastolatki dostarczają niezapomnianych przeżyć i obserwacji antropologicznych. Skonfundowanym można doradzić, żeby tym samym kursem zamawiali preparat zawierający żelazo, bo to wyraźnie rozładowuje atmosferę.

zdrowotnym, który jednak nie następuje od razu i nie od razu przybierze postać bezpośredniego zagrożenia zdrowia.

Pieczka rodzicielska wykonywana rzetelnie stanowi wyraz uzasadnionej troski, zaspokaja potrzebę emocjonalną osoby niesamodzielnej i bezradnej, dając jej przy tym poczucie bezpieczeństwa. Natomiast sprawowana źle może wyrządzić konkretne i w wielu przypadkach nieodwracalne szkody zdrowotne: ruinę uzębienia, poważne pogorszenie wzroku (brak okularów, brak operacyjnej korekcji zezą) czy upośledzenie słuchu⁴⁸. Z kolei w przypadku nadmiernej aktywności rodziców prowadzi do różnego rodzaju przemocy: naruszania wolności osobistej, nietykalności cielesnej, niechcianych zmian w organizmie, a nawet okaleczeń: zbędnego zabiegu operacyjnego („profilaktyczne” wycięcie migdałków); pochopnych operacji adaptacyjnych według własnego zapatrywania rodzica (operacyjne zmniejszenie przerośniętej łechtaczki przy przeroście kory nadnerczy⁴⁹, przedwczesna korekcja MRKH⁵⁰), nie wspominając już o obrzezaniu chłopca czy genitalnej mutylacji dziewczynki.

Ingerencja w prywatność i życie rodzinne może być bardziej wyraźna, gdy chodzi o zastępcze podejmowanie tzw. krytycznych decyzji zdrowotnych, jak zaprzestanie (bądź kontynuowanie) terapii daremnej. W grę wchodzi wówczas zrujnowanie życia rodzinnego albo przynajmniej jego sparaliżowanie, pogmatwanie i dezintegracja: utrata kochanego dziecka, rozpacz oglądania jego przedłużających

⁴⁸ Chodzi o lekceważenie nawracających symptomów zapalenia ucha, któremu nie zawsze towarzyszy charakterystyczny silny ból.

⁴⁹ Przed operacyjnym zmniejszeniem łechtaczki u dziewczynek z wrodzonym przerostem kory nadnerczy zdecydowanie przestrzegają sami lekarze, bo może skończyć się to poważnym upośledzeniem doznań. Zapewne niektórych rodziców widok przerośniętej łechtaczki razi i chcą możliwie szybko przywrócić córce „normalność”. Tyle że to nie jest ich sprawa. Nie chodzi się z łechtaczką na wierzchu; z pewnością istnieje odpowiednia bielizna maskująca, a ewentualna decyzja o zmniejszeniu ma charakter ściśle osobisty i powinna być podjęta samodzielnie po doświadczeniu do pełnoletności.

⁵⁰ MRKH (zespół Mayera-Rokitansky’ego-Küstlera-Hausera) objawia się brakiem macicy oraz niewykształconą pochwą. Dziewczęta powinny być operowane dopiero w 17–18. roku życia ze względu na konieczność późniejszych ćwiczeń rozciągających. Młodsze mogą się kępować, zabałaganić i zaprzepaścić szansę. Jednocześnie wiadomo, że rodzicom (zwłaszcza matkom) do korektury u córki bardzo się spieszy. Potrafią nalegać na zabieg jak najszybciej po postawieniu przerażającej diagnozy, np. już u czternastolatki. Dzieciom w tym wieku informacja medyczna jest udzielana w postaci „rozcieńczonej”. Przed zabiegiem seks jest często wykluczony, bo istnieje groźba rozerwania niedorozwiniętej pochwy, ale dużo zależy też od stopnia niedorozwoju, gdyż niektóre łagodniejsze jego postaci da się rozćwiczyć nieoperacyjnie. Jak każdy otwór w ciele wykonany sztucznie, również chirurgicznie skorygowana pochwa dąży do zamknięcia się. Trzy miesiące po zabiegu trzeba więc albo rozpocząć życie intymne, bo bez tego pochwa się zmniejsza, albo samodzielnie wykonywać ćwiczenia. Dziewczęta bez partnerów muszą do tego używać specjalnych rozszerzaczy albo wibratora (zob. polski film *Mów mi Marianna* o kobiecie trans). Do tego trzeba się też przełamać, i to z wysoce pożądaną pomocą psychologiczną. Nie jest to terapia dla dziewczątek ani podlotków, tylko dla zdecydowanych i poważnych pańien.

się męczarni bądź poświęcenie wszystkich, w tym rodzeństwa, na rzecz opieki nad dramatycznymi niepełnosprawnościami⁵¹. Jednocześnie są to decyzje najtrudniejsze, o skutkach ostatecznych i obarczone największym ryzykiem błędu.

Przedmiotem tutaj prowadzonych rozważań są natomiast czynności zwykłej, codziennej opieki zdrowotnej i kwestia podejmowania ich za uświadomioną zgodą dziecka o odpowiednim stopniu kompetencji faktycznej, a bez wytaczania kolubryny sądowej. Nikt rozsądny nie odmówi przecież dziecku okularów korekcyjnych, ale gdy rodzice to zaniedbują, brakuje sprawnych i szybkich instrumentów umożliwiających przeprowadzenie sprawy. Zaniechania w dziedzinie podstawowej i niezbędnej opieki zdrowotnej nad dzieckiem stanowią nadużycie władzy rodzicielskiej, skoro nie pozwalają mu skorzystać z prawa do ochrony zdrowia. Wobec tego nie powinny liczyć się jako wykonywanie prawa do prywatności i nie zasługują na ochronę.

INFORMACJA MEDYCZNA NALEŻNA PACJENTOWI MAŁOLETNIEMU

Udzielenie informacji stanowi w każdym wypadku urzeczywistnienie szacunku dla autonomii, czyli tej samej zasady, która leży u podstaw uświadomionej zgody na leczenie. W zależności od sytuacji uprawnienie informacyjne pacjenta może mieć charakter samoistny lub akcesoryjny wobec wyrażania zgody na czynności medyczne. Zupełnie oderwana od kontekstu wyrażania zgody bywa w szczególności informacja o stanie zdrowia, rozpoznaniu, rokowaniu i wynikach leczenia⁵². Konsekwencją samoistności prawa do informacji jest m.in. prawo do otrzymania wyników badań, do wiedzy o rozpoznaniu, w tym również gdy sprowadza się do stwierdzenia, że pacjent jest zupełnie zdrowy i nie ma powodów do niepokoju.

Prawo do informacji przysługujące pacjentowi dorosłemu ma niewątpliwie charakter samoistny, a nie tylko podporządkowany diagnozie i terapii. Rzecz jasna dziecku wiedza tego rodzaju powinna zostać podana w sposób złagodzony i ograniczony tym, co młoda psychika zdoła udźwignąć, ale problematyczne jest jej zawężenie „w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego” (art. 31 ust. 7 UZL i art. 9 ust. 7 UPP). Tak okrojona informacja może nie zaspokajać usprawiedliwionej potrzeby wiedzy o stanie zdrowia i kondycji organizmu, w tym o perspektywach leczenia. Trudno odmówić słuszności spostrzeżeniu, że takie unormowanie nie tworzy prawa do informacji, lecz raczej je uchyla, ponieważ sposób informowania odpowiada paternalistycznemu modelowi racjonalnego lekarza⁵³. Lekarz nie ma

⁵¹ Zob. *John Hopkins Case* (1963); Z. Szawarski, *op. cit.*, s. 66.

⁵² P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 375.

⁵³ Typologia modeli informowania pacjenta weszła do polskiej doktryny dzięki dziełu amerykańskich bioetyków: T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996,

obowiązku mówić młodemu pacjentowi o niczym więcej: ani o rozpoznaniu, ani o rokowaniu, ani o planowanym sposobie postępowania, a tym bardziej o opcjach alternatywnych, jako że te informacje zazwyczaj nie są potrzebne do „prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego”. Podanie informacji szerszej wprawdzie nie jest zabronione, ale pozostaje do uznania lekarza. Logika modelu racjonalnego lekarza zakłada, że nie tylko nie trzeba, ale wręcz nie wolno udzielić pacjentowi informacji uznanych ponad jego głowę za szkodliwe⁵⁴.

Każdy pacjent odczuwa w związku z opieką medyczną i doznawanymi dolegliwościami podobne emocje: ciekawość w połączeniu z niepokojem, czym jest to, co dolega i jakie są perspektywy. Po stronie dziecka obecna regulacja tej potrzeby nie rozpoznaje i pozostawia decyzję lekarzowi. Informowanie pacjenta jest z zasady trudne, więc brak obowiązku dostarcza swoistego rozgrzeszenia i ogranicza inicjatywę. Na to nakłada się błędne przeświadczenie o wiążącym charakterze decyzji rodzicielskich, ewentualnie połączone z oczekiwaniem, że to rodzice przekazą informację w odpowiedni sposób. Rodzicom jednak będzie jeszcze trudniej niż lekarzowi, gdyż do oporów emocjonalnych dochodzi przeszkoda braku odpowiedniej wiedzy medycznej, by uczynić to bez zniekształceń. Powszechnie obecne jest też „chronienie” dziecka przed przykrą prawdą.

Dzieci mają jednak swój rozum, co ilustruje następująca relacja: „Rodzice zabrali mnie do szpitala na badania, które trwały kilka dni. W drodze powrotnej zapytałem, co mi jest, a oni na to, że nic. Ale zaraz kupili mi Play Station, która kosztuje przecież bardzo drogo. Czuję, że coś jest nie tak”.

Współczesne dziecko jak chce, to sobie poradzi tak, jak zrobił ten chłopiec – po kryjomu wyszuka objawy w Internecie i w środku nocy sam na sam z migoczącym ekranem dowie się, że ma nieoperacyjnego raka kości z przerzutami. Albo jeszcze – i nie wiadomo, co gorsze – na podstawie niedokładnych danych uzyska tą samą drogą informacje fałszywie dramatyczne. W obecnych czasach stosowanie kokonu informacyjnego nie spełni więc swojego zadania i może przynieść więcej szkód niż korzyści. Unormowanie sposobu informowania dziecka jest w gruncie rzeczy elastyczne („w zakresie potrzebnym do...”), zatem w ramach należytej staranności lekarskiej wolno oczekiwać uwzględnienia również czynnika faktycznej możliwości uzyskania przez dziecko informacji na własną rękę. Powinności informacyjne spoczywają przy tym na lekarzu, a nie na rodzicach, więc wyręczanie się nimi nie stanowi o wypełnieniu obowiązku zawodowego.

Rodzice nie są też władni, by decydować o reglamentowaniu informacji, w szczególności nie mogą skutecznie żądać nieinformowania dziecka o pewnych faktach. Mogą tylko stanowić źródło mniej lub bardziej wiarygodnej wiedzy

s. 160–162. Zob. pierwsze omówienie: M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 255–256. W kontekście prawa do informacji zob. P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 376–377.

⁵⁴ P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 384–385.

o jego osobowości i stanach mentalnych rzutujących na sposób odbioru niepomysłnych informacji. Nie ma jednak podstaw normatywnych dla wiążącego charakteru nalegania rodziców na lekarzy czy pielęgniarki, żeby nie wyjawiali dziecku prawdy. O tym decyduje lekarz, a nie rodzic, zwłaszcza że ten drugi jest obciążony własnymi emocjami. Wyrazistego przykładu dostarcza opracowanie A. Gawlik i A. Bielskiej-Brodziak⁵⁵.

W pewnej rodzinie w niewielkiej miejscowości przyszły na świat trzy dziewczynki. W okresie dojrzewania żadna z nich nie dostała miesiączki, lecz do kliniki endokrynologicznej trafiła najmłodsza z nich. Okazało się, że pochwa pacjentki czującej się dziewczyną i wyposażonej w prawidłowe żeńskie zewnętrzne narządy płciowe jest „ślepo zakończona”, w jamie brzusznej brak macicy i jajników, a za to obecne są prawidłowe jądra. Zachodziło przypuszczenie (które finalnie się potwierdziło), że pozostałe siostry cierpią na tę samą postać zaburzeń rozwoju płci (ZRP). Tymczasem najstarsza szykowała się właśnie do ślubu. Matka, usłyszawszy diagnozę, miała dwie prośby. Pierwszą, aby informacja o chorobie córki nie dotarła ani do dziewczyny, ani do jej sióstr, ani do ich ojca. Drugą, aby dokumentacja medyczna nie została przekazana lekarzowi rodzinnemu, który skierował dziecko do endokrynologa. Prośby te były związane – jak łatwo się domyślić – z obawą przed stygmatyzacją społeczną i wynikały z lęku przed „złamaniem” córkom życia. Dlatego początkowo matka odmawiała współpracy w kwestii przeprowadzenia diagnostyki u pozostałych dwóch córek. Z uwagi na ryzyko nowotworowe konieczne było jednak usunięcie wewnątrzbrzusznych jąder – jak się okazało – u wszystkich trzech dziewczyn⁵⁶. Chowanie przez matkę głowy w piasek mogłoby w dłuższej perspektywie zaszkodzić dziewczętom zdrowotnie. Przede wszystkim jednak odcięłoby je od kluczowych informacji na temat własnego zdrowia reprodukcyjnego, a u najmłodszej – tej jedynej, która już trafiła pod opiekę endokrynologiczną – utrzymywałoby niepewność i niepokój.

DOCHOWANIE TAJEMNICY I POSZANOWANIE INNYCH PRAW DZIECIĘCEGO PACJENTA

1. Poszanowanie tajemnicy medycznej dziecka a informowanie rodziców

Osobny problem prawny i etyczny stanowi dochowanie tajemnicy przez nieujawnianie jej rodzicom na usprawiedliwione życzenie dziecka. Rodzice potrzebują informacji, żeby decydować o leczeniu w jego zastępstwie, wykonywać w sposób właściwy pieczę rodzicielską, a także z potrzeby emocjonalnej

⁵⁵ A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych. Cz. I*, „Prawo i Medycyna” 2016, vol. 63(2), s. 22.

⁵⁶ *Ibidem*.

i zmartwienia. W zwykłych okolicznościach powinni więc otrzymać informację kompletną. Z formalnego punktu widzenia nie ma takiej możliwości, by cokolwiek przed nimi zataić, ponieważ w przepisach ustawy lekarskiej przedstawiciel ustawowy figuruje jako obowiązkowy odbiorca informacji dotyczącej dziecka poniżej lat 16 (art. 31 ust. 1 UZL). Regułę lekarskiej powinności informacyjnej potwierdza art. 16 ust. 3 KEL, a ustawa o prawach pacjenta ujmuje rzecz nawet w kategoriach prawa przedstawiciela ustawowego (art. 9 ust. 2 UPP).

Tym niemniej jest to tajemnica młodego człowieka, a nie jego przedstawiciela ustawowego. Na zasadach ogólnych istnieje obowiązek jej zachowania, a ujawnienie jest dopuszczalne w wypadkach wskazanych w ustawie i zgodnie z zasadą minimalizacji (art. 40 ust. 2a UZL). O ujawnieniu tajemnicy medycznej osoby niesamodzielnej może zdecydować przedstawiciel ustawowy (art. 40 ust. 2 pkt 4). W przepisach nie ma miejsca na żadne wyjątki, które pozwoliłyby zachować tajemnicę przed nim.

Uczciwa troska i niepokój o zdrowie potomka stanowią o emocjonalnej potrzebie i interesie własnym rodzica w uzyskaniu wszelkich istotnych informacji; interes ten może jednak znaleźć się w kolizji z prawami dziecka jako pacjenta. Sprawa jest delikatna, bo rodzice spodziewają się od lekarza wszystkich informacji o dziecku, skoro potrzebują dobrze reprezentować jego prawa i interesy. Jeśli dany zasób wiedzy nie jest rodzicowi potrzebny do skorzystania z ustawowej kompetencji rozważenia zgody na leczenie dziecka ani do sprawowania pieczy nad jego osobą, a jednocześnie dziecku – przeważnie już nastoletniemu – bardzo zależy na zachowaniu tajemnicy przed rodzicem, to kilka argumentów przemawia za uczynieniem takiej prośbie zadość. Głównym argumentem jest moim zdaniem zwykle zrozumienie dla emocji młodego człowieka i jego psychicznej potrzeby zachowania sekretu. Ponadto dochowanie tajemnicy może stanowić ważny czynnik poszanowania dla kształtującej się zdolności decyzyjnej i zaskarżenia sobie w ten sposób zaufania pacjenta. To z kolei zdolne jest sprawić, że da się go przekonać do podjęcia leczenia bądź stosowania określonej profilaktyki⁵⁷, zwłaszcza gdy chodzi o zdrowie psychiczne bądź intymne. Argumentacji tej nie można abstrahować od oceny skutków dochowania tajemnicy dziecka dla innych wartości, w tym dla ochrony porządku prawnego, zwłaszcza ścigania niektórych przestępstw⁵⁸.

Obowiązujące prawo medyczne w żaden sposób nie odnosi się do konfliktów tego rodzaju. Najłagodniejsza ich postać to zrozumiała niechęć dorastającego dziecka do informowania rodziców, z kim chodzi na randki albo że pali

⁵⁷ Tak P. Łuków, *op. cit.*, s. 189–190.

⁵⁸ Chodzi m.in. o prawny obowiązek zawiadomienia o niektórych przestępstwach pod sankcją karną za umyślne zaniechanie: art. 240 § 1 Kodeksu karnego (m.in. o ciężkim uszkodzeniu ciała, zgwałceniu kwalifikowanym, wykorzystaniu seksualnym osoby bezradnej i pedofilii).

papierosy. Podstawy do powstrzymania się z ujawnieniem niektórych informacji można poszukiwać w formalistycznej wykładni art. 31 ust. 1 UZL. Obowiązkiem przekazania jest tu objęta informacja „o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”. Palenie papierosów nie należy do informacji o stanie zdrowia⁵⁹, podobnie jak dobrze wygojony tatuaż bądź piercing w intymnym miejscu. Gorzej, jeśli dziecko padło ofiarą przemocy seksualnej, złapało chorobę weneryczną albo zaszło w ciążę i grozi, że się zabije, jeśli usłyszą o tym rodzice. Jeszcze gorzej, gdy wskazywanym sprawcą jest ktoś z rodziny, a nawet sam rodzic. Lekarz musi wówczas lawirować między większym a mniejszym złem⁶⁰.

Zatajenie tego rodzaju informacji może być usprawiedliwione jedynie nieusuwalną w inny sposób kolizją dóbr prawnych, gdy tajemnica dziecka przedstawia wartość wyższą niż przekazanie informacji rodzicom. Dotyczy to w szczególności i zwłaszcza zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego. Niezależnie od słusznej dezaprobaty dla podjęcia pożycia intymnego w zbyt wczesnym wieku należy dążyć do minimalizowania strat, gdy już się to stało: umożliwić skuteczne zapobieganie niechcianej ciąży i ochronę przed chorobami wenerycznymi, choćby w sekrecie przed prezentującymi odmienne zapatrywanie rodzicami. Jednym z argumentów przemawiających za poszanowaniem pełnej autonomii młodzieży w takich sprawach jest wnioskowanie, że skoro tak młoda osoba sama zgłasza się do lekarza, to najwidoczniej trafnie rozpoznaje swe potrzeby zdrowotne i tym potwierdza swoją dojrzałość psychiczną oraz odwagę. Już samo przewyciężenie wstydu przez samodzielne zwrócenie się do specjalisty świadczy bowiem o takiej dojrzałości i rozeznaniu, które uzasadniają przyznanie prawnej relewancji udzielonej w tych warunkach zgodzie⁶¹.

2. Ocena ochrony praw pacjenta małoletniego

Polskie prawo medyczne rozpoznaje głównie relacje między dzieckiem reprezentowanym przez przedstawiciela ustawowego a resztą świata, w tym medykami. Wyjątek stanowi rozbieżność decyzyjna w sprawie zgody na leczenie, którą rozstrzyga sąd opiekuńczy. Jest to jednak rozbieżność między prawem małoletniego w wieku co najmniej 16 lat a kompetencją do jego reprezentacji, nie zaś

⁵⁹ Chyba że już zdążyło negatywnie się na nim odbić.

⁶⁰ Zob. kasus z puli jawnej pytań na egzamin lekarski (LEK): Do gabinetu lekarskiego zgłasza się trzynastoletnia dziewczynka ze swoją babcią. Podczas badania lekarz nabiera podejrzeń, że dziewczynka jest wykorzystywana seksualnie. Rozmowa z dziewczynką potwierdza te przypuszczenia – dziewczynka przyznaje, że miała kontakty seksualne z ojczymem. Dziewczynka prosi lekarza o nieinformowanie nikogo o tym fakcie.

⁶¹ B.M. Dickens, R.J. Cook, *op. cit.*, s. 183.

kolizja dwóch dóbr prawnych. Pozostałe prawa dziecięcego pacjenta, jeśli mają być realizowane w opozycji do kompetencji rodzicielskich, wymagają wykładni w trybie kolizyjnym. Kolizje te powinny być rozstrzygane zgodnie z konstatacją, że prawa pacjenta przysługują dziecku, a nie rodzicowi, zatem mają priorytet.

Przykładowo obecność osoby bliskiej (w tym rodzica) podczas udzielania świadczeń zdrowotnych zależy od potrzeby dziecka, bo jest jego prawem jako pacjenta. Zgodę na obecność rodzica wolno tylko założyć domyślnie zwłaszcza u dzieci młodszych, które jeszcze nie potrafią swych potrzeb dobrze wyartykułować. Niemniej, literalnie rzecz biorąc, osoba bliska może być obecna dopiero na życzenie pacjenta (art. 21 ust. 1 UPP), którego ten może nie wyrazić albo wprost zaprotestować. Towarzystwo dziecka nie stanowi natomiast samodzielnego uprawnienia rodzica. Analiza ta udziela jednocześnie odpowiedzi na pytanie o zakres prawa dziecka do poszanowania intymności przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Wstyd powinien być uszanowany u każdego pacjenta, który go przejawia, w szczególności przed rodzicami.

Również prawo pacjenta do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w tym do kontaktów (albo odmowy kontaktów) z innymi osobami, służy dziecku (art. 33 UPP). Reglamentacja odwiedzin może być podyktowana tylko szczególnymi względami (zagrożenie epidemiczne, bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów, możliwości organizacyjne placówki – art. 5 UPP), a nie np. na samo żądanie rodzica. Co prawda, w codziennym życiu rodzicom zdarza się zabraniać dziecku kontaktu z osobami uznawanymi przez nich za nieodpowiednie towarzystwo, ale prerogatywa ta nie przekłada się automatycznie na odwiedziny szpitalne. Mają one przecież szczególny status i emocjonalny, i organizacyjny – odbywają się na terenie kontrolowanym, a osoba odwiedzająca może być dziecku szczególnie droga. Odmawianie choremu tej radości może doprowadzić do załamania, a także odbić się negatywnie na powodzeniu terapii. Odwiedziny może natomiast ograniczyć lekarz, kierując się bezpieczeństwem zdrowotnym pacjenta, w szczególności gdy podziela zdanie rodzica o złym wpływie niektórych odwiedzających na stan dziecka.

Można więc ostrożnie podsumować, że przynajmniej na płaszczyźnie literalnego brzmienia przepisów te trzy prawa dziecięcego pacjenta są chronione w sposób adekwatny. Nie da się tego jednak powiedzieć o poszanowaniu prawa uważanego za fundamentalne, czyli godności.

Wprawdzie argumentem o naruszeniu godności da się uzasadniać zarówno tezy, jak i ich negacje, przez co ta linia dowodzenia przedstawia się jako wysoce zawodna, lecz istnieją pewne ugruntowane fundamenty, do których można się odwołać. Wolność decydowania o sprawach osobistych należy do sfery godności osobistej – chodzi o godność rozumianą jako poczucie własnej wartości. Samo stanowienie wydaje się utwierdzać jednostkę w tym indywidualnym poczuciu, daje bowiem świadomość panowania nad własnym życiem. Pozbawienie lub

ograniczenie dorosłego, sprawnego umysłowo człowieka kontroli nad własnymi sprawami na ogół uwłącza jego osobistej niezależności i wynikającemu stąd poczuciu wartości. Jest to zachowanie właściwe tylko wobec osób niewłasnowolnych bądź zewnątrzsterownych, które same zdecydować nie potrafią; każda inna osoba może uważać się za faktycznie tym ubezwłasnowolnioną bez podstaw. Rozstrzygnięcie o leczeniu (bądź nieleczeniu) całkowicie ponad głowę świadomego i odpowiednio dojrzałego umysłowo dziecka stanowi pogwałcenie jego godności jako człowieka obdarzonego rozumem przez to, że lekceważy rozwinięty już intelekt i odbiera poczucie sprawczości. Kompetencja mentalna jest procesem postępującym na skali wieku oraz rozwoju umysłowego i moralnego, więc owa progresja powinna znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w prawie, a nie – jak teraz – sprowadzać wszystkie osoby w przedziale wiekowym 0–15 lat do równego poziomu podłogi.

Polskie rozwiązania prawne dotyczące zdolności decyzyjnej małoletnich są nacechowane paternalistycznie. Wprawdzie niektóre – w tym wysłuchanie dziecka, jeżeli pozwala na to jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości – nakazują liczyć się z jego zdaniem, ale ogólny sens unormowań jest taki, że ostatecznych decyzji nigdy nie podejmuje dziecko. Młodzi ludzie w wieku poniżej lat 16 nie mają przyznanej zdolności decyzyjnej nawet w najprostszych sprawach zdrowotnych, podczas gdy ich faktyczna kompetencja pojawia się znacznie wcześniej i z wiekiem stopniowo zwiększa. Ustawodawstwo nie reaguje na ten proces w żaden sposób.

Zdolność wypowiedzenia opinii z rozeznaniem stanowi tylko minimum kompetencji umysłowej w danej sprawie. Aby można było uznać ją za ważną i sensowną, decyzja powinna być wyrażona dobrowolnie, świadomie i racjonalnie, a to z kolei jest osiągalne tylko wtedy, gdy pacjent ma zdolność, by zrozumieć, docenić i wykorzystać ujawnione informacje do dokonania składowego wyboru⁶². Jest jasne, że dziecko wymaga pomocy w podjęciu decyzji i aktywnego wspierania autonomii faktycznej. Uzyskiwanie zgody w odniesieniu do czynności medycznych jest procesem aktywnym i obejmuje otrzymanie przez pacjenta informacji o proponowanym leczeniu w tempie i na poziomie, który jest dla niego zrozumiały, a także zdolność do wykorzystania tych informacji w celu dokonania dobrowolnego wyboru, czy poddać się danej procedurze⁶³. Faktyczna zdolność decyzyjna zależy przede wszystkim od trudności zadania. Realnie możliwe jest podejmowanie w sprawie własnego ciała decyzji przez dzieci również w młodszym wieku niż

⁶² K.M. Mutcherson, *Whose Body Is It Anyway – an Updated Model of Healthcare Decision-Making Rights for Adolescents*, "Cornell Journal of Law and Public Policy" 2005, vol. 14(2), s. 251–325; P.S. Appelbaum, *Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment*, "New England Journal of Medicine" 2007, no. 357, s. 1834–1840.

⁶³ M. De Lourdes Levy, V. Larcher, R. Kurz, *op. cit.*, s. 629.

skończone 16 lat⁶⁴, zwłaszcza gdy chodzi o podstawową opiekę zdrowotną. Nie jest to pełna samodzielność faktyczna głównie z tego powodu, że kluczowe znaczenie ma uprzednie rozpoznanie potrzeb oraz uświadomienie, że pomoc medyczna jest uzasadniona bądź wręcz konieczna i jakie daje możliwości. Natomiast do poważniejszych interwencji zabiegowych dziecko powinno zostać przygotowane informacyjnie i tak poprowadzone przez lekarza lub rodzica, by mogło nabrać własnego przekonania co do słuszności leczenia. Na tym właśnie polega aktywne wspieranie autonomii⁶⁵, które pozwala uzmysłowić dziecku potrzebę zdrowotną, zapoznać je z możliwościami jej zaspokojenia i pomóc w podjęciu decyzji o wyborze środka (np. noszenie przez co najmniej dwa lata aparatu ortodontycznego czy ekstrakcja zębów niemieszczących się w łuku szczękowym) bądź o odłożeniu sprawy na później (niektóre korekty operacyjne, np. krzywej przegrody nosowej).

Spotyka się pogląd, że wymagany poziom kompetencji powinien być zmienny w zależności od rodzaju podejmowanej decyzji. W szczególności odnosi się to do stopnia ryzyka – im większe, tym bardziej kompetentny powinien być pacjent. Kompetencja zaś ma charakter stopniowalny. Rozumowanie to, znane jako koncepcja ruchomej skali, pozwala zmieniać kryteria kompetencji zależnie od stopnia ryzyka zawierającego się w wyborze⁶⁶. Wynika stąd, że ta sama osoba może być wystarczająco kompetentna w sprawie przyjmowania leków uspokajających, ale niekompetentna co do decyzji w sprawie angiografii mózgowej. Dochodzi tutaj do pomieszczenia pojęć ryzyka i trudności⁶⁷. To trudna lub złożona decyzja wymaga wyższego poziomu kompetencji niż decyzja

⁶⁴ Przekonują o tym przykłady podawane w raportach z badań. Zob. zwłaszcza: P. Alderson, *op. cit.*, s. 120–121.

⁶⁵ Na gruncie prawa i etyki medycznej szacunek dla autonomii nie sprowadza się do prostego zakazu ingerowania w sprawy zdrowotne drugiej osoby, lecz zobowiązuje także do pewnej aktywności. Pacjent zwykle nie dysponuje dostateczną wiedzą ani umiejętnościami, by samodzielnie przewidzieć możliwe scenariusze rozwoju sytuacji klinicznej – uświadomić sobie wszystkie konsekwencje czy to niepodjęcia leczenia, czy to rezygnacji z profilaktyki zdrowotnej. W tej mierze faktycznie jest zależny od lekarza. Umożliwienie autonomicznego wyboru wymaga nie tylko przekazania odpowiedniej informacji, ale i upewnienia się, że została właściwie zrozumiana i przetworzona. Dotyczy to zwłaszcza pacjentów o kompetencji decyzyjnej osłabionej przez podeszły wiek, wyniszczenie chorobą czy umysłową niepełnosprawność. Powstaje wobec nich moralny obowiązek aktywnego wspierania autonomii, np. przez zachęcanie do powtórzenia otrzymanej informacji własnymi słowami, prostowanie jej zniekształceń, ponowne tłumaczenie z użyciem odwołań do czynności życia codziennego i w ten sposób podtrzymywanie autonomicznych zdolności pacjenta oraz niesienie pomocy w przezwyciężaniu lęków i pokonywaniu innych przeszkód podważających swobodny i rozeznany wybór. Zob. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *op. cit.*, s. 135–138. Zob. także: M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Zasady prawa medycznego. Podstawy i przesłanki legalności czynności medycznych*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1, s. 54–55.

⁶⁶ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *op. cit.*; s. 150; A. Buchanan, D. Brock, *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge 1989, s. 52–55; D. Brock, *Decision-Making Competence and Risk*, "Bioethics" 1991, vol. 5(2), s. 91–104.

⁶⁷ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *op. cit.*, s. 153.

łatwa i prosta. Można wręcz zaryzykować tezę, że łatwiejsze do objęcia nawet prostym umysłem jest ryzyko wysokie. A już na pewno nie można zgodzić się z twierdzeniem, że decyzja odbierana jako zbyt ryzykowna świadczy o niskiej kompetencji. Wymagania co do kompetencji zwiększa nie duże ryzyko, lecz skomplikowana i trudna natura terapii, czyli – inaczej mówiąc – trudność przetworzenia informacji, przed którą staje pacjent. Niemniej trzeba pamiętać, że powinnością strony medycznej jest to zadanie maksymalnie ułatwić poprzez odpowiednio przystępne informowanie. Informacja kierowana do dziecka powinna rzecz jasna uwzględniać psychologię jego rozwoju, ale to przecież nie znaczy, że nie jest możliwe uzyskanie stanu rozeznania odpowiedniego zwłaszcza dla stosunkowo prostych decyzji. Ustawowe obowiązki informacyjne wobec dziecka w wieku poniżej lat 16 są pod tym względem niewystarczające, ale nic nie stoi na przeszkodzie, by udzielać informacji w szerszym zakresie. Skoro etyka lekarska nakazuje postarać się uzyskać faktyczne przyzwolenie również od pacjenta małoletniego wykazującego odpowiednią dojrzałość (art. 15 ust. 2 KEL), to przecież nie obejdziesz się bez takiego poinformowania, które skłoni dziecko do dobrowolnego poddania się zabiegom. Świadome wyrażenie zgody wymaga posiadania informacji co najmniej na poziomie wynikającym z modelu racjonalnego pacjenta, a to oznacza, że małoletnich dysponujących odpowiednią kompetencją faktyczną trzeba informować obszerniej, niż to wynika z ustawy⁶⁸.

PODSUMOWANIE

Zapisany w art. 95 § 2 KRO obowiązek posłuszeństwa rodzicom oprócz tego, że nad wyraz anachroniczny w świetle prawie sześćdziesięciolecia dokonania współczesnej pedagogiki⁶⁹, szczęśliwie nie przewiduje sankcji ani nie stanowi o sposobach egzekwowania. Niemniej sama jego obecność w Kodeksie stanowi zaprzeczenie poszanowania autonomii dziecka – osoba samodzielnie myśląca nie jest posłuszna. „Poleganie na ocenach rodziców dotyczących kompetencji ich dziecka działa dobrze, gdy dziecko i rodzice zgadzają się. Jednak kompetencje stają się kluczową kwestią tylko wtedy, gdy się nie zgadzają. Kiedy dzieci dochodzą do tej samej decyzji co dorośli, mądra dojrzałość może wyglądać jak podporządkowanie się lub zależność. I odwrotnie, dziecięca odmowa może być postrzegana jako niedojrzałe szaleństwo. Kompetencja jest zazwyczaj kwestionowana

⁶⁸ P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 386.

⁶⁹ Zob. w szczególności: *Wychowanie. Pojęcia, procesy, konteksty, interdyscyplinarne ujęcie*, red. M. Dudzikowa, M. Czerepaniak-Walczak, t. 1–6, Gdańsk 2007–2010. Anachroniczną powinność posłuszeństwa należałoby moim zdaniem zastąpić pojęciem szacunku.

podczas konfliktu między dzieckiem a dorosłymi, kiedy stres, niepokój lub złość mogą łatwo skomplikować ocenę zdolności decyzyjnej dziecka⁷⁰.

Jest to sprawa drażliwa zwłaszcza w sferze opieki zdrowotnej. Wiadomo, że rodzice próbują radzić sobie z trudnościami wychowawczymi na różne sposoby, wśród których popularny jest tzw. szlaban. Gdy jednak odpowiednio dojrzałe umysłowo dziecko postuluje wykonanie u niego uzasadnionych czynności medycznych, jak np. szczepienie przeciwko Covid-19 czy wizyta u okulisty, to szafowanie szlabanem przedstawia się nie tylko jako zupełnie niepoważne, ale wręcz ośmiesza rodzicielski autorytet⁷¹. Nietrudno natomiast zrozumieć ogarniającą desperację, gdy potomek sprzeciwia się leczeniu ewidentnie koniecznemu dla jego dobra zdrowotnego. Ilustruje to następujący, autentyczny przykład. U szesnastolatka został rozpoznany rak jądra we wczesnym stadium. Amputacja narządu dawała duże szanse na całkowite wyzdrowienie, ale przerażony pacjent odmówił. W przekonaniu utwierdzał go również przerażony ojciec, który zapewniwszy syna, że „sprawę da się załatwić inaczej”, obwoził go po znachorach, którzy aplikowali mu dożylnie podejrzone substancje. Matka próbowała perswadować, ale panowie – młodszy i starszy – utworzyli wspólny front oporu. Zwróciwszy się o pomoc do sądu opiekuńczego, usłyszała, że rozprawa może odbyć się najwcześniej za pół roku. Przez ten czas nowotwór z pewnością by się rozrósł. Sprzeciw chłopca wyglądał na dobrowolny, ale wyrażony bądź pod wpływem fałszywych przekonań (przypuszczalnie chodziło o obawę impotencji), bądź pod wpływem paraliżującego strachu. Pacjent się uparł, a przymusu bezpośredniego zastosować nie wolno, bo na to powinna istnieć wyraźna podstawa ustawowa. Orzeczenie sądowe niewiele by więc zmieniło – może mieć wymiar jedynie perswazyjny. W praktyce zdecydowały metody miękkie – rozmowa w cztery oczy przeprowadzona przez doświadczonego lekarza płci męskiej. Gdy udało się przekonać pacjenta, ojciec też ustąpił.

Żadne przymusowe egzekwowanie posłuszeństwa nie spełni swojego zadania, gdy młoda osoba dysponuje siłą fizyczną oraz pomysłowością, które pozwalają stawić skuteczny opór. Fizyczne pokonanie świadomie protestującego dziecka prowadzi do krzywd emocjonalnych i urazów psychicznych. Przemoc i przełamanie niezgody uważa się za usprawiedliwione tylko wtedy, gdy wskazanie do podjęcia interwencji jest silniejsze, a więc w sytuacjach bezpośredniego zagrożenia życia i przy pomyślnym rokowaniu planowanej interwencji (np. w razie ostrego zapalenia wyrostka robaczkowego)⁷².

⁷⁰ P. Alderson, *op. cit.*, s. 120.

⁷¹ „»Masz szlaban na szczepienie. Na imprezy masz szlaban, na Netflixu, na wszystko masz szlaban« – wybuchnął ojciec pewnej szesnastolatki. Ta jednak poradziła sobie dzielnie i zgodę na szczepienie przeciwko covid wymusiła głodówką” (A. Romaniuk, *op. cit.*, s. 2).

⁷² M. De Lourdes Levy, V. Larcher, R. Kurz, *op. cit.*, s. 632; A.L. Katz, S.A. Webb, *op. cit.*, s. 11.

Z kolei uporczywe zaniechanie przez rodziców skłania do szukania możliwości wzięcia sprawy we własne ręce, ale w Polsce dziecko w wieku poniżej lat 16 pozostaje zawsze w czyichś rękach i w sferze opieki zdrowotnej nie ma jak zatroszczyć się o siebie samo. To prawda, że istnieją przepisy pozwalające na pominięcie zgody rodzica, ale są one ograniczone do sytuacji krytycznych, wymagających niezwłocznej pomocy.

Faktyczna potrzeba zastępczego decydowania przez rodzica istnieje tylko tam, gdzie dziecko nie jest w stanie wyrobić sobie uświadomionej opinii co do swojego zdrowia i opcji terapeutycznych⁷³. W innych przypadkach interwencja podejmowana ponad głowę narusza jego godność i autonomię, bo odbiera sprawczość w sprawach własnego ciała. Należyte wykonywanie pieczy rodzicielskiej powinno być podporządkowane najlepiej pojętemu interesowi dziecka, czyli m.in. szanować prawo człowieka do samostanowienia, gdy ów człowiek jest już na to gotów. Tylko zadanie przerastające faktyczną zdolność decyzyjną może wymagać bądź wsparcia, bądź odłożenia do czasu osiągnięcia odpowiedniej dojrzałości umysłowej. Funkcjonalna regulacja prawna powinna więc ujmować zagadnienie z pozycji przeciwnych niż aktualne – zdanie dziecka traktować jako niewiążące

⁷³ Takie rozwiązanie przyjęła Hiszpania. Ustawa o autonomii pacjenta z 2002 r. stanowi, że zgoda jest udzielana zastępczo przez przedstawiciela prawnego dziecka w przypadku, „kiedy małoletni nie będzie zdolny intelektualnie ani emocjonalnie do zrozumienia zakresu interwencji. W tym przypadku zgody udzieli przedstawiciel ustawowy po wysłuchaniu opinii małoletniego, jeśli ten ma ukończone 12 lat” (art. 9 ust. 3c). Mimo nie do końca jasnego sposobu zredagowania przepisu według komentatorów z jego treści da się wywnioskować, że zdolność do udzielenia zgody jest zależna nie od wieku, tylko od stanu rozeznania. Zawarte w ustawie kryterium wieku ma dla oceny znaczenie tylko pomocnicze, a nie determinujące. Lekarz może uznać, że pomimo nieosiągnięcia wymaganego wieku pacjent wykazuje zdolność pojmowania i ma rozeznanie wystarczające do zrozumienia udzielonej informacji oraz samodzielnego wyrażenia zgody na daną interwencję. Jest to zbieżne z ogólną regulacją zawartą w art. 162 ust. 1 hiszpańskiego Kodeksu cywilnego, który nie przyznaje rodzicom władzy rodzicielskiej w odniesieniu do czynności związanych z prawami osobistymi lub innymi, które małoletni może zgodnie z prawem i zgodnie ze swoim stopniem dojrzałości realizować własnowolnie. W świetle prawa hiszpańskiego jeśli małoletni nie ukończył lat 16, interwencja rodziców jest możliwa tylko wtedy, gdy nie może on zrozumieć zakresu proponowanego mu zabiegu. Wskazuje się, że w zasadzie zawsze należy sprawdzić istnienie zdolności do udzielenia zgody na konkretny zabieg medyczny samodzielnie w przypadku małoletnich pomiędzy 12. a 16. rokiem życia, a najczęściej także w przypadku małoletnich w wieku od lat 7 do 12. Co do dzieci, które nie ukończyły 7 lat, przyjmuje się, że raczej nie będą wykazywały się odpowiednim rozeznaniem i zdolnością zrozumienia potrzebną do podjęcia decyzji w tej sprawie. O pełnej samodzielności decyzyjnej stanowi więc w zwykłych warunkach próg ukończonych 16 lat, za wyjątkiem zabiegów zaliczonych do szczególnej kategorii czynności medycznych, gdzie wymagane jest osiągnięcie pełnoletności, czyli ukończenie lat 18. Chodzi o dobrowolne przerwanie ciąży, wykorzystanie technik medycznego wspomagania rozrodu, zabieg sterylizacji, operację korekty płci, dawstwo organów i udział w badaniach klinicznych. Drugą kategorią wyjątków są zabiegi wiążące się według opinii lekarza z poważnym ryzykiem. Wówczas przy podejmowaniu decyzji powinna być wzięta pod uwagę opinia rodziców. Zob. M. Gęsińska, *Zgoda zastępcza w prawie hiszpańskim a ochrona praw pacjenta małoletniego i ubezwłasnowolnionego*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 1, s. 63–65.

i pomijalne tylko o tyle, o ile NIE potrafi ono wypowiedzieć z rozeznaniem opinii na temat planowanych czynności medycznych albo samodzielnie zdecydować o innych swoich prawach, takich jak intymność czy tajemnica.

Skostnienie i nieprzystający do rzeczywistości ślepy formalizm obowiązującego prawa skłaniają do poszukiwania w nim luk i udzielania dzieciom potrzebnej pomocy medycznej przynajmniej na poziomie podstawowej opieki zdrowotnej, jeśli w tej sferze zostaną stwierdzone braki albo bieżące potrzeby. Angażowanie za każdym razem sądu prowadziłoby do zbędnej eskalacji, bo w dyskutowanej kwestii chodzi tylko o takie decyzje zdrowotne, które każdy sąd zatwierdziłby bez wahania. Można je roboczo określić jako bieżącą i podstawową opiekę medyczną z zastosowaniem małoinwazyjnej diagnostyki (np. USG, prześwietlenia bez użycia kontrastu, pobranie krwi do analiz), w szczególności: stomatologię zachowawczą ze zwykłymi wypełnieniami, ortodoncję, badanie wzroku i konsultacje okulistyczne z dopasowaniem soczewek korekcyjnych, opiekę internistyczną i laryngologiczną, pomoc medyczną w niezabiegowych dolegliwościach układu moczowo-płciowego, jak również szczepienia ochronne. Zadanie to powinna ułatwić odpowiednia informacja medyczna, sformułowana stosownie do potrzeby zdrowotnej i możliwości jej zaspokojenia, a więc wykraczająca poza literalny obowiązek ustawowy, nastawiony na wykonywanie decyzji już podjętych ponad głową dziecka.

Z formalnoprawnego punktu widzenia świadczenie takiej opieki wydaje się niedozwolone, jako że nikt oprócz przedstawiciela ustawowego i sądu opiekuńczego nie ma kompetencji do udzielenia zgody zastępczej. Pytanie jednak, jakie sankcje grożą za udzielenie pomocy medycznej faktycznie kompetentnemu dziecku, które zgłasza się w tej sprawie samo (albo w towarzystwie innej osoby, np. starszego rodzeństwa, babci czy nauczyciela), a jego potrzeba zdrowotna jest ewidentna, choć nie nagląca ani związana z poważnym zagrożeniem dla zdrowia, a próby zaktywizowania rodziców – odnotowane jako bezskuteczne.

Była już mowa o tym, że takie zaniechania po stronie rodziców wolno bez wątpliwości zakwalifikować jako nadużycie władzy rodzicielskiej, to zaś równa się brakowi godnej ochrony dobra osobistego rodzica. Nie jest to bowiem ani wolność, ani prywatność, tylko co najwyżej urażona ambicja albo zakłócona błogość bezruchu. Zachodzi wówczas kolizja z dobrem zdrowotnym dziecka, które ono postrzega w sposób świadomy i wobec tego zdrowie oraz odczuwany dyskomfort niezaspokojenia usprawiedliwionej potrzeby można uznać za dobra osobiste naruszone po jego stronie. Dobrem kolidującym z nimi nie są jednak „prawa rodzicielskie”, lecz co najwyżej szeroko rozumiany porządek publiczny – poszanowanie nakazów wynikających z obowiązującego prawa i przeciwdziałanie samowoli polegającej na leczeniu dzieci z zupełnym pominięciem zdania rodziców. Wprawdzie prawo medyczne nie zna instytucji obrony koniecznej ani stanu wyższej konieczności, ale przewidziane dla nich kryteria ważenia dóbr mogą być

pomocne w rozstrzygnięciu kolizji nieusuwalnych w inny sposób. Z taką właśnie kolizją mamy do czynienia, gdy uzasadniona potrzeba zdrowotna dziecka zderza się z bezczynnością rodziców.

W tego rodzaju okolicznościach brak jest również dobra chronionego przez art. 192 Kodeksu karnego. Określony tam czyn – umyślne wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta – należy do kategorii przestępstw przeciwko wolności (a nie np. przeciwko życiu i zdrowiu albo przeciwko rodzinie). Przedmiot ochrony stanowi kryterium wykładni zawężającej, skoro w konkretnym przypadku nie została naruszona wolność podmiotu chronionego, czyli pacjenta. Czyn nie ma więc żadnego negatywnego znaczenia dla dobra prawnego, które jest przedmiotem ochrony danego przepisu⁷⁴. Wolność przedstawiciela ustawowego nie ma nic do rzeczy, zwłaszcza że przecież w sprawach opieki nie działa on w sposób wolny. W dodatku ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego, a w interesującej nas kategorii przypadków *de facto* nie ma pokrzywdzonych: rodzic – nie będąc pacjentem – nie ma takiego statusu, natomiast wolność dziecka nie została w żaden sposób naruszona.

Nie ma także miejsca zawinione naruszenie praw pacjenta, ponieważ dziecko jako pacjent nie ma „prawa” do tego, żeby decydował za nie przedstawiciel ustawy (taką hipotetyczną konstrukcją trudno byłoby zresztą nazwać prawem). „Prawo” przedstawiciela ustawowego do wyrażania zgody zastępczej zostało natomiast nadużyte, więc nie zasługuje na ochronę.

Przy braku powikłań nie ma nawet szkody zdrowotnej wymagającej naprawienia. Gdy taka zostanie wyrządzona, wolno powołać się na brak winy – działanie w usprawiedliwionym przekonaniu, że niesiona na uświadomioną prośbę fachowa pomoc czyni dobro w oczywistej potrzebie zdrowotnej. O zawinięciu można mówić tylko w kontekście wadliwego wykonania.

Pozostaje odpowiedzialność za przewinienie zawodowe, ale działanie na uświadomione życzenie dziecka, a przeciwko nadużyciu władzy rodzicielskiej również wolno uznać za okoliczność wyłączającą winę. W grę wchodzi jednak – powtórzmy – tylko czynności w oczywisty sposób celowe medycznie, czyli takie, na które sąd opiekuńczy bez oporów wydałby zezwolenie przełamujące wolę rodziców.

Lekarze i inni medycy powinni zostać wyczuleni na fakt, że to dziecko jest ich pacjentem, a w szczególności żeby nie odmawiać z zasady konsultacji czy badania bez obecności rodzica, bo wolno im przynajmniej sprawdzić, czy nie zachodzi stan wymagający niezwłocznej interwencji (*a fortiori* – skoro można i trzeba w takich okolicznościach leczyć, to zbadać tym bardziej można, bo inaczej nie ma jak przekonać się o tej potrzebie).

⁷⁴ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 94.

Tylko przypadek w oczywisty sposób nienaglący nie pozwala co do zasady na zbadanie bez zgody rodzica ani tzw. opiekuna faktycznego. W medycynie nie są one jednak wcale liczne. Ponadto zawsze należy wyeliminować poważne schorzenia objawiające się pozornie niegroźnie. Wystarczającym powodem do zbadania powinno więc być deklarowane przez dziecko zaniepokojenie swoim stanem. Dobrego przykładu dostarcza dzień powszedni w gabinecie szkolnej pielęgniarki i zgłaszane tam dolegliwości o różnym nasileniu.

Jeśli nie zostanie stwierdzony stan naglący, to dziecku należy się przynajmniej informacja, że wprawdzie bezpośrednio nic mu nie grozi, ale potrzebna będzie dalsza pomoc medyczna. Niepokój zdrowotny zasługuje na uśmierzenie niezależnie od wieku i to jest moralne uzasadnienie równie ważne jak omówione wcześniej uwarunkowania prawne i kliniczne.

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

- Alderson P., *In the Genes or in the Stars? Children's Competence to Consent*, "Journal of Medical Ethics" 1992, vol. 18(3), DOI: <https://doi.org/10.1136/jme.18.3.119>.
- Appelbaum P.S., *Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment*, "New England Journal of Medicine" 2007, no. 357, DOI: <https://doi.org/10.1056/NEJMcp074045>.
- Beauchamp T.L., Childress J.F., *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996.
- Bluebond-Langner M., Belasco J.B., DeMesquita Wander M., *"I Want to Live, Until I Don't Want to Live Anymore": Involving Children with Life-Threatening and Life-Shortening Illnesses in Decision Making about Care and Treatment*, "Nursing Clinics of North America" 2010, vol. 45(3), DOI: <https://doi.org/10.1016/j.cnur.2010.03.004>.
- Boratyńska M., *Dziecko w potrzebie zdrowotnej wobec bezczynności opiekunów. Jak system prawny szanuje autonomię osoby małoletniej w sprawach medycznych*, (w druku).
- Boratyńska M., *Wolność, prawo i treść władzy rodzicielskiej: spór o obowiązkowe szczepienia dzieci*, [w:] *Spory medyczne*, red. A. Wnukiewicz-Kozłowska, Wrocław 2021.
- Boratyńska M., Konieczniak P., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.
- Boratyńska M., Konieczniak P., *Zasady prawa medycznego. Podstawy i przesłanki legalności czynności medycznych*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1: *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019.
- Brock D., *Decision-Making Competence and Risk*, "Bioethics" 1991, vol. 5(2), DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.1991.tb00151.x>.
- Buchanan A., Brock D., *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge 1989.
- De Lourdes Levy M., Larcher V., Kurz R., *Informed Consent/Assent in Children: Statement of the Ethics Working Group of the Confederation of European Specialists in Paediatrics (CESP)*, "European Journal of Pediatrics" 2003, vol. 162, DOI: <https://doi.org/10.1007/s00431-003-1193-z>.
- Dickens B.M., Cook R.J., *Adolescents and Consent to Treatment*, "International Journal of Gynecology and Obstetrics" 2005, vol. 89(2), DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijgo.2005.01.038>.
- Diekema D., *Parental Refusals of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention*, "Philosophy of Medical Research and Practice" 2004, vol. 25, DOI: <https://doi.org/10.1007/s11017-004-3146-6>.
- Dudzikowa M., Czerepaniak-Walczak M. (red.), *Wychowanie. Pojęcia, procesy, konteksty, interdyscyplinarne ujęcie*, t. 1–6, Gdańsk 2007–2010.

- Dukiet-Nagórska T., *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
- Gawlik A., Bielska-Brodziak A., *Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych. Cz. I*, „Prawo i Medycyna” 2016, vol. 63(2).
- Gęsińska M., *Zgoda zastępcza w prawie hiszpańskim a ochrona praw pacjenta małoletniego i ubezwłasnowolnionego*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 1.
- Golus A., *Od przedmiotu do podmiotu. Status dziecka w rodzinie i społeczeństwie*, „Studia Edukacyjne” 2018, nr 48.
- Haberko J., *Sytuacja prawna dziecka jako pacjenta*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2020, vol. 19(1).
- Hein I.M., Troost P.W., Broersma A., Vries M.C. de, Daams J.G., Lindauer R.J.L., *Why Is It Hard to Make Progress in Assessing Children’s Decision-Making Competence?*, “BMC Medical Ethics” 2015, vol. 16, DOI: <https://doi.org/10.1186/1472-6939-16-1>.
- Howells A., *Is the Best Interests Test for the Care of Critically Ill Children Fit for Purpose?*, “Edinburgh Student Law Review”, 27.07.2020.
- Huxtable R., *Law at the Limits of Life: Children, Welfare and Best Interests*, [w:] *Law, Ethics and Compromise at the Limits of Life: To Treat or Not to Treat?*, New York 2012, DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203098448>.
- Katz A.L., Webb S.A., *Informed Consent in Decision-Making in Pediatric Practice*, “Pediatrics” 2016, vol. 138(2), DOI: <https://doi.org/10.1542/peds.2016-1485>.
- Konieczniak P., *Prawa pacjenta*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1: *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019.
- Kupisiewicz C., Kupisiewicz M., *Słownik pedagogiczny*, Warszawa 2009.
- Larcher V., Hutchinson A., *How Should Paediatricians Assess Gillick Competence?*, “Archives of Disease in Childhood” 2010, vol. 95, DOI: <https://doi.org/10.1136/adc.2008.148676>.
- Łuków P., *Etyka lekarska w pediatrii*, [w:] P. Łuków, T. Pasierski, *Etyka medyczna z elementami filozofii*, Warszawa 2014.
- Miller V., Drotar D., Kodish E., *Children’s Competence for Assent and Consent: A Review of Empirical Findings*, “Ethics and Behavior” 2004, vol. 14(3), DOI: https://doi.org/10.1207/s15327019eb1403_3.
- Miś L., Ornacka K., *Podmiotowość dziecka w rodzinie*, „Problemy Polityki Społecznej” 2015, nr 28.
- Mutcherson K.M., *Whose Body Is It Anyway – an Updated Model of Healthcare Decision-Making Rights for Adolescents*, “Cornell Journal of Law and Public Policy” 2005, vol. 14(2).
- Okoń W., *Nowy słownik pedagogiczny*, Warszawa 1996.
- Ostrowicka H., *Młodość jako kategoria i relacja w dyskursie edukacyjnym*, „Przegląd Pedagogiczny” 2011, nr 1.
- Romaniuk A., *Masz szlaban na szczepienie*, „Gazeta Wyborcza. Duży Format”, 10.01.2022.
- Salter E., *Deciding for a Child: A Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard*, “Theoretical Medicine and Bioethics” 2012, vol. 33, DOI: <https://doi.org/10.1007/s11017-012-9219-z>.
- Słyk J., *Zezwolenie (zgoda) sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi (art. 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty)*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, vol. 25.
- Szawarski Z., *Moralne problemy dotyczące opieki nad dziećmi nieuleczalnie chorymi*, „Studia Filozoficzne” 1984, nr 2.
- Szempruch J., *W poszukiwaniu idei podmiotowości relacji edukacyjnych rodziny i szkoły*, „Chowania” 2009 (tom jubileuszowy).
- Szewczyk K., *Czy rodzice powinni mieć prawo do decydowania o życiu i śmierci krytycznie chorych noworodków?*, „Diametros” 2012, nr 34, DOI: <https://doi.org/10.13153/diam.34.2012.504>.
- Świdarska M., *Kilka uwag o prawach pacjenta w przepisach ustawy o opiece zdrowotnej nad uczniami z dnia 12 kwietnia 2019 r.*, „Przegląd Prawa Medycznego” 2019, nr 2.

Świdarska M., *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.

Wilkinson D., *In Defence of a Conditional Harm Threshold Test for Paediatric Decision-Making*, [w:] *Parental Rights, Best Interests and Significant Harms: Medical Decision-Making on Behalf of Children Post-Great Ormond Street Hospital v Gard*, eds. I. Goold, J. Herring, C. Auckland, London 2019, DOI: <https://doi.org/10.5040/9781509924929.ch-005>.

NETOGRAFIA

Kuźnik D., *Ojciec chciał szczepić dziecko na covid, matka nie. Trafili do sądu – to pierwszy taki wyrok w kraju*, 4.11.2021, <https://natemat.pl/382443,rodzice-poklocili-sie-o-szczepienie-dziecka-na-covid-wyrok-we-wroclawiu> (dostęp: 31.08.2022).

Sejm RP, Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty, Druk nr 1432, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1432> (dostęp: 26.06.2023).

AKTY PRAWNE

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997, nr 28, poz. 152; t.j. Dz.U. 2022, poz. 1731, 1733, 2731, 2770; Dz.U. 2023, poz. 605, 650).

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2009, nr 52, poz. 417; t.j. Dz.U. 2022, poz. 1876, 2280, 2705; Dz.U. 2023, poz. 605).

Ustawa z dnia 12 kwietnia 2019 r. o opiece zdrowotnej nad uczniami (Dz.U. 2019, poz. 1078).

ORZECZNICTWO

Cardwell v Bechtol, 724 SW 2d 739, 745 (Tenn 1987).

Postanowienie SR dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, III Wydział Rodzinny i Nieletnich, z dnia 2 listopada 2021 r., III Nsm 891/21.

Wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., K 16/10.

ABSTRACT

The article considers the functionality of protecting the rights of the child as a patient from abuse of parental authority and assesses the possibility of independent activity of adequately mentally mature children. In Polish medical law, the age ceiling for limited decision-making capacity in of consent to medical acts is set too high. The legislation only regulates the issue of decisional age from the side of the validity of the consent for the provision of medical service and the due medical information. Even the best parent is, after all, only a third party to the personal interests of his/her child and is not entitled to the right to exercise his/her rights as a patient. The consequences of neglecting care in matters that do not require immediate medical attention can be harmful when they result in future bodily dysfunctions, such as worsening visual impairment or dramatic dental defects. Medical law, however, does not differentiate between the rights of a minor. A highly defined decision age ceiling is dysfunctional in many respects because it does not distinguish between a newborn and a 15-year-old, whereas already school adolescents show at least a limited understanding of their own health matters health. Although the law provides for applying for the authorization of a guardianship court, this method is completely ineffective unless it is carried out by an adult. The child should be equipped with the legal means to act independently, freely, and free of to act without the involvement of protective services, at least in relatively simple and obvious matters. After a deeper analysis of the norms, it appears that the legal sanctions for medical assistance in ordinary health matters, given to a child under conditions of abuse of parental authority, can be overruled by an argument of a conflict of goods and interests.

Keywords: child as a patient; minor patient; right to information; protection of the rights of a minor patient

ABSTRAKT

W artykule rozważana jest funkcjonalność ochrony praw dziecka jako pacjenta przed nadużyciami władzy rodzicielskiej oraz oceniana jest możliwość samodzielnej aktywności odpowiednio dojrzałych umysłowo dzieci. W polskim prawie medycznym pułap wieku dla ograniczonej zdolności decyzyjnej w sprawie zgody na wykonanie czynności medycznych jest określony zbyt wysoko. Przepisy regulują zagadnienie wieku decyzyjnego tylko od strony ważności zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego oraz należnej informacji medycznej. Nawet najlepszy rodzic jest mimo wszystko tylko osobą trzecią wobec interesów osobistych swojego dziecka i nie przysługuje mu prawo dysponowania jego prawami pacjenta. Konsekwencje zaniedbania pieczy w sprawach niewymagających niezwłocznej pomocy lekarskiej mogą być szkodliwe, gdy skutkują na przyszłość dysfunkcjami organizmu, takimi jak pogłębiająca się wada wzroku czy dramatyczne ubytki w uzębieniu. Ustawy medyczne nie różnicują jednak praw osoby małoletniej. Tak wysoki pułap wieku jest dysfunkcjonalny pod wieloma względami, nie rozróżnia bowiem między noworodkiem a piętnastolatkiem, podczas gdy już młodzież szkolna wykazuje przynajmniej ograniczone rozeznanie we własnych sprawach zdrowotnych. Prawo przewiduje wprawdzie wystaranie się o zezwolenie zastępcze sądu opiekuńczego, jednak metoda ta jest zupełnie nieskuteczna, o ile nie będzie jej realizować osoba dorosła. Dziecko powinno zostać wyposażone w środki prawne umożliwiające samodzielne, swobodne i wolne od stresu działanie bez angażowania służb ochrony przynajmniej w sprawach stosunkowo prostych i oczywistych. Po głębszej analizie unormowań okazuje się, że sankcje prawne za pomoc medyczną w zwykłych sprawach zdrowotnych, udzieloną dziecku w warunkach nadużycia władzy rodzicielskiej, można uchylić argumentem o kolizji dóbr i interesów.

Słowa kluczowe: dziecko jako pacjent; pacjent małoletni; prawo do informacji; ochrona praw pacjenta małoletniego