

JANUSZ ROSZKIEWICZ

KILKA UWAG O NIENARODZONEJ ISTOCIE LUDZKIEJ W PRAWIE MEDYCZNYM

Ze statusem dziecka poczętego w prawie medycznym wiążą się dwa zasadnicze problemy, którym chciałbym poświęcić uwagę. Pierwszy z nich dotyczy dopuszczalności uznania w określonych okolicznościach *nasciturusa*¹ za pacjenta i w konsekwencji przypisania mu praw wynikających z przepisów prawa medycznego. Drugi problem wiąże się natomiast z pytaniem, czy lekarz ma określone prawem obowiązki wobec nienarodzonej istoty ludzkiej, za których realizację ponosiłby on odpowiedzialność cywilną, karną i zawodową.

POJĘCIE PACJENTA

Słowo „pacjent” wywodzi się z łacińskiego *patiens*, które z kolei pochodzi od *pati* oznaczającego pasję, tj. cierpienie, w sztuce najczęściej utożsamiane z męką Chrystusa². W potocznym rozumieniu pacjent jest to więc chory znajdujący się pod opieką lekarza lub zgłaszający się do niego³. Ta definicja wydaje się zbyt wąska, ponieważ nie obejmuje wielu przypadków osób zdrowych, którzy w różnych okolicznościach poddają się badaniom lub interwencjom medycznym. Przykładami takich osób są ludzie odbywający badania profilaktyczne, dawcy krwi, a także dawcy narządów.

Bardziej adekwatna do praktyki medycznej jest definicja zawarta w Deklaracji Promocji Praw Pacjenta przyjętej na konferencji Światowej Organizacji Zdrowia w 1994 r., zgodnie z którą pacjent jest osobą korzystającą z usług medycznych, niezależnie od tego, czy jest chora, czy zdrowa⁴.

1 Przez *nasciturusa* rozumiem nienarodzoną istotę ludzką w każdej fazie rozwoju, a więc zarówno embrion (od zapłodnienia do 8. tygodnia), jak i płód (od 9. tygodnia do porodu).

2 <http://www.slovník-online.pl/kopalinski/54A4BD5F44FA21D2C125657B006747E6.php>, dostęp: 2 czerwca 2017.

3 <http://www.slovník-online.pl/kopalinski/54A4BD5F44FA21D2C125657B006747E6.php>, dostęp: 2 czerwca 2017.

4 *User(s) of health care services, whether healthy or sick – zob. Principles of the rights of patients in Europe*, [w:] *A Declaration on the Promotion of Patient's*

W podobnym kierunku poszło polskie prawo – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. pacjent jest osobą zwracającą się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. W przepisie brak jest frazy wprost wskazującej, że pacjentem może być osoba zarówno chora, jak i zdrowa. To jednak nie oznacza zawężenia definicji do osób chorych. Z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. wynikają następujące kryteria przypisania do statusu pacjenta:

- 1) bycie osobą;
- 2) zwrócenie się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystanie ze świadczeń zdrowotnych;
- 3) wejście w relację z podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych, lekarzem lub osobą wykonującą inny zawód medyczny. Prawa związane ze statusem pacjenta.

Główną konsekwencją przypisania danej osobie statusu pacjenta jest uznanie praw, które przysługują pacjentowi na mocy Konstytucji RP i ustaw, a zwłaszcza ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza⁵, ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁶, ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁷, ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁸ oraz ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁹. W dniu 6 listopada 2008 r. ustawodawca zwykły zdecydował się na kompleksowe uregulowanie tej materii i uchwalił ustawę o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹⁰.

Podobnie jak w przypadku praw człowieka katalog praw pacjenta ma charakter otwarty¹¹. Do podstawowych praw pacjenta należą w szczególności:

- 1) prawo do życia (art. 38 Konstytucji RP);
- 2) prawo do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 Konstytucji RP);

Rights in Europe. European consultation on the rights of patients, Amsterdam, 28–30 March 1994.

5 Dz.U. 2017 poz. 125 z późn. zm.

6 Dz.U. 2017 poz. 882.

7 Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78 z późn. zm.

8 Dz.U. 2016 poz. 1638 z późn. zm.

9 Dz.U. 2016 poz. 1793 z późn. zm.

10 Dz.U. 2016 poz. 186 z późn. zm.

11 Zob. szerzej o prawach pacjenta D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009.

- 3) prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadającym wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej (art. 15 ust. 1 u.ś.o.z. i art. 6 ust. 1 u.p.p.);
- 4) prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia pacjenta (art. 7 ust. 1 u.p.p.);
- 5) prawo do intymności i poszanowania godności osobistej w czasie udzielania świadczeń zdrowotnych (art. 20 ust. 1 u.p.p.);
- 6) prawo do umierania w spokoju i godności (art. 20 ust. 2 u.p.p.);
- 7) prawo do leczenia bólu (art. 20a ust. 1 u.p.p.);
- 8) prawo do uzyskania przystępnej informacji od lekarza o: swoim stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia, rokowaniu (art. 9 ust. 1 i 2 u.p.p.);
- 9) prawo do wyrażania zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenia innych świadczeń zdrowotnych po uzyskaniu od lekarza odpowiedniej informacji (rozdział 5 u.p.p.);
- 10) prawo do wyrażenia w formie pisemnej zgody na zabieg operacyjny albo na zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (rozdział 5 u.p.p.);
- 11) prawo do wyrażenia w formie pisemnej zgody (a w przypadku niemożności wyrażenia zgody w powyższej formie, za równoważne uważa się wyrażenie zgody ustnie złożonej w obecności dwóch świadków) na uczestnictwo w eksperymencie medycznym po uprzednim uzyskaniu informacji (rozdział 5 u.p.p.);
- 12) prawo do wyrażenia dobrowolnie świadomej zgody w formie pisemnej na uczestnictwo w badaniu klinicznym (rozdział 5 u.p.p.);
- 13) prawo do wyrażenia sprzeciwu na pobranie po śmierci komórek, tkanek i narządów oraz cofnięcia tego sprzeciwu w każdym czasie;
- 14) prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej (art. 34 u.p.p.);
- 15) prawo do kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego z osobami z zewnątrz w zakładach opieki zdrowotnej (art. 33 ust. 1 u.p.p.);
- 16) prawo do opieki duszpasterskiej w zakładach opieki zdrowotnej (art. 36–38 u.p.p.);
- 17) prawo do wypisania ze szpitala, gdy stan zdrowia pacjenta nie wymaga dalszego leczenia w szpitalu bądź na własne (art. 29 ust. 1 pkt 2 u.d.l.);
- 18) prawo do wyrażenia osobiście lub przez przedstawiciela ustawowego sprzeciwu na wykonanie sekcji zwłok w zakładach opieki zdrowotnej (art. 31 ust. 2 u.d.l.);
- 19) prawo do dostępu do dokumentacji medycznej na wniosek pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego lub osoby przez niego upoważnionej (art. 23 ust. 1 i art. 26 ust. 1 u.d.l.);

- 20) prawo do zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem uzyskanych przez personel medyczny (art. 14 u.p.p.);
- 21) prawo do przechowywania wartościowych rzeczy w depozycie zakładów opieki zdrowotnej przeznaczonych dla osób wymagających całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych (art. 39 u.p.p.);
- 22) prawo do otrzymania od farmaceuty w przypadku nagłego zagrożenia zdrowia lub życia bez recepty lekarskiej produktu leczniczego zastrzeżonego do wydawania na receptę w najmniejszym terapeutycznym opakowaniu z wyłączeniem środków odurzających, substancji psychotropowych i prekursorów grupy I-R (art. 96 ust. 3 ustawy – Prawo farmaceutyczne¹²);
- 23) prawo do dostępu do informacji o prawach pacjenta w zakładzie opieki zdrowotnej (art. 11 ust. 1 u.p.p.);
- 24) prawo do żądania drugiej opinii lekarskiej (art. 6 u.p.p.);
- 25) prawo do wyboru szpitala (art. 30 u.ś.o.z.).

Prawa pacjenta w znacznym stopniu pokrywają się z prawami każdego człowieka, takimi jak prawo do życia, prawo do ochrony zdrowia, prawo do prywatności, prawo do poszanowania godności i integralności osobistej. W tym kontekście nietrafione są próby rozszerzania kategorii pacjenta na osoby, które nie spełniają kryteriów definicyjnych określonych w ustawie o prawach pacjenta, np. na podejrzanych w postępowaniu karnym.

Ze statusem pacjenta w sposób nierozzerwalny łączą się prawa pacjenta, które w większości stanowią dodatkowe gwarancje w stosunku do praw i wolności konstytucyjnych, np. niewymienione w Konstytucji RP prawo wglądu do dokumentacji medycznej albo prawo do leczenia bólu. Pacjenta chronią więc nie tylko gwarancje konstytucyjne przysługujące każdemu człowiekowi (takie jak prawo do ochrony zdrowia czy prawo do życia), lecz także gwarancje ustawowe. Dlatego można powiedzieć, że pojęcie pacjenta jest kategorią prawną, która służy urzeczywistnianiu zasady godności ludzkiej w prawie medycznym. Innymi słowy, pacjent nigdy nie może być przedmiotem badań i interwencji medycznych, lecz musi być zawsze wobec nich podmiotem. Ta złota reguła prawa medycznego nakazuje bezwzględny szacunek dla osoby ludzkiej, niezależnie od etapu jej rozwoju, wieku czy stanu psychicznego.

To oczywiście nie oznacza, że każdemu pacjentowi przysługują takie same prawa. Zakres praw pacjenta jest uzależniony właśnie od takich cech, jak wiek czy stan psychiczny, natomiast nienaruszalną istotę tych praw stanowi właśnie godność,

12 Dz.U. 2016 poz. 2142 z późn. zm.

która zawsze musi być poszanowana, nawet w sytuacjach gdy pacjent jest niezdolny do korzystania z niektórych przysługujących mu praw.

Status *nasciturusa* w prawie medycznym

Obecny stan technologii medycznej umożliwia przeprowadzanie badań oraz podejmowanie interwencji medycznej także na nienarodzonych istotach ludzkich. Zarówno embrion we wczesnej fazie rozwoju, jak i płód mogą zostać poddane diagnostyce prenatalnej pozwalającej zidentyfikować ich schorzenia. Możliwe jest też dokonywanie bezpośrednich ingerencji w ciele dziecka poczętego np. biopsji jednego z narządów. Czy to jednak oznacza, że *nasciturus* jest pacjentem w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p.?

Definicja zawarta w ustawie o prawach pacjenta nie jest pod tym względem jednoznaczna, dlatego konieczne jest jej odczytanie w kontekście całego systemu prawnego – prawa konstytucyjnego, cywilnego, karnego i wreszcie medycznego.

Nie ulega wątpliwości, że w polskim porządku prawnym poczęte życie ludzkie stanowi samoistne dobro, które podlega ochronie prawnej. Takie stanowisko zajął nie tylko Trybunał Konstytucyjny w słynnym orzeczeniu z 28 maja 1997 r.¹³, ale nawet L. Garlicki, który – choć nie podzielił poglądu większości składu orzekającego o niekonstytucyjności ustawy dopuszczającej aborcję na żądanie – przyznał w zdaniu odrębnym, że „obiektywny system wartości wynikający z całokształtu norm i zasad konstytucyjnych nakazuje traktowanie życia poczętego jako samoistnego dobra prawnego, któremu przysługuje konstytucyjna ochrona”¹⁴.

W pierwszej kolejności należy więc podkreślić, że w świetle Konstytucji RP życie *nasciturusa* stanowi wartość konstytucyjną. Taką interpretację potwierdzają rozwiązania przyjęte w prawie cywilnym, które byłyby pozbawione sensu, gdyby ustawodawca zwykły nie uznawał życia ludzkiego w fazie prenatalnej za dobro wymagające pewnej, choćby minimalnej, ochrony. Przepisy prawa cywilnego, nawiązując do tradycyjnej koncepcji ochrony interesów majątkowych dziecka poczętego, zapewniają mu „częstkową” podmiotowość prawną w myśl zasady *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*.

Kodeks cywilny zapewnia nienarodzonemu ekspektatywę prawa do odszkodowania za szkody doznane w czasie życia płodowego (art 446 z indeksem 1 po

13 Sygn. K 26/96.

14 Zob. orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96 ze zdaniem odrębnym L. Garlickiego, akapit 226.

6 k.c.)¹⁵ oraz prawa do dziedziczenia (art. 927 § 2 k.c.)¹⁶, która ziszcza się z chwilą urodzenia. Wymienione przepisy nie przesądzają, czy dziecko przed urodzeniem posiada zdolność prawną i czy w konsekwencji jest podmiotem prawa¹⁷, ale stanowią argument za rozszerzającą wykładnią pojęcia pacjenta.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje możliwość ustanowienia kuratora dla ochrony praw dziecka poczętego, zarówno przyszłych, jak i tych przysługujących mu w okresie prenatalnym, w tym prawa do życia (art. 182 k.r.o.)¹⁸.

Z kolei Kodeks karny chroni życie poczęte przez penalizację przerwania ciąży (art. 152, 153, 157a k.k.)¹⁹ z zastrzeżeniem ustawowo określonych wyjątków (art. 4a ust. 1 u.p.r.).

Mając na uwadze powyższe regulacje, trudna do przyjęcia byłaby teza, że racjonalny ustawodawca chroni prawa lub interesy *nasciturusa* w obrębie prawa konstytucyjnego, cywilnego i karnego, natomiast odmawia tej ochrony w dziedzinie prawa medycznego. Dlatego też „za pacjenta winno być uznane także dziecko nienarodzone, którego podmiotowość jest w prawie cywilnym ukształtowana warunkowo, ale które niezależnie od kwestii przypisania mu zdolności prawnej uzyskuje ograniczoną ochronę na gruncie prawa medycznego. Wobec powyższego, zastosowane w definicji ustawowej pacjenta pojęcie »osoba korzystająca ze świadczeń leczniczych« obejmuje każdą istotę ludzką, na rzecz której świadczenie jest spełniane, w tym także dziecko przed urodzeniem, niezależnie od tego czy do jego poczęcia doszło metodą naturalną czy też metodą zapłodnienia *in vitro*”²⁰. Jeśli więc *nasciturus* spełnia kryteria określone w ustawie o prawach pacjenta, tj. korzysta z badań lub innych świadczeń zdrowotnych, to nie ma podstaw, aby odmawiać mu statusu

15 W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym na podstawie komentowanego przepisu można dokonać rekonstrukcji normy prawnej zakazującej wyrządzania dziecku szkód przed urodzeniem (J. Haberkro, Art. 446¹, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹*, red. M. Gutowski, Warszawa, s. 1865 i przywołana tam literatura. Odmienne P. Sobolewski, Art. 446¹, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2017, teza 8.

16 Zob. W. Borysiak, Art. 927, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2017, tezy 14–19.

17 A. Cisek, W. Dubis, Art. 446¹, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2016, teza 1.

18 H. Haak, Art. 148, [w:] H. Haak, A. Haak-Trzuskawka, *Opieka i kuratela. Komentarz do art. 145–184 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 516, 518, 520, 573–574, 590–598, 599–602, 604–605)*, Warszawa 2017, teza 3.

19 Zob. zwłaszcza komentarz M. Królikowskiego do art. 152: M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221. Tom I*, Warszawa 2017.

20 Z. Banaszczyk, *Właściwość i elementy prywatnego stosunku prawa medycznego – założenia ogólne i metodologiczne*, „Studia Prawa Prywatnego” nr 1 (2015), s. 34.

pacjenta²¹. Z metodologicznego punktu widzenia nie ma więc potrzeby wyodrębniania pojęcia „pacjenta poczętego”, ponieważ *nasciturus* jest już w obecnym stanie prawnym pacjentem.

W tym miejscu można wyrazić wątpliwość, czy nienarodzona istota ludzka może „korzystać” ze świadczeń zdrowotnych – wydaje się, że brak świadomości dziecka poczętego przy „korzystaniu” z usług medycznych nie ma w tym przypadku znaczenia, ponieważ małoletnie, narodzone dzieci również nie korzystają z tych usług świadomie, a nikt nie ma wątpliwości, że są one pacjentami. Takie znaczenie art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. nie wynika jednak z wykładni literalnej, lecz konieczne było odwołanie się do wykładni systemowej. Dlatego uważam, że *de lege ferenda* definicja legalna pacjenta powinna zostać zmodyfikowana.

Konsekwencją zakwalifikowania *nasciturusa* jako pacjenta jest uznanie przysługujących mu praw. To oczywiście nie oznacza, że pacjentowi przed urodzeniem przysługują takie same prawa, jak pacjentowi już narodzonemu. Dziecku poczętemu przysługują tylko takie prawa, z których może on obiektywnie skorzystać, a więc przede wszystkim: prawo do życia, prawo do ochrony zdrowia, prawo do poszanowania godności, prawo do leczenia bólu, a nawet w pewnym zakresie prawo do prywatności (o czym więcej poniżej). Dziecku poczętemu nie przysługują natomiast takie prawa, jak prawo do wyrażenia zgody na zabieg leczniczy czy prawo do swobody wyboru lekarza, ponieważ z oczywistych względów na tym etapie rozwoju nie jest ono w stanie podejmować tego rodzaju decyzji.

W związku z powyższym nie do przyjęcia jest teza, że dziecku poczętemu przysługują co najwyżej „interesy”, które z zasady są podporządkowane interesom matki. Taki pogląd zdaje się wynikać z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, który konsekwentnie unika uznania *nasciturusa* za podmiot prawa w jakimkolwiek sensie, ograniczając się jedynie do przyznania, że co najwyżej „można mówić o zgodności państw co do tego, że embrion/płód przynależy do rodzaju ludzkiego”, a potencjał tej istoty i jej „zdolność do stania się osobą” z pewnością „wymaga ochrony w imię godności ludzkiej, co nie czyni jej jednak »osobą« mającą »prawo do życia« w rozumieniu artykułu 2”²². Uważam, że dziecku poczętemu przysługują określone prawa na równi z prawami matki. Wszelkie konflikty między prawami *nasciturusa* a prawami jego matki należy rozstrzygać

21 Za uznaniem dziecka poczętego opowiada się również m.in. J. Ciszewski, *Prawa pacjenta w aspekcie odpowiedzialności lekarza za niektóre szkody medyczne*, Gdańsk 2002, s. 13 i n.

22 Wyrok ETPC z 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo przeciwko Francji*, §84. Zob. też I. C. Kamiński, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 20 marca 2007 r.*, 5410/03, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 4 (2008), s. 41–46.

w oparciu o zasadę proporcjonalności, a więc oceniając konieczność, adekwatność i proporcjonalność *sensu stricto* każdego ograniczenia prawa nienarodzonego.

Szczegółowe omówienie wszystkich praw pacjenta, jakie mogą przysługiwać *nasciturusowi*, wykracza poza ramy niniejszego artykułu i wymagają szerszego opracowania. Dlatego też ograniczę się jedynie do omówienia wybranych praw, które moim zdaniem ze swej istoty mogą przysługiwać również nienarodzonej istocie ludzkiej występującej w roli pacjenta. Celowo nie odnoszę się szczegółowo do kwestii prawa nienarodzonego do życia, ponieważ jest to temat na odrębny tekst naukowy.

Prawo *nascitursa* do poszanowania godności

Na prawo do poszanowania godności składa się wiele elementów, a w szczególności: nakaz traktowania człowieka jako cel samo w sobie połączony z zakazem traktowania człowieka jako środka do celu²³, a także prawo do życzliwego, wyrozumiałego i cierpliwego traktowania²⁴, prawo do zachowywania dystansu w relacjach lekarz – pacjent poprzez grzecznościowe zwracanie się przez lekarza do pacjenta²⁵, prawo do znieczulenia na żądanie²⁶. Z punktu widzenia statusu *nascitursa* znaczenie ma właściwie tylko pierwszy element tego prawa.

Kwestia tego, czy nienarodzonej istocie ludzkiej przysługuje jakakolwiek ochrona w ramach zasady godności ludzkiej, wydaje się nie budzić wątpliwości. W orzecznictwie i literaturze istnieje rozbieżność co do prawa *nascitursa* do życia, ale raczej nie kwestionuje się, że przysługuje mu przymiot godności ludzkiej – przyznaje to nawet nader powściągliwy w tej materii Trybunał w Strasburgu, w przywołanej powyżej sprawie *Vo przeciwko Francji*²⁷.

Zgodnie z art. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny²⁸ Państwa-Strony chronią godność i tożsamość istoty ludzkiej, czego przejawem jest m.in. wyrażony w art. 18 ust. 2

23 „Człowiek nie może być nigdy środkiem do jakiegoś celu, lecz zawsze musi być celem samym w sobie” – zob. Immanuel Kant, cyt. za: P. Vardy, P. Grosch, *Etyka*, Poznań 1995, s. 64–65.

24 Zob. art. 12 Kodeksu Etyki Lekarskiej.

25 D. Karkowska, Art. 20, [w:] D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, LEX 2016, teza 3.

26 M. Boratyńska, *Znieczulenie na życzenie pacjenta*, „Prawo i Medycyna”, nr 8 (2000).

27 Zob. jednak P. Singer, *Speciesism and Moral Status*, „Metaphilosophy” vol. 40, nos. 3–4 (July 2009), s. 567–581. Autor kwestionuje samą koncepcję godności ludzkiej jako cechy decydującej o szczególnym statusie człowieka na tle innych istot żywych oraz nakazującej traktowanie człowieka jako pierwszorzędnego celu. Jednocześnie stoi na stanowisku, że nie można mówić o godności, jeśli istota ludzka nie ma jeszcze rozwiniętej samoświadomości, dlatego nie uznaje on za człowieka ani *nascitursa*, ani niemowlęcia [sic].

28 Przyjęta przez Komitet Ministrów 19 listopada 1996 r. w Oviedo.

zakaz tworzenia embrionów ludzkich do celów naukowych. Z drugiej jednak strony w Konwencji z Oviedo świadomie rozrózniono pomiędzy istotą ludzką a osobą – co prawda nie zdefiniowano tych pojęć, ale w świetle oficjalnego sprawozdania wyjaśniającego „istota ludzka” jest pojęciem szerszym i obejmuje zarówno człowieka narodzonego, jak i nienarodzonego, natomiast „osoba” oznacza wyłącznie człowieka narodzonego²⁹. W oparciu o to rozróżnienie wprowadzono podwójne standardy ochrony człowieka – istota ludzka ma prawo do poszanowania jej godności na mocy art. 1 Konwencji *in principio*, natomiast nie przysługuje jej prawo do poszanowania integralności (w tym, jak się wydaje, prawa do życia), które zagwarantowano jedynie osobie w art. 1 Konwencji *in fine*. To dość misterne rozwiązanie tłumaczono chęcią upowszechnienia wśród możliwie największej liczby państw minimalnych standardów w dziedzinie biomedycyny³⁰. Należy docenić intencje autorów Konwencji, natomiast nie można nie zauważyć, że oddzielenie przymiotu godności ludzkiej od prawa do integralności jest zabiegiem co najmniej niezręcznym, zważywszy na to, że godność ludzka jest źródłem wszelkich praw człowieka. Warto jednak pamiętać, że Polska nie ratyfikowała tej Konwencji³¹, przez co nie stanowi ona źródła polskiego prawa i może być traktowana co najwyżej jako wskazówka interpretacyjna przy wykładni przepisów Konstytucji RP i ustaw dotyczących pacjenta.

W tym kontekście powstaje pytanie o zakres godności ludzkiej w polskim porządku prawnym. Jak zostało to już wyżej wspomniane, w orzecznictwie strasburskim opartym na obowiązującej w Polsce Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³² sygnalizowano już możliwość przypisania *nasciturusowi* przymiotu godności ludzkiej. W prawie konstytucyjnym – o czym też była już mowa – panuje generalna zgodność co do godności *nasciturusa*, choć oczywiście kontrowersje wzbudza kwestia jego prawa do życia oraz dopuszczalności aborcji³³. Szczegółowe rozważanie tej

29 *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Oviedo, 4.IV.1997, pkt 18–19.

30 Tak np. J. Mazurkiewicz, *Badania na embrionach in vitro*, [w:] *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej*, red. O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska, LEX 2015.

31 Rząd RP podpisał ją 7 maja 1999 r.

32 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

33 Zob. np. opinie w sprawie projektu ustawy dopuszczającej aborcję na życzenie: A. Bałaban, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie* (nr 1), „Przegląd Sejmowy” nr 6 (2004), s. 114. Podobnie M. Masternak-Kubiak, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy” nr 3 (2004), s. 120–121; T. Jasudowicz, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy” nr 4 (2004), s. 127; M. Granat, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie* (nr 6); R. Pio-

problematyki nie jest przedmiotem niniejszego artykułu, który odnosi się przede wszystkim do statusu *nasciturusa* jako pacjenta.

Problem godności dziecka poczętego występującego w roli pacjenta pojawia się np. przy okazji eksperymentu naukowego – badawczego lub leczniczego. W obecnym stanie prawnym zasadniczo bezdyskusyjne jest, że embrion lub płód nie może być przedmiotem eksperymentów badawczych. Zgodnie z art. 39 Konstytucji RP nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody. Konstrukcja tego przepisu polega na warunkowym zakazie, który dezaktualizuje się w przypadku spełnienia warunku w postaci zgody pacjenta. Jeśli więc pacjent zgody wyrazić nie jest w stanie, jak to jest w przypadku nienarodzonej istoty ludzkiej, to należy przyjąć, że przeprowadzanie na nim eksperymentów **badawczych** jest absolutnie niedopuszczalne. Dopuszczalne natomiast jest przeprowadzenie eksperymentu **leczniczego** bez zgody pacjenta, jeśli niosłoby to za sobą duże szanse osiągnięcia zamierzonego skutku terapeutycznego³⁴. W literaturze prawa konstytucyjnego wyrażono nawet pogląd, że „że standard dopuszczania działalności eksperymentalnej z udziałem dzieci nienarodzonych powinien być znacznie bardziej zaostrzony, z uwagi na ich szczególny status uniemożliwiający uzewnętrznienie swojej autonomii”³⁵. Zakaz eksperymentów badawczych na *nasciturusie* został potwierdzony w art. 27 ust. 3 u.z.l. W eksperymencie leczniczym dziecko poczęte może uczestniczyć pod warunkiem przeprowadzenia szczególnie wnikliwej oceny związanego z tym ryzyka dla niego oraz matki (art. 27 ust. 2 u.z.l.).

Można więc powiedzieć, że polskie przepisy w tym zakresie wykraczają poza minimalny standard przyjęty w Konwencji z Oviedo.

Prawo *nasciturusa* do ochrony zdrowia

Zgodnie z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Prawo do ochrony zdrowia jest to z jednej strony prawo socjalne³⁶, z którym wiąże się obowiązek ustawodawcy zagwarantowania każdemu dostępu do służby zdrowia³⁷.

trowski, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy” nr 8 (2004); A. Sznyt, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, „Przegląd Sejmowy” nr 3 (2004), s. 158–159. Odmienne W. Lang, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym rodzicielstwie*, s. 115–118.

34 *Wolności i prawa człowieka*, red. M. Chmaj, Warszawa 2006, s. 122.

35 M. Królikowski, K. Szczucki, Art. 39, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis 2016, akapit 41.

36 Wynika to wprost z usytuowania tego prawa w dziale poświęconym prawom ekonomicznym, socjalnym i kulturalnym.

37 Choć teoretycznie można by sobie wyobrazić zagwarantowanie przez państwo obywatelom ochrony zdrowia poprzez sfinansowanie prywatnych ubezpieczeń zdrowotnych.

W Polsce ten obowiązek jest realizowany poprzez powszechny system ubezpieczeń zdrowotnych, na którym opiera się państwowa służba zdrowia. Z drugiej strony jest to prawo ściśle powiązane z prawami osobistymi, jakimi są prawo do poszanowania godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP) oraz prawem do życia (art. 38 Konstytucji RP). Jak trafnie zauważył Trybunał Konstytucyjny, prawo do ochrony zdrowia „to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone”³⁸. Dlatego też prawo to przysługuje każdemu niezależnie od tego, czy jest ubezpieczony, czy nie.

Wydaje się, że dziecku poczętemu przysługuje tak rozumiane prawo do ochrony zdrowia. Na poparcie tej tezy w literaturze odwoływano się do brzmienia art. 68 ust. 1 Konstytucji RP, w którym posłużono się określeniem „każdy”, co uznano za szersze treściowo określenie niż pojęcie „człowiek” z art. 38 Konstytucji RP³⁹.

Zgodnie z orzecznictwem TK ustawodawca powinien ustanowić przepisy dookreślające treść prawa do ochrony zdrowia, co łączy się z koniecznością określenia warunków i zakresu udzielania świadczeń zdrowotnych⁴⁰. Ustawodawca zwykły zrealizował ten obowiązek m.in. poprzez wydanie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Przepisy te określają m.in. zasady finansowania świadczeń opieki zdrowotnych udzielanych w nagłych przypadkach (art. 19 u.ś.o.z.), ale dotyczą one jedynie osób narodzonych, co *implicite* wynika z definicji świadczeniobiorcy, któremu przysługują świadczenia (art. 2 ust. 1 u.ś.o.z.). Obecnie dzieci nienarodzone korzystają więc z ochrony zdrowia w takim zakresie, w jakim korzysta z niej matka.

Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której matka będzie zdrowa, a jej nienarodzone dziecko – chore. Wówczas – ściśle rzecz biorąc – matka nie będzie potrzebowała świadczeń zdrowotnych, tylko jej dziecko. Tak może być w przypadku wystąpienia u dziecka nienarodzonego rozszczepu kręgosłupa (*spina bifida cystica*) powodującego nieprawidłowe zwięźczenie kanału kręgowego, które prowadzi m.in. do przepukliny. W Stanach Zjednoczonych już w fazie prenatalnej przeprowadza się operacje naprawy wad cewy nerwowej takich jak właśnie *spina bifida*. Z biegiem czasu te i inne nowatorskie techniki medyczne pozwalające na leczenie dziecka jeszcze przed jego narodzeniem mogą dotrzeć do Polski, dlatego przepisy prawne powinny być na to przygotowane. *De lege ferenda* ustawodawca zwykły powinien więc doprecyzować reguły udzielenia i finansowania świadczeń wobec nienarodzonych pacjentów.

38 Wyrok TK z dnia 24 marca 1999 r., sygn. K 2/98.

39 R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 9–11.

40 Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03. Zob. też wyrok TK z dnia 28 lutego 2005 r., sygn. P 7/03.

Prawo *nasciturusa* do prywatności

Prawo do ochrony prywatności jest nie tylko prawem pacjenta, lecz także prawem każdego człowieka zagwarantowanym m.in. w art. 47 Konstytucji RP oraz art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W dotychczasowym orzecznictwie strasburskim prawo do prywatności odnoszono przede wszystkim do sytuacji matki, wiążąc z nim prawo dostępu do legalnej aborcji⁴¹. W polskim orzecznictwie konstytucyjnym obowiązuje pogląd, że nie ma podstaw do formułowania „prawa do nieurodzenia dziecka”⁴².

Jednym z elementów prawa do prywatności jest prawo do zachowania w tajemnicy informacji na temat stanu zdrowia. W moim przekonaniu rozwój medycyny wymaga postawienia pytania o zasady gromadzenia informacji zawartych w genomie nienarodzonej istoty ludzkiej. W genomie *nasciturusa* zawarte są informacje dotyczące szczegółów jego dalszego rozwoju, w tym płci, rasy, wagi, wzrostu, potencjalnych chorób, a w pewnym stopniu nawet poziomu inteligencji⁴³. Obecnie obowiązujące przepisy prawa są zbyt ogólne w określaniu granic w gromadzeniu tego rodzaju informacji przez lekarzy czy inne podmioty – zgodnie z art. 14 ust. 1 u.p.p. osoby wykonujące zawód medyczny są obowiązane zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem, w szczególności ze stanem zdrowia pacjenta. Z przepisu tego nie wynika, czy – i jeśli tak, to w jakim zakresie – lekarz jest zobowiązany zachować w tajemnicy informacje dotyczące *nasciturusa* pozyskane w drodze badań prenatalnych. Wydaje się, że dopiero prokonstytucyjna wykładnia tego przepisu mogłaby doprowadzić do takiego rezultatu. Z art. 47 Konstytucji RP można wyprowadzić nakaz zachowania w tajemnicy tak wrażliwych danych. Jeśli bowiem – jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19 maja 1998 r.⁴⁴ – do sfery życia prywatnego jednostki należy informacja o stanie zdrowia (rodzaju schorzenia), podana w zaświadczeniu lekarskim w postaci numeru statystycznego choroby, to tym bardziej należą do niej informacje bardziej szczegółowe, dające się wyprowadzić z ludzkiego genomu za pomocą nowoczesnych technologii (określonych szeroko pojętym mianem badań prenatalnych).

De lege ferenda należałoby sprecyzować zasady gromadzenia oraz zakres dopuszczalnego wykorzystania informacji genetycznych *nasciturusa*.

41 Zob. wyroki ETPC z dnia 20 marca 2007 w sprawie *Tysięd przeciwko Polsce*; z dnia 16 grudnia 2010 r. w sprawie *A., B. i C. przeciwko Irlandii*; z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie *R.R. przeciwko Polsce*; z dnia 30 października 2012 r. w sprawie *P. i S. przeciwko Polsce*.

42 Zob. cytowane wyżej orzeczenie TK, sygn. K 26/96. Jest to właściwie jedyne rozstrzygnięcie dotyczące tej kwestii.

43 R. Plomin, I.J. Deary, *Genetics and intelligence differences: five special findings*, „Molecular Psychiatry” nr 20 (2015), s. 98–108.

44 Wyrok TK z 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97.

Obowiązek udzielenia pomocy medycznej *nasciturusowi*

Zgodnie z art. 30 u.z.l. lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Przepis nie precyzuje, komu lekarz ma udzielać pomocy, co oznacza, że ma on obowiązek ratowania życia lub zdrowia człowieka we wszelkich przypadkach niecierpiących zwłoki, niezależnie od tego, czy człowiek ten jest pacjentem w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p., czy nie. Wiązą się z tym dwie konsekwencje. Po pierwsze, lekarz ma obowiązek udzielenia pomocy medycznej w sytuacjach nagłych także poza miejscem pracy i wobec przypadkowo spotkanych osób, np. w razie wypadku samochodowego, którego jest świadkiem. Tą kwestią nie będę się dalej zajmował. Po drugie, lekarz ma obowiązek udzielania pomocy medycznej również wobec nienarodzonej istoty ludzkiej, ponieważ przepis nie ogranicza obowiązku do osób narodzonych ani nawet do pacjentów. Taki pogląd podzielają również m.in. R. Kubiak⁴⁵ i E. Zielińska⁴⁶. Za zaniechanie obowiązku pomocy lekarskiej *nasciturusowi* w sytuacji nagłego zagrożenia lekarz ponosi tylko odpowiedzialność zawodową (dyscyplinarną), ponieważ hipoteza art. 162 k.k. (przestępstwo zaniechania pomocy) odnosi się tylko do ludzi narodzonych⁴⁷.

Podsumowanie

Jeśli przyjąć, że przyczyną wprowadzenia do języka prawnego pojęcia pacjenta i jego praw służyć ma ochronie słabszej strony w relacji z lekarzem, to nie ma podstaw do odmawiania tego statusu dziecku poczętemu, którego pozycja jest jeszcze bardziej niepewna i chwiejna niż w przypadku nieznanego się na medycynie, ale jednak świadomego i mogącego podejmować decyzje dorosłego pacjenta. Dlatego też uważam, że gdy *nasciturus* poddawany jest jakimkolwiek świadczeniom zdrowotnym, to podlega ochronie prawa medycznego jako pacjent, w zakresie, w jakim może korzystać z praw podmiotowych.

45 R. Kubiak, *Prawo...*, dz. cyt., s. 135.

46 Podobnie E. Zielińska, Art. 30, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, LEX 2014, tezy 4 i 25.

47 Tamże.