

ROZDZIAŁ II

Jacek Karakulski¹

Wokół art. 39 Konstytucji RP – czyli co po 20 latach jej obowiązywania myśleć o absolutnym charakterze norm w nim zawartych?

STRESZCZENIE

Przedmiotem pogłębionych rozważań w niniejszym tekście jest art. 39 Konstytucji RP – w szczególności kwestia jego absolutnego charakteru. Według autora klauzula limitacyjna z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP może znaleźć zastosowanie do omawianego przepisu w pewnym ściśle określonym zakresie. Po przeprowadzeniu testu proporcjonalności autor dochodzi do wniosku, że analizowana wolność (prawo) może zostać ograniczona w zakresie wymogu uzyskania zgody osoby poddawanej eksperymentowi leczniczemu. Niemniej, nie wolno zapominać między innymi o tym, że podjęcie próby ocalenia życia z pominięciem zgody osoby poddawanej eksperymentowi nie może naruszać jej prawa do godnej śmierci.

Słowa kluczowe: Konstytucja, medycyna, prawo konstytucyjne, prawo medyczne, eksperyment medyczny, eksperyment leczniczy, prawa i wolności człowieka

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

Article 39 of the Constitution of the Republic of Poland – What Should We Think about the Absolute Character of Its Norms after 20 Years of Its Adoption?

The text aims to make an in-depth analysis of article 39 in the Constitution of the Republic of Poland – especially focused on the issue of the absolute character of this provision. According to the author, article 31 paragraph 3 of the Constitution shall be applied to the provision in question in a specific range. After carrying out the proportionality test, the author concludes that the discussed freedom (right) may be restricted in the field of obtaining a consent for a therapeutic experiment. Nevertheless, as it has been stressed, an attempt to save a life without the consent of the person undergoing the experiment can not violate his right to the worthy death.

Key words: Constitution, medicine, constitutional law, medical law, medical experiment, therapeutic experiment, human rights and freedoms

1. WSTĘP

Artykuł 39 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej² stanowi, iż „nikt nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”. W doktrynie podkreśla się bezwzględny (absolutny) charakter tego prawa implikujący brak możliwości jego ograniczenia. Artykuł 39 Konstytucji RP znajduje się w katalogu praw i wolności niemogących podlegać ograniczeniom w czasie stanu wojennego i wyjątkowego z art. 233 ust. 1 Konstytucji RP i nie jest wspomniany w art. 233 ust. 3 Konstytucji RP – co oznacza również brak możliwości ograniczenia tego prawa w czasie stanu klęski żywiołowej. Powyższe uwagi prowadzą do uznania pewnej racjonalności tezy o absolutnym charakterze prawa będącego głównym przedmiotem analizy. Należy jednak powziąć pewne wątpliwości, co do pełnej prawidłowości takiej konstatacji i zbadać kompleksowo zakres owego bezwzględnego

2 Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.

charakteru wspomnianego przepisu, biorąc pod uwagę całokształt regulacji konstytucyjnej. Innymi słowy, należy zastanowić się, czy po przeszło 20 latach od wejścia w życie Konstytucji RP z 1997 r. nie zbyt pochopnie uznaje się dalej (z nielicznym wyłamaniem w doktrynie³) bezwzględny charakter omawianego prawa.

2. PRZEDMIOT OCHRONY ARTYKUŁU 39 KONSTYTUCJI RP

Jak zauważa się w nauce prawa konstytucyjnego, art. 39 Konstytucji RP należy do szerszego zbioru norm zakazujących naruszania nietykalności osobistej⁴. Zgodzić należy się również ze stwierdzeniem, iż przedmiotem ochrony jest wolność człowieka jako taka, a nie sama ochrona przed ewentualnymi negatywnymi skutkami eksperymentów, co oznacza iż zakres działania tego prawa rozciąga się na wszystkie przypadki eksperymentów biomedycznych a nie jedynie takie, które potencjalnie godzić mogą w dobro, jakim jest życie i zdrowie człowieka⁵. Niemniej jednak, sam fakt istnienia owej wolności od niedobrowolnych eksperymentów bez względu na istnienie zagrożenia dla zdrowia lub życia lub jego brak, nie musi oznaczać w dalszym ciągu kategorycznego zakazu ograniczenia tego prawa w pewnym ściśle ujętym zakresie (o czym dalej).

3. KONFLIKT WARTOŚCI

Należy zauważyć, iż często podkreślany w dyskursie konflikt omawianego przepisu i art. 73 Konstytucji RP nie jest jedyną kolizją, występującą na gruncie konstytucyjnym, z udziałem art. 39 Konstytucji RP. W przypadku eksperymentu leczniczego, celem jego

3 Tak w zakresie nieabsolutnego charakteru art. 39 Konstytucji RP w sferze eksperymentów medycznych np. B. Przybyszewska-Szter, *Wolności i prawa osobiste*, (w:) M. Chmaj (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016, s. 115.

4 M. Królikowski, K. Szczucki, *Art. 39*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 957.

5 *Ibidem*.

przeprowadzenia jest ochrona życia lub zdrowia pacjenta. Życie i zdrowie człowieka pozostają wartościami rangi konstytucyjnej, co wprost wynika odpowiednio z art. 38 Konstytucji RP i art. 68 ust. 1 Konstytucji RP. Jeśli to właśnie wskazane dobro jest zagrożone i nie ma możliwości innego sposobu ochrony tego dobra, to nie ma podstaw aby uznać, iż naruszona byłaby norma z art. 39 Konstytucji RP. Nie ma ona owego absolutnego charakteru w zakresie, w jakim prowadzi do ochrony zdrowia i życia jednostki mającej zostać poddaną temu eksperymentowi (leczniczemu). Pamiętać należy jednak, iż wszystkie prawa i wolności wywodzą się z nienaruszalnej godności istoty ludzkiej, co każdorazowo stanowi ograniczenie możliwej ingerencji w prawo lub wolność. Sam fakt ochrony zdrowia i życia ludzkiego, tożsamego z jednym z dóbr chronionych art. 39 Konstytucji RP, nie oznacza braku naruszenia tego prawa. Z regulacji konstytucyjnej wprost wynika nakaz posiadania zgody pacjenta, co jest nieodzowną częścią prawa z art. 39 Konstytucji RP i to ten zakres podlega w tym wypadku ograniczeniu.

4. WARUNKI INGERENCJI I PROPORCJONALNOŚĆ OGRANICZENIA

Po wyodrębnieniu z art. 39 Konstytucji RP normy odnoszącej się do eksperymentu leczniczego oraz po ustaleniu zakresu, w jakim naruszone zostaje owo fundamentalne prawo, możemy przejść do przeprowadzenia testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z kryteriami wielokrotnie przywoływanymi już przez Trybunał Konstytucyjny (dalej: Trybunał) w jego orzecznictwie⁶.

4.1. PRZESŁANKA FORMALNA WPROWADZANIA OGRANICZEŃ

Fundamentalną gwarancją chroniącą obywatela przed arbitralnym kształtowaniem jego sytuacji prawnej przez organy państwa jest wymóg ustawowej kompleksowej regulacji ograniczeń praw

⁶ Zob. m.in. wyrok TK z dnia 29 czerwca 2001 r., K 23/00, OTK ZU 2001, nr 5, poz. 124, ale i wiele późniejszych orzeczeń.

i wolności jednostki. Formalny aspekt ograniczania konstytucyjnych praw i wolności nie sprowadza się, zgodnie z orzecznictwem Trybunału⁷, do samego wymogu zawarcia regulacji ingerującej w akcie prawnym odpowiedniej rangi, lecz musi ono spełniać odpowiednie wymogi szczegółowości i inne zasady poprawności legislacyjnej, wywodzone z art. 2 Konstytucji RP. Wynika to z faktu, iż parlament, mający demokratyczną legitymację suwerena, winien wziąć na siebie pełną odpowiedzialność za całość ograniczenia prawa lub wolności⁸. Wnioskować należy, iż niedopuszczalne byłoby kształtowanie jakichkolwiek warunków dotyczących samego pominięcia zgody pacjenta w aktach podustawowych. Na marginesie zauważmy tylko, iż mamy do czynienia ze zgoła odmiennym stanem rzeczy w zakresie samej precyzyjnej regulacji procedury wyrażenia zgody na poddanie się badaniom klinicznym, bowiem szczegółowy sposób m.in. informowania jednostki, unormowany jest w rozporządzeniu⁹.

Niewykluczone jest pojawienie się stanowiska, iż ewentualne rozporządzenie, wydane na podstawie szczegółowego upoważnienia ustawowego, przewidywać mogłoby kwestie związane z dopuszczalnością przeprowadzenia w ogóle danych eksperymentalnych form leczenia (dopuszczalność zastosowania określonych substancji chemicznych, aparatur *et similia*) niezwiązanych

7 Zob. m.in. wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 3; wyeksponowano w nim istnienie „wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego”, w tym dalej „nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia”.

8 Ze stanowiska Trybunału w kwestii wymogu określenia przez ustawodawcę rodzaju środków technicznych służących inwigilacji jednostek (sygn. K 23/11) – jako wymogu kompletności ustawowego unormowania ograniczeń praw i wolności.

9 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie Dobrej Praktyki Klinicznej (Dz.U. poz. 489).

z samą procedurą ich wdrożenia w proces leczenia – którą należałoby uznać w tym wypadku za materię ustawową. Powyższa uwaga nawiązuje do definicji eksperymentu leczniczego z art. 21 ust. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty¹⁰ (dalej u.z.l.) w zakresie, w jakim odwołuje się do jedynie częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych. Przy aprobacie takiego stanowiska pozostaje otwarte pytanie o możliwość stosowania metod całkowicie nowych. Jest dalece prawdopodobne, że konieczność odwołania się do rozporządzenia (które regulowałoby dopuszczalność określonych metod eksperymentalnych) udaremniałaby wielokrotnie udzielenie hipotetycznie skutecznej pomocy. Oczywiście, uznać można, iż taka regulacja prawdopodobnie pomogłaby w przeciwdziałaniu stosowania metod w pełni dowolnych (mogących skutkować m.in. odpowiedzialnością cywilną – o czym więcej pod koniec tej części rozważań) oraz zapewniałaby bardziej legitymizowany charakter działań lekarzy. Zaznaczenia wymaga fakt, iż rozporządzenie takie nie blokowałoby rozwoju nauki i swobody działalności badawczej gwarantowanych w art. 73 Konstytucji RP, bowiem nie to jest celem eksperymentów leczniczych. Służyłoby ono jedynie wstępnej weryfikacji metod niebędących jeszcze w pełni sprawdzonymi formami leczenia, a mogących mieć ewentualne zastosowanie wobec osób, które samodzielnie nie mogą wyrazić zgody na eksperyment. Pytanie o potrzebę takiej skrupulatnie zredagowanej delegacji ustawowej pozostaje otwarte, bowiem nie jest to *stricte* przedmiotem prezentowanej analizy. Wydaje się, że zdecydowanie wystarczający jest wymóg uzyskania pozytywnej opinii komisji bioetycznej, a mnożenie aktów prawnych nie spowoduje urzeczywistnienia w większym stopniu gwarancji konstytucyjnych. Kończąc ten wątek, w moim mniemaniu, należałoby się zastanowić między innymi, czy takowe rozporządzenie (i sama jego podstawa ustawowa),

10 Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152 z późn. zm.

które blokowałyby użycie pewnych aparatów czy też substancji jedynie w przypadku eksperymentu leczniczego bez zgody, nie naruszałoby zasady równości. Jednakże problem ten jest zawiły, a wyprowadzenie pewnych postulatów *de lege ferenda* możliwe by było jedynie po przeprowadzeniu skrupulatnej analizy. Jawi się tu problem wyważenia ewentualnego zaprzepaszczenia podjęcia próby ochrony życia człowieka lub poprawy jego stanu zdrowia, ale i ochrony jednostki przed niesprawdzonymi w żadnym stopniu metodami leczenia, które potencjalnie zawsze mogą być niebezpieczne. Powyższe ma znaczenie nie jedynie na poziomie prawa karnego i cywilnego, ale też w perspektywie próby stosownego legitymizowania lekarzy do użycia jedynie wstępnie zweryfikowanych metod, niedopuszczonych jeszcze do powszechnego użytku w służbie zdrowia.

4.2. „OGRANICZENIA [...] KONIECZNE W DEMOKRATYCZNYM PAŃSTWIE PRAWNYM...”

Odnosząc się już *stricte* do testu proporcjonalności, rozpocząć należy od analizy przesłanki konieczności. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, wprowadzane ograniczenie musi być konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony pewnych wskazanych przez ustrojodawcę wartości. W omawianej sytuacji wartością chronioną jest życie i zdrowie pacjenta – w tym wypadku uznać należy, iż odnosi się ona do przesłanki zdrowia publicznego. Problematyka ograniczenia jednego prawa lub wolności na rzecz innego prawa lub wolności tej samej osoby zostanie omówiona nieco dalej. Jak już zostało pośrednio wspomniane, w zgodnej z Konstytucją RP regulacji ustawowej znaleźć musi się klauzula o subsydiarnym charakterze eksperymentu leczniczego jako środka udzielenia pomocy pacjentowi niezdolnemu do samodzielnego wyrażenia zgody na jego przeprowadzenie. Jedynie unormowanie, w którym wprost wyrażona będzie dyrektywa pozwalająca na przeprowadzenie eksperymentu leczniczego bez zgody jedynie w ostateczności, może

być zgodna z gwarancjami, jakie muszą być zapewnione z uwagi na art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Zdaje się, że nie ma powodów – abstrahując przy tym od obecnej regulacji ustawowej – dla których o konieczności przeprowadzenia eksperymentu leczniczego bez zgody miałby orzekać sąd (należy jednak zaznaczyć, że w przeciwnym kierunku zmierzać może orzecznictwo ETPCz¹¹). Po pierwsze, może to udaremnić przydatność regulacji (powodując tym samym jej niekonstytucyjność) – w zdecydowanej większości przypadków czas oczekiwania na zgodę sądu może powodować jedynie pogłębianie się choroby, która nie może być przecież zwalczana żadnymi innymi metodami leczniczymi ze względu na ich nieskuteczność (wynika to właśnie z subsydiarnego charakteru środka pomocy lekarskiej w postaci zastosowania metody eksperymentalnej). Powyższe ryzyko *de lege lata* jest ograniczone art. 25 ust. 8 u.z.l. Po drugie, orzeczenie sądu i tak będzie miało charakter iluzorycznego nadzoru nad sytuacjami, w jakich dochodzić będzie do ograniczenia prawa z art. 39 Konstytucji RP, bowiem sąd kierował będzie się opinią biegłych. Ocena konieczności zastosowania tej ostatecznej próby zwalczenia stanu zagrożenia dla zdrowia i życia mimo wszystko znajdować się będzie w rękach specjalistów z zakresu medycyny, co przemawia za pozostawieniem jej w rękach lekarzy zajmujących się danym przypadkiem (oraz komisji bioetycznej) bez potrzeby oczekiwania na prawomocne orzeczenie sądu.

4.3. „[...] DLA JEGO BEZPIECZEŃSTWA LUB PORZĄDKU PUBLICZNEGO, BĄDŹ DLA OCHRONY ŚRODOWISKA, ZDROWIA I MORALNOŚCI PUBLICZNEJ, ALBO WOLNOŚCI I PRAW INNYCH OSÓB”

W związku z podjętymi wyżej konstatacjami konieczne jest przeanalizowanie dopuszczalności powoływania się na zdrowie i życie

11 ETPCz w wyroku z dnia 9 marca 2004 w sprawie Glass przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga nr 61827/00, RJD 2004-II) opowiedział się za potrzebą udzielenia zastępczej zgody przez sąd w sytuacji sprzeciwu matki wobec potrzeby przeprowadzenia terapii jej dziecka.

jednostki w przypadku woli ograniczenia innego jej prawa lub wolności. Jak wynika z treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jedną z wartości mogących przemawiać za wprowadzeniem danego ograniczenia są wolności lub prawa innych osób. W tym wypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której ograniczane są jedne prawa na rzecz innych praw tej samej jednostki, w związku z czym nie sposób powołać się skutecznie na wspomnianą wartość. Egzemplifikacją niewłaściwego posługiwania się tą przesłanką jest m.in. racjonalizacja ubezwłasnowolnienia – z którą najczęściej się spotykamy – iż służy ono ochronie interesów jednostki ubezwłasnowolnianej. Podkreślić należy, iż taka przesłanka materialna nie występuje w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Tymczasem poszukiwać należy innych argumentów przemawiających za konstytucyjnością instytucji ubezwłasnowolnienia. Oczywiście tak daleka ingerencja państwa (jaką możemy zaobserwować w przypadku ubezwłasnowolnienia i w dużej mierze też zaaprobować) nie jest dopuszczalna w warunkach w jakich osoba ma możliwość pełnego samostanowienia o sobie (ma wymagany poziom sił psychofizycznych). Nie do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której każdorazowo w imię ochrony jej własnego zdrowia, jednostka może zostać pozbawiona pewnych praw (w tym również majątkowych) jedynie ze względu na istniejące dla niej samej zagrożenie (np. przymusowe odebranie jednostce zepsutego motocyklu, którym jednostka porusza się po własnej nieruchomości, ze względu na wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia u niej poważnego uszczerbku wskutek jego eksploatacji). Potrzeba zastosowania eksperymentu leczniczego i ograniczenia art. 39 Konstytucji RP, która analizowana jest w niniejszym tekście, abstrahuje od tego problemu, ponieważ dotyczy ona sytuacji, w której jednostka nie może sama udzielić świadomej zgody (w rozumieniu art. 39 Konstytucji RP) na poddanie się zabiegowi eksperymentalnemu (tym samym nie jest ona w stanie w pełni zdecydować o swojej sytuacji prawnej/faktycznej).

W mojej opinii nie do końca trafny jest pogląd L. Boska, iż „art. 39 Konstytucji RP dotyczy tylko eksperymentów (badań) naukowych”¹². Należy się jednak w pełni zgodzić z twierdzeniem, że „przepis ten nie uchyła zastosowania art. 68 Konstytucji RP do usprawiedliwienia eksperymentów leczniczych mających na celu dobro uczestnika badania”¹³. Poszukując przesłanki materialnej uzasadniającej wprowadzenie ograniczenia w przedmiotowej kwestii, odwołać należy się do zdrowia publicznego. Zasadniczo zagrożenia dla zdrowia ludzkiego mogą pochodzić zarówno od zewnątrz organizmu ludzkiego (czynniki zewnętrzne), jak również od wewnątrz – w sytuacji, w której jednostka sama sobie szkodzi (destruuje ona własne zdrowie)¹⁴. Prawo jednostki do ochrony zdrowia mieści się w kategorii zdrowia publicznego a ściślej w tym jego zakresie, w jakim ma służyć umożliwieniu zwalczania lub zapobiegania zagrożeniom dla zdrowia ludzkiego płynącym „od wewnątrz”. Racjonalizacja takiej tezy nie może obyć się bez choćby szczątkowego odwołania do zagadnienia paternalistycznej postawy państwa. Nie ulega wątpliwości, iż prawo do samostanowienia w pełnym jego wymiarze przysługiwać winno osobom dojrzałym (oczywiście abstrahując tu od poziomu nieostrości tego zwrotu). Niemniej nawet w ich przypadku na rzecz państwa zastrzeżone może zostać (w myśl postulatów paternalistycznych) prawo do pewnego ograniczania ich swobody w kształtowaniu całokształtu swojej szeroko rozumianej sytuacji osobistej. Punktem wyjścia dla rozważań o subiektywnym nastawieniu każdego do idei państwa chroniącego jednostkę – nawet przed jej samą działalnością – winna pozostać kwestia racjonalności działań jednostki. Krańcowo podmiot funkcjonujący w ramach społeczeństwa cieszyć się powinien (co nie

12 Tak L. Bosek, *Art. 68*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *op.cit.*, s. 1546.

13 *Ibidem*.

14 Tak też za J. Bociem M. Szydło, *Art. 31*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *op.cit.*, s. 788.

ulega wątpliwości) pełną swobodą decydowania o samym sobie w zakresie działań legalnych, ale i (*volens nolens*) dorzecznych. Jednostka (funkcjonując w społeczności tworzącej dobro wspólne) w sposób całkowicie sprzeczny z podstawowymi zasadami racjonalności wpłynąć może negatywnie także na szerszy krąg podmiotów aniżeli samą siebie (to oczywiście pozostaje już całkowicie poza materią tu rozważaną). W kalejdoskopie poglądów należy spostrzec, iż aprobata niektórych teorii dla paternalizmu wynika z odwołania się do racjonalnej, przyszłej lub hipotetycznej zgody beneficjenta ingerencji. Działanie dla dobra takiej osoby – nawet wbrew jej wyraźnej woli – uzasadniane jest zgodą, jakiej udzieliłaby ona, gdyby racjonalnie rozważyła wszystkie okoliczności sprawy¹⁵. Problematyka dozwolonej na polskim gruncie konstytucyjnym skali interwencjonizmu państwowego w sferę osobistą jednostki (ściślej jej prawo do samostanowienia) nie jest obca praktyce Trybunału Konstytucyjnego, który zmierzyć musiał się z powyższym problemem m.in. w sprawie dotyczącej zasadności (legalności) kryminalizacji posiadania marihuany¹⁶, czy też obowiązku zapinania pasów bezpieczeństwa¹⁷. Na potrzeby niniejszego wywodu – przywołując orzeczenia zapadłe we wspomnianych sprawach – należy wskazać, iż Konstytucja RP dopuszcza w pewnym zakresie paternalistyczne działania prawodawcy. W przedmiocie braku możliwości powzięcia dobrowolnej i świadomej decyzji o poddaniu się zabiegowi eksperymentalnemu, powyższe spostrzeżenia pozostają jedynie nieznaczną, lecz zauważalną smugą. Dopuszczenie omawianej formy podjęcia próby ratowania życia i zdrowia jednostki nie stanowi dalece drastycznego przejawu paternalistycznej postawy państwa. Dzieje się tak ze względu na to, że w rozpatrywanym zakresie jednostka nie tyle nie podejmuje decyzji racjonalnej, lecz

15 Zob. G. Dworkin, *Paternalism*, „The Monist”, 1972, vol. 56, nr 1, s. 75-77.

16 Wyrok TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, OTK ZU 10A/2014, poz. 111.

17 Wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK ZU 7A/2009, poz. 108.

nie jest w stanie podjąć jakiejkolwiek świadomej i dobrowolnej decyzji. Podkreślenia wymaga stwierdzenie, iż o ile jednostka jest w stanie podjąć jakąkolwiek świadomą i dobrowolną decyzję („z rozeznaniem wypowiedzieć opinię”) w zakresie poddania się eksperymentowi leczniczemu, to (z perspektywy art. 39 Konstytucji RP) decyzja taka musi zostać w pełni uszanowana (choćby była nieracjonalna) – toteż nie mamy w tym miejscu do czynienia z paternalizmem w ścisłym tego słowa znaczeniu. Zastosowanie proponowanej wykładni nie prowadzi do ograniczenia jednostce jej prawa do samostanowienia, tylko stworzenia możliwości (dostosowania instytucji prawnej) zastąpienia decyzji jednostki w sytuacji, gdy nie ma ona możliwości podjęcia decyzji. Reasumując, w omawianym zagadnieniu należy uznać, iż prawo jednostki do bycia wolnym od eksperymentów leczniczych bez dobrowolnie wyrażonej zgody zostaje ograniczone na rzecz zdrowia publicznego *sensu largo*.

4.4. PRZESŁANKA PRZYDATNOŚCI

Następną przesłanką ustanowienia ograniczenia jest jego przydatność dla ochrony wartości uzasadniającej jego wprowadzenie. Niewątpliwie eksperymenty lecznicze służyć mają poprawie stanu zdrowia osoby chorej. Należy jednak głębiej pochylić się nad problematyką tej części testu proporcjonalności, w kontekście jedynie hipotetycznej skuteczności eksperymentalnej metody leczenia. W analizowanym przypadku – moim zdaniem – odpowiedzieć należy się za stanowiskiem, iż możliwość zajścia spodziewanych pozytywnych rezultatów jest wystarczająca. Każda regulacja prawna (szczególnie widoczne jest to przy penalizacji danych zachowań) pozostawia pewne wątpliwości co do swojej efektywności. Wprowadzenie kryminalizacji określonych czynów nigdy nie prowadzi do całkowitego zaniku przestępczość na danej płaszczyźnie, lecz w swojej istocie może być środkiem właściwym (hipotetycznie skutecznym) w zakresie regulacji życia społecznego. Jednakowo

w tej sytuacji, o ile dany eksperyment (co może zostać poddane niestety jedynie kazuistycznej ocenie) ma szansę doprowadzić do polepszenia stanu zdrowia pacjenta – pozostaje w zgodzie z przesłanką celowości (przydatności) wprowadzanego ograniczenia. Nie bez znaczenia pozostają spostrzeżenia – umieszczone w dalszej części wywodu – dotyczące podejmowania przez lekarza działań całkowicie bezcelowych (z punktu widzenia oceny *ex ante*), które uznać należałoby za nielegalne i mogące się wiązać z ewentualną odpowiedzialnością prawną.

4.5. TŁO PRAWNOMIĘDZYNARODOWE

Nie ulega wątpliwości, że ranga wartości w postaci wolności od niedobrowolnych eksperymentów jest bardzo wysoka. Na względzie należy mieć również pryzmat międzynarodowy. Oczywiście nie może on przesądzić o układzie hierarchii wartości konstytucyjnych – który stanowi pewną autonomiczną całość – niemniej jest on wskazówką co do kierunku, w jakim demokratyczne państwo prawne powinno kształtować poziom dbałości o pewne fundamentalne prawa i wolności człowieka.

Artykuł 3 EKPCz stanowi podstawę dla utworzenia normy prawnej zakazującej na gruncie konwencyjnym dokonywania eksperymentów medycznych bez zgody pacjenta. Zgodnie z orzecnictwem ETPCz, nawet prawidłowo przeprowadzony zabieg medyczny dający pozytywny rezultat może stanowić naruszenie art. 3 EKPCz, o ile w jego wyniku dojdzie do przekroczenia minimalnego poziomu cierpienia (upokorzenia)¹⁸. Każda sprawa, w której zachodzi podejrzenie naruszenia art. 3 EKPCz, wymaga precyzyjnej analizy przypadku (należy odwołać się do minimalnego poziomu dolegliwości związanego z intensywnością cierpienia i dyskomfortu psychicznego)¹⁹. W sytuacji, w której nie dochodzi do przekrocze-

18 Zob. M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 163.

19 *Ibidem*, s. 165.

nia adekwatnego do naruszenia art. 3 EKPCz progu następcej dolegliwości, można rozważać naruszenie art. 8 EKPCz²⁰. Z powyższego należy jednak wydzielić problematykę braku zgody pacjenta (który to sam w sobie może oznaczać naruszenie art. 8 EKPCz) w sytuacji braku możliwości udzielenia takowej przez jednostkę mającą być poddaną zabiegowi. Normy z art. 8 EKPCz nie mają charakteru absolutnego – statuowane w nim prawo może podlegać ograniczeniom – pozostaje jedynie pytanie o to, czy zgodę na ograniczenie wymogu uzyskania uprzedniej zgody miałby wyrażać sąd poprzez wydanie zgody zastępczej (o czym zostało wspomniane we wcześniejszym etapie rozważań). Ciekawe konstatacje można by również poczynić mając na względzie, że statuowany w art. 3 EKPCz zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania ma istotną wspólną płaszczyznę normowania z powszechnie uznawaną (wiązącą) na arenie międzynarodowej normą *ius cogens*, zakazującą tortur²¹. Idąc za spostrzeżeniami E. de Wet dotyczącymi norm *ius cogens* jako limitujących swobodę prawodawczą (w tym ustrojodawczą) państw²² należy przywołać istotną zasadę prawa międzynarodowego, jaką jest brak możliwości powoływania się na regulacje wewnętrzpaństwowe (w tym konstytucyjne) w celu uchylecia się od zobowiązań prawnomiędzynarodowych²³.

Regulacja w zakresie udziału jednostki w eksperymencie zawarta została także w ratyfikowanym przez Polskę Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych²⁴. Zgodnie

20 *Ibidem*. Zob. także przywołany tam wyrok ETPCz z 22 lipca 2003 r., w sprawie Y. F. przeciwko Turcji, skarga nr 24209/94, RJD 2003-IX.

21 Zob. szerzej na temat charakteru tego zakazu w prawie międzynarodowym m.in. E. de Wet, *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law*, „European Journal of International Law”, 2004, vol. 15, nr 1.

22 *Ibidem*, s. 101 i n.

23 Co odnośnie pisemnych umów międzynarodowych uregulowane jest w art. 27 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów (Dz.U. 1990 nr 74 poz. 439).

24 Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167.

z treścią art. 7 wspomnianego Paktu nikt nie może zostać poddany doświadczeniom lekarskim lub naukowym bez własnej swobodnie wyrażonej zgody. Jak stanowi art. 4 ust. 2 MPPOiP, art. 7 MPPOiP nie może ulec zawieszeniu nawet w nadzwyczajnych okolicznościach omówionych w art. 4 ust. 1 MPPOiP. Zauważyć należy jednak, że proponowana wykładnia art. 39 Konstytucji RP nie prowadzi do całkowitego wyłączenia wolności od niedobrowolnych eksperymentów leczniczych, lecz stanowić ma ograniczenie jej pewnego zakresu za rzecz fundamentalnych wartości (co istotne stanowiących podstawowe prawa jednostki, której wprowadzane ograniczenie ma dotyczyć).

4.6. PROPORCJONALNOŚĆ *SENSU STRICTO*

Po zarysowaniu tła prawnomiędzynarodowego, wracając na płaszczyznę Konstytucji RP, należy odwołać się do art. 38 Konstytucji RP oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji RP. Ochrona zdrowia i życia ludzkiego stanowią fundamentalne gwarancje dla prawidłowego funkcjonowania jednostki (ma ona znaczenie nie tylko w relacjach wertykalnych, ale także horyzontalnych). Jak zważył Trybunał Konstytucyjny: „życie ludzkie stanowi wartość o randze najwyższej w naszej cywilizacji i kulturze prawnej”²⁵. Rangę tych wartości wskazuje również dodatkowa ich ochrona takimi przepisami jak między innymi art. 40 Konstytucji RP, art. 41 ust. 1 Konstytucji RP w zakresie w jakim zapewnia nietykalność osobistą jednostki, art. 41 ust. 4 Konstytucji RP, całokształt regulacji z art. 68 Konstytucji RP, pośrednio art. 74 ust. 1 Konstytucji RP oraz dodatkowymi gwarancjami dotyczącymi stanów nadzwyczajnych (*vide* katalogi praw i wolności z art. 233 ust. 1 Konstytucji RP i art. 233 ust. 3 Konstytucji RP). W związku z powyższym uznać należy za spełnioną przesłankę proporcjonalności *sensu stricto*, bowiem w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego – gdy brak jest możliwości podjęcia skutecznych

25 Wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., K 44/07, OTK-A 2008, Nr 7, poz. 126.

konwencjonalnych działań medycznych – norma z art. 39 Konstytucji RP ustąpić powinna w ściśle określonym zakresie przywołanym wartościom związanym z zagwarantowaniem ochrony najistotniejszym z dóbr człowieka.

4.7. POGLĄD TRYBUNALSKI I KONKLUZJA

Trybunał Konstytucyjny w (niemającej już mocy powszechnie obowiązującej z uwagi na art. 239 ust. 3 Konstytucji RP) uchwale z dnia 17 marca 1993 r.²⁶ wykluczył dopuszczalność jedynie eksperymentów badawczych bez zgody osoby poddawanej eksperymentowi, a więc eksperymentów biomedycznych niemających charakteru leczniczego. Standard ten, drogą odpowiedniej wykładni analizowanego przepisu, przenieść możemy wprost na obecnie istniejącą regulację konstytucyjną, w której, oprócz pozostawionej klauzuli demokratycznego państwa prawnego, istnieje szczególna norma z art. 39 Konstytucji RP i tym samym nie afirmować absolutnego charakteru wszystkich norm z art. 39 Konstytucji RP, uznając bezwzględny charakter tego przepisu jedynie w zakresie dotyczącym eksperymentów badawczych.

Konkludując, należy uznać możliwość rozstrzygnięcia kolizji między art. 39 Konstytucji RP a art. 38 Konstytucji RP i art. 68 Konstytucji RP na korzyść tych ostatnich – za czym opowiadał się już między innymi P. Czarny w jednej z jego opinii prawnych²⁷. Jednakże, w mojej opinii, ma w tej sytuacji zastosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w związku z czym należało przeprowadzić kompleksowo test proporcjonalności, zgodnie z jego kształtem wynikającym z przywołanego przepisu, a wartością mogącą być podstawą ograniczenia prawa z art. 39 Konstytucji RP jest

26 Uchwała TK z dnia 17 marca 1993 r., W 16/92, OTK ZU 1993, Nr 1, poz. 16.

27 P. Czarny, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylecia dyrektywy 2001/20/WE*, ZPBAS 2012, Nr 4, s. 152.

zdrowie publiczne *sensu largo*, mieszczące w sobie zręby praw z art. 38 Konstytucji RP i art. 68 Konstytucji RP.

5. OCENA OBECNEJ REGULACJI USTAWOWEJ

W ciągu 20 lat obowiązywania Konstytucji RP ustawodawca uchwalił szereg ustaw odnoszących się do sytuacji prawnej jednostki w sferze ochrony jej zdrowia i życia (dostępu do służby zdrowia, standardów udzielania opieki medycznej, dopuszczalności przeprowadzania szeroko pojętych zabiegów medycznych *et similia*) oraz wielokrotnie je nowelizował (bardziej lub mniej przybliżając się i oddalając od wzorca konstytucyjnego w normowanym przezeń zakresie). Nie bez znaczenia dla polskiego prawodawcy pozostały regulacje unijne i międzynarodowe traktaty normujące wskazane obszary życia społecznego i gospodarczego oraz wyznaczające coraz to nowe standardy. W tym miejscu ustosunkuję się do istotnych fragmentów aktualnego tekstu ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty w zakresie, w jakim normuje ona zagadnienia rudymentalne z punktu widzenia niniejszego tekstu.

Na pozytywną ocenę zasługuje definicja eksperymentu leczniczego z art. 21 ust. 2 u.z.l. Przewidziana została w nim przesłanka celowościowa zastosowania eksperymentalnej formy leczenia jako próba osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby poddawanej eksperymentowi. Istotne znaczenie ma również zdanie drugie przywołanego przepisu, bowiem przemawia ono za uznaniem, iż ustawodawca miał na względzie, iż omawiana forma (próba) leczenia nie może stać się regułą, lecz ma być wykorzystywana w ostateczności.

Pewne wątpliwości budzi kształt regulacji ustawowej od strony podmiotowej. Słusznie, że polski prawodawca uznał, że przy tak newralgicznej kwestii, jaką jest zgoda na eksperymentalną formę leczenia, sztywna granica wieku nie byłaby racjonalna. Nie ma więc wątpliwości, że na aprobatę zasługuje konieczność

udzielenia zgody także przez małoletniego poniżej 16 roku życia, o ile jest on w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie. Tym co budzi niepokój, jest zakres zastosowania reguły, jaką jest potrzeba uzyskania zgody przedstawiciela ustawowego małoletniego oraz ewentualnej zgody dopełniającej samego pacjenta. Artykuł 25 ust. 2 u.z.l. odnosi się nie tylko do eksperymentu leczniczego, ale także do eksperymentu badawczego, bowiem w zdaniu pierwszym przywołanego przepisu ustawodawca posłużył się zbiorczym określeniem „eksperyment medyczny”. W mojej opinii eksperyment badawczy (biorąc pod uwagę jego definicję z art. 21 ust. 3 u.z.l.) w ogóle nie powinien być dopuszczalny wobec osób niemogących samodzielnie wyrazić zgody na wzięcie udziału w eksperymencie. Nic nie zmienia w tym zakresie dodatkowa przesłanka z art. 25 ust. 3 u.z.l. mówiąca o konieczności przełożenia się wyników eksperymentu na bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego, bowiem jest ona zbyt niedookreślona (ma zdecydowanie szersze znaczenie od celu eksperymentu leczniczego – jakim jest bezpośrednia korzyść dla zdrowia osoby leczonej). Ponadto, niepokój budzi treść zdania trzeciego art. 25 ust. 3 u.z.l. – kształtujący charakter *ultima ratio* wykorzystania udziału małoletniego w eksperymencie badawczym. Zgodnie z postanowieniami art. 25 ust. 5-7 u.z.l. możliwe jest uzyskanie fakultatywnej zgody sądu na podjęcie eksperymentu leczniczego z udziałem pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody (lub gdy przedstawiciel ustawowy takiej zgody odmawia). Niezrozumiała (oraz w mojej opinii niekonstytucyjna) jest możliwość wyrażenia zgody przedstawiciela ustawowego małoletniego na jego udział w eksperymencie badawczym. Zwróćmy uwagę, że nawet sąd opiekuńczy ma możliwość udzielenia zgody jedynie na eksperyment leczniczy.

Nawiązując do wcześniejszych uwag w zakresie niebezpieczeństwa płynącego z potrzeby oczekiwania na decyzję sądu warto zwrócić uwagę także na dyspozycję art. 25 ust. 8 u.z.l.,

umożliwiającego pominięcie zgody (osoby leczonej/przedstawiciela ustawowego/sądu) w sytuacjach niecierpiących zwłoki ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia. Ze względu na fakt, że przepis ten dotyczy także osób posiadających pełną zdolność do czynności prawnych, korzystając z tego przepisu należy być dalece ostrożnym. Podkreślenia wymaga każdorazowa potrzeba analizy, czy ewentualna czasowa niemożliwość wypowiedzenia się z rozeznaniem o swoim udziale w eksperymencie nie ma szansy zaniknąć przed momentem konieczności podjęcia ostatecznej decyzji o zastosowaniu określonej formy leczenia.

Odnosząc się wreszcie pokrótce do możliwych roszczeń osoby poddawanej eksperymentowi bez jej zgody, na względzie należy mieć ewentualne odszkodowanie tudzież zadośćuczynienie za dokonanie określonej ingerencji medycznej mimo braku wskazań medycznych. Niemniej przy tak newralgicznej kwestii, jaką jest eksperyment leczniczy, należy być dalece ostrożnym przy formułowaniu tezy o ponoszeniu odpowiedzialności za zabieg medyczny zbędny – w tym znaczeniu, iż przewidywane pozytywne skutki eksperymentu leczniczego nie nastąpiły – bowiem nielogiczne i nieuzasadnione w perspektywie niniejszych rozważań *in genere* byłoby uznanie, iż zasadne jest roszczenie odszkodowawcze w sytuacji, gdy przeprowadzone w ramach eksperymentu leczniczego działania okazały się *post factum* bezcelowe. Powyższe zdaje się być oczywiste z uwagi na charakter eksperymentalnej formy leczenia. Jedynie w sytuacji, gdy obiektywna ocena przypadku z perspektywy *ex ante* (uwzględniająca aktualną na daną chwilę wiedzę medyczną) daje podstawę uznania, iż dany eksperyment nie mógł (*ab initio*) rokować poprawą stanu zdrowia pacjenta, można zastanawiać się nad odpowiedzialnością placówki medycznej. Instytucja lecznicza w sytuacji, gdy ma starać się uratować dobro w postaci życia lub zdrowia ludzkiego, nie ma stosować dowolnych (arbitralnych) metod, ale jedynie te, które zgodnie z wiedzą naukową mają (jakąkolwiek) szansę przynieść pozytywny rezultat (a więc

uwzględnić należy tu etap prognozowania a nie samej następczej oceny efektów zastosowanych metod).

6. UWAGI KOŃCOWE

Ad extremum wspomnieć należy o problemie związanym z podjęciem się przeprowadzenia eksperymentu leczniczego w sytuacji, gdy dana osoba znajduje się w fazie umierania. Należy bowiem pamiętać o zakazie tzw. uporczywej terapii, a więc podejmowaniu działań niemających charakteru leczniczego, które *de facto* jedynie przedłużając życie ludzkie, przedłużają jego cierpienie, co wiąże się z naruszeniem godności istoty ludzkiej – niedopuszczalnym ze względu na art. 30 Konstytucji RP. W przypadku chęci przedsięwzięcia próby zastosowania eksperymentalnej ostatniej metody leczenia, ze względu na nieskuteczność środków konwencjonalnych, zawsze należy ocenić przypadek przez pryzmat nienaruszalnego prawa człowieka do jego godnej śmierci.

BIBLIOGRAFIA

I. LITERATURA

- Chmaj M. (red.), *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016.
- Czarny P., *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylecia dyrektywy 2001/20/WE*, ZPBAS 2012, Nr 4.
- Dworkin G., *Paternalism*, „The Monist”, 1972, vol. 56, nr 1.
- Grzymkowska M., *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009.
- Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz Art. 1-86*, Warszawa 2016.
- de Wet E., *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law*, „European Journal of International Law”, 2004, vol. 15, nr 1.

II. WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie Dobrej Praktyki Klinicznej (Dz.U. poz. 489).
- Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152 z późn. zm.).
- Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167).

III. ORZECZNICTWO

- Wyrok TK z dnia 29 czerwca 2001 r., K 23/00, OTK ZU 2001, nr 5, poz. 124.
- Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 3.
- Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A ZU 2014, nr 7, poz. 80.
- Wyrok ETPCz z dnia 9 marca 2004 r., Glass przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga nr 61827/00, RJD 2004-II).
- Wyrok TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, OTK ZU 10A/2014, poz. 111.
- Wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., SK 48/05, OTK ZU 7A/2009, poz. 108.
- Wyrok ETPCz z dnia 22 lipca 2003 r., Y. F. przeciwko Turcji, skarga nr 24209/94, RJD 2003-IX.
- Wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., K 44/07, OTK-A 2008, Nr 7, poz. 126.
- Uchwała TK z dnia 17 marca 1993 r., W 16/92, OTK ZU 1993, Nr 1, poz. 16.