

Marek Safjan

Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny

Palestra 42/11-12(491-492), 23-34

1998

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Marek Safjan

■ Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny*

Na początek, pozwólcie Państwo zacytować znaną anegdotkę Stanisława Lema z opowiadania „Przekładaniec” (Wyd. Literackie Kraków 1971, w zbiorze „Bezsensowność”, s. 234 i n.). Dwóch braci Tomasz i Ryszard Jones uległo wypadkowi w czasie rajdu samochodowego. Wzięto ich na stół chirurgiczny. Jeden z nich Tomasz był już niestety nie do uratowania. Bilans pośmiertny Tomasa przedstawiał się następująco: 50% jego cielesnych ruchomości zostało zainwestowanych w brata Ryszarda w drodze bezwrotnej darowizny, 18% – w innego człowieka oczekującego na przeszczep, a pozostałe 32% złożone do grobu. Towarzystwo ubezpieczeniowe odmówiło zapłaty pełnej sumy ubezpieczenia, ograniczając ją do wysokości 32% przewidywanej w umowie kwoty i powołując się na dalsze trwanie Tomasa (w 68%). Wdowa wystąpiła z roszczeniem przeciwko ubezpieczycielowi. Nie jest jednak pewna, kto właściwie żyje Ryszard czy Tomasz. Co więcej jej adwokat oświadcza Ryszardowi: „nie jest Pan ojcem tych dzieci (chodzi o dzieci brata) w sensie prawnym... Leczą, niestety, ponieważ doszło do całe-

go szeregu transplantacji zachodzi obawa, a nawet pewność, że jest Pan pod względem cielesnym ojcem. Albowiem znajduje się pan obecnie w posiadaniu takich regionów tamtego ciała, które z tytułu ich przeznaczenia i funkcji zawiadują ojcostwem”. I wreszcie: „Czy Pan jest pewny, że pan jest Ryszardem? Byłem w szpitalu i rozmawiałem z biegłymi, opowiada dalej adwokat, niestety nie udało się stwierdzić, czy pan żyje, czy pan umarł... Nie mówię o stanie subiektywnym, ale o stanie prawnym. Małżeństwo zawiera się nie tylko w sensie duchowym, ale też i cielesnym”. Co uczynił sąd? Nic, bo Jones uległ następnemu wypadkowi i nastąpiły dalsze komplikacje.

To tylko anegdota, ale przecież odzwierciedla część prawdy o konsekwencjach prawnych i etycznych rozwoju medycyny.

Banalne jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z eksplozją nowoczesnej medycyny i biologii. W ostatnich latach nastąpiło nieoczekiwane i nieprzewidywalne udoskonalenie technik diagnozy i terapii, ale jednocześnie nastąpiło coś bardziej jeszcze ważnego, a mianowicie

* Wykład wygłoszony na uroczystości inauguracyjnej roku akademickiego 1998–1999 na Wydziale Prawa i Administracji UW, w dniu 30 września 1998 r.

przekroczenie pewnych granic związanych z tradycyjnym uprawianiem nauk medycznych. Oto bowiem człowiek wyposażył się w instrumenty, które dają mu moc stwarzania samego siebie. Najnowsze technologie w dziedzinie inżynierii genetycznej prowadzą do eksplozji terapii poprzez oddziaływanie bezpośrednio na genom człowieka. Rosną jednocześnie oczekiwania i koszty stosowanych metod, dramatycznie – paradoksalnie zwiększa się dystans pomiędzy oczekiwaniami człowieka a dostępnością świadczeń, które nawet w bogatych krajach podlegają zasadniczemu limitowaniu.

A oto kilka przykładów nie całkiem wymyślonych spraw i konfliktów, które mogą się pojawić (i zresztą pojawiają się) w płaszczyźnie prawnej. Nie chodzi tu ani o rozbiór jurydyczny tych problemów, ani o udzielanie precyzyjnych odpowiedzi prawnych, a wyłącznie o egzemplifikację tezy, że stajemy wobec kwestii, co do których prawo nie wypracowało stosownej metodologii, ani też nawet nie jest w stanie udzielić odpowiedzi klarownych wspartych o jednoznaczne założenia metodologiczne.

Załóżmy, że X otrzyma bardzo precyzyjne informacje – w wyniku przeprowadzonego testu genetycznego (najnowszej generacji) – o prognozach i prawdopodobieństwie zachorowania w ściśle określonej perspektywie czasowej na nieuleczalne choroby nowotworowe. Czy informacjami tymi powinien podzielić się z firmą ubezpieczeniową – stroną umowy ubezpieczenia na życie? Co ma przeważać – względy uczciwości i lojalności kontraktowej, czy zapewnienie maksymalnej poufności danych należących do najbardziej wrażliwej sfery prywatności każdego człowieka? A mo-

że powinno się upoważnić kontrahenta – firmę ubezpieczeniową w prawo żądania takich informacji? Gremia europejskie debatujące nad tym zagadnieniem nie potrafiły osiągnąć konsensusu (np. to spowodowało brak odpowiednich postanowień w ramach Konwencji Rady Europy o ochronie prawa człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań nowoczesnej biologii i medycyny podpisanej w Oviedo 4 kwietnia 1996 r.). Prawo polskie nie zawiera w tym zakresie żadnych postanowień bezpośrednio odnoszących się do zagadnienia.

A oto inny przykład również związany ze stosowaniem nowoczesnej genetyki. Wzrastają jak wiadomo niepomiernie możliwości ustalenia ryzyka przenoszalności chorób dziedzicznych warunkowanych genetycznie. W diagnozie przeprowadzonej w stosunku do rodziców został jednak popełniony istotny błąd, a w konsekwencji, wbrew określonemu przewidywaniu, dziecko urodziło się z poważnymi defektami genetycznymi. Jaka byłaby szansa i podstawa roszczenia odszkodowawczego wobec lekarza, który dopuścił się błędu w sztuce. Co jest szkodą w takim przypadku – czy życie z defektami genetycznymi może być uznane za szkodę i jak oszacować jego wartość w porównaniu z nieistnieniem w ogóle. Sądy amerykańskie zajmujące się tą kwestią nie były w stanie ustalić jednolitego stanowiska: raz po raz odsyłały prawników to do filozofów i teologów, raz po raz dokonywały mozolnej pracy polegającej na nagięciu tradycyjnych konstruktów prawnych do tej paradoksalnej, ale równocześnie dramatycznej sytuacji. W orzeczeniu (*Gleitman v. Gosgrove*, New Jersey 1976)¹ sąd stwierdza np.: „Nie można oszacować wartości

życia z defektami rozwojowymi, przeciwstawiając ją samemu nieistnieniu; żądanie małoletniego powoda, iż lepiej byłoby dla niego, aby się nie urodził napotyka logiczną przeszkodę ustalenia odszkodowania, ponieważ nie jest tu możliwe przeprowadzenie porównań wymaganych przez środki odszkodowawcze”. W identycznej pułapce znalazł się też, zaledwie kilka miesięcy temu, Sąd Konstytucyjny Niemiec oceniając podobne roszczenie wobec lekarzy z tytułu urodzenia się dziecka, które nie miało się urodzić. Co więcej Niemiecki Sąd Konstytucyjny popadł w sprzeczność z samym sobą wydając, w niewielkich odstępach czasu, dwa zasadniczo różne orzeczenia. W orzeczeniu Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 28 maja 1993 r.² mówi się m.in.: „z punktu widzenia konstytucji (art. 1 ust. 1) nie wchodzi w rachubę kwalifikowanie pod względem prawnym istnienia dziecka jako źródła szkody. Zabrania się traktować obowiązek utrzymania dziecka jako szkodę”. Sprzeczne z tym stwierdzeniem jest orzeczenie z 12 listopada 1997 r.³, w którym stwierdza się, że istnienie, które jest następstwem błędu może być źródłem szkody: „Nawet wtedy, kiedy roszczenie o naprawienie szkody nawiązuje bezpośrednio do egzystencji człowieka, nie oznacza to, że staje się on przedmiotem o wartości określonej w ramach stosunku umownego lub deliktowego”.

Inna wreszcie sytuacja związana jest z dokonaniem medycyny eksperymentalnej. Wszyscy zdajemy sobie sprawę z tego, że wolność badań naukowych jest istotną, jedną z najważniejszych wartości nowoczesnych społeczeństw. W jaki jednak sposób uzasadnić konieczne, po-

wie wielu wybitnych naukowców, badania nad osobami, które nie są zdolne wyrazić świadomej i poinformowanej zgody (konceptja *informed consent*) i które niekoniecznie są podejmowane w interesie tych osób. Jak więc ocenilibyśmy dzisiaj roszczenie odszkodowawcze dziecka, które poniosło szkodę w wyniku takich eksploracyjnych badań medycznych, przeprowadzonych na podstawie zgody wyrażonej przez jego przedstawicieli ustawowych? Jest to działanie bezprawne, czy może jest to dopuszczalna procedura badań naukowych? Czy nawet minimalne ryzyko badań może uzasadniać instrumentalne podejście do drugiej istoty ludzkiej? Czy godność człowieka, jako wartość konstytucyjnie chroniona we wszystkich demokratycznych państwach i przedmiot najważniejszego odesłania aksjologicznego w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka, da się pogodzić z potrzebami nowoczesnej medycyny eksperymentalnej?

Współczesna Europa jest bardzo daleka od jednolitości w tej kwestii. Warto zauważyć, że postanowienia wspomnianej już Konwencji Rady Europy o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań współczesnej medycyny i biologii dotyczące eksperymentów były powodem odmowy podpisania ze strony niektórych państw, jak m.in. Niemiec. Na marginesie: w prawie polskim problem jest bardzo daleki od rozstrzygnięcia, również w świetle konstytucyjnego postanowienia o eksperymentach medycznych (zob. art. 39 Konstytucji RP „Nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”).

Ale granice badań to również zasadnicze pytania o ich konsekwencje poznawcze, społeczne, psychologiczne i polityczne. Czy sklonowanie istoty ludzkiej dałoby się pogodzić z koncepcją godności człowieka? Jak zareagowałoby dzisiaj prawo na podjęcie tego typu eksperymentu w Polsce? Nie trzeba dodawać, że nie mamy żadnych postanowień prawa w przedmiocie cloningu, ani też nie jesteśmy nawet stroną konwencji europejskiej zakazującej takiej praktyki⁴. Konwencji – dodajmy – w swym rygoryzmie mocno odbiegającej od podejścia amerykańskiego, które jest wyraźnie znacznie bardziej w tej dziedzinie przyzwalające. Owieczka Dolly spędza sen z oczu nie tylko prawnikom i nie tylko w Polsce. Ale w tym, podchwyconym przez media i być może nazbyt łatwym, przykładzie eksplozji nowoczesnej biologii i genetyki kryje się przecież jakiś skrót czy synteza wielkich konfliktów prawa, medycyny i etyki.

Okazuje się, spoglądając już obecnie z pewnej perspektywy, że wywołujące jeszcze do niedawna zdumienie, zaniepokojenie i bezradność filozofów, etyków i prawników problemy związane z zapłodnieniem *in vitro*, transferem embrionalnym czy dyspozycją materiałem genetycznym pochodzącym od różnych dawców, błędną w stosunku do najnowszych dokonań genetyki. A przecież i w tej dziedzinie nawet w kręgu europejskim nie została znaleziona jakaś wspólna koncepcja rozwiązań odnoszących się do przesłanki dopuszczalności metod prokreacji medycznie wspomaganey i zakresu ich wykorzystywania w określonych układach społecznych i rodzinnych, prawnej filiacji czy statusu rodziców genetycznych. Europejski Try-

bunał Praw Człowieka rozpatrując niedawno ów problem w sprawie: X, Y, Z przeciwko Wlk. Brytanii (Orz. Trybunału Europejskiego z 22 kwietnia 1997, Reports 1997, s. 8–14): „Trybunał zauważa, że (...) nie ustalono w postępowaniu, jakoby istniało w Europie jakiegokolwiek powszechnie podzielane podejście państw członkowskich co do sposobu, w jaki stosunek społeczny między dzieckiem poczętym metodą prokreacji medycznie wspomaganey a osobą, która spełnia rolę ojca winien być odzwierciedlany w prawie. Zgodnie z dostępną Trybunałowi informacją aczkolwiek technologia medycznie wspomaganey prokreacji od kilku dekad jest w Europie dostępna, wiele zagadnień jakie ona rodzi, w szczególności, jeśli chodzi o kwestie filiacji, pozostaje przedmiotem dyskusji. Nie ma m.in. żadnego konsensusu pośród państw członkowskich co tego, czy w interesie dziecka jest zachowanie anonimowości dawcy materiału genetycznego, czy też dziecko powinno mieć prawo do poznania tożsamości dawcy”.

I może na koniec tych przykładów sprawa pani X, która ma szansę na transplantację sztucznego serca. Ale są kryteria selekcji i nie wszyscy, jak wiadomo, dostąpią tej możliwości. Pani X jest nałogowym palaczem, czy jest to powód odmowy przeprowadzenia zabiegu – czy zasada równego i sprawiedliwego traktowania każdego da się pogodzić z kryteriami medycznej, ale przecież także w sposób nieunikniony społecznej selekcji, beneficjentów nowoczesnych zabiegów medycznych. Ironizując nieco G. Annas (amerykański prawnik i filozof) przytacza hipotetyczne uzasadnienie w sprawie, jakże przecież prawdopodobnej, nie tylko na gruncie amerykańs-

kim, *Minerva v. National Health Agency*. Odmawiając sztucznego serca określonej grupie obywateli, rząd federalny musi wskazać, że klasyfikacja jest oparta na racjonalnych przesłankach w świetle celów wyznaczonych przez Kongres, nie jest arbitralna i nie prowadzi do dyskryminacji. Powodowie muszą przekonać nas, że prawo do sztucznego serca stanowi fundamentalny interes jednostki, a także że przyjęte kryteria selekcyjne są na tyle „podejrzone”, że władze federalne muszą wykazać istotny interes publiczny w utrzymaniu odpowiednich regulacji. O ile prawo do życia jest z pewnością podstawowe i objęte ochroną konstytucyjną, nie jest taką ochroną objęty jednostkowy interes w otrzymaniu rzadkich i kosztownych świadczeń medycznych”⁵. Czy może istnieć prawo do sztucznego serca każdego, kto go potrzebuje? Czy prawa tego można by skutecznie dochodzić drogą sądową? To są pytania, które pojawiają się w całym nieodległej perspektywie.

To tylko kilka przykładów. Jak powiedziałem nie będziemy tu dążyć do ich rozwiązania.

Nie chodzi tu o epatowanie Państwa przykładami, które przecież mogą być znacznie rozbudowywane i multiplikowane. Nie chodzi tu też o stwierdzenie, że prawo jest dziedziną trudną, a stawiane pytania nie prowadzą do łatwych odpowiedzi. Cała historyczna droga rozwoju prawa polegała na ewolucyjnym wszak kształtowaniu się określonych instytucji, ich „dojrzeniu” w procesie stosowania prawa, w ścieraniu się racji i argumentów. To są stwierdzenia banalne i nie warte nawet powtarzania w tym miejscu. Odrębność i specyfika materii i problemów wyrastających na polu

współczesnej bioetyki i prawa polega jednak na czymś zupełnie innym niż stopień komplikacji, do którego doświadczeni prawnicy przywykli, a młodzi adepci prawa stopniowo muszą się przyzwyczaić.

Prawdziwy kłopot z dylematami prawnymi w tej dziedzinie polega na czymś zgoła innym. Oto bowiem mamy tu do czynienia, w stopniu nigdy wcześniej nie występującym z poczuciem chaosu, wynikającego ze zderzania się na poziomie poszczególnych sytuacji, takich m.in. jak wyżej opisane, zasad i wartości podstawowych.

Po drugie, z kwestionowaniem tego, co należało do kategorii niepodważalnych paradygmatów prawnych, swoistych aksjomatów prawniczych konstrukcji.

Po trzecie wreszcie, nigdy wcześniej w tak wielu poddanych analizie jurydycznej przypadkach i sytuacjach nie zdarzało się formułowanie zasadniczo sprzecznych konkluzji, do których za każdym razem prowadzi poprawne logicznie i jurydycznie rozumowanie. Zasadniczo sprzeczne, ale i zarazem dobrze uzasadnione konkluzje otrzymamy w każdym z wyżej wskazanych przypadków: jesteśmy w stanie uzasadnić pogląd o obowiązku przekazywania danych genetycznych ubezpieczycielowi (zgodnie z zasadami uczciwości kontraktowej), jak i pogląd, odwołujący się do prymatu poufności danych tego typu. Możemy uzasadnić przekonanie o słuszności tezy, że obciążone defektem genetycznym życie jest szkodą (odwołując się do zabiegów znanych prawu cywilnemu), jak i tezę przeciwną, klasyfikującą takie żądanie w kategoriach nadużycia prawa. Możemy obronić tezę o dopuszczalności i legalności eksperymentu medycznego

na małoletnim (odwołując się do kryteriów ustawowo określonych dopuszczalności eksperymentów)⁶, jak też uzasadnić tezę, że są one bezprawne, naruszają wartość konstytucyjnie chronioną jaką jest integralność i autonomia każdej istoty ludzkiej. Nie ma zasadniczych kłopotów, aby na gruncie obowiązującego prawa uzasadnić dopuszczalność ojcostwa prawnego dawcy materiału genetycznego, jak też tezie tej zaprzeczyć. Możemy też konstruować prawo podmiotowe do uzyskania najlepszych i najbardziej efektywnych technik medycznych, ale możemy też uznać takie prawo za podlegające zasadniczemu ograniczeniu, ze względu na potrzebę ochrony interesu osób trzecich. Co więcej możemy nawet uzasadnić nie tylko kreację polskiej owieczki Dolly jako dopuszczalną i jako niedopuszczalną, ale również legalność lub nie kloningu istoty ludzkiej: w pierwszym przypadku przywołując zasadę wolności badań i niewątpliwą ich przydatność, w drugim zasadę ochrony godności człowieka. To odbijanie piłeczki w każdym przypadku świadczy być może dobrze o elastyczności prawniczego myślenia, ale też zarazem potwierdza istnienie swoistego chaosu i bezradności prawników poszukujących odpowiedzi. Nie jest moim celem wykazanie, że prawo może pełnić rolę kurtyzany nauk, podsuwając stosownie do okoliczności właściwą odpowiedź bez troski o to, że za chwilę może ona ulec radykalnej zmianie, bo tego wymaga postęp wiedzy i napór rosnących oczekiwań.

Konieczne staje się więc poszukiwanie pewnej metodologii.

Współczesne prawo w Europie poszukuje tej metodologii w dwóch obszarach – na poziomie prawa międzynarodowe-

go oraz na poziomie prawa wewnętrznego.

Konwencja Europejska z 1996 r. jest takim pierwszym krokiem w kierunku poszukiwania ogólnych i uniwersalnych rozwiązań na poziomie zasad podstawowych. Warto się jej przyjrzeć. Jest ona zbudowana, jak sądzę, według metody rozstrzygania o pierwszeństwie i hierarchizowania zasad i wartości, o których była tu mowa. Na pierwszy plan wysuwają się dwie wartości: ochrona autonomii oraz ochrona godności każdej istoty ludzkiej, co wyraża się jednoznacznie w prymacie interesu jednostki nad interesem społeczeństwa i nauki (art. 2: „Interes i dobro istoty ludzkiej przeważa nad wyłącznym interesem społeczeństwa i nauki”). Ta zdecydowana i mocna deklaracja może, na pierwszy rzut oka bulwersować, jeżeli zważyć na europejskie tradycje prawne i filozoficzne. Wyrażają one wszak skłonność do bardziej wyważonego, czy może lepiej zrównoważonego podejścia do kwestii relacji pomiędzy interesem publicznym i jednostkowym. Podejście to znajduje odzwierciedlenie w wielu nowoczesnych konstytucjach europejskich, również w polskiej, które przecież dopuszczają ograniczenie wolności i praw jednostki dla zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

A jednak wydaje się, że dokonany tu wybór na rzecz prymatu jednostki nad dobrem wspólnym dobrze odzwierciedla strach i obawy współczesnego człowieka, który za wszelką cenę chce uniknąć instrumentalizacji i obronić się przed nieprzewidywalnymi konsekwencjami

rozwoju nauki. To bardzo ogólna, ale też i niezmiernie ważna deklaracja Konwencji, która stanowiąc przedmiot szerokiego konsensu uzgodnionego pomiędzy państwami członkowskimi Rady Europy ukierunkowuje jednocześnie regulacje prawne dotyczące rozwoju nauki i wykorzystania jej osiągnięć. Deklaracja ta jest następnie rozwijana w dalszych postanowieniach Konwencji, a szczególnie w jej art. 15, który stanowi, że badania naukowe w dziedzinie biologii i medycyny prowadzone są w sposób swobodny, jednak zgodnie z niniejszą konwencją i innymi przepisami zapewniającymi ochronę istoty ludzkiej.

Drugą wartością, na której oparta jest ta najważniejsza obecnie regulacja międzynarodowa w dziedzinie prawa i medycyny to ochrona autonomii jednostki. Jest ona traktowana nadrzędnie w stosunku do innych wartości i zasad. Wyraża się to w bardzo kategoriycznym respektowaniu swobody decydowania o sobie samym w kontekście medycznym. To nie tylko więc traktowanie zgody jako koniecznej przesłanki każdej interwencji medycznej, ale również dążenie do respektowania, o ile to tylko możliwe, woli osób niezdolnych do samodzielnego działania (małoletnich czy psychicznie chorych), to respektowanie życzeń wcześniej wyrażonych, choćby nawet w momencie podejmowania interwencji osoba nie była w stanie wyrazić swojej woli, czy nawet respektowanie życzenia osób, które nie chcą zapoznać się z informacjami na swój temat.

Budowanie regulacji prawnych w tej dziedzinie, o bardzo ogólnym czy wręcz ramowym ujęciu (nawiasem mówiąc taka była nazwa pierwotna konwencji *framework convention, convention-cadre*),

stanowić może ważny, ale tylko pierwszy krok w kierunku poszukiwania właściwego prawa. Jest oczywiście niezmiernie istotne ustalenie hierarchii wartości i zasad na tak generalnym poziomie, a więc m.in. tak wyraźne opowiedzenie się, nie mające swego odpowiednika w żadnym innym akcie międzynarodowym dotyczącym praw człowieka, za preferencją czy wyższością interesu jednostki nad interesem całego społeczeństwa. Pozostaje nadal jednak cały szereg kwestii nie rozstrzygniętych. Co więcej również w obrębie tak ogólnych i ramowych uregulowań dochodzi do niespójności czy wręcz niekonsekwencji i byłoby sporą naiwnością sądzić, że da się tego uniknąć. Przykładem tego jest wszak regulacja, która pomimo zasadniczego opowiedzenia się w konwencji na rzecz interesu jednostki – dopuszcza jednak eksperymenty medyczne, wprowadzając w bardzo wąskich granicach i przy wielkich restrykcjach, nad osobami które nie mogą samodzielnie wyrazić zgody. Nie krytykując tego rozwiązania musimy jednak zauważyć, że jeśli czyni się choćby tak niewielkie ustępstwo na rzecz nauki i interesu społeczeństwa, to i sama zasada z art. 2 Konwencji ulega zrelatywizowaniu. A jeśli tak, to w którym punkcie przebiega nieprzekraczalna granica tego relatywizmu?

Nie chodzi tu o krytykę takiego podejścia, bo jest ono przecież konieczne dla oczyszczenia przedpola i określenia granic, w ramach których musi odbywać się dalszy dyskurs na ten temat. Nawet i za takimi generalnymi regulacjami kryją się ostre i gwałtowne spory, w których uczestniczyłem będąc członkiem komitetu ds. bioetyki Rady Europy. W konsekwencji przecież wynika z tych ustaleń,

a zwłaszcza z przyjęcia prymatu osoby nad interesem nauki, stanowczy zakaz dokonywania takich interwencji genetycznych, których skutki są dziedzicznie przenoszalne (zob. art. 13 Konwencji). Konsekwencją przyjętego w Konwencji stanowiska w zakresie ochrony autonomii człowieka jest bezwzględny zakaz dokonywania takich interwencji, co do których nie było zgody osoby świadomej i poinformowanej, choćby nawet na rzecz takiej interwencji przemawiały obiektywnie ważne i racjonalne powody. Z powodów zasadniczych i generalnie określonych, Rada Europy opowiedziała się także za bezwzględnym zakazem kloningu istoty ludzkiej, którego walory poznawcze tych badań trudno byłoby zapewne zakwestionować.

Osobliwością prawa w odniesieniu do dokonań nowoczesnej medycyny i biologii, i to należy z całą mocą podkreślić, jest konieczność zachowania metodologii, którą można by tu określić mianem metodologii stopniowych przybliżeń. Dzieje się tak m.in. dlatego, że prawo nigdy nie będzie w stanie nadążyć za postępem medycyny, nigdy też – ze swej natury – nie będzie dostatecznie precyzyjne i kazuistyczne zarazem, aby stworzyć dostatecznie pewny grunt dla oceny pojawiających się nowych zjawisk i konfliktów interesów. W chwili dokonywania pierwszych zabiegów zapłodnienia pozaustrojowego nikt nie przewidywał jeszcze dylematów związanych z rozdzieleniem rodzicielstwa genetycznego i biologicznego, czy transferem embrionalnym i nie formułował prawa podmiotowego, aby urodzić się jako w pełni zdrowa i funkcjonalna jednostka. Z chwilą pierwszych udanych eksperymentów z wykorzystaniem terapii genetycznej nikt nie zakładał

konieczności rozwiązywania dylematów kloningu istoty ludzkiej. Pierwsze przeszczepy nie tworzyły też oczekiwań związanych z rozwojem transplantacji transgenicznych czy tzw. xenotransplantacji. Dylematy te pojawiają się nagle i przez samo wystąpienie takich zjawisk konieczna jest jakaś reakcja prawa. Milczenie prawa – co jest także swoistą reakcją – nie jest, jak się wydaje najlepszym pomysłem na poradzenie sobie z tymi problemami. Co więcej, nawet przy ustaleniu – na poziomie ogólnym określonej hierarchii wartości i zasad – przy bliższym oglądzie poszczególnych sytuacji okazuje się, że konieczne staje się zastosowanie znacznie bardziej subtelnej analizy, pójście w głąb poszczególnych zasad i wartości. Ustalenie prymatu jednostki nad interesem ogólnym nie pozwoli jednak na odpowiedź na pytanie jak rozstrzygać nieomal równoważne interesy poszczególnych jednostek, np. wtedy gdy pojawia się długa lista oczekujących na zastosowanie kosztownej metody terapeutycznej lub istnieje konieczność wyboru pomiędzy zasadą anonimowości dawcy materiału genetycznego a potrzebą ujawnienia tej informacji ze względu na większą skuteczność stosowanej metody terapeutycznej. Według jakich kryteriów ma rozstrzygać lekarz dysponujący skuteczną w stosunku do określonej osoby metodą interwencji genetycznej, jednakże jednocześnie przecież bez możliwości określenia konsekwencji takiego naruszenia genomu dla przyszłych pokoleń.

Na tym właśnie tle pojawia się całkiem nowa koncepcja tworzenia reguł postępowania, które realizowałyby swoistą delegację prawa do ustalenia wzorca postępowania w sposób bez porównania mniej sformalizowany, a zarazem do-

statecznie elastyczny. Pojawia się więc koncepcja reguł postępowania (reguł etycznych), które stanowiłyby swoisty pomost pomiędzy deontologią lekarską a prawem. Ich osobliwością nie jest brak koniecznych dla reguł prawnych cech sformalizowania i powszechnej mocy obowiązującej, ale konkretyzacja zasad postępowania bezpośrednio w stosunku do pojawiającej się nowej sytuacji medycznej. W ten oto właśnie sposób podjęto próbę, zanim powstały jakiegokolwiek regulacje w tym przedmiocie, rozstrzygnięcia skomplikowanych dylematów powstających w związku z zapłodnieniem *in vitro*, transferem embrionów (słynne reguły opracowane przez komisję lady Warnock w Wlk. Brytanii, czy komisję Benda w RFN). Takie podejście nieformalne, ale dobrze identyfikujące poszczególne problemy poprzedzało m.in. opracowanie pierwszych kompleksowych ustaw bioetycznych we Francji, uchwalonych ostatecznie w 1994 r. Nawiasem mówiąc *Comité National d'Éthique* we Francji podjął próbę wypracowania reguł, które do dzisiaj stanowią wzorzec postępowania, *de facto* przestrzegany, obowiązujący na zasadzie autorytetu, w takich m.in. kwestiach jak leczenie choroby Parkinsona przy przeszczepach tkanki płodowej, czy podejmowanie eksperymentów w zakresie struktury genomu etc.

Ten sposób rozwiązywania dylematów zasługuje z pewnością na uwagę. Pozwala na kształtowanie się pewnej praktyki, identyfikację problemów, które wymagają rozwiązania, a jednocześnie też stanowi to jakiś wstęp do przyszłych regulacji prawnych, o czym dobrze zdają się świadczyć przykłady Francji, Niemiec i Wlk. Brytanii. Reguły wypracowa-

wane przez interdyscyplinarne gremia nie są jednak jakimś rodzajem antyszambrowania parlamentu, nie stanowią etapu procesu legislacyjnego – są swoistą i całkowicie autonomiczną, w stosunku do wszelkich innych reguł postępowania, koncepcją określenia wzorca zachowania w sytuacjach nieoczekiwanych, etycznie i prawnie nierozpoznawalnych, które się pojawiają na polu nowoczesnej medycyny.

Taka droga kształtowania standardów zachowania – od zaleceń do konwencji i innych reguł formalnie wiążących jest przyjęta również w płaszczyźnie międzynarodowej, np. w taki właśnie sposób powstawały podstawowe koncepcje rozwiązań i regulacji w Radzie Europy, tak się kształtuje praktyka w UNESCO (por. Powszechną Deklarację o Genomie Ludzkim i prawach człowieka, przyjętą na 29 sesji Konferencji Generalnej w dniu 11 listopada 1997 r.) czy w ramach Unii Europejskiej.

Warto więc dostrzec ten kierunek rozwoju refleksji prawnej i etycznej, zapewniający balansowanie racji, a przede wszystkim poszukiwanie konsensusu, który jest niezbywalnym atrybutem państwa demokratycznego. Nie można jednak przy okazji zapominać o mądrym spostrzeżeniu Hevré Barreau: „Państwo demokratyczne może przyjąć również pewne cechy państwa totalitarnego, jeśli obywatele nie uzbroją się w moralność o charakterze uniwersalnym aby zapewnić zawsze i wszędzie poszanowanie życia ludzkiego, jego godności oraz tych wymagań, które powinno ono nadawać aktywności publicznej”⁷.

Toczące się obecnie dyskusje zadecydują ostatecznie o kształcie naszej cywilizacji. Konsens jest nieodłącznym elemen-

tem demokracji, ale też trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że sposób i forma osiągnięcia zgody co do określonych rozwiązań społecznych i prawnych nie stanowią jeszcze same przez się gwarancji jakości tych rozwiązań. O ile więc w społeczeństwie pluralistycznym nie ma innej drogi niż poszukiwanie konsensusu w wyniku wzajemnych ustępstw i kompromisów, o tyle nie można mieć jednak całkowitej pewności co do tego, czy demokratyczne i pluralistyczne społeczeństwa nie skążą same siebie, w drodze powszechnego konsensusu, na unicestwienie.

Kilka razy odnosiłem już wcześniej swoje uwagi do oceny sytuacji w Polsce. Spróbujmy się zastanowić, na jakim etapie jesteśmy. Czy są punkty styeczne z ocenami wyżej wyrażonymi. Nie chodzi tu o stan biotechnologii. Z rozwojem badań naukowych w dziedzinie biologii i medycyny nie jest źle. Problem polega natomiast na stanie świadomości społeczeństwa, uczonych, prawników co do potrzeby takiej lub innej reakcji prawa w istniejącej sytuacji. Oto, w czym dostrzegam szczególnie niepokojące symptomy, gdy chodzi o polską specyfikę:

– po pierwsze, zadziwia, zastanawia i niepokoi, że przedstawiciele elit naszego społeczeństwa publicznie występują z tezą, nie tylko anachroniczną, ale groźną, a mianowicie, że orzekanie o zastosowaniach nauki i badań w medycynie i biologii należy pozostawić wyłącznie nauce; prawo – mówiąc krótko – nie powinno się wtrącać do tego, co jest domeną czystej nauki, bo nie leży to w kompetencji prawników, ale społeczności uczonych;

– po drugie – jeśli nawet dostrzegana jest potrzeba interwencji prawa, to postawa tego typu jawi się jako postawa

„ja wiem lepiej” – wobec tego możemy regulować, ale wyłącznie na warunkach określonych przez nas samych i dokładnie tak jak chcemy. Postawa taka jest bardzo częsta i stanowi klasyczny przykład myślenia charakterystycznego dla poprzednich epok, w których wprowadzili wszyscy mieli racje, ale byli tacy których racje były zawsze prawdziwsze, mądrzejsze i lepsze. Oczywiście, na tle takiej postawy nie ma szans na konsensus. Charakterystycznym przejawem takiego myślenia jest m.in. doszukiwanie się czysto pozornych sprzeczności i problemów, które skutecznie zablokują przyjęcie nie chcianych regulacji. Zacytuję, dla ilustracji, jedną z wypowiedzi wysokiego urzędnika podczas dyskusji w komisji senackiej na temat celowości podpisania konwencji bioetycznej. Jest ona charakterystyczna, a jednocześnie niepokojąca: „Następna istotna sprawa, proszę państwa, to jest art. 11, który jest bardzo szeroki i należy mieć wątpliwości, czy jest w ogóle możliwy do wykonania. Mowa jest tu o każdej formie dyskryminacji (tj. o zakazie – przyp. M.S.) ze względu na dziedzictwo genetyczne. Sformułowanie «dziedzictwo genetyczne» jest terminem niezwykle nieprecyzyjnym. Można sobie, na przykład, w skrajnej sytuacji wyobrazić, że odmawia się osobie niewidomej prawa jazdy, niewidomej z powodów genetycznych. I to jest oczywiście, pewien rodzaj dyskryminacji”⁸.

Przewaga postaw tego rodzaju doprowadziła do tego, że Polska jest jednym z trzech krajów uczestniczących w pracach nad konwencją bioetyczną, które jej nie podpisały w 1996 r. Jest też jednym z tych nielicznych państw europejskich, w których można by, być mo-

że, przeprowadzić legalne klonowanie istoty ludzkiej, bo trudno byłoby zakwestionować wysoki walor naukowy, czy terapeutyczny takiego zabiegu. Nie byłoby też przeszkód dla osoby, która zechciałaby sobie zrobić genetyczny test prognozujący tylko dla celów zawarcia umowy ubezpieczenia na życie lub umowy o pracę. Brak jest też jasno precyzyjnie określonych procedur pozwalających na ustalenie pierwszeństwa w dostępności do kosztownych świadczeń nowoczesnej biotechnologii. Nie można się spodziewać, że kwestia ta zniknie niczym za dotknięciem czarodziejskiej różdżki z chwilą powołania kas ubezpieczeniowych. Debata w Polsce nad problemami prawnymi współczesnej medycyny jest też w ogromnym stopniu otoczona oparami hipokryzji, infantylizmu bądź też, jeśli kto woli, zwykłego bałamuctwa. Debata nad tymi problemami nie wykroczyła poza poziom dyskursu XIX-wiecznej deontologii lekarskiej, w której dominuje ciągle model medycznego paternalizmu. Być może dystans pomiędzy składanymi deklaracjami a rzeczywistością funkcjonowania polskiej medycyny jest już na tyle znaczący, że z niechęcią myśli się o rozpoczynaniu debaty nad poważnymi dylematami współczesnej biotechnologii. Konsekwencją jest stan próżni prawnej, której wypełnienie staje się coraz trudniejsze. Naiwnością byłoby jednak sądzić, że jeśli nie uporaliśmy się jeszcze z problemami tradycyjnej deontologii, to nie ma sensu wszczynanie debaty nad prawem XXI wieku, regulującym zastosowania nowoczesnej biotechnologii i inżynierii genetycznej. Istnieją co najmniej trzy poważne argumenty na rzecz tezy, że

prawo musi zareagować i zająć stanowisko wobec dokonujących się z takim dynamizmem zmian w dziedzinie aplikacji biologii medycyny.

Po pierwsze, nie da się już w sposób sensowny opierać oceny pozycji prawnej jednostki wobec nowoczesnej biotechnologii na tradycyjnych i bardzo ogólnych klauzulach generalnych w rodzaju postanowień wyrażających zasadę *salus aegrotii suprema lex* lub *primum non nocere*, ponieważ, jak starałem się wykazać, konflikt interesów i wartości jest bez porównania bardziej skomplikowany. Utrzymywanie takiego podejścia jest groźne dla fundamentalnych praw jednostki, grozi ogromną niepewnością jej sytuacji prawnej w sferze spraw najbardziej dla niej żywotnych, wreszcie stwarza niebezpieczną podstawę arbitralności ze strony tych, którzy mają ostatecznie odpowiedzieć na pytanie, co jest dobrem albo złem, a więc także co jest prawnie dopuszczalne, a co jest prawnie zakazane.

Po drugie, milczenie prawa jest także przecież jego reakcją na zachodzące przemiany – tyle że w konsekwencjach nieprzewidywalną. Milczenie prawa w sprawie dopuszczalności określonych eksperymentów medycznych polegających na tworzeniu istoty hybrydalnej albo na stosowaniu transplantacji transgenicznej nie uchyli przecież ważności pytania o status prawny takich interwencji medycznych. Doprowadzi natomiast do tego, że odpowiedzi będą ekstremalnie różne, chaotyczne, a chaos nie jest stanem, które prawo w demokratycznym państwie prawa może długo tolerować.

Po trzecie wreszcie, uniwersalizacja standardów ochrony praw człowieka, dokonująca się wyraźnie na naszych

oczach, przynajmniej w zakresie europejskiej przestrzeni prawnej prowadzi do tego, że dzisiaj, jeśli chcemy mieć jakikolwiek wpływ na kształtowanie się tych standardów w dziedzinie dla przyszłości gatunku być może najżywotniejszej, nie możemy sobie już pozwolić na luksus milczenia i odmowy uczestnictwa w tej ogólnej debacie.

Konkluzją tych wywodów jest oczywiście stwierdzenie o konieczności rady-

kalnej zmiany podejścia do kwestii kształtowania regulacji prawnych związanych z aplikacją metod nowoczesnej medycyny. Droga musi z pewnością wieść przez dyskusję, rezygnację z hipokryzji i odważne ustalenie katalogu problemów i spraw, które takiej debaty wymagają. Prawo to sztuka balansowania sprzecznych interesów i poszukiwania równowagi. Co najmniej od czasów Arystotelesa – *ius suum quique*.

Przypisy:

¹ Bliżej na ten temat piszę w „Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny”, Oficyna Nowa 1998, s. 208 i n.

² Sprawa Bv.R 479/92.

³ Sprawa Bv.R 307/94

⁴ Konwencji stanowiącej protokół dodatkowy do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec zastosowań Biologii i Medycyny w Sprawie Zakazu Klonowania Istot Ludzkich (podpisanej 12 stycznia 1998 r.).

⁵ Zob. „Allocation of Artificial hearts in the year 2002”, „Am. J. Law and Medicine”, 59, 1977.

⁶ Zob. w szczególności art. 25 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152).

⁷ H. Barreau, *La loi morale – fundament du droit*, „Ethique” 1996, nr 22, s. 18.

⁸ Zob. stenogram z posiedzenia Komisji Zdrowia, Kultury Fizycznej i Sportu Senatu RP z 15 kwietnia 1998 r. Nie wymaga to komentarza.