

Lech K. Paprzycki

Ochrona praw człowieka w świetle projektu ustawy o zawodzie lekarza : (część 1)

Palestra 37/9-10(429-430), 31-42

1993

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.

Lech K. Paprzycki

Ochrona praw człowieka w świetle projektu ustawy o zawodzie lekarza (część I)*.

Przedmiotem rozważań będą tylko niektóre przepisy dwóch projektów ustaw. Pierwszy z nich dotyczy ustawy o zawodzie lekarza i został przygotowany przez Komisję Legislacyjną Naczelnej Rady Lekarskiej w grudniu 1992 r.¹ Drugi projekt to ustawa o ochronie zdrowia psychicznego opracowany w Ministerstwie Zdrowia i Opieki Społecznej i przekazany do dyskusji w środowisku lekarskim przez Polskie Towarzystwo Psychiatryczne na początku bieżącego roku². Poniższe uwagi dotyczyć będą przede wszystkim tych projektów regulacji, które dotyczą przymusowego leczenia, umieszczenia chorego w szpitalu wbrew jego woli a także te odnoszące się do eksperymentów medycznych. Pomijam w ogóle ocenę obu projektów z punktu widzenia ich poprawności techniczno-legislacyjnej. Tu niedoskonałości jest szczególnie dużo, jednakże najważniejsze jest ustalenie, czy zadawalający jest ich poziom merytoryczny, gdyż techniczne poprawienie tekstu jest zabiegiem stosunkowo prostym.

I

Doniosłość problematyki przymusowego leczenia psychiatrycznego z pun-

ktu widzenia ochrony praw człowieka, praw obywatela w demokratycznym państwie prawnym jest oczywista. Wystarczy wskazać na tekst obowiązującej *Ustawy Konstytucyjnej*³, projekt Konstytucji RP przygotowany przez Komisję Konstytucyjną Sejmu X kadencji⁴, czy prezydencki projekt *Karty Praw i Wolności*⁵, by przekonać się, że bezwzględna ochrona wolności obywatela i ścisła sądowa kontrola wszystkich wypadków pozbawienia wolności, należy do utrwalonych już standardów europejskich i nie tylko europejskich⁶. W myśl tych zasad każdy obywatel ma zagwarantowane, że pozbawienie wolności nastąpić może tylko na zasadach i w trybie ustalonym przez ustawę, każdy pozbawiony wolności ma prawo odwołania się do sądu w celu niezwłocznego ustalenia legalności tego pozbawienia, a kto został bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo do odszkodowania. Co również istotne, o każdym pozbawieniu wolności powiadamia się niezwłocznie rodzinę lub osobę wskazaną przez pozbawionego wolności.

W tym miejscu warto przypomnieć postanowienia ratyfikowanej przez Polskę *Konwencji o ochronie praw człowie-*

* Część II artykułu Lecha K. Paprzyckiego: *Ochrona praw człowieka w świetle projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, zostanie opublikowana w jednym z najbliższych numerów.

ka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., w myśl których (art. 5 ust. 1 lit. e, ust. 4 i 5) każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego; nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem przypadków i w trybie ustalonym przez prawo, w tym: „zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerzeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi”. Gwarantuje się ponadto prawo do sądowej kontroli legalności pozbawienia wolności (art. 5 ust. 4) i prawo do odszkodowania za nielegalne pozbawienie wolności (art. 5 ust. 5). Dość bogate jest w tym zakresie orzecznictwo Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Trybunału⁷, a problematyką tą wyraża niejednokrotnie zainteresowanie Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy⁸.

Tylko przykładowo, dla ilustracji problemu i pojawiających się wątpliwości, przytoczę kilka orzeczeń Komisji i Trybunału. Wiążą się one ściśle z omawianą tu problematyką. Otóż w sprawie Irlandii przeciwko Wielkiej Brytanii Trybunał wyraził pogląd (orzeczenie z 1978 r. A.25), że ze względu na fakt, iż art. 5 odnosi się do prawa tak wielkiej wagi, to uznać trzeba, że wyliczenie zawarte w tym przepisie jest wyczerpujące. Z kolei w sprawie umieszczenia na oddziale psychiatrycznym szpitala 12-letniego chłopca na okres około 6 miesięcy, wbrew jego woli, choć za zgodą rodziców (Nilsen przeciwko Danii, orzeczenie z 1988 r. A. 144) Komisja stwierdziła, że zgoda ustawowego przedstawiciela nie jest decydująca dla oceny, czy wchodzi w grę pozbawienie

wolności. Ochrona z art. 5 *Konwencji* rozciąga się również na małoletnich i wolę dziecka też należy brać pod uwagę. Trybunał zajął w tej konkretnej sprawie odmienne stanowisko a mianowicie, że nie było to pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 *Konwencji*. Uznając, że rodzice muszą mieć prawo decydowania o umieszczeniu dziecka w szpitalu w sytuacji, gdy istnieje taka potrzeba, Trybunał stwierdził jednocześnie, że władza rodzicielska nie jest nieograniczona. Zdaniem Trybunału przy ocenie, czy określoną sytuację można zakwalifikować jako pozbawienie wolności, decyduje raczej stopień i nasilenie zastosowanych restrykcji, niż ich natura lub istota (orzeczenie Trybunału w sprawach: Guzzardi oraz Ashingdane z 1985 r., A. 93 a także raport Komisji w sprawie Eggs przeciwko Szwajcarii z 1978 r., nr 7341/76). Przyjmuje się, że pojęcia: „wolność” i „bezpieczeństwo”, w rozumieniu art. 5 *Konwencji*, odnoszą się tylko do fizycznej wolności człowieka i jego bezpieczeństwa osobistego, a prawo w tym wypadku ma chronić przed arbitralnym, bezprawnym zatrzymaniem lub aresztowaniem (orzeczenia Trybunału: w sprawie De Vilde, Ooms i Versyp przeciwko Belgii – 1971 r., A. 12; w sprawie Adler i Bivos przeciwko Niemcom – 1973 r., skargi nr 5573 i 5670/72; w sprawie Agee przeciwko Wielkiej Brytanii – 1976 r., skarga nr 7729/76; w sprawie Bozano przeciwko Włochom – 1986 r., A.111). Natomiast Komisja uznała, że stanowi pozbawienie wolności doprowadzenie siłą do eksperta medycznego w celu badania krwi (X. przeciwko Austrii – 1979 r., skarga nr 8278)⁹.

W kwestiach szczegółowych, odnoszących się wyłącznie do problematyki detencji psychiatrycznej, Trybunał i Komisja wyraziły szereg ważkich poglądów. Przede wszystkim nie budzi żadnej wątpliwości umieszczanie w szpitalu psychiatrycznym w ramach stosowania środka zabezpieczającego. Za „osobę umysłowo chorą”, w rozumieniu art. 5 *Konwencji*, uznaje się również tę, która „z powodu zakłóceń osobowości nie może ponosić odpowiedzialności karnej, ma jednak tendencję do naruszania prawa” (decyzja Komisji w sprawie X. przeciwko Niemcom – 1976 r., skarga nr 7493/76). Podstawą umieszczenia i przebywania osoby w zakładzie psychiatrycznym może być tylko ustalenie lekarzy, że ze względu na stan, w jakim się ona znajduje, wymaga przymusowej hospitalizacji (decyzja Komisji w sprawie X. przeciwko Holandii – 1978 r., skarga 6852/74). Trybunał w powołanej powyżej sprawie De Wilde, Ooms i Versyp przeciwko Belgii wypowiedział się przeciwko prawu do okresowych kontroli, czy dalsze przebywanie w szpitalu psychiatrycznym jest uzasadnione. Jednakże Komisja w sprawie Winterwerp przeciwko Holandii – 1979 r., A. 33, a także w sprawie X. przeciwko Belgii – 1976 r., skarga nr 6859/74 wyraziła pogląd odmienny, uznając, że osobie, przymusowo umieszczonej w zakładzie psychiatrycznym na czas nieoznaczony, przysługuje skarga do sądu o zbadanie zasadności dalszego przebywania tam¹⁰.

Okazuje się więc, w świetle prawa konstytucyjnego i ratyfikowanej przez Polskę *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, że problematyka przymusowego leczenia

i umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym jest bardzo skomplikowana, a regulacja ustawowa w tym zakresie wymaga szczególnej uwagi. W wypadku Polski sytuację pogarsza brak ustawowego unormowania opieki psychiatrycznej i bardzo stara, bo z 1950 r., ustawa o zawodzie lekarza. Przeciwwagę stanowi ogromne zainteresowanie tą problematyką zarówno ze strony psychiatrów, co oczywiste, jak i prawników¹¹. Przypomnieć ponadto warto, iż w czasie VIII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej w 1990 r. przedstawiony został referat poświęcony zasadom przymusowego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym na tle ogłoszonego wówczas projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego¹². Problematyka ta w całym okresie powojennym wywoływała burzliwą dyskusję, namiętne spory, wiele nieporozumień i dużo emocji¹³.

W ostatnim okresie spór zaostriżył się, gdy Ministerstwo Sprawiedliwości zaproponowało, do czasu ostatecznego przygotowania projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i jej uchwalenia, gdy warunki ekonomiczne na to pozwolą, ustawę regulującą jedynie zagadnienia dotyczące przyjmowania do szpitala osoby chorej psychicznie, gdy osoba ta nie wyraża na to zgody oraz postępowanie sądowe w tych sprawach. Zamysł taki spotkał się, częściowo, z aprobatą¹⁴, ale i zdecydowanym sprzeciwem psychiatrów¹⁵. Oczywiście jest, że przedmiotem sprzeciwu nie jest sama myśl ustawowego uregulowania problematyki przymusowego umieszczenia osób w szpitalach psychiatrycznych. Psychiatrizy obawiają się, chyba słusznie, że proponowany

zabieg legislacyjny odsunie na kolejne dziesięciolecie możliwość kompleksowego unormowania spraw opieki psychiatrycznej. Zwraca się uwagę na szczególnie trudną sytuację lecznictwa psychiatrycznego, skrajnie złe warunki bytowe chorych psychicznie przebywających w publicznych zakładach opieki zdrowotnej, a także na to, że tylko ustawa obejmująca całość problematyki zdrowia psychicznego może być uznana za racjonalny zabieg legislacyjny.

W tym sporze, pozornym zresztą, opowiadam się po stronie psychiatrów, podzielając jednak pogląd, że nawet najlepiej opracowany kodeks etyki lekarskiej, ściśle przestrzegany, w szczególności w części odnoszącej się do stosunków pacjent-lekarz, nie zastąpi regulacji ustawowej dotyczącej tak trudnej problematyki, jak przymusowe leczenie i umieszczanie osób w zakładach psychiatrycznej opieki zdrowotnej¹⁶.

Niedoskonałość¹⁷ czy wręcz nielegalność obowiązującego unormowania¹⁸ jest tak oczywista, że nie ma, w zasadzie, potrzeby rozważania tego. Okazuje się bowiem, że obowiązująca lekarsko-psychiatrów *Instrukcja nr 120/52* Ministra Zdrowia z dnia 10`grudnia 1952 r. nr PL 9/14169/52 w sprawie przyjmowania i wypisywania chorych ze szpitali psychiatrycznych (Dz. Urz. Min. Zdrowia nr 24, poz. 240) odznacza się nie tylko niedopuszczalnie niską rangą, ale jednocześnie nie reguluje szeregu kwestii związanych z jej przedmiotem, powodując, że w wielu wypadkach sytuacja osoby przymusowo umieszczonej lub przebywającej w szpitalu psychiatrycznym nie jest niczym unormowana¹⁹. Taki stan pra-

wny, czy raczej stan bezprawia, jest sprzeczny nie tylko z interesem chorego, co oczywiste, ale również i lekarza, co mnie wydaje się równie oczywiste.

Rozważmy wobec tego poprawność propozycji zawartych w projektach obu ustaw, w świetle przepisów *Ustawy Konstytucyjnej Rzeczypospolitej Polskiej* z 1992 r., przepisów art. 5 i 8 *Europejskiej Konwencji* o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r., na tle unormowań instrukcji Ministra Zdrowia z 1952 r.

II

W zakresie projektu ustawy o zawodzie lekarza, z punktu widzenia omawianej tu problematyki, szczególnie istotne są następujące zagadnienia: eksperyment medyczny, obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej, udzielanie informacji o stanie zdrowia, przeprowadzanie badania i udzielanie świadczeń medycznych, również bez zgody pacjenta, wykonywanie zabiegów operacyjnych, stosowanie metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, poszanowanie intymności i godności osobistej pacjenta, zachowanie tajemnicy zawodowej, konflikt sumienia i eutanazja.

Eksperyment medyczny (rozdział 4 art. 19–27 projektu). Problematyka eksperymentu wykracza daleko poza medycynę, funkcjonując we wszystkich dziedzinach życia społecznego, mając szczególnie istotne znaczenie w działalności gospodarczej i technicznej. Działanie w celu przeprowadzenia eksperymentu, między innymi leczniczego, stanowi podstawę do wyłączenia bezprawności czynu o znamionach

przestępstwa, o czym stanowi art. 23a kk.²⁰ Tego rodzaju okoliczności W. Wolter nadał nazwę „kontratyp”, która powszechnie została przyjęta w polskiej doktrynie prawa karnego²¹. Eksperyment, w rozumieniu art. 23a § 1 kk, to realizacja nowatorskiego pomysłu, w toku której, dla osiągnięcia korzystnego społecznego efektu, zastosowano metody, środki lub procesy technologiczne o niedostatecznie zbadanej skuteczności²². Działanie będzie uznane za eksperyment, gdy: zostało przede wszystkim przeprowadzone w takim celu, spodziewana korzyść z przedsięwzięcia musi mieć istotne znaczenie gospodarcze, poznawcze lub lecznicze, oczekiwanie osiągnięcia tej korzyści musi być uzasadnione, prawdopodobieństwo korzyści musi poważnie przekraczać prawdopodobieństwo korzyści możliwej szkody, zachowane muszą być zasady ostrożnego postępowania, działanie musi mieścić się w granicach ryzyka dopuszczalnego według aktualnego stanu wiedzy, a ponadto konieczna jest zgoda uczestnika przedsięwzięcia, jeżeli skutki mogą go dotknąć²³. Dorobek doktryny prawa karnego w zakresie dozwolonego ryzyka gospodarczego, naukowego, leczniczego lub technicznego jest ogromny²⁴ i musi być wykorzystany przy konstruowaniu modelu „eksperymentu medycznego” na użytek ustawy o zawodzie lekarza.

Nie sposób, w ramach tego opracowania, podjąć choćby próbę przedstawienia wypowiedzianych poglądów na temat warunków eksperymentu medycznego (lekarskiego), nawet tylko w fachowej literaturze polskiej²⁵. Dyskusja wyraźnie ożywiła się, gdy w ramach nowelizacji *Kodeksu karnego* z 1969 r.

wprowadzony został ustawowy kontratyp „dozwolonego ryzyka”, w tym eksperymentu badawczego i leczniczego, w nowym art. 23a kk. Zwraca w szczególności uwagę spostrzeżenie K. Buchały, że „w dziedzinie leczenia spotykamy się najczęściej z eksperymentami, co na ogół uchodzi uwagi społeczeństwa (rocznie stosuje się dziesiątki, a nawet setki nowych leków, sposobów i metod leczenia, bez mała każdy pacjent ze względu na zakres niewiadomych stwarza warunki eksperymentu)²⁶. Już to stwierdzenie obrazuje doniosłość społeczną problematyki eksperymentu tego rodzaju, która jednak nie byłaby mniejsza, zarówno z punktu widzenia prawa jak i zasad deontologii lekarskiej, gdyby były to wypadki zupełnie odosobnione.

Jak się wydaje, wśród prawników panuje, w zasadzie, zgoda co do tego, że aby dokonanie „czynności leczniczych” nie naruszało przepisów prawa karnego muszą być spełnione trzy podstawowe warunki: 1) wykonanie przez osobę do tego uprawnioną (lekarza, felczera, pielęgniarkę), 2) „cel leczniczy” czynności, 3) wykonanie czynności według zasad sztuki lekarskiej (*lege artis*)²⁷. W wypadku zabiegu operacyjnego musi być spełniony czwarty warunek w postaci zgody chorego lub jego przedstawiciela ustawowego. Zwracając uwagę na specyfikę ryzyka leczniczego, w porównaniu z innymi rodzajami ryzyka, gdyż ma ono miejsce w sytuacji, gdy zagrożone jest życie lub zdrowie człowieka, wyraża się niekiedy pogląd że „specyfika leczenia (działalności lekarza) rodzi istotne wątpliwości co do tworzenia ogólnego, wspólnego kontratypu ryzyka w art. 23a kk”²⁸.

Pogląd tego rodzaju jest odosobniony i moim zdaniem nie można go podzielić. Wspomniany przepis stawia osobom podejmującym eksperymenty bardzo duże wymagania i jeżeli uwzględnia się niewątpliwą specyfikę eksperymentu medycznego, chociażby to, że poddany mu człowiek jest „podmiotem” a nie „przedmiotem” eksperymentu, a także zasady wykonywania „czynności leczniczych”, to art. 23a kk można uznać za wystarczający. Takie też jest stanowisko twórców projektu nowego kodeksu karnego, którzy stawiają eksperymentatorom jeszcze wyższe wymagania, odnosząc je również do eksperymentu leczniczego, zastrzegając, zresztą słusznie, że niedopuszczalne są eksperymenty medyczne lub biologiczno-poznawcze na osobie małoletniej, psychicznie chorej lub upośledzonej, pozbawionej wolności lub odbywającej zasadniczą służbę wojskową²⁹. Taki model „eksperymentu leczniczego” zgodny jest z poglądami większości przedstawicieli doktryny prawa karnego³⁰, a także odpowiada standardom międzynarodowym³¹.

Przyjrzyjmy się jeszcze przez chwilę wymaganiom, jakie stawia badaniom naukowym i eksperymentom medycznym *Kodeks etyki lekarskiej* uchwalony w 1991 r.³² zwłaszcza, że Trybunał Konstytucyjny uznał uchwałę Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r. w sprawie *Kodeksu etyki lekarskiej* za akt normatywny³³.

Kodeks stwierdza, że eksperymenty biomedyczne przeprowadzane przez lekarzy na ludziach muszą uwzględniać ogólnie przyjęte zasady badań naukowych, muszą być poprzedzone doświa-

dczeniami na zwierzętach, projekt eksperymentu przedstawiony na piśmie musi uzyskać zgodę „niezależnej komisji etycznej”, musi być wykonany przez osobę wykwalifikowaną pod nadzorem „doświadczonego lekarza”; można eksperyment przeprowadzić tylko wówczas, gdy jest „nieodzowny” oraz gdy spodziewane korzyści dla pacjenta przeważają w sposób istotny nad „nieuniknionym ryzykiem”. Ponadto osoba, która ma być poddana eksperymentowi tego rodzaju, musi być poinformowana o wszystkich istotnych elementach eksperymentu, wyrazić nań zgodę i posiadać prawo do odstąpienia w każdym czasie od udziału w doświadczeniu. W wypadku „pacjentów niezdolnych do podjęcia świadomej decyzji i wyrażenia woli, zgoda powinna być udzielona na piśmie przez przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego”. (art. 43–48 Kodeksu). Pomijam pewne niedoskonałości natury techniczno-legislacyjnej poszczególnych zapisów, natomiast wątpliwości natury merytorycznej budzić może jedynie uprawnienie „opiekuna faktycznego” choć nie *de lege lata* lecz *de lege ferenda*. Poza tym przepisy *Kodeksu etyki lekarskiej* nie pozostają w sprzeczności z unormowaniem art. 23a kk.

Po tych wstępnych rozważaniach przechodzę do próby sformułowania oceny, na ile przepisy dotyczące „eksperymentu medycznego”, zawarte w omawianym tu projekcie ustawy o zawodzie lekarza, odpowiadają unormowaniom obowiązującego kodeksu karnego z 1969 r. i funkcjonującym standardom międzynarodowym.

Zapoznanie się z odpowiednimi przepisami projektu ustawy (art. 19–27 roz-

dział 4 *Eksperyment medyczny*) prowadzi do wniosku, że propozycje te odpowiadają wymogom jakie stawia Kodeks karny w art. 23a, choć pozostawałby w sprzeczności z przepisem art. 26 § 3 przysłego kodeksu karnego, gdyby przygotowany w 1991 r. projekt stał się obowiązującą ustawą. Zakazuje on bowiem eksperymentów biologiczno-poznawczych na osobach małoletnich, chorych psychicznie, upośledzonych, pozbawionych wolności lub odbywających zasadniczą służbę wojskową.

Szczególną uwagę zwracają unormowania dotyczące zasad wyrażania zgody przez małoletniego, która będzie konieczna, gdy, ze względu na rozwój psychofizyczny będzie to możliwe, a ponadto wyrażona na piśmie, jeżeli małoletni ukończył 16 lat. Oprócz zgody małoletniego niezbędna jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego (art. 23 ust. 3 i 4 projektu). W wypadku osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej zgodę na jej udział w eksperymencie klinicznym wyrażać będzie sąd opiekuńczy i tak samo w wypadku, gdy chory, „ze względu na stan swego zdrowia nie może należycie ocenić sytuacji lub świadomie wyrazić zgody (...) na udział w eksperymencie leczniczym” (art. 23 ust. 5 i 6 projektu). W końcu wspomnieć trzeba o propozycji projektu, że w razie oceny, iż przedstawiciel ustawowy bezpodstawnie odmówił zgody na udział chorego w eksperymencie klinicznym można zwrócić się do sądu opiekuńczego o wyrażenie na to zgody (art. 23 ust. 7).

W zasadzie są to rozwiązania odpowiadające wymogom współczesności, pozwalają lekarzowi na podejmo-

wanie czynności leczniczych dla dobra chorego i jednocześnie gwarantują prawo człowieka do niepoddawania się zabiegowi leczniczemu, którego świadomie sobie nie życzy. Wydaje się jednak potrzebne rozważenie kilku propozycji zmian. Z całą pewnością udział małoletniego w podejmowaniu decyzji należy pozostawić, jednakże w razie braku takiej zgody lekarz powinien mieć obowiązek zwrócenia się do sądu opiekuńczego. Także obowiązek, a nie możliwość zwrócenia się do sądu opiekuńczego, powinien istnieć w wypadku braku zgody przedstawiciela ustawowego na udział małoletniego w eksperymencie klinicznym. Ponadto w wypadku osoby, która ze względu na stan zdrowia nie może świadomie wyrazić zgody, w pierwszej kolejności powinna być wystarczająca zgoda osoby najbliższej (małżonka, dziecka, ewentualnie, w zależności od sytuacji rodzinnej: któregoś z rodziców, brata, siostry), a dopiero w razie braku ich zgody lub braku tych osób, decyzję powinien podejmować sąd opiekuńczy. Pomijam, co oczywiste, sytuacje, gdy lekarz działa w stanie wyższej konieczności.

Udzielanie pomocy lekarskiej. Problematyka ta została uregulowana w art. 28 projektu i to, w moim przekonaniu, w sposób niezadowalający. Przypomnieć przede wszystkim trzeba brzmienie przepisu art. 71 *Kodeksu etyki lekarskiej*, który stwierdza, że lekarz nie może odmówić pomocy lekarskiej w przypadkach nie cierpiących zwłoki, jeżeli pacjent nie ma możliwości jej uzyskania ze strony instytucji powołanych do udzielenia mu pomocy, a także fragment przyrzeczenia lekarskiego:

„(...) przyrzekam: (...) służyć życiu i zdrowiu ludzkiemu (...)”. Dlatego niewystarczający wydaje mi się wymóg określony w art. 28 projektu, by lekarz miał obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej tylko w wypadku, gdy „zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia pacjenta”. Konieczne jest unormowanie, że taki obowiązek spoczywa na lekarzu w każdym wypadku, gdy nieudzielenie takiej pomocy, może spowodować szkodę w zdrowiu pacjenta.

Udzielanie informacji o stanie zdrowia. Sposób uregulowania tej problematyki w projekcie (art. 29) nie budzi moich zastrzeżeń, choć wszyscy zdajemy sobie sprawę z tego, że jest to jedna z najistotniejszych kwestii w stosunkach lekarz-pacjent i nawet najdoskonalsze unormowanie ustawowe, czy postanowienia *Kodeksu etyki lekarskiej* (art. 13–18) nie są wiele pomocne w szczególnie trudnych wypadkach³⁴. Zgodzić się jednak trzeba z realizacją zasady pełnego informowania chorego o stanie jego zdrowia i rokowaniach, a ograniczenia w tym zakresie dyktowane mogą być tylko dobrem chorego.

Badanie i udzielanie świadczeń medycznych. Na pewno celowe było przypomnienie, że w wypadkach przewidzianych w ustawie badanie i udzielanie świadczeń medycznych może następować bez zgody pacjenta. W innych wypadkach ta zgoda jest konieczna (art. 30 ust. 1). Natomiast zaskakujące jest to, że w tym zakresie wymogi co do uzyskania zgody są większe niż w wypadku eksperymentu

lecniczego (rozdział 4), o czym była mowa poprzednio. Z całą pewnością zasadny jest wymóg uzyskiwania zgody małoletniego, który ukończył 16 lat i jego przedstawiciela ustawowego, choć pewne wątpliwości może budzić pozycja, również w innych przepisach projektu ustawy, „opiekuna faktycznego”. Rola sądu opiekuńczego nie może być kwestionowana. Jednakże wydaje mi się, że brak tu przepisu, w ramach art. 30, który pozwałaby na badanie lub udzielenie świadczenia medycznego o charakterze „drobnym”, zwłaszcza pacjentowi małoletniemu, i to nie tylko poniżej 16 roku życia, bez potrzeby uzyskiwania jego zgody lub innych osób. Takie rozwiązanie dyktuje chyba doświadczenie życiowe. Przymusowe „badanie pacjenta lub poddanie pacjenta innym świadczeniom medycznym” w trybie przewidzianym w art. 31 projektu, w istocie w stanie wyższej konieczności, nie budzi zastrzeżeń.

Wykonywanie zabiegów operacyjnych, zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 32, 33 projektu). Proponowane tu rozwiązania nie budzą zastrzeżeń. Wydaje mi się jedynie, że w wypadku małoletniego, również tego, który ukończył 16 lat, lekarz powinien mieć obowiązek zwrócenia się do sądu opiekuńczego, w razie braku zgody na zabieg operacyjny lub zastosowanie metody, o której mowa w art. 32, gdy nieprzeprowadzenie czynności grozi nawet tylko lekkim uszkodzeniem ciała lub takim samym rozstrojem zdrowia. Wydaje mi się, że dobro tej kategorii chorych uzasadnia takie unormowanie.

Poszanowanie intymności i godności osobistej pacjenta (art. 34). Zalecenia projektu są tu wystarczające. Jest oczywiste, że w zakładach służby zdrowia, gdzie prowadzone jest szkolenie studentów medycyny i nie tylko, a także lekarzy, niezbędne jest ich uczestniczenie przy udzielaniu chorym świadczeń medycznych. Można natomiast rozważyć, czy nie przewidzieć przepisu, w miejsce obecnego ust. 4, który zezwalałby na uzależnienie przyjęcia lub dalszego przebywania w danym zakładzie leczniczym od wyrażenia zgody przez pacjenta na uczestniczenie w udzielaniu świadczeń medycznych innych osób (studentów, lekarzy, pielęgniarki, salowe itd) poza niezbędnym personelem medycznym.

Niepodjęcie lub odstąpienie od leczenia. Wobec sformułowania poprzednio krytycznych uwag co do art. 28 projektu, również propozycji art. 36 nie mogę uznać za zadawalające. Moim zdaniem dla podjęcia tego rodzaju decyzji przez lekarza nie wystarczy „własne uznanie” (ust. 1), ani „istnienie ważnego ku temu powodu”. Ponownie odwołam się do art. 71 *Kodeksu etyki lekarskiej* z 1991 r. i „przyczeczenia lekarskiego”. Jestem przekonany co do tego, że są sytuacje, w których lekarz musi mieć prawo nie podjęcia leczenia lub odstąpienia od niego, ale w ustawie o zawodzie lekarza trzeba wskazać precyzyjnie wyjątkowe przesłanki takiej decyzji, a margines swobody lekarza musi być wyjątkowo wąski. I tu nasuwa się, z pozoru prawie absurdalne, porównanie z zawodem adwokata. W obu bowiem wypadkach chodzi nie tylko o kwalifikacje formalne, doświadczenie zawodowe, pozycję wśród

wykonujących ten zawód, ale również zaufanie klienta (pacjenta). Nikogo chyba nie trzeba przekonywać, że zaufanie do lekarza może decydować o wynikach leczenia. Tak samo posiadanie indywidualnych walorów przez tego a nie innego adwokata może być decydujące dla uzyskania oczekiwanego przez stronę wyniku w postępowaniu sądowym. Rozważając tę rzecz w dyskusji z wysmienitym adwokatem doszliśmy do wniosku, że nie ma sytuacji, w której adwokat może nie przyjąć sprawy, również w wypadku konfliktu sumienia. W takiej samej sytuacji jest lekarz, który ma możliwość podjęcia lub kontynuowania leczenia, a nie chce tego zrobić.

Konflikt sumienia (art. 37). Nie znajduje mego zrozumienia zasada, że lekarz może powstrzymać się od wykonania czynności niezgodnych z jego sumieniem, z wyjątkiem sytuacji, o której mowa w art. 28 projektu. Pomijam to, że pojęcie „sumienia” nie tylko w takim kontekście, jest zdecydowanie, żeby nie powiedzieć – skrajnie nieostre. Rozważając tę problematykę trzeba mieć na względzie to, że w demokratycznym państwie prawnym, w Europie, w końcu XX w. obowiązują zasady wykonywania zawodu lekarza odpowiadające powszechnie akceptowanym standardom. O konflikt sumienia jest tu wyjątkowo trudno. Jeżeli twórcom projektu chodziło o zabiegi aborcyjne, to czy warto było robić ten niebezpieczny wyłom w sytuacji, gdy lekarz może dowolnie wybierać specjalność. Pomijam już to, że ta szczególna zasada postępowania lekarza na tle przepisów ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie

plodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78) chyba w ogóle nie będzie miała zastosowania. Natomiast możliwe są bardzo poważne komplikacje z funkcjonowaniem w zawodzie lekarza, który jest np. wyznawcą religii zabraniającej przetaczania krwi, transplantacji, czy innych zabiegów.

Zachowanie tajemnicy zawodowej. Unormowania art. 38 projektu wydają się wystarczające. Można natomiast mieć wątpliwości, czy rzeczywiście mamy do czynienia z ujawnieniem tajemnicy w wypadkach wskazanych w ust. 2 pkt. 5 i 6. W pierwszym wypadku przekazanie informacji odbywa się za wiedzą i zgodą pacjenta, a w drugim uzyskane informacje są wykorzystywane w taki sposób, że żadne dobro pacjenta, chronione prawem, nie doznaje uszczerbku. Z kolei przy przekazywaniu informacji uzyskanych przez lekarza w toku badania przeprowadzonego na żądanie ustawowo uprawnionej instytucji, spełniony powinien być wymóg, by były to tylko te informacje, które są niezbędne. Jest to szczególnie istotne w wypadku badań psychiatrycznych i psychologicznych. W wielu wypadkach sprawozdania z badań zawierają informacje podejrzanych (oskarżonych) podawane biegłym, a dotyczące stanu faktycznego. Co prawda, moim zdaniem, sąd nie może korzystać z tych wypowiedzi jak z wyjaśnień w rozumieniu przepisów k.p.k., jednakże zadbać trzeba o to, by taka treść w sprawozdaniach z badań nie była zamieszczana, nawet jeżeli dla potrzeb badań takie informacje biegli muszą uzyskać. Można jednak twierdzić, że nie jest to problematyka tajemnicy

zawodowej lekarza, ale pamiętać o tym chyba warto.

Eutana zja. Zachowanie lekarza w stanach terminalnych pacjenta. Projekt podejmuje próbę, chyba niezbyt udaną, rozwiązania skrajnie trudnej i kontrowersyjnej problematyki w dwóch krótkich normach (art. 46). Pierwszy z nich jest zbędny (ust. 1), gdyż przepisy art 148 i 150 kk nadal obowiązują i zapewne w niezmięnionej, co do zasady, postaci znajdą się w przyszłej kodyfikacji. Natomiast przepis drugi (ust. 2) budzi same wątpliwości. Treść użytych tu określeń jak: „stan terminalny”, „reanimacja”, „uporczywa terapia”, „środki nadzwyczajne”, „rokować powodzenie” z jednej strony są bardzo nieostre, a ponadto w tym przepisie wypełniają całą jego merytoryczną treść. I dzieje się tak w sytuacji, gdy unormowanie dotyczy kwestii życia i śmierci człowieka. Wystarczy przypomnieć, że nie ma zgodności co do tego, czy „stan terminalny” następuje przed czy dopiero po śmierci mózgowej. Problem oczywiście pozostaje i z całą pewnością jest moment w procesie umierania, gdy jego nieuchronne zmierzanie ku końcowi już trwa i koniec ten jest bliski. Można, a nawet trzeba zgodzić się z poglądem, że w tym ostatnim wypadku nie mamy już do czynienia z podtrzymywaniem życia, lecz z wygasaniem jego ostatnich przejawów. W tej sytuacji bezprzedmiotowe jest podejmowanie zabiegów leczniczych, gdyż ograniczyć się trzeba do zabiegów pielęgnacyjnych. Jednakże przepis ustawowy, po rozstrzygnięciu podstawowego sporu o koniec ludzkiego życia, musi być z całą pewnością inny niż proponowany w projekcie ustawy w art. 46 ust. 2³⁵.

Przypisy:

¹ Załącznik do uchwały Nr 25/92/I Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 5 grudnia 1992 r. w sprawie ustalenia tekstu projektu ustawy o zawodzie lekarza.

² Pismo Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego Nr PTP/63/93.

³ Por. art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 lipca 1952 r., utrzymany w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. Nr 84, poz. 426), P. Winczorek: *Wartości naczelné malej kontytucji z 1992 r.*, PiP 1993 r. z. 1 s. 3–11.

⁴ Por. art. 16 ust. 2 i art. 24 ust. 1 i 2 (w): *Konstytucja. Projekt*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1992 r. s. 27–29.

⁵ Por. art. 7 ust. 1, 2, 5, 6 (w): *Karta praw i wolności*, Materiały Poznańskiego Centrum Praw Człowieka, Poznań 1993 r. s. 57, 58, tamże: M. Piechowiak: *Karta praw i wolności. Między prawami człowieka a ideologią*, s. 18 i nast.

⁶ Odpowiednią regulację przewiduje się w *Karcie podstawowych praw Republiki Południowej Afryki*, por. *Government's Proposals on A Charter of Fundamental Rights*, 2 February 1993, Pretoria, Republic of South Africa, s. 6, C. Mik *Dylematy konstytucyjnej regulacji praw człowieka*, AUNC Prawo XXXII. Toruń 1992 r. s. 67–78.

⁷ M.A. Nowicki: *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 1992 r. s. 22–32, 79–83,

⁸ M.in.: rekomendacja Nr 818 z 1977 r. Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie sytuacji psychicznie chorych, na ten temat: Ch. Byk: *O projekcie europejskiej konwencji w sprawie bioetyki* PiP 1993 r., z. 1 s. 36 i nast.

⁹ Cytowane przez M.A. Nowickiego op.cit. s. 22–25; zwrócić też należy na przepis art. 8 *Konwencji* stwierdzający, że „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego...” natomiast „niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem wypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę i wolności innych osób”. Powołując się na ten właśnie przepis Komisja uznała, że „przymusowy zabieg medyczny, nawet niewielki uznawany jest za ingerencję w poszanowanie życia prywatnego (decyzja w sprawie X. przeciwko Austrii – 1979 r., skarga 82/78). Taką ingerencją jest również, zdaniem Komisji, przymusowe badanie lub zabieg lekarski związany z postępowaniem o ustalenie ojcostwa (decyzja z 1980 r., skarga nr 8317, 78).

¹⁰ Cytowane przez M.A. Nowickiego op.cit. s. 32, 33.

¹¹ Por. m.in.: W. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, L. Kubicki: *Prawna regulacja ochrony zdrowia psychicznego*, PiP 1974 r. z. 89, S. Pomorski: *Problematyka leczenia przymusowego na tle projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego z 1970 r.*, PiP 1972 r. z. 3, E. Wengerek, P. Piotrowski: *Ochrona prawna zdrowia psychicznego*, NP 1975 r., z. 2, W. Daszkiewicz: *Przymusowa hospitalizacja w zakładzie psychiatrycznym*, PiP 1975 r., z. 3, J. Nelken: *O konieczności kontroli sądowej nad przymusowym umieszczeniem w szpitalu psychiatrycznym*, NP 1983 r., z. 3, K. Zgryzek: *Postępowanie w przedniocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym*, Katowice 1989 r.,

¹² K. Zgryzek: *Przymusowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym na tle projektu ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, (w) Materiały VIII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP: *Uzależnienie od środków odurzających a orzecznictwo sądowe psychiatryczno-psychologiczne* Warszawa 1990 r., s. 154–168,

¹³ Por. w szczególności głosy w dyskusji – *Zdrowie Psychiczne* 1984 r. z. 1.

¹⁴ T. Kucharski: *Świat bezprawia „Życie Warszawy”* z dnia 9 listopada 1992 r., tegoż: *Szybka regulacja jest niezbędna, „Życie Warszawy”* z dnia 27 listopada 1992 r.

¹⁵ St. Dąbrowski: *Potrzebna ustawa, a nie »minimalna regulacja«*, „Życie Warszawy” z dnia 26 listopada 1992 r. rozmowa ze St. Dąbrowskim: *Psychiatria poza prawem*, *Polityka* 1992 r. nr 51, J. Heitzman, J. Bomba: *O dobre imię polskiej psychiatrii – ekonomia i polityka nie powinny wpływać na regulacje prawne opieki psychiatrycznej*, „Życie Warszawy” z dnia 7 stycznia 1993 r.,

¹⁶ Na temat współczesnych problemów stosunków pacjent-lekarz por.: *Medicine Ethics and Law. Canadian and Polish Perspective*. Center for Bioethics, Clinical Research Institut of Montreal, Montreal 1991 r.

- ¹⁷ K. Zgryzek: *Przymusowe umieszczenie...* op.cit. s. 154–156.
- ¹⁸ Tak: L. Kubicki: *Co z ustawą psychiatryczną?* „Gazeta Prawnicza” 1089 r. nr 18.
- ¹⁹ Z. Falicki: *Psychiatria społeczna*, Warszawa 1985 r. s. 73–83.
- ²⁰ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987 r. T. I teza 7 s. 108.
- ²¹ W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973 r. s. 163, 164.
- ²² Wprowadzony do *Kodeksu karnego* z 1969 r. ustawą z dnia 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach (Dz. U. Nr 23, poz. 100).
- ²³ M. Cieślak: *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990 r., s. 345, 346.
- ²⁴ Na ten temat m.in.: K. Buchała: *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją ryzyko*, Warszawa 1971 r. s. 139–259 i wskazana tam literatura, tegoż: *Niektóre problemy zachowania w warunkach umiarkowanego ryzyka*, *Studia Prawnicze* 1986 r. z. 1–2, M. Bojarski: *Dozwolone ryzyko gospodarcze w polskim prawie karnym*, Wrocław 1977 r., L. Kubicki: *Medyczny eksperyment badawczy*, *PiP* 1988 r. z. 7, A. Gubiński: *Ryzyko nowatorstwa*, *PiP* 1960 r. z. 1, W. Wanatowski: *Eksperyment lekarski*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1974 r. z. 12, T. Ślipko: *Granice życia. Dylematy współczesnej bioetyki*, Warszawa 1988 r. s. 224–233, G. Rejman: *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991 r. s. 238 i nast.
- ²⁵ Por. m.in.: J. Sawicki *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym* Warszawa 1965 r. tegoż: *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa*, Warszawa 1966 r., „O odpowiedzialności karnej za błędny zabieg leczniczy” *PiP* 1954 r. z. 6, M. Sośniak: *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów na ludziach*, *PiP* 1985 r., z. 5, R. Tokarczuk: *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Lublin 1984 r. w szczególności s. 124–143, A. Zoll: *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988 r. s. 6–30, T. Ślipko op. cit. oraz G. Rejman op.cit. i wskazana tam literatura.
- ²⁶ K. Buchała (w) K. Buchała, Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, A. Zoll: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1990 r. teza 12, s. 138.
- ²⁷ W. Wolter, op.cit. s. 196–198,
- ²⁸ J. Bafia: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989 r. s. 193, 194.
- ²⁹ Projekt kodeksu karnego – redakcja z grudnia 1991 r., art. 26, s. 7, 8.
- ³⁰ G. Rejman, op.cit. 241–249, J. Śliwowski: *Prawo karne*, Warszawa 1979 r. s. 153–160.
- ³¹ Por.: art. 7 *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych*, Warszawa 1980 r. (...) „W szczególności nikt nie będzie poddawany bez swej zgody swobodnie wyrażonej doświadczeniom lekarskim lub naukowym” a także *Dekalog Norymberski* – G. Rejman, op.cit. przypis 14, s. 258.
- ³² Tekst opublikowany nakładem Naczelnej Izby Lekarskiej w Biuletynie NRL 1992 r. wraz z uchwałą z tej samej daty w sprawie przepisów wprowadzających Kodeks Etyki Lekarskiej.
- ³³ Takie stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny rozpoznając skargę Rzecznika Praw Obywatelskich kwestionującego zgodność niektórych postanowień *Kodeksu* z przepisami ustawy z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 12, poz. 61 z późn.zm.).
- ³⁴ T. Ślipko: *Granice życia...* op.cit. s. 212–222.
- ³⁵ Na ten temat: G. Rejman: *Odpowiedzialność karna lekarza* op.cit. s. 105, 106.