

Joanna HABERKO

profesor UAM dr hab. n. praw., Katedra Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Prokreacja. Kilka uwag komentarza do art. 38–39a Kodeksu etyki lekarskiej

Komentowany rozdział Kodeksu etyki lekarskiej odnosi się do jednego ze szczególnych zagadnień w działalności medycznej lekarza, mianowicie do prokreacji¹. Rozdział obejmuje trzy przepisy, które stanowią uzupełnienie ogólnych zasad postępowania lekarza w stosunku do pacjenta w sytuacji wyjątkowo delikatnej, jaką jest przekazywanie ludzkiego życia. Poszczególne przepisy będą kolejno przedmiotem analizy. Dokonując jej, trzeba jednak mieć na uwadze następujące założenia: po pierwsze, przepisy zamieszczone w komentowanym rozdziale muszą być uwzględniane w kontekście – co podniesiono już wyżej – ogólnych zasad rządzących udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Nie sposób bowiem przyjąć, że regulacja odnosząca się do problemu prokreacji miałaby znaleźć zastosowanie w oderwaniu od ogólnych zasad rządzących udzielaniem świadczeń zdrowotnych i wykonywaniem zawodu lekarza. Po drugie, należy mieć na uwadze fakt, że regulacja zawarta w przepisach komentowanego rozdziału musi być analizowana nie tylko w kontekście zasad prawa powszechnego, ale także standardów wykonywania zawodu lekarza określonych w innych niż Kodeks etyki lekarskiej normach deontologicznych². Mowa w tym zakresie o standardach i zaleceniach wydawanych przez towarzystwa naukowe (np. Polskie Towarzystwo Ginekologiczne³,

¹ Art. 38. 1. Lekarz powinien z poczuciem szczególnej odpowiedzialności odnosić się do procesu przekazywania życia ludzkiego. 2. Lekarz powinien udzielać zgodnych z wiedzą medyczną informacji dotyczących procesów zapłodnienia i metod regulacji poczęć, uwzględniając ich skuteczność, mechanizm działania i ryzyko. 3. Lekarz ma obowiązek zapoznać pacjentów z możliwościami współczesnej genetyki lekarskiej, a także diagnostyki i terapii przedurodzeniowej. Przekazując powyższe informacje, lekarz ma obowiązek poinformować o ryzyku związanym z przeprowadzeniem badań przedurodzeniowych.

Art. 39. Podejmując działania lekarskie u kobiety w ciąży lekarz równocześnie odpowiada za zdrowie i życie jej dziecka. Dlatego obowiązkiem lekarza są starania o zachowanie zdrowia i życia dziecka również przed jego urodzeniem.

Art. 39a. Lekarz nie może uczestniczyć w procedurach klonowania ludzi dla celów reprodukcyjnych lub terapeutycznych.

² Zob. np. K. Pyziak-Kowalska, *Deontologia w Zawodach Ochrony Zdrowia*, w: *Zawody w ochronie zdrowia*, praca zbiorowa, Warszawa 2014, s. 234.

³ Por. np. Stanowisko Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego dotyczące technik wspomaganego rozrodu w leczeniu niepłodności – dostępne na stronie: www.libamed.com.pl/wpg/Numeryarchiwalne/05/03.html; Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego z dnia 8–9 października 2004 r. w zakresie wybranych patologii wczesnej ciąży oraz postępowania w ciąży po zapłodnieniu *in vitro* – dostępne na stronie www.gpsk.am.poznan.pl/ptg; Rekomendacje Zarządu Głównego PTG w zakresie opieki przedporodowej w ciąży o prawidłowym przebiegu – dostępne na stronie: www.ptg.gpsk.poznan.pl; Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego: Cięcie cesar-

Polskie Towarzystwo Medycyny Rozrodu⁴, Polskie Towarzystwo Medycyny Perinatalnej⁵), które niejednokrotnie stanowią wypełnienie ogólnej i ramowej regulacji zawartej w Kodeksie etyki lekarskiej czy ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁶. Ważne jest też to, że wypełnienie normy zawartej w Kodeksie etyki lekarskiej będzie następowało przy uwzględnieniu standardu należytej staranności właściwej wszystkim działaniom lekarza w stosunku do pacjenta⁷. Jednocześnie można przyjąć, że lekarz,

skie – dostępne na stronie www.ptgzg.pl; Stanowisko Zespołu Ekspertów Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego w sprawie zastosowania kwasów omega-3 i omega-6 [Mumomega, producent EQUAZEN] w diecie kobiet ciężarnych i karmiących – dostępne na stronie www.ptgzg.pl; Rekomendacje grupy ekspertów PTG w zakresie zapobiegania perinatalnej transmisji HIV z dnia 24 października 2008 r. – dostępne na stronie www.ptgzg.pl.

⁴ Por. np. Stanowisko Rady Naukowej Sekcji Płodności i Niepłodności Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego oraz Polskiego Towarzystwa Medycyny Rozrodu w sprawie zakresu i kształtu regulacji prawnych odnoszących się do metod wspomaganego rozrodu oraz postępowania z komórkami rozrodczymi i zarodkami ludzkimi powstałymi w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*) u człowieka http://rozrodczosc.pl/ptmr/index.php?page=pl_dokumenty.

⁵ Zasady postępowania w przypadku podejrzenia wad płodu lub noworodka – dostępne na stronie: <http://www.ptmp.com.pl/rekomendacje/rekomendacje.pdf>.

⁶ Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry z dn. 5 grudnia 1996 roku (tekst jednolity: Dz. U. 2015, poz. 464), dalej: u.z.l.

⁷ Z najnowszych np. P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 556; M. Safjan w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 2013, s. 956 i n., a z orzecznictwa np. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 marca 2014 r., sygn. I ACa 1274/13, gdzie sąd zajął stanowisko, że o zawinięciu lekarza może zdecydować nie tylko zarzucenie mu braku wystarczającej wiedzy i umiejętności praktycznych, odpowiadających aprobowanemu wzorcowi należytej staranności, ale także niezręczność i nieuwaga, jeżeli oceniając obiektywnie nie powinny one wystąpić w konkretnych okolicznościach. Nie chodzi zatem o staranność wyższą od przeciętnej wymaganej wobec lekarza, lecz o wysoki poziom przeciętnej staranności każdego lekarza jako staranności zawodowej (art. 355 § 2 k.c.). LEX nr 1439257, OSA 2014/8/36-48; Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 24 stycznia 2014 r. sygn. I ACa 1370/13; Na lekarzach ciąży ustawowy obowiązek wykonywania zawodu zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością (art. 4 ustawy z 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry). Cytowany przepis odnosi się do staranności zawodowej lekarza, która powinna być należyta, właściwie dobrana do kwalifikacji danego lekarza (zespołu lekarzy), jego doświadczenia i sytuacji, w której udzielana jest pomoc osobie tego potrzebującej. Postępowanie lekarza w danej sytuacji należy oceniać z uwzględnieniem całości kształtu okoliczności istniejących w chwili dokonywania zabiegu medycznego, a zwłaszcza tych danych, którymi lekarz dysponował albo mógł dysponować, mając na uwadze wymagania aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej, LEX nr 1469481. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. V CSK 287/09 sąd stwierdził, że w przypadku lekarza „nie chodzi o staranność wyższą od przeciętnej wymaganej wobec lekarza, jak to formułuje się w niektórych wypowiedziach, lecz o wysoki poziom przeciętnej staranności każdego lekarza jako staranności zawodowej (art. 355 § 2 k.c.) i według tej przeciętnej ocenianie konkretnego zachowania. Do obowiązków lekarzy oraz personelu medycznego należy podjęcie takiego sposobu postępowania (leczenia), które gwarantować powinno, przy zachowaniu aktualnego stanu wiedzy i zasad staranności, przewidywalny efekt w postaci wyleczenia, a przede wszystkim nienarażenie pacjentów na pogorszenie stanu zdrowia. Pojęcie bezprawności należy rozumieć szeroko jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który należy rozumieć nie tylko ustawodawstwo, ale również obowiązujące w społeczeństwie zasady współżycia społecznego; wśród nich mieści się przeprowadzanie zabiegów operacyjnych zgodnie ze sztuką lekarską i z najwyższą starannością wymagana od profesjonalistów w zakresie medycyny”; LEX nr 786561, OSP 2012/10/95.

w zakresie w jakim odnosi się do pacjenta, w związku z przekazywaniem ludzkiego życia, jest zobowiązany do wyższej niż najwyższa, ale ogólna, staranności. Chodzi w analizowanym zakresie o to, że każdy lekarz jest na podstawie przepisów ogólnych zobowiązany do najwyższej staranności (przy czym jest to staranność zwykła ze względu na udzielane świadczenia zdrowotne, które nie mają charakteru świadczeń sprofilowanych), a w przypadku procedur medycznych związanych z przekazywaniem ludzkiego życia najwyższa ogólna staranność musi ustąpić staranności najwyższej z uwzględnieniem rodzaju udzielanych świadczeń.

Konstrukcja rozdziału pozwala przyjąć wstępnie następujące obowiązki lekarza: przepis art. 38 KEL odnosi się do sytuacji wszystkich pacjentów w ogólności (a nawet nie pacjentów), w szczególności zaś osób zainteresowanych poczęciem i urodzeniem dziecka. Przepis odnosi się także do postępowania lekarza bez odniesienia do konkretnej relacji z danym pacjentem czy pacjentami. Z kolei przepis art. 39 KEL znajduje zastosowanie w konkretnych sytuacjach, w których lekarz ma do czynienia z kobietą ciężarną. Przepis nakłada na lekarza obowiązek konkretnego działania i nie stanowi ogólnego nakazu postępowania, ale normę, która będzie się aktualizować zawsze wówczas, gdy lekarz będzie miał do czynienia z pacjentką ciężarną.

Przechodząc do rozważań szczegółowych w analizowanym zakresie należy w pierwszej mierze zauważyć, że przepis art. 38 KEL, mimo dość karkołomnej konstrukcji stylistycznej, stanowi w ust. 1 przykład ogólnego nakazu sformułowanego przez autora kodeksu. Jest to jednak przykład przepisu, który nie zawiera jakiegokolwiek sankcji w zakresie niedochowania założonego obowiązku.

W świetle art. 38 ust. 1 KEL lekarz powinien z poczuciem szczególnej odpowiedzialności odnosić się do procesu przekazywania życia ludzkiego. Przepis zawiera pewien nakaz moralny, jednak dalece nieweryfikowalny. Nie wiadomo bowiem co oznacza przyjęte w przepisie „poczucie szczególnej odpowiedzialności” oraz „proces przekazywania życia ludzkiego”. O ile proces przekazywania życia ludzkiego można pojmować jako wszelkie działania faktyczne zmierzające w normalnym toku zdarzeń do poczęcia i urodzenia dziecka, o tyle użyte w przepisie „poczucie szczególnej odpowiedzialności” już nie daje pewności co do intencji autora kodeksu. Jeżeli przyjmie zgodnie z utrwalonymi zasadami interpretacji tekstów prawnych, że „powinien” znaczy „musi” trudno egzekwować obowiązek, w sytuacji, w której dalej mowa jest o „poczuciu”. *Słownik języka polskiego* terminowi temu przyznaje następujące znaczenie: „zdawanie sobie sprawy z pewnych faktów, zjawisk zachodzących w otaczającym świecie, stanów wewnętrznych itp.”⁸ Zestawienie „zdawania sobie [przez lekarza – przyp. JH] sprawy” z odpowiedzialności nie rodzi jeszcze podstaw dla samej odpowiedzialności, która od poczucia w analizowanym zakresie jest o wiele istotniejsza. Co więcej, owo poczucie, czyli zdawanie sobie sprawy, ma być związane z odpowiedzialnością i to szczególną. W tym kontekście przepis należałoby wyklądać następująco: autor kodeksu odnosi nakaz do zachowania nie tylko wysokiej należytej staranności, ale i staranności najwyższej czyli szczególnej, której niedochowanie będzie rodzić odpowiedzialność po stronie lekarza. Przepis można rozumieć po prostu tak, że lekarz powi-

⁸ Znaczenie hasła „poczucie” <http://sjp.pwn.pl/sjp/poczucie;2501886.html>, dostęp: 16 kwietnia 2015 r.

nien dołożyć szczególnej (najwyższej) zawodowej staranności, gdyż jej niedołożenie będzie działaniem zawnionym skutkującym jego odpowiedzialnością zawodową.

Dalej wyjaśnienia wymagają użyte w przepisie słowa: „proces przekazywania życia ludzkiego”. O ile raczej nie będzie budzić wątpliwości teza, że chodzi tu o powołane wyżej działania faktyczne zmierzające do poczęcia i urodzenia dziecka o tyle podejmowanie działań w zakresie technik wspomaganego medycznie rozrodu już pewności w tym zakresie nie daje. Już o tym pisałam, stąd nie obarczając wywodu, w tym miejscu wystarczy przypomnieć, że brak standardów w zakresie postępowania z zastosowaniem technik wspomaganego medycznie prokreacji musi rodzić refleksję, że szczególna staranność lekarza oparta będzie na ogólnych zasadach postępowania w tym zakresie⁹. Chodzić będzie o zasady rządzące wykonywaniem zawodu lekarza oraz zasady współżycia społecznego. I tu powstaje problem, gdyż określenie poczucia szczególnej odpowiedzialności z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego w tym także kategorii, jaką jest sumienie lekarza może rodzić wiele wątpliwości interpretacyjnych. Rozważania te można zobrazować następującymi przykładami: lekarz podejmuje działania zmierzające do zastosowania u pacjentki niezamężnej i samotnej technik wspomaganego medycznie prokreacji polegających na zastosowaniu zapłodnienia pozaustrojowego z wykorzystaniem anonimowego nasienia. Wobec braku rozwiązań ustawowych lekarz, *de lege lata*, może uzasadniać dopuszczalność tego rodzaju działania „poczuciem szczególnej odpowiedzialności” za dobrostan psychiczny i fizyczny pacjentki. W innym przypadku inny lekarz podobnego działania w podobnej sytuacji odmawia, argumentując dobrem dziecka, które wobec anonimowości dawcy nasienia pozostanie praktycznie bez ojca. Przykładów w tym zakresie można oczywiście powoływać więcej: wielokrotnie na wokandach sądów stawały sprawy odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych w zakresie antykoncepcji czy informacji o badaniach prenatalnych¹⁰.

Dalej, przepis jest pojemny także w innym zakresie, co oczywiście rodzi pytania i wątpliwości interpretacyjne. Wobec ciężącego na lekarzu obowiązku odnoszenia się z poczuciem szczególnej odpowiedzialności do procesów przekazywania życia ludzkiego, rodzi się pytanie czy np. wyrażanie się przez lekarza w sposób wulgarny lub groteskowy o akcie seksualnym, w wyniku którego dochodzi do poczęcia będzie naruszeniem nakazu zawartego w normie moralnej? Co więcej, czy odnoszenie się przez lekarza do osób z wadami rozwojowymi w sposób naruszający dobra osobiste tych osób¹¹ będzie złamaniem obowiązku zawartego w normie z art. 38 KEL i rodzić odpo-

⁹ W szczególności z najnowszych publikacji J. Haberko, *Stosowanie technik wspomaganego medycznie prokreacji w celach niewyłącznie rodzicielskich. Problem „dziecka-lekarstwa”*, „Medyczna Wokanda” 2012, nr 4, s. 31–43 a także J. Haberko: *Sumienność lekarza a odmowa udzielenia świadczenia zdrowotnego niezgodnego z sumieniem*, „Forum Teologiczne” 2014, nr 15, s. 83–95; *Zagrożenia dla adopcji w świetle projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 4, s. 83–95 oraz wespół z J. Łuczak-Wawrzyniak, *Dobrodziejstwo nowoczesnych technik wspomaganego medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka? Uwagi na tle projektu ustawy o leczeniu niepłodności z dnia 16 lipca 2014 roku*, w druku Diametros.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 16/08; Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 lipca 2008 r., I ACa 278/08.

¹¹ Np. „jak widzę takie osoby jestem zwolennikiem aborcji, etc.”

wiedzialność lekarza? *Prima facie* wydaje się, że tak. Pojawia się jednak wątpliwość czy w istocie taka była intencja autora kodeksu. Tu już pewności nie ma. Chodzi, jak można sądzić, raczej o zawodową aktywność lekarza, nie zaś o jego kulturę osobistą (lub jej brak) czy poglądy wyrażane w różnych okolicznościach. Jakkolwiek pogląd w tym zakresie znajdzie zarówno zwolenników, jak i przeciwników to jednak trzeba pamiętać, że w analizowanych przypadkach system prawny dysponuje instrumentami służącymi dochodzeniu naprawienia ewentualnej szkody¹². Co więcej, relacja między pacjentem a lekarzem oparta jest na zaufaniu, co może oznaczać, że jeżeli pacjent uzna, iż zaufanie zostało nadszarpnięte przez fakt, że lekarz nie odnosi się z poczuciem – jakkolwiek pojmowanej – szczególnej odpowiedzialności do procesów przekazywania ludzkiego życia, nie będzie skłonny lekarzowi tego procesu powierzyć.

Przechodząc do regulacji zawartej w art. 38 ust. 2 i 3 KEL trzeba w pierwszej mierze stwierdzić, że o ile ust. 1 komentowanego przepisu odnosi się, co do zasady, do każdego lekarza niezależnie od specjalności o tyle regulacja zawarta w ust. 2 i 3 znajdzie zastosowanie zwłaszcza w sytuacji specjalisty, który w zakresie swojej zawodowej aktywności ma obowiązki związane z udzielaniem informacji w analizowanym zakresie. Przepisy te stanowią, że „lekarz powinien udzielać zgodnych z wiedzą medyczną informacji dotyczących procesów zapłodnienia i metod regulacji poczęć, uwzględniając ich skuteczność, mechanizm działania i ryzyko” (ust. 2) oraz „lekarz ma obowiązek zapoznać pacjentów z możliwościami współczesnej genetyki lekarskiej, a także diagnostyki i terapii przedurodzeniowej. Przekazując powyższe informacje, lekarz ma obowiązek poinformować o ryzyku związanym z przeprowadzeniem badań przedurodzeniowych” (ust. 3).

Przepis art. 38 ust. 2 KEL jest nieprecyzyjny z kilku powodów. Po pierwsze, o czym była już mowa, dość niefortunnie brzmi słowo: „zapłodnienia”. Po drugie, nie wiadomo z jakiego powodu autor kodeksu nie posłużył się klauzulą „aktualnej wiedzy medycznej”¹³. Po trzecie, nie do końca jasne pozostaje komu lekarz powinien udzielać informacji dotyczących procesów zapłodnienia i metod regulacji poczęć. Można w tym zakresie przyjąć, że chodzi zarówno o obowiązek informacyjny lekarza w stosunku do pacjenta i wówczas obowiązek byłby obowiązkiem w zakresie udzielanych świadczeń w ramach np. tzw. konsultacji przedurodzeniowych składających się na poradnictwo przedkonceptyjne, jak również o ogólny obowiązek lekarza w stosunku do społeczeństwa, który można by zmieścić w działaniach profilaktycznych czy edukacyjnych. W pierwszej sytuacji byłaby to realizacja obowiązku w ramach konkretnego świadczenia zdrowotnego, którego niedopełnienie mogłoby skutkować odpowiedzialnością w zakresie naruszenia praw pacjenta. Jednocześnie trzeba widzieć także redakcyjną postać przepisu, która zwłaszcza w zestawieniu z ust. 3 komentowanego przepisu nie przesądza o wyłącznie profesjonalnej relacji lekarz–pacjent. Innymi słowy przepis może

¹² Por. art. 24 k.c. oraz art. 415 k.c., art. 445, 448 k.c.

¹³ W KEL użyto określenia „współczesna wiedza medyczna” w odróżnieniu do ustawowego terminu: „aktualna wiedza medyczna”. Zob. na ten temat K. Łanda, *Wytyczne i standardy kliniczne – aktualna wiedza medyczna*, dostępne na stronie: www.hta.pl/dok/wytistand.pdf, dostęp: 5 kwietnia 2015 r.; J. Haberko, *Aktualna wiedza medyczna a stosowanie homeopatii*, „Medyczna Wokanda” 2009, nr 1, s. 47–59 i literatura tam powołana.

być interpretowany także w ten sposób, że ilekroć lekarz miałby możliwość tej informacji udzielić w jakiegokolwiek postaci powinien czynić to z uwzględnieniem skuteczności, mechanizmu działania i ryzyka. Ostrożnie można przyjąć, że taka wykładnia wpisuje się w obowiązek pomocy nałożony na lekarza przez ustawodawcę w art. 30 u.z.l.

W tym miejscu pojawia się jednak konieczność uwzględnienia zakresu dostarczanej informacji na temat skuteczności metod regulacji poczęć, ich mechanizmu działania i ryzyka. Na uwagę zasługuje rozstrzygnięcie czy skuteczność, mechanizm działania i ryzyko odnoszą się także do procesów zapłodnienia. Jak się wydaje, udzielić należy tu odpowiedzi nie tyle w zakresie rygorów wykładni tekstu aktu prawnego ile w zakresie możliwości dostarczenia informacji w analizowanym zakresie. Lekarz musi udzielić sobie odpowiedzi na pytanie czy można mówić o skuteczności działania, mechanizmie i ryzyku procesów zapłodnienia. Jak się wydaje przesłanka zdrowego rozsądku będzie skłaniać do ostrożności w tym zakresie. Natomiast należy z całą mocą podkreślić, że odniesienie tych wytycznych do metod regulacji poczęć znajdzie już w pełni zastosowanie. Zastanawia w tym zakresie posłużenie się przez autora kodeksu określeniem „regulacji poczęć” nie zaś używaniem przez ustawodawcę „planowaniem rodziny”. Jak można sądzić jest to wynik przeoczenia nie zaś świadomego zabiegu, zwłaszcza że autor kodeksu zdaje się być w postrzeganiu wartości, jakimi są dobra osobiste w postaci życia i zdrowia znacznie bardziej restrykcyjny niż ustawodawca w ustawie *o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*¹⁴.

Dalej trzeba zauważyć, że nawet jeżeli autor kodeksu przyjmuje obowiązek udzielania zgodnych z wiedzą medyczną informacji o pewnych procesach i metodach to jednak z przepisu nie wynika, że uwzględnienie skuteczności, mechanizmu działania i ryzyka ma być odniesione do wiedzy medycznej. Można przyjąć równie dobrze, że dostarczenie informacji ma jedynie uwzględniać skuteczność, mechanizm i ryzyko. Co więcej można przyjąć, że ocena tych przesłanek może być dokonana wyłącznie przez konkretnego lekarza. Można powyższe zobrazować następującym przykładem: lekarz informuje o nieskuteczności danej metody regulacji poczęć lub informuje o ryzyku związanym ze stosowaniem danej metody, będąc subiektywnie przekonany o ryzyku w tym zakresie (np. stosowanie spirali domacicznej lub antykoncepcji hormonalnej). Wyrażam przeświadczenie, że tego rodzaju działania lekarza nie mogłoby ze swej istoty zostać uznane za sprzeczne z normą deontologiczną wyrażoną w komentowanym przepisie Kodeksu etyki lekarskiej. Powodem tego stanowiska pozostaje konieczność interpretacji przepisu w kontekście pozostałych zasad wykonywania zawodu, w tym także działania zgodnego z sumieniem (art. 4 u.z.l. w związku z art. 4 KEL).

Przepis art. 38 ust. 3 KEL w swej obecnej postaci musi również pozostawać przedmiotem szczegółowej wykładni, co więcej nie wydaje się możliwe poprzestanie na wykładni językowej w analizowanym zakresie. Zgodnie z treścią przepisu lekarz ma obowiązek zapoznać pacjentów z możliwościami współczesnej genetyki lekarskiej, a także diagnostyki i terapii przedurodzeniowej. Przekazując powyższe informacje, lekarz ma obowiązek poinformować o ryzyku związanym z przeprowadzeniem badań

¹⁴ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 roku *o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, Dz. U. 1993, Nr 17, poz. 78 ze zmianami.

przedurodzeniowych. W pierwszej kolejności uwagę zwraca posłużenie się przez autora kodeksu przesłanką podmiotową adresata informacji. Włączenie do treści przepisu pacjentów przekonuje o intencji autora kodeksu. Dalej jednak sytuacja nieco się komplikuje, gdyż lekarz ma obowiązek „zapoznać”. Użycie w treści przepisu określenia „zapoznać” znaczy jak należy sądzić więcej niż „udzielić informacji”. Jednak obowiązek udzielenia informacji został obwarowany sankcjami, a „zapoznanie” już w tym reżimie nie znajduje oparcia. Oczywiście można bronić tezy, że zapoznanie polega na takim dostarczeniu informacji, które da lekarzowi pewność, że pacjent nie tylko przyjął, ale zrozumiał, zapamiętał i będzie żył w przekonaniu istnienia pewnych faktów stanowiących przedmiot informacji. Dalsza redakcyjna postać przepisu nie przekonuje jednak do tej wersji wykładni. Po pierwsze dlatego, że autor kodeksu użył określenia „zapoznać z możliwościami”. Jest to zatem inna postać obowiązku niż obowiązek informacyjny w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Przypomnijmy, że w świetle art. 31 u.z.l. lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. Mowa zatem o proponowanych i możliwych metodach oraz o przystępnej informacji; co więcej ustawodawca konkretyzuje obowiązek i odnosi go do konkretnego pacjenta (lub jego przedstawiciela ustawowego) natomiast autor kodeksu odnosi obowiązek do bliżej nieokreślonego kręgu pacjentów w ogólności. Oczywiście, znów stosując życzliwą interpretację można przyjąć, że autor kodeksu widzi wielopodmiotowość relacji w zakresie udzielania świadczeń związanych z genetyką, diagnostyką i terapią przedurodzeniową. Jest to chyba jednak założenie bardziej optymistyczne niż wynikać by to mogło z rzeczywistej intencji autora kodeksu.

Przechodząc do najważniejszego w zakresie określenia standardu postępowania lekarza wobec pacjenta przepisu art. 39 KEL, należy stwierdzić na wstępie, że jest to jedno z niewielu miejsc w systemie prawa, w którym pojawia się podmiotowość dziecka poczętego jako pacjenta¹⁵. Podejmując działania lekarskie u kobiety w ciąży lekarz równocześnie odpowiada za zdrowie i życie jej dziecka. Dlatego obowiązkiem lekarza są starania o zachowanie zdrowia i życia dziecka również przed jego urodzeniem. Oznacza to, że lekarz w ramach standardu należytej zawodowej i najwyższej staranności powinien podejmować działania, w których ewentualny konflikt między wyborem dobra, jakim jest życie i zdrowie matki oraz życie i zdrowie dziecka poczętego, będzie w miarę możliwości minimalizowany. Nie sposób tracić z pola widzenia faktu, że lekarz jest podmiotem uczestniczącym w podejmowaniu decyzji w ramach prezentowanego konfliktu dóbr. W literaturze przedmiotu spotkać można pogląd, w świetle którego skoro przyjmuje się szeroko pojmowaną podmiotowość dziecka poczętego i nakazuje leka-

¹⁵ O problemach z pojmowaniem podmiotowości dziecka poczętego zob. np. M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, zwłaszcza s. 388 i n. oraz J. Haberko, *Trudny wybór pacjenta*, recenzja książki Marii Boratyńskiej, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, „Forum Prawnicze”, kwiecień 2013, s. 64; też szeroko *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, rozdział I.

rzom uznać go za pacjenta, to powołując dalej zasadę solidarności w stosunkach między lekarzem a pacjentami należy przyjąć konsekwentnie, że na lekarzu spoczywa obowiązek ochrony zdrowia obojga pacjentów¹⁶. Oznacza to, że skoro płód pozostaje dla lekarza pacjentem ma on obowiązek uczynienia wszystkiego co możliwe dla ratowania jego zdrowia i życia. Jednoznacznie wynika to z treści komentowanego art. 39 KEL.¹⁷

Przepis w zamyśle autorów kodeksu zapewne miał skłaniać lekarza do niepodejmowania bezrefleksyjnie działań, które mogłyby ze swej istoty szkodzić dziecku poczętemu mimo, że przynosiłyby korzyść kobiecie ciężarnej. Autor kodeksu przyjmuje nawet stanowisko dalej idące, nakładając na lekarza obowiązek czynienia wszystkiego co mieści się w ramach aktualnej wiedzy medycznej, a ma za przedmiot życie i zdrowie dziecka przed jego urodzeniem. Trzeba jednak zdawać sobie sprawę z tego, że obowiązek lekarza w zakresie starań o zachowanie zdrowia i życia dziecka uczynienie „wszystkiego co możliwe” w zakresie aktualnej wiedzy medycznej mogą być determinowane ciałem, a niekiedy i wolą ciężarnej¹⁸. Brak szczegółowych rozwiązań prawnych w omawianej materii stawia jednak lekarza w wyjątkowo trudnej sytuacji. O ile bowiem będzie on gotów podjąć działania medyczne dla ratowania zarówno kobiety ciężarnej, jak i dziecka poczętego, a jednocześnie wiedza medyczna i jego doświadczenie pozwolą mu jak najlepiej dobrać proponowane środki i procedury medyczne, o tyle nie będzie on w stanie podjąć żadnych działań w sytuacji, gdy zostanie, w obecnym stanie prawnym, ograniczony wyłącznie wolą kobiety ciężarnej. Nie ma bowiem żadnych instrumentów prawnych, z których lekarz mógłby skorzystać dla podjęcia działań ratujących życie lub zdrowie dziecka poczętego w sytuacji, gdy z powodów pozamedycznych pacjentka ciężarna odmówi zgody na interwencję medyczną¹⁹.

Rygorystyczne przestrzeganie zasady poszanowania autonomii woli pacjentki ciężarnej nie daje możliwości podjęcia działań przy odmowie przez nią zgody, nawet jeżeli działania te podejmowane miałyby być w interesie dziecka poczętego²⁰. Co więcej pacjentka ciężarna traktowana jest jak każdy inny pacjent poddawany procedurom medycznym, któremu gwarantuje się nie pogwałcenie jego woli i uprawnienie do samostanowienia. Nie ustanawia się w tym zakresie żadnych limitów i żadnego kompromisu podyktowanego prawnie uznanym interesem dziecka poczętego²¹. O ile rozstrzygnięcie konfliktu zdrowie i życie matki dziecka a zdrowie i życie dziecka poczętego na korzyść kobiety ciężarnej zdaje się znajdować akceptację, o ile zastosowano procedury medyczne o najmniejszej szkodliwości dla dziecka, których negatywną konsekwencją

¹⁶ Zob. D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, s. 257; P. Maciejko, *Pojęcie i koncepcje ochrony w zdrowiu*, „Antidotum” 1992, nr 12, s. 26–27.

¹⁷ T. M. Zielonka, *Na marginesie Kodeksu etyki lekarskiej*, artykuł dostępny na stronie: <http://www.gazetalekarska.pl>, dostęp: 10 kwietnia 2015 r.

¹⁸ P. Funghi, F. Giunta i współautorzy, *Consensus all'atto medico, caso 7, Paziente rifiuta il talio cesareo per motivi culturali e religiosi*, w: *Medicina, bioetica e diritto*, s. 91–102.

¹⁹ Szeroko to tym J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, zwłaszcza rozdział V.

²⁰ G. Ferrnando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1999, s. 2.

²¹ P. Zatti, *La tutela della Vita prenatale: i limiti del diritto*, „La Nuova giurisprudenza civile commentata” 2001, vol. 2, s. 149 i n.; F. Mantovani, *Il c.d. diritto del feto a nascere sano (problem medico-legali della diagnosi e trattamento del feto in utero)*, „Rivista italiana di medicina legale” 1980, s. 237 i n.; M. Casini, *Bioetica e diritti umani*, Roma 2007, s. 22.

okazał się jednak uszczerbek dla zdrowia, rozstrój zdrowia lub śmierć dziecka poczętego, o tyle rozstrzygnięcie konfliktu autonomia woli kobiety ciężarnej, a życie i zdrowie dziecka poczętego na korzyść pierwszej z wymienionych wartości może budzić wątpliwości²². Pomijając w tym miejscu inne sytuacje podejmowania interwencji wbrew woli czy przy braku zgody uwagę skoncentrować należy na zagadnieniu podejmowania interwencji wbrew woli w stosunku do kobiety ciężarnej. Chodzi tu o sytuację, w której konsekwencją działań lekarza może być poprawa stanu zdrowia lub ocalenie życia dziecka poczętego. Jednocześnie zaś występuje ryzyko poddania się zabiegom ze strony kobiety ciężarnej, ale to ryzyko jest albo niskie, albo nieporównywalnie niższe niż korzyść, którą może odnieść dziecko poczęte. M. Świdorska podaje przykłady sytuacji, z jakimi możemy mieć tu do czynienia²³. Chodzić będzie w głównej mierze o sytuacje w związku z patologią ciąży i koniecznością poddania ciężarnej stosownemu postępowaniu medycznemu wówczas, gdy kobieta pełnoletnia i o pełnym zakresie zdolności do czynności prawnych zgody odmawia. Wydaje się, iż należy doprecyzować to stanowisko. Moim zdaniem przedmiotem dyskusji nie będą wyłącznie sytuacje, w których leczeniu w ramach terapii płodu miałyby zostać poddane dziecko poczęte, ale również wszelkie te stany zdrowotne występujące po stronie kobiety ciężarnej, a wymagające interwencji medycznej, o ile brak tej interwencji mógłby mieć negatywny skutek dla dziecka poczętego. Należy zauważyć, że o ile w każdej typowej sytuacji pacjent ma prawo do odmowy udzielenia zgody na proponowaną przez lekarza czynność medyczną, o tyle sytuacja kobiety ciężarnej za typową nie może być uznana²⁴.

Zamykając szkicowe nakreślenie zasad rządzących wykonywaniem zawodu lekarza w zakresie deontologii zawodowej określonych w Kodeksie etyki lekarskiej należy zwrócić uwagę na zakaz z art. 39a KEL. Przepis stanowi, że lekarz nie może uczestniczyć w procedurach klonowania ludzi dla celów reprodukcyjnych lub terapeutycznych. *Prima facie* wydaje się, że przepis jest oczywiście trafny w zakresie sformułowania pewnego zakazu postępowania i to w interesie społeczeństwa²⁵. Lekarz nie powinien brać udziału w tego rodzaju procedurach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że zakaz został, w moim przekonaniu, niepotrzebnie ograniczony przedmiotowo. Zgodnie z zamysłem autora kodeksu lekarz nie może brać udziału w procedurach klonowania ludzi, ale wyłącznie do celów reprodukcyjnych lub terapeutycznych. Jest to oczywiste, gdyż ma na celu ochronę godności człowieka w kontekście wykonywania zawodu lekarza i ochrony wartości, jaką jest szacunek dla ludzkiej prokreacji. Należy jednak zwró-

²² Zob. zwłaszcza M. Safjan, *Prawo...*, s. 60; M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, s. 229; J. Sawicki, *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa*, Warszawa 1964, s. 5.

²³ M. Świdorska, *Zgoda...*, s. 229.

²⁴ M. Safjan wskazuje na bogatą literaturę amerykańską w przedmiocie konfliktu interesów na tle terapii prenatalnej. Zob. M. Safjan, *Prawo...*, s. 60 i literatura tam zamieszczona. Ponadto G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1999, s. 237; P. Zatti, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, „Rivista di diritto civile” 1999, vol. 1, s. 107, tenże, *La tutela della vita prenatale: I limiti del diritto*, „La nuova giurisprudenza civile commentata” 2001, vol. 2, s. 149 i n.; F. Mantovani, *Il c.d. diritto del feto a nascere sano (problemi medico-legali della diagnosi e trattamento del feto in utero)*, „Rivista Italiano di medicina legale” 1980, s. 237 i n.

²⁵ T. M. Zielonka, *Na marginesie Kodeksu etyki lekarskiej*, artykuł dostępny na <http://www.oil.org.pl>, dostęp: 10 kwietnia 2015 r.

cić uwagę na fakt, że udział lekarza w jakiegokolwiek procedurze klonowania człowieka niezależnie od celu zasługuje na negatywną ocenę moralną w kontekście zasad współżycia społecznego oraz norm moralnych przyjętych za podstawę nakazów deontologicznych ujętych w Kodeksie etyki lekarskiej. Trudno sobie bowiem wyobrazić, by lekarz podejmował działania zmierzające do klonowania człowieka w celach, które wprawdzie nie mają charakteru reprodukcyjnego lub terapeutycznego, ale wiążą się na przykład z korzyściami komercyjnymi.

Podsumowując, należy zauważyć, że choć prezentowana regulacja nie spełnia pewnych założeń w zakresie precyzji tekstu prawnego oraz użytego przez autora kodeksu słownictwa, któremu przypisuje się w prawoznawstwie określone znaczenie zamieszczenie tych przepisów skłaniać ma niewątpliwie lekarza do podejmowania przemyślnych i nieszkodzących pacjentom zachowań. Jednocześnie lekarz musi zdawać sobie sprawę, że mimo braku precyzji językowej autora kodeksu wypełnia on często pewną lukę, która stanowi wynik przeoczenia ustawodawcy. Należy oczywiście, w interesie lekarza, dążyć do wypełnienia wskazanych luk przepisami prawa powszechnego oraz standardami postępowania składającymi się na aktualną wiedzę medyczną.

Streszczenie

Komentowany rozdział Kodeksu etyki lekarskiej odnosi się do jednego ze szczegółowych zagadnień w działalności medycznej lekarza mianowicie do prokreacji. Rozdział obejmuje trzy przepisy, które stanowią uzupełnienie ogólnych zasad postępowania lekarza w stosunku do pacjenta w sytuacji wyjątkowo delikatnej, jaką jest przekazywanie ludzkiego życia. Poszczególne przepisy KEL zostały poddane szczegółowej analizie.

Some remarks about art. 38–39a of the Code of Medical Ethics

Summary

The commented chapter of the Code of Medical Ethics (CME) refers to one of the specific issues in physician's activities, namely procreation. This chapter includes three provisions, in addition to general rules of medical conduct, in relation to the patient in an extremely delicate situation, that of transmission human life. The CME individual provisions have been analyzed in detail.