

Zakład Teorii Organizacji i Kierownictwa

ROMAN TOKARCZYK

Tezy i hipotezy o przedmiocie biojurysprudencji i bioprawa

Theses and hypotheses concerning the subject matter
of biojurisprudence and bio-law

TEZY I HIPOTEZY

Najbardziej spektakularnymi fenomenami jurysprudencji ostatnich lat XX wieku, w sensie myśli prawnej i praktyki prawniczej, w sensie tworzenia i stosowania prawa, są biojurysprudencja¹ i bioprawo².

¹ O nazwie i przedmiocie biojurysprudencji zob. R. A. Tokarczyk: *Biojurysprudencja. Nowy nurt jurysprudencji*, Lublin 1997 (w języku polskim, rosyjskim, francuskim, niemieckim i angielskim). Tekst ten został przesłany na XVIII World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, odbyty w sierpniu 1997 roku w Buenos Aires. Nadto, tekst został opublikowany w formie odrębnych artykułów: *Biojurisprudence: New Current in Jurisprudence*, „Acta Juridica Hungarica” 1995/1996, 37, N. 1–2; *Biojurysprudencja – nowy nurt jurysprudencji*, „Nauka” 1996, nr 2; pod tym samym tytułem w Ann. Univ. Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G, vol. XLIII, 1996, [w:] *Badania zmian i relacji międzykulturowych w Europie oraz jej pograniczach*, pod red. K. J. Broziego, Lublin 1997; „Lo Straniero” 1997, May; „The Finnish Yearbook of International Law” 1997, [w:] *Prawo i sówremiennost*, Mińsk 1998; przyjęty do druku w amerykańskim periodyku naukowym „Vera Lex” i niemieckim „Rechtstheorie”.

² Wielu badaczy, traktując w gruncie rzeczy o bioprawie, posługuje się nazwą „bioetyka”. Jednakże i nazwa „bioprawo” jest coraz szerzej stosowana. Zob. np. C. Neirine: *De lat bioethique au bio-droit*, Paris 1994.

Dociekanie istoty, źródeł i funkcji biojurysprudencji i bioprawa skłania do bliższego określenia zarówno ich przedmiotu, jak i miejsca w systematyzacjach jurysprudencji i prawa, ujętego w formie tez i hipotez.

Teza pierwsza. Życie, szczególnie życie człowieka i życie przyrody, określa najgłębszy sens przedmiotu jurysprudencji i przedmiotu prawa.

Hipoteza pierwsza. Dotychczasowy rozwój jurysprudencji i prawa, w ich najgłębszym sensie, wyznaczany był w zasadzie przez naturalne procesy życia człowieka i życia przyrody.

Teza druga. W znacznym stopniu obecny rozwój nauk biologicznych (biotechnologii), wykorzystywanych przy pomocy techniki (biotechniki) przez medycynę (biomedycynę), polega na sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia³.

Hipoteza druga. Skutki sztucznej ingerencji biotechnologii, biotechniki i biomedycyny w naturalne procesy życia, rozważane przez jurysprudencję, określają kontury przedmiotu biojurysprudencji, zaś w praktyce tworzenia i stosowania prawa – kontury przedmiotu bioprawa.

Teza trzecia. Prawidłowości rozwoju biotechnologii, biotechniki i biomedycyny wskazują na stopniowe poszerzanie się zakresów ich sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia⁴.

Hipoteza trzecia. Poszerzanie się zakresów sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia oznacza spadek znaczenia tradycyjnej jurysprudencji i dotychczasowego prawa, przy jednoczesnym wzroście znaczenia biojurysprudencji i bioprawa.

Teza czwarta. Skutki sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia poddawane są różnorodnym ocenom, przede wszystkim jednak ocenom religijnym, moralnym i prawnym⁵.

Hipoteza czwarta. Oceny religijne, moralne i prawne skutków sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia w ujęciu komparatystycznym stanowią ważny składnik przedmiotu biojurysprudencji, mający poważny wpływ na praktykę tworzenia i stosowania bioprawa.

³ O normatywnych aspektach życia zob. szerzej R. A. Tokarczyk: *Prawa narodzin, życia i śmierci*, wyd. V, Kraków 1999 oraz podana tam literatura.

⁴ Najbardziej wpływowe dzieła z zakresu biotechnologii, biotechniki (zwane często niezbyt precyzyjnie inżynierią genetyczną) i biomedycyny przytacza *The Encyclopedia of Bioethics*, ed. W. T. Reich, 2nd, ed., New York 1995, vol. I–IV.

⁵ Jak dotychczas, najbardziej rozwinięte zbiory ocen sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia podaje bioetyka, uwzględniająca na ogół oceny religijne i oceny prawne. Szerzej zob. *The Encyclopedia of Bioethics...*; Na temat komparatystyki tych ocen w różnych kulturach prawnych por. R. A. Tokarczyk: *Komparatystyka prawnicza*, wyd. V, Kraków 1999, s. 110 i n.

Teza piąta. Z różnorodnych ocen sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia wynika przekonanie, że nie wszystko co technicznie możliwe powinno być normatywnie dozwolone⁶.

Hipoteza piąta. Przekonanie, że nie wszystko co technicznie możliwe powinno być normatywnie dozwolone, stwarza aksjologiczne ramy dla praktyki tworzenia i stosowania bioprawa.

Teza szósta. W przeciwieństwie do spekulatywizmu niektórych nurtów tradycyjnej biologii, techniki i medycyny, współczesna biotechnologia, biotechnika i biomedycyna mają na wskroś charakter praktyczny⁷.

Hipoteza szósta. Konsekwencją praktycznego charakteru biotechnologii, biotechniki i biomedycyny w jurysprudencji i prawie jest zdecydowanie praktyczna orientacja biojurysprudencji i bioprawa.

Teza siódma. Trudno przecenić i nawet jeszcze przewidywać wszystkie nadzwyczaj poważne skutki sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia⁸.

Hipoteza siódma. Powaga skutków sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia może oznaczać konieczność całkowitej reorientacji kierunku rozwoju jurysprudencji, jak też zasad tworzenia i stosowania prawa.

KONTURY BIOJURYSPRUDENCJI

Nazwę „biojurysprudencja” utworzyłem biorąc za podstawę greckie słowo *bios*, oznaczające życie i łacińskie słowo *iurisprudentia*, oznaczające wiedzę, mądrość prawniczą⁹.

Biojurysprudencja, jako nazwa nowego nurtu jurysprudencji, wskazuje wprost na związki jej przedmiotu z biologią, jurysprudencją (utożsamianą tutaj z prawoznawstwem, teorią prawa, filozofią prawa, myślą prawną). Pośrednio biojurysprudencja jest powiązana z przedmiotem techniki – biotechniki umożliwiającej stosowanie osiągnięć biologii dla

⁶ Tezę tę rozwinął J. M. Varaut: *Możliwe, lecz zakazane. O powinnościach prawa*, Warszawa 1996.

⁷ Najnowsza wiedza dotycząca ocen i norm biotechnologii, biotechniki i biomedycyny została zebrana w *Encyclopedia of Applied Ethics*, ed. R. Chadwick, San Diego, London, Boston, New York, Sydney, Tokyo, Toronto 1998, vol. I–IV.

⁸ Np. W. Sumner, I. Boyle (eds.): *Philosophical Perspectives on Bioethics*, Toronto 1996.

⁹ R. A. Tokarczyk: *Biojurysprudencja...*, s. 10 i n.

jej własnych potrzeb – biotechnologii i potrzeb medycyny – biomedycyny. Przedmiot biojursprudencki nie obejmuje całych przedmiotów biotechnologii, biotechniki i biomedycyny. Obejmuje te ich części, które dotycząc życia człowieka i życia przyrody, wymagają regulacji przy pomocy prawa – bioprawa, opartej na porównawczej znajomości norm religijnych i norm moralnych różnych kultur świata, w celu ich ochrony przed ryzykownymi eksperymentami i niepewnymi, nieprzewidywalnymi jeszcze skutkami¹⁰.

Zważywszy na naturalną rytmikę życia człowieka – poprzedzone poczęciem narodziny, życie i śmierć – wyodrębniam trzy działy jursprudencki: biojurgenezę, biojusterapię i biojustanologię¹¹.

Biojurgeneza obejmuje zagrożenia dla życia człowieka wymagające ochrony prawnej od jego poczęcia do narodzin, z analogicznymi odniesieniami do życia przyrody. W dotychczasowym prawie ochrona tej fazy życia człowieka opiera się na przejętej z prawa rzymskiego fikcji prawnej zwanej *nasciturus*. Zgodnie z nią dziecko poczęte, jeśli chodzi o jego dobro, traktowane jest przez prawo tak jak dziecko urodzone (*nasciturus pro iam naturae agitur quotiens de commodis eius agitur*). Sztuczna ingerencja w fazę życia człowieka od poczęcia do narodzin, przy pomocy technologii i technik znanych inżynierii genetycznej, eugenicie, medycznemu wspomaganiu prokreacji, diagnostyce prenatalnej, zapobieganiu poczęciu i narodzin wymaga regulacji kreującej przedmiot bioprawa, tworzonego i stosowanego w oparciu o ustalenia biojurgenezy¹². Najbardziej dojrzałym koncepcyjnie wyrazem biojurgenezy w zakresie bioprawa jest instytucja prawa do narodzin¹³. Przy pomocy biojursprudencki, instytucja prawa do narodzin porządkuje w jedną normatywną

¹⁰ Związek bioprawa z prawami człowieka, prawem międzynarodowym, etyką, moralnością świecką i religijną został podkreślony w pracy *Medycyna a prawa człowieka. Normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej, muzułmańskiej i buddyjskiej*, Warszawa 1996. Ciekawą recenzję tej pracy napisał K. Poklewski-Koziełł, „Państwo i Prawo” 1997, nr 3, s. 89 i n.

¹¹ Szerzej zob. R. A. Tokarczyk: *Prawa narodzin, życia i śmierci...*

¹² Problemy te omówił wnikliwie M. Safian: *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990 i podana tam bogata literatura. Z nowszych opracowań zob. J. Van Dyck: *Manufacturing Babies and Public Consent*, Basingstoke 1995; D. Evans (ed.): *Creating the Child: The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation*, The Hague 1996; L. Purdy: *Reproducing Persons*, Ithaca 1996.

¹³ Zob. np. B. Steibock: *The Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, New York 1992. Doświadczenia orzecznictwa sądowego, głównie amerykańskiego, związane z jakością życia przed jego poczęciem (*preconception injuries*), od poczęcia do narodzin (*wrongful birth, wrongful life*) omawia M. Safian: *op. cit.*, s. 206 i n.

całość rozproszone dotychczas w różnych gałęziach prawa normy ochrony życia od poczęcia do narodzin.

Biojusterapia ogarnia niezwykle rozległą problematykę ochrony życia człowieka i życia przyrody od jego narodzin aż do śmierci. Do przedmiotu biojurerapii należy kontrowersyjna problematyka transplantacji niektórych komórek, tkanek i przede wszystkim organów w celu poprawiania jakości i ratowania życia człowieka, jak również innych gatunków istot ożywionych¹⁴. Nie mniej trudne problemy przed biojusterapią odsłania seksualizm w zakresie homoseksualizmu, biseksualizmu i głównie transeksualizmu¹⁵. Liczne są problemy prawne intrygujące biojusterapię, wynikające z zakażenia wirusem nabytego zespołu ludzkiego upośledzenia odporności, jako przyczyny choroby *Acquired Immune Deficiency Syndrome* – AIDS¹⁶. Znaczną specyfiką demograficzną charakteryzują się normatywne aspekty polityki populacyjnej. Wiążą się z nimi bezpośrednio lub pośrednio zagadnienia sterylizacji i kastracji zarówno ludzi, jak i zwierząt. Innym rodzajem specyfiki odznaczają się praktyczne zastosowania psychiatrii¹⁷. Do biojurerapii należą np. normy regulujące sterylizację i kastrację ludzi¹⁸. Ekologizm, jako rozległy nurt myślowy, obejmujący obok ekoprawa m.in. ekoteologię i ekoetykę, współ-

¹⁴ Spośród bogatej literatury zob. np. D. Lamb: *Organ Transplants and Ethics*, London 1990; Nuffield Council on Bioethics: *Animal to Human Transplants: The Ethics of Xenotransplantation*, London 1996; M. MacDonald: et al. *Treatise on Health Care Law*, New York 1997, zwłaszcza s. 45 i n.

¹⁵ Szerzej zob. M. Filar: *Prawne i społeczne aspekty transeksualizmu*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 7; A. Zielonacki: *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, nr 2; K. Imieliński, S. Dulko: *Przekleństwo Androgyne. Transeksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988; *Transeksualisme, médecine et droit*, acten XXIII Colloque de droit européen, Amsterdam 1993; K. Bornstein: *Gender Outlaw*, London 1994; I. Nathaf: *Lesbians Talk Transgender*, London 1996.

¹⁶ Zob. m.in. M. Nestorowicz: *Niektóre problemy prawne związane z AIDS w Stanach Zjednoczonych*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 4 i podana tam literatura.

¹⁷ Np. A. E. Buchanan, D. Brock: *Deciding for Others*, Cambridge 1989; P. Tyrer, D. Steiberg: *Models for Mental Disorder: Conceptual Models in Psychiatry*, Chichester 1993; N. Adler, S. Gluzman: *Soviet special psychiatric hospitals. Where the system was criminal and the inmates were Sane*, „British Journal of Psychiatry” 1993, No. 163, s. 713–720. Na temat antypsychiatrii zob. zwłaszcza T. S. Szasz: *Insanity; The Idea and Its Consequences*, New York 1987.

¹⁸ Zagadnienia przymusowej sterylizacji i dobrowolnej kastracji ludzi omawiane są w związku z problemami koncepcji, zapobiegania narodzinom, kontrolowania narodzin, planowania rodziny, polityki demograficznej i polityki populacyjnej. Zob. np. *The Encyclopedia of Bioethics...*, a także *Encyclopedia of Applied Ethics...*

kształtuje w znacznym stopniu skalę ocen i hierarchie wartości biojusterapii jako działu biojursprudencji¹⁹. Najpełniejszym koncepcyjnie wyrazem biojusterapii w zakresie bioprawa jest instytucja prawa do życia, poszerzana stopniowo od prawa do życia ludzi, poprzez prawo do życia zwierząt, aż do postulatów prawa do życia całej ożywionej przyrody²⁰.

Biojustanatologia interesuje się zwłaszcza normowaniem kresu życia człowieka – jego śmierci oraz analogicznie – śmierci innych gatunków istot ożywionych. Gdy tradycyjna jursprudencja i oparte na niej prawo znały jedno pojęcie śmierci – śmierci biologicznej, biojursprudencja i bioprawo posługują się wieloma definicjami śmierci – biologicznej, klinicznej, mózgowej, socjologicznej²¹. Każdy z tych rodzajów śmierci może wywoływać szereg wątpliwości wymagających, mimo wszystko, jednoznacznych rozwiązań prawnych. Wątpliwości te dotyczą głównie tego, kto, kiedy, gdzie, pod jakimi warunkami i dla jakich celów decyduje o śmierci człowieka. Biojustanatologia ocenia, a bioprawo reguluje problemy aborcji, eutanazji, samobójstwa, stanów wyższej konieczności, obrony koniecznej, kary śmierci, zabijania ludzi podczas wojen, a także zabijania zwierząt. Coraz bardziej prawdopodobna staje się hipoteza, że bioprawo będzie się posługiwać wieloma definicjami śmierci, adekwatnymi dla różnych stanów faktycznych. Statyczna definicja śmierci, występująca dotychczas w jursprudencji i prawie, ustępuje miejsca dynamicznej definicji śmierci, opisywanej przez biojustanatologię i wykorzystywaną w praktyce przez bioprawo. Kluczową instytucją kształtowaną przez biojustanatologię dla potrzeb bioprawa jest prawo do śmierci²².

¹⁹ Szerzej m.in. R. Attefield: *The Ethics of Environmental Concern*, Athens 1991; F. B. Golley: *A History of Ecosystem Concept in Ecology*, London 1993; R. Tokarczyk: *Współczesne doktryny polityczne*, wyd. VIII, Kraków 1998, szczególnie rozdział XV – *Ekologizm*, s. 521–540; R. A. Tokarczyk: *Ekologiczne koncepcje dobra pacjenta*, [w:] *Uniwersalizm i medycyna*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1992, s. 55–61.

²⁰ Zgodnie z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 4 listopada 1950 roku: „Prawo każdej osoby do życia chronione jest ustawą”. Prawo do życia człowieka potwierdzone jest formalnie przez prawa niemal wszystkich krajów świata. O obowiązującym i postulowanym prawie zwierząt do życia zob. zwłaszcza B. Rollin: *Animal Rights and Human Morality*, Buffalo 1992; R. Scruton: *Animal Rights and Wrongs*, London 1996; R. D. Ryder: *Speciesism and Painism*, New Orleans 1997. O prawie do życia całej przyrody zob. m.in. L. Johnson: *A Morally Deep World*, Cambridge 1991.

²¹ Np. R. Lee, D. Morgan (Eds.): *Dealties: Law and Ethics at the End of Life*, London 1993; D. Lamb: *Death, Brain Death and Ethics*, Averbury, Aldershot 1996; C. Pallis, D. Harley: *ABC of Brainstem Death*, London 1996.

²² Np. M. Płachta: *Prawo do umierania? Z problematyki regulacji autonomii jednostki w sprawach śmierci i umierania*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 3, s. 53–64 i podana tam literatura.

Charakterystykę przedmiotu biojurysprudencji pogłębia i poszerza ukazywanie jej związków z biologią, techniką, medycyną, psychiatrią, moralnością i jurysprudencją.

BIOLOGIA A BIOJURYSPRUDENCJA

Porównanie zakresu przedmiotu biologii z zakresem przedmiotu biojurysprudencji wskazuje, że wiąże je treść wspólnego składnika ich nazw „bio”, a dzielą treści pozostałych składników nazw²³.

Związek przedmiotu biologii i biojurysprudencji wyraża się zainteresowaniem życiem człowieka i innych gatunków istot ożywionych jako procesem ciągłym w środowisku naturalnym, poddającym się czynnikom adaptacji, akomodacji i asymilacji. Gdy jednak biologia głównie opisuje życie, biojurysprudencja – w oparciu o kryteria aksjologiczne – postuluje ochronę życia przy pomocy bioprawa. Im lepszy biologiczny opis życia i jaśniejsze kryteria aksjologiczne jego oceny, tym większa łatwość dla biojurysprudencji przy formułowaniu postulatów jego normowania bioprawem.

Odrębność przedmiotu biologii od przedmiotu biojurysprudencji wyraża skrajność biologizmu, czy też wręcz panbiologizmu, polegającą na preferowaniu wyjaśniania całej rzeczywistości zarówno przyrodniczej, jak i społecznej, z biologicznego punktu widzenia. Biojurysprudencja, nawiązując do spektakularnych osiągnięć biotechnologii (genetyki, eugeniki, embriologii, inżynierii genetycznej, biochemii, fizjologii, bioniki), obdarza szczególnym kultem nauki biologiczne. Dostrzega także to, że wątki biologizmu przeniknęły wcześniej do niektórych nurtów jurysprudencji, zwłaszcza w postaci doktryn prawa natury, ewolucjonizmu, rasizmu, psychoanalizy i behawioryzmu. Doktryny te, niekiedy bez dostatecznego uzasadnienia, wpisały niejako sferę *ethosu* w sferę *biosu*. Biojurysprudencja, dostrzegając i doceniając znaczenie rozwoju nauk biologicznych dla różnych przejawów życia, oczekujących ochrony ze strony bioprawa, unika skrajności biologizmu.

Odrębność z kolei przedmiotu jurysprudencji od przedmiotu biologii polegałaby na totalnym legalizmie, zmierzającym do prawnego unor-

²³ Na ten temat m.in. R. D. Alexander: *The Biology of Moral Systems*, New York 1987; E. Sober: *Philosophy of Biology*, London 1993; W. Bains: *Biotechnology from A to Z*, Oxford, New York 1993; *International Ethical Guidelines for Medical Research Involving Human Subjects*, Genova 1993.

mowania wszelkich przejawów życia ludzkiego i przyrodniczego. Totalny legalizm, związany z niektórymi doktrynami politycznymi – jak potwierdziły to tragiczne doświadczenia ludzkości – mimo deklaracji całościowej ochrony życia, dopuszczał arbitralnie karygodne wyjątki. Stosując niemoralne kryteria polityczne, pozbawiał takiej ochrony życie ogromnych grup ludności, świadomie wyniszczanej z powodów rasowych, narodowych, etnicznych, religijnych i innych. Biojursprudenceja, postulując normowanie jedynie tych zakresów życia ludzkiego i życia przyrodniczego, które są zagrożone eksperymentalnym, a więc ryzykownym stosowaniem odkryć nauk biologicznych, odcina się zdecydowanie od skrajności totalnego legalizmu. W odróżnieniu od biologii oddziaływającej na jursprudenceję, wpływ jursprudenceji na biologię nigdy nie zaznaczył się wyraźnie. Oddziaływanie takie może się zaznaczać jedynie za pośrednictwem powiązań filozofii prawa z filozofią biologii, spotykających się na wspólnym gruncie filozofii życia, występującej również pod innymi nazwami – filozofia praktyczna, filozofia dla każdego, mądrość życiowa, sztuka życia, kształtowanie życia.

TECHNIKA A BIOJURYSPRUDENCJA

Przedmiot techniki określają zbiory sztucznych wytworów człowieka zwanych artefaktami, złożone z narzędzi, instrumentów, maszyn, urządzeń itp., odróżniane od naturalnych narzędzi i mocy człowieka. Zastępowanie naturalnego przebiegu procesów (np. w organizmach żywych) przebiegiem sztucznym, zwane jest technicyzacją. Procesy technicyzacji należy uznawać za główne kryterium odróżniania tego, co tradycyjne w jursprudenceji i prawie od tego, co w nich nowatorskie – biojursprudenceja i bioprawo. Technicyzacja, odsłaniając ogromne możliwości techniki, stała się potężnym motorem rozwoju biotechnologii i biotechniki, wykorzystywanych przez biologię i medycynę w zakresie sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia. Biojursprudenceja, dostrzegając zarówno dobroczynne, jak i groźne skutki technicyzacji dla życia człowieka i życia przyrody, stara się zakreślić przy pomocy bioprawa dopuszczalne jej granice²⁴.

²⁴ O powiązaniach norm z techniką por. R. A. Tokarczyk: *Prawa narodzin, życia i śmierci...*, rozdział XIV – *Normy a technika* i podana tam literatura; R. Chadwick et al.: *Cultural and Social Objections to Biotechnology*, Preston 1996.

Zestawienie zakresów przedmiotu techniki z przedmiotem biojurysprudencji wskazuje na ich wzajemne oddziaływanie. Technika i biojurysprudencja odnoszą się w określony sposób do życia. Technika, zależnie od sposobu jej wykorzystywania, może zarówno rozszerzać granice życia i poprawiać jego jakość, jak i stwarzać dla niego śmiertelne zagrożenia. Stworzyła ona sztuczne środowisko życia człowieka, ale poważnie uszczupliła jego środowisko naturalne, w obu przypadkach (w zasadzie do osiągnięcia skuteczności) redukując zakres racjonalności ludzkiego działania. Biojurysprudencja przypomina, że to człowiek powinien kierować techniką, a nie technika człowiekiem. Określa cele służące ochronie życia, dla których należy zaprzęgać moce techniczne traktowane jako środki. Biojurysprudencja, w oparciu o wartości religijne i moralne, dokonuje wyborów nie tylko między tym, co naturalne i sztuczne, ale i w obrębie tego, co sztuczne. Dokonane wybory stwarzają podstawę do tworzenia bioprawa i jego praktycznego stosowania. Powiązania przedmiotu techniki i biojurysprudencji w bioprawie ukazuje instytucja prawna eksperymentu naukowego i medycznego, oparta na konstrukcji prawnej dopuszczalnego ryzyka²⁵.

Wszystkie eksperymenty, możliwe dzięki osiągnięciom techniki, zmierzają do pogłębienia i poszerzenia wiedzy teoretycznej i praktycznej. Eksperymenty dotyczące życia, szczególnie życia ludzi i zwierząt, stały się domeną biologii i medycyny. W biologii przeważają eksperymenty naukowe albo badawcze. Medycyna wyżej sobie ceni eksperymenty medyczne czy też lecznicze, nie rezygnując jednak z tych pierwszych. Z eksperymentowaniem wiąże się nieuchronnie ryzyko, zwłaszcza dla życia ludzi i przyrody. Często polega ono na poważnej ingerencji w sferę integralności cielesnej i psychicznej człowieka. Biojurysprudencja, wskazując na konieczność normatywnego określania granic ryzyka, pragnie, aby normy zawodowej etyki naukowej i etyki lekarskiej były wzmacniane normami bioprawa. Dzięki znajomości przewidywanych skutków eksperymentu, dzieli ryzyko na dozwolone i niedozwolone. Jeśli eksperyment pozostawał w granicach ryzyka dozwolonego, nie może on prowadzić do odpowiedzialności prawnej, mimo że spowodował negatywne skutki. Chodziłoby jednak o to, aby podział na ryzyko dozwolone i niedozwolone w eksperymentowaniu był jednocześnie podziałem między jego skutkami pozytywnymi a skutkami negatywnymi²⁶.

²⁵ Np. J. J. Thompson: *Rights, Restitution and Risk*, Cambridge 1986.

²⁶ Prawne aspekty eksperymentów medycznych omawia M. Saffian: *op. cit.*, s. 166 i n.; Por. także J. Katz: *Experimentation with Human Beings*, New York 1972; L. Bankowski: *Medical Experimentation and the Protection of Human Rights*, Geneve 1979; R. M. Vetch: *The Patient as Partner. A Theory of Human Experimentation Ethics*, Bloomington 1987.

Bioprawo, definiując pojęcia eksperymentu, ryzyka, rodzajów jednego i drugiego określa także warunki ich dopuszczalności. Odnosnie do eksperymentów dotyczących życia, różnicuje warunki eksperymentu na embrionach ludzkich *in vitro*, od warunków różnych okresów i stanów świadomości i zdrowia oraz statusu społecznego życia człowieka po jego narodzeniu. Bioprawo określa, kto może być poddany eksperymentowi, normuje zgodę uczestnika eksperymentu, wskazuje na podmiot przeprowadzający eksperyment, przewiduje odpowiedzialność za ewentualne szkody wynikłe z eksperymentu. Bioprawo reguluje problematykę tajemnicy lekarskiej w zakresie eksperymentowania dotyczącego zdrowia i życia ludzkiego. Przydatny jest przy tym podział sfer życia jednostki ludzkiej na intymne, prywatne i publiczne, ponieważ od tego zależy stopień ochrony prawnej. Jak wiadomo, szczególne zainteresowanie wywołuje instytucja prawa do prywatności, odgrywająca coraz poważniejsze znaczenie w prawie dotychczasowym i bioprawie. Szczególne wątpliwości normatywne pojawiają się, gdy kontrolowanie ryzyka koliduje z prawem do prywatności i autonomią jednostki ludzkiej, zwłaszcza w przypadku tzw. grup wysokiego ryzyka – homoseksualistów, narkomanów, alkoholików²⁷.

MEDYCyna A BIOJURYSPRUDENCJA

Przedmiot medycyny ogarnia zarówno naukę o zdrowiu i chorobie człowieka, jak i sztukę leczenia, w sensie praktycznej umiejętności zapobiegania chorobom i leczenia chorych. Sama nauka medycyny nie ma jeszcze bezpośredniego wpływu na życie człowieka, toteż do ukształtowania się przedmiotu biojurysprudencji przyczyniła się głównie medycyna jako praktyczna sztuka leczenia. Sama ta sztuka może odpowiadać kanonom nauki medycyny, wówczas określana jest mianem *lege artis*, nie stwarzającej specjalnych problemów dla biojurysprudencji, dla której większe znaczenie ma przeciwieństwo *lege artis*, zwane w języku angielskim *medical malpractice*. Głównie jednak biojurysprudencja interesuje się określaniem legalnych podstaw biopravných dla nierzadko ryzykownego eksperymentowania w sztuce leczenia²⁸.

²⁷ Por. np. M. D. Bayles, K. Henley (Eds.): *Rights Conduct. Theories and Application*, New York 1989, zwłaszcza rozdział VIII, *Controlling Risks: AIDS and Other Dangers*, s. 265 i n.

²⁸ Zob. szerzej R. Tokarczyk: *O miejscu sztuki leczenia wśród pojęć „sztuka”*, [w:] *Medycyna u progu XXI wieku. Sztuka leczenia*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1995, s. 83–103.

Zadanie tworzenia i stosowania bioprawa ciąży na władzach państwowych, które za pomocą ciał prawodawczych i organów wymiaru sprawiedliwości regulują i kontrolują funkcjonowanie medycyny.²⁹ Zakresy owej regulacji i kontroli układają się w dwa modele – liberalny i paternalistyczny. Na gruncie modelu liberalnego, opartego na zaufaniu do kompetencji zawodowych i uczciwości moralnej lekarzy, zakresy te są minimalne. Natomiast model paternalistyczny zakłada konieczność szczegółowych regulacji bioprawnych, wynikających z niskich umiejętności profesjonalnych lekarzy albo (i) domniemywanej ich nieuczciwości moralnej³⁰. Oczywiście model liberalny pozwala na poprzestawaniu przy ogólnych zasadach bioprawa, natomiast model paternalistyczny oczekuje na kazuistyczne rozstrzygnięcia normatywne.

PSYCHIATRIA A BIOJURYSPRUDENCJA

Psychiatria to zarówno dyscyplina nauki medycyny, jak i sztuki leczenia, zajmująca się badaniem, rozpoznawaniem i leczeniem chorób psychicznych. W odróżnieniu od pozostałych dyscyplin medycyny zajmujących się ciałem chorego, przedmiotem psychiatrii jest psychika chorego. Psychiatria, jako jedyna spośród wszystkich dyscyplin medycyny, wywołuje zasadnicze wątpliwości co do istnienia i pojęcia choroby psychicznej, którą obrała sobie za swój przedmiot. Istnienie chorób psychicznych kwestionują badacze rozwijający nurt myślowy zwany antypsychiatrią. Ci, którzy dostrzegają istnienie chorób psychicznych, toczą zasadnicze spory dotyczące ich istoty. Według jednych choroby psychiczne są uwarunkowane czynnikami społecznymi i polegają na odmienności zachowań chorego w porównaniu do typowych zachowań

²⁹ Relacje prawa i medycyny znalazły liczne ujęcia monograficzne. Zob. m.in. I. Kennedy, A. Grubb: *Medical Law: Text and Materials*, London 1989; J. K. Mason, R. A. McCall Smith: *Law and Medical Ethics*, London, Dublin, Edinburgh 1991; E. Emanuel: *The Ends of Human Life – Medical Ethics in a Liberal Polity*, Cambridge, Mass. 1991; T. Beauchamp, J. Childress: *Principles of Biomedical Ethics*, New York, Oxford 1994; M. Nesterowicz: *Prawo medyczne*, Toruń 1996; M. Safian: *Prawo i medycyna...*

³⁰ O odpowiedzialności lekarzy za błąd w sztuce lekarskiej por. np. D. Giesen: *International Medical Malpractice Law*, Tübingen 1988; A. Liszewska: *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998. Na temat paternalizmu i liberalizmu w medycynie zob. H. Häyry: *The Limits of Medical Paternalism*, London, New York 1991.

określonej kulturowo konwencji. Zdaniem innych istota chorób psychicznych przejawia się w empirycznie dostrzegalnych i naukowo mierzalnych dysfunkcjach psychiki, niezależnych od społecznych uwarunkowań³¹.

Związki przedmiotu psychiatrii z przedmiotem biojursprudencki są silne i wielostronne. Biojursprudencja, przyjmując pogląd o istnieniu chorób psychicznych, podobnie jak psychiatria zmierza do ich leczenia, eliminowania oraz ochrony zdrowia psychicznego przy pomocy bioprawa. Jednocześnie biojursprudencja z najwyższą uwagą rozważa argumenty antypsychiatrii, według której choroba psychiczna jest mitem, doskonałym środkiem dławienia wszelakich niekonformistów, dysydentów, rewizjonistów i heretyków poprzez ich wyłączenie z życia społecznego. Wielką ostrożność przy stwierdzaniu choroby psychicznej nakazuje karygodna praktyka psychiatrii sowieckiej, nadużywającej jej w charakterze narzędzia politycznego, skierowanego przeciwko dysydentom. Nader łatwo psychiatrzy sowieccy, stawiając wobec dysydentów diagnozę „postępującej schizofrenii”, stwarzali medyczną podstawę do legalnego ich przymusowego osadzania w miejscach odosobnienia. Dla biojursprudencji możliwe do przyjęcia są przeto jedynie doświadczenia psychiatrii krajów kulturowego Zachodu, w których krytykowano nadużycia psychiatrii sowieckiej i dla własnych potrzeb nie kojarzono jej z polityką.

Trafna diagnoza choroby psychicznej nie usuwa wszystkich wątpliwości interesujących biojursprudencję. W szczególności chodzi o określenie podstaw, uzasadnień, zakresu i formy medycznej interwencji psychiatrycznej wobec osoby uznanej za chorą psychicznie. Na ogół podstawę takiej interwencji i jednocześnie uzasadnienie stanowi stwierdzenie zagrożenia dla innych albo dążenie do stworzenia opieki nad chorym psychicznie. Leczenie chorych psychicznie może mieć nieformalny charakter dobrowolny albo bardziej sformalizowany charakter przymusowy. Do przedmiotu biojursprudencji należy tylko sformalizowane leczenie przymusowe. Tutaj bowiem występuje sztuczna ingerencja w życie człowieka, w odróżnieniu od naturalnej niejako ingerencji, opartej na zasadzie dobrowolności leczenia. Zakresy i formy leczenia chorego psychicznie zwykle rodzą wielkie wątpliwości, ponieważ dotyczą one modyfikacji psychiki człowieka, mogącej prowadzić do nieprzewidywalnych skutków³².

³¹ Zob. przypis 18.

³² Por. H. R. Wulff, S. A. Pedersen, R. Rosenberg: *Filozofia medycyny*, Warszawa 1993, rozdział VIII – *Naturalistyczne podejście do psychiatrii*, s. 138 i n.

Na odrębną uwagę zasługują związki psychiatrii z prawem karnym, należące do zainteresowań biojurysprudencji. Jak wiadomo, prawo karne stan psychiczny osoby przyjmuje za podstawę określania jej poczytalności lub niepoczytalności, winy lub niewinności, odpowiedzialności lub nieodpowiedzialności, karalności lub niekaralności. Do najciekawszych, ale najtrudniejszych problemów należy określenie stopnia zaawansowania choroby psychicznej i wpływu tegoż na popełnienie przestępstwa. Trudność polega na wykazaniu związku przyczynowo-skutkowego między chorobą psychiczną i przestępstwem. Związek taki bowiem może istnieć jedynie u osób zdolnych do konformizmu społecznego, na ogół sprzecznego z istotą choroby psychicznej. Mówiąc o chorobie psychicznej w procesie karnym, należy pamiętać o dwóch różnych sytuacjach. Z jednej strony rzeczywiście występująca choroba psychiczna podsądnego stanowi niewątpliwą podstawę do uwolnienia go od odpowiedzialności, z drugiej jednak powoływanie się na symulowaną chorobę psychiczną, albo przynajmniej zaburzenia psychiczne, stanowi dość częstą linię obrony osób, które faktycznie są psychicznie zdrowe.

MORALNOŚĆ A BIOJURYSPRUDENCJA

Moralność i etyka, w swych wersjach religijnych i świeckich, mają zasadnicze znaczenie dla bioprawa i biojurysprudencji. Znaczenie to wynika zarówno z trwałych relacji moralności i prawa, jak i wzorcowego niejako charakteru bioetyki dla biojurysprudencji. Ta trwała relacja polega na moralnych ocenach i normatywnych wzorcach przedmiotu regulacji prawnej³³. Istnieje trwały związek prawnego statusu norm z moralnym statusem norm, potwierdzany przez myśl prawa natury, nawiązującą do niej myśl uprawnień naturalnych i oparte na obu koncepcje praw człowieka. Wspólna jest ta część przedmiotu moralności i przedmiotu prawa, która dotyczy ochrony życia, przyjętej przez bioetykę i biojurysprudencję za ich *differentia specifica*. Ze względu na mniejszą skuteczność sankcji moralnych niż sankcji prawnych, biojurysprudencja wyrosła z przekonania o konieczności wymuszania niektórych norm moralnych chroniących życie za pomocą norm prawnych.

³³ Np. L. L. Fuller: *Moralność prawa*, Warszawa 1978; W. Lang: *Prawo i moralność*, Warszawa 1989; P. Singer: *O życiu i śmierci. Upadek etyki tradycyjnej*, Warszawa 1997.

Biojursprudencja czerpie zarówno z religijnych, jak i świeckich systemów moralnych. Religijne systemy moralne opierają się na koncepcji świętości życia, podczas gdy świeckie systemy moralne odwołują się do koncepcji jakości życia³⁴. Biojursprudencja nie dostrzega zasadniczych różnic w treści religijnych i świeckich systemów moralnych, lecz jedynie w uzasadnieniach ich źródeł. Mimo że oba te systemy deklarują absolutną ochronę życia człowieka, oba w rzeczywistości godzą się na różne wyjątki, dopuszczając np. „sprawiedliwe” wojny, stan wyższej konieczności, obronę konieczną, ryzyko śmiertelnych eksperymentów, zmiany definicji śmierci dla potrzeb transplantacji, nieuchronność wypadków drogowych. Widoczna jest natomiast różnica między religijnymi a świeckimi systemami moralnymi w zakresie źródeł powinności moralnych, szczególnie powinności ochrony życia, zwłaszcza życia ludzkiego. Moralność religijna upatruje owe źródła w Bogu, moralność zaś świecka w czynnikach współżycia społecznego.

Wśród wielu czynników mających wpływ na ukształtowanie się biojursprudencji i bioprawa odrębne miejsca zajęła wcześniejsza bioetyka³⁵. Korzystając z metodologii wielu nauk, bioetyka opisuje, analizuje i ocenia w świetle wartości moralnych skutki sztucznej ingerencji w naturalne procesy narodzin, życia oraz śmierci człowieka i analogicznie – przyrody. Czyni to dla własnych celów normatywnych, ukazujących potrzebę ustanowienia jakiejś nowej etyki, adekwatnej do problemów wynikających ze sztucznej ingerencji w naturalne procesy narodzin, życia i śmierci. Jursprudencja nie może być obojętna wobec poważnych osiągnięć bioetyki, toteż rozwija w związku z tym nowy swój nurt myślowy – biojursprudencję, mającą istotny wpływ na tworzenie i stosowanie bioprawa. Opisy sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia tworzą ontologię bioetyki i biojursprudencji, analizy tej ingerencji – epistemolo-

³⁴ Por. szerzej S. R. Walker, R. M. Rasser: *Quality of Life: Assessment and Application*, London 1993; J. Orley, W. Kuyken: *Quality of Life Assessment International Perspectives*, Berlin, Heidelberg 1994.

³⁵ Twórcą nazwy „bioetyka” jest P. Van Rensselaer: *Bioethics: Bridge to the Future*, Englewood Cliffs, Prentice Hall 1971. Por. nadto idem: *Global Bioethics*, East Lansing, Michigan University Press 1988; T. Ślipko: *Granice życia. Dylematy współczesnej bioetyki*, Warszawa 1988; G. Dalla Torre: *Bioetica e Diritto*, Torino 1993; A. Rorers, D. Durand-Bousingen: *Bioethics in Europe*, Strasbourg 1995; K. Klosowski: *Biomedyczne aspekty inżynierii genetycznej*, Warszawa 1995; W. Sumner, L. Boyle (eds.): *Philosophical Perspectives on Bioethics*, Toronto 1996; R. A. Carson, C. R. Burns (eds.): *Philosophy of Medicine and Bioethics. A Twenty-Year Retrospective and Critical Appraisal*, Dordrecht 1997.

gię obu tych dyscyplin wiedzy, oceny ingerencji – ich aksjologię, a służące temu wszystkiemu metody – metodologię bioetyki i biojursprudencji.

Osiągnięcia bioetyki są już na tyle poważne, że wyodrębniają się jej wyspecjalizowane działy. Bioetyka teoretyczna (*theoretical bioethics*) rozwija podstawy koncepcyjne bioetyki. Wyjaśnia istotę przedmiotu bioetyki, kształtuje nazwy i pojęcia, tworzy z nich większe koncepcje, docieka jej źródeł i uzasadnia spełniane przez nią funkcje. Bioetyka kliniczna (*clinical bioethics*) ogarnia problemy wykorzystywania wiedzy teoretycznej w nauce i praktyce medycyny. Bioetyka normatywna (*regulatory bioethics*) formułuje zasady i normy wyborów moralnych przydatnych biomedycynie i bioprawu. Bioetyka kulturowa (*cultural bioethics*), posługując się metodami komparatystyki kulturowej, analizuje z jednej strony wpływy różnych kultur na bioetykę, z drugiej zaś wpływy bioetyki na te kultury. Wszystkie te wyspecjalizowane działy bioetyki mogą mieć większe lub mniejsze znaczenie dla rozwoju biojursprudencji.

JURYSPRUDENCJA A BIOJURYSPRUDENCJA

Biojursprudencja jest jednym z najnowszych nurtów jurysprudencji, powstałym pod wpływem wykorzystywania odkryć biologicznych, przy pomocy techniki, przez medycynę, w celu sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia, szczególnie życia człowieka. Gdy wcześniejsze nurty jurysprudencji miały za swój przedmiot badań ochronę naturalnych procesów życia, przedmiotem biojursprudencji jest ochrona życia w zakresie sztucznej ingerencji w jego naturalne procesy. Przedmiot biojursprudencji obejmuje opisy rodzajów sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia, analizę tych opisów, oceny poszczególnych rodzajów tej ingerencji formułowane przez różne systemy normatywne, głównie religijne i moralne, postulaty jej normowania bioprawem i metody umożliwiające osiągnięcie tego wszystkiego. Owe opisy tworzą ontologię biojursprudencji, ich analiza – epistemologię, oceny – aksjologię, a metody – metodologię biojursprudencji.

Odrębność biojursprudencji, jako jednego z nurtów jurysprudencji, nie przeczy związkom z innymi jej rozwiniętymi już nurtami: prawa natury, pozytywizmu prawniczego, pojęć, analityczną, interesów i socjologiczną³⁶.

³⁶ Por. R. A. Tokarczyk: *Biojursprudencja...*, s. 17 i n.

Znaczenie myśli prawa natury dla całej jurysprudencji, szczególnie zaś dla biojurysprudencji, jest nad wyraz doniosłe. Koncepcje prawa natury, wychodząc z różnych przesłanek filozoficznych, konstruują uniwersalne normy prawa natury, odnoszone do prawa stanowionego w charakterze jego ocen i postulatów. Ochrona życia wynika z samej istoty koncepcji prawa natury, pozostając również istotą biojurysprudencji. O ile jednak koncepcje prawa natury poprzestają na ogólnych ocenach i postulatach ochrony życia, biojurysprudencja nadaje im cech konkretności, umożliwiającą tworzenie i stosowanie norm bioprawa.

W odróżnieniu od myśli prawa natury, myśl pozytywizmu prawniczego nie aprobejuje wprost ochrony życia, szczególnie życia ludzkiego. Pozytywizm prawniczy skłania się do upatrywania możliwych konfliktów między ochroną życia ludzkiego a ochroną władzy państwowej, którą reprezentuje. Polegając na sile władzy państwowej, pozytywizm prawniczy może liczyć na większą skuteczność realnie obowiązującego prawa stanowionego od skuteczności wyobrażanego prawa natury. Biojurysprudencja, podkreślając swoje aksjologiczne pokrewieństwo z myślą prawa natury, pragnęłaby jednocześnie, aby współkształtowane przez nią bioprawo posiadało skuteczność możliwie najdoskonalszego prawa stanowionego.

Jurysprudencja pojęć (*Begriffsjurisprudenz*), zrodzona w kręgu myśli niemieckiej, wskazuje na kluczowe, a nawet niekiedy wręcz prawotwórcze znaczenie pojęć prawnych. Wskazania te zachowują również znaczenie dla biojurysprudencji, ponieważ precyzja pojęciowa należy do immanentnych wartości całej jurysprudencji, zmierzającej do jednoznaczności pojęciowej, ścisłości sformułowań i jasności konstrukcji prawnych i prawniczych. Biojurysprudencja wskazuje także na konieczność tworzenia nowych pojęć i konstrukcji prawnych, niezbędnych dla nowych treści powstających w związku ze sztuczną ingerencją w naturalne procesy życia. Podobna jest relacja biojurysprudencji z anglosaską jurysprudencją analityczną, uznawaną za odmianę pozytywizmu prawniczego mającego za podstawę doświadczenia praktyki *common law*.

Gdy legitymująca się europejskim rodowodem jurysprudencja interesów traktuje prawo jako środek rozstrzygania konfliktów interesów w społeczeństwie, to biojurysprudencja stanowi w szczególnym sensie jurysprudencję interesów. Jest jurysprudencją interesów, koncentrującą swój przedmiot wokół „interesu interesów” – ochrony życia człowieka i innych jego przejawów.

Wreszcie, ukształtowana na północnoamerykańskim gruncie jurysprudencja socjologiczna odzwierciedla istotne dla biojurysprudencji społeczne uwarunkowania powstawania prawa, jego funkcjonowania społecznego i wreszcie społecznych skutków. W takim rozumieniu cały przedmiot biojurysprudencji uwikłany jest w różnorodne związki z jurysprudencją socjologiczną.

Wspomnieć należy o możliwości rozważania relacji biojurysprudencji z innymi, mniej rozpowszechnionymi nurtami jurysprudencji, jak np. jurysprudencja – antropologiczna, psychologiczna, feministyczna, ekonomiczna, politologiczna, integracyjna.

BIOJURYSPRUDENCJA PRAKTYCZNA

Od około lat siedemdziesiątych XX wieku następują radykalne i pogłębiające się zmiany w oczekiwaniach adresowanych do koncepcji etycznych, mających bezpośredni wpływ na koncepcje prawne. Oczekuje się od nich nie tyle abstrakcyjnych wywodów, wynikających ze spekulacji myślowej, ile ugruntowanej empirycznie wiedzy, możliwej do praktycznego stosowania. Zamiast etyki teoretycznej (*theoretical ethics*), czy też jurysprudencji teoretycznej (*theoretical jurisprudence*), uprawiana jest chętniej etyka praktyczna (*applied ethics*), skłaniająca do uprawiania jurysprudencji praktycznej (*applied jurisprudence*) w rodzaju biojurysprudencji. Owa wiedza normatywna podejmuje problemy wynikające z życia praktycznego i życiu praktycznemu pragnie służyć³⁷.

Przechodzenie od teoretycznej do praktycznej orientacji w rozwoju wiedzy normatywnej zaznaczyło się na wielu polach i w różny sposób. Przede wszystkim wielu badaczy, wiele instytutów badawczych i wiele uczelni wyższych deklaruje i realizuje uprawianie nauki przydatnej praktyce. Podejmowane są doniosłe problemy badawcze, opracowywane są raporty i ekspertyzy dla instytucji rządowych i pozarządowych, uczeni zasiadają w komitetach doradczych i opiniodawczych. Również instytucje rządowe i pozarządowe oczekują od naukowców wyników badań przydatnych praktyce. Zachęcają ich do tego przy pomocy odpowiednich programów badawczych i zasad ich finansowania. Mówiąc o dużych

³⁷ Jest to teza przewodnia wspomnianej już *Encyclopedia of Applied Ethics...* Por. także P. Singer: *Practical Ethics*, Cambridge 1979; R. A. Tokarczyk: *Praktyczne treści filozofii prawa*, [w:] *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, pod red. B. Czecha, Katowice 1992, s. 179–189.

oczekiwaniach kierowanych do uczonych, należy jednak pamiętać, że nie posiadają oni monopolu ani w zakresie tworzenia koncepcji normatywnych, ani samych norm.

Z punktu widzenia praktycznej etyki i jurysprudencji prowadzona jest krytyka etyki i jurysprudencji teoretycznej. **Po pierwsze**, krytykuje się małą przydatność albo nawet zupełną nieprzydatność praktyczną wysoce abstrakcyjnych, wyspekulowanych, uniwersalistycznych koncepcji teoretycznych. Separują one myśl normatywną od realiów, nie bacząc na to, że to właśnie uwzględnianie realiów przesądza o walorach myśli normatywnej. **Po drugie**, krytykuje się podejścia dedukcyjne w jurysprudencji, jednocześnie wykazując przewagę podejść indukcyjnych. Z tego względu następuje rehabilitacja dyskredytowanej ongiś w kręgach filozoficznych kazuistyki, w sensie wyższej oceny, rozumowań normatywnych opartych na konkretnych sprawach – kazuach, niż na normach ogólnych. Kazuistykę uznaje się już obecnie za jedyną metodę godną stosowania w biomedycynie³⁸. Jest to również ważna wskazówka dla komparatystyki prawniczej, szczególnie w zakresie porównywania kultury *common law* z kulturą prawa stanowionego. **Po trzecie**, krytykuje się teoretyczne koncepcje normatywne za redukcjonizm – usiłowanie sprowadzenia mnogości faktów życia praktycznego do teoretycznej jedności. Praktycznie zorientowane koncepcje normatywne powinny być kazuistyczne, pluralistyczne i realistyczne.

Nie można jednak nie wspomnieć, że również etyka i jurysprudencja praktyczna spotykają się z krytyką. Wyrasta ona ze sceptycyzmu kwestionującego możliwość rozwijania wiedzy naukowej opartej na kazuistyce. Do istoty wiedzy naukowej należała bowiem zawsze jej ogólność; etyka i jurysprudencja, pretendując do praktyczności, musiałyby jednocześnie zrezygnować z naukowości. Krytycy wyjaśniają, że relatywizm kulturowy, do którego odwołuje się etyka i jurysprudencja praktyczna, nie musi się kłócić z powstawaniem obszarów uniwersalnej zgodności aksjologicznej i w konsekwencji zgodności normatywnej, pozostających w harmonii z sensem wiedzy naukowej³⁹. Krytycy etyki i jurysprudencji

³⁸ Zob. m.in. J. D. Arras: *Getting down to cases: The revival of casuistry in bioethics*, „Journal of Medicine and Philosophy” 1991, No. 16/1, s. 29–51; K. W. Wildes: *The Priesthood of Bioethics and the Return to Casuistry*, „Journal of Medicine and Philosophy” 1993, No 18/1, s. 33–49; T. Tomlinson: *Casuistry in Medical Ethics: Rehabilitated or Repeat Offender?*, „Theoretical Medicine” 1994, No 15/1.

³⁹ Odnośnie do wartości i ochrony życia uniwersalna zgodność poglądów nie może budzić wątpliwości. Szerzej zob. R. A. Tokarczyk: *Natural Law as the Universal Basis of Social Order*, „Archiv für Rechts und Sozialphilosophie” 1993, Vol. 79, Heft 1, s. 70–79.

praktycznej obciążają je zarzutami subiektywizmu, emocjonalności, arbitralności, a nawet apodyktyczności, niemożliwymi do pogodzenia z jakąkolwiek naukowością. Nadto krytycy ci dodają, że w dojrzałych rozważaniach normatywnych należy posiadać wiedzę umożliwiającą różnicowanie treści materialnych norm od ich treści proceduralnych, czego nie dostrzegają w etyce i jurysprudencji praktycznej.

Wydaje się, że obie strony sporu nieco jednostronnie traktują złożony przedmiot etyki i jurysprudencji. Do właściwego rozwoju bioetyki i biojurysprudencji niezbędne jest racjonalne powiązanie tego, co teoretyczne, z tym, co praktyczne w etyce i moralności, jurysprudencji i prawie.

KONTURY BIOPRAWA

Zakresy legalnego korzystania z odkryć biologii – biotechnologii, za pośrednictwem techniki – biotechniki przez medycynę, oceniane przez bioetykę, rozważane przez biojurysprudencję, określają przedmiot bioprawa⁴⁰. Jak wspominaliśmy, biojurysprudencja posiada już dość wyraźnie zarysowaną ontologię, epistemologię i metodologię, których znajomość jest niezbędna przy tworzeniu i stosowaniu bioprawa. Główne trudności przy tworzeniu i stosowaniu bioprawa wynikają z braku jednolitej aksjologii, określającej jednoznacznie katalog i hierarchię wartości związanych ze sztuczną ingerencją w naturalne procesy narodzin, życia oraz śmierci człowieka i analogicznie – przyrody. Owe trudności potęgują się w sposób paradoksalny w społeczeństwach demokratycznych, z jednej strony dopuszczających pluralizm poglądów, z drugiej jednak strony opierających tworzenie praw na konsensusie większości. Rozprawiając o prawnej ochronie życia w społeczeństwach demokratycznych, należy pamiętać, że są one w stanie doprowadzić drogą legalną do swego samounicestwienia, gdyby taka była wola większości⁴¹.

Odrzucając ponure scenariusze demokratycznego samounicestwienia społeczeństw, biojurysprudencja poszukuje legalnych metod rozwiązywania dylematów, wynikających ze sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia. Zgodnie z procedurami tworzenia prawa w społeczeńst-

⁴⁰ Por. G. Dalla Torre: *Bioetica e Diritto...*; C. Neirinc: *De la bioethique au bio-droit...*

⁴¹ Tak trafnie M. Safian: *op. cit.*, s. 10 i n.

wach demokratycznych, biojursprudencja zakłada, że same decyzje prawotwórcze powinny być poprzedzone szeroką debatą społeczną. Problemy debaty mogłyby być wyartykułowane przez zespoły ekspertów, reprezentujących całe spektrum opinii w rozważanym problemie, służących również swoimi ekspertyzami prawodawcom tworzącym prawo⁴². Oczywiście tworzenie bioprawa wymaga pełnej jasności co do jego treści, formy i celów potwierdzanych konsensusem społecznym. Tam, gdzie takiej jasności brak, lepiej powstrzymać się przed jakąkolwiek interwencją prawodawczą. Przeto dylematy biojursprudencji, z punktu widzenia bioprawotwórstwa, dzielą się na trzy grupy: 1) niedojrzałe jeszcze do interwencji prawodawczej, 2) dojrzałe do tego na poziomie ogólnych zasad prawa, 3) dojrzałe do bardziej szczegółowej regulacji.

Granice przedmiotowe bioprawa wyznacza przede wszystkim biojursprudencja, czerpiąca wiele z ocen bioetyki. Ważnymi odniesieniami przy tym są powszechnie uznawane i obowiązujące prawa człowieka oraz normy prawa międzynarodowego⁴³. W czasach masowej mobilności ludzi w skali globalnej prawo krajowe, nie zharmonizowane z prawami człowieka i prawem międzynarodowym, narażone jest na nieskuteczność. Bioprawo nie może pozostawać w sprzeczności z prawami człowieka i prawem międzynarodowym. Byłoby rzeczą wielce pożądaną aby także samo bioprawo miało zasięg przynajmniej międzynarodowy, jeśli już nie ogólnoświatowy. Obok krajowych aktów bioprawotwórczych, odnotować już można pierwsze akty bioprawotwórcze o zasięgu europejskim i nawet ogólnoświatowym. Europejski zasięg ma *Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny*, zwana także *Konwencją o prawach człowieka i biomedycynie* z 1997 roku. Natomiast zasięg ogólnoświatowy ma *Rezolucja praw człowieka a bioetyka*, uchwalona w 1993 roku przez Komisję Praw Człowieka ONZ i *Powszechna deklaracja w sprawie genomu ludzkiego i praw człowieka*, przyjęta przez UNESCO w 1997 roku⁴⁴.

⁴² Szerzej zob. I. Kennedy: *Influence des comités d' Ethique sur la législation*, [w:] *Conférence Permanente des Comités Européens d' Ethique*, Stockholm 1994.

⁴³ Zob. R. A. Tokarczyk: *Interrelations Between Human Rights, Natural Rights and Natural Law Concepts*, [w:] *Protection of Human Rights in Poland and European Communities*, ed. L. Leszczyński, Lublin 1995, s. 27–37.

⁴⁴ Materiały te opublikował T. Jasudowicz: *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, Toruń 1998. Por. również *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. naukowy L. Wiśniewski, Warszawa 1997.

Bioprawo wymaga nowych nazw, pojęć, instytucji, zasad, a nawet systematyzacji i podziałów na gałęzie prawa. Kompleksowość problemów sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia oczekuje kompleksowych struktur prawnych. Zmienia się status podmiotów prawa, zakresy i warunki ich zdolności prawnej oraz zdolności do czynności prawnych. Bioprawo, ulegając logice rynku, w coraz szerszym zakresie dopuszcza przedmiotowe traktowanie podmiotów prawa. Odzwierciedlają to tyleż wyraziście, co brutalnie takie nazwy i pojęcia bioprawa jak dar – komórki, tkanki, organu, bank spermy, magazyn embrionów, wynajęcie – macicy czy też brzucha, ciąża na rzecz osoby drugiej, wymiana produktów pochodzenia ludzkiego i inne. Można zasadnie przewidywać, że w miarę wypierania przez sztuczną ingerencję naturalnych procesów życiowych zmieni się charakter dotychczasowych instytucji prawnych i gałęzi prawa. Przyszłe instytucje prawne bioprawa jednoczyć będą normy należące jeszcze obecnie do bardzo odległych od siebie gałęzi prawa. Konsekwentna ochrona prawna życia może doprowadzić do wyodrębnienia gałęzi prawa o nowych nazwach i zmienionych zakresach przedmiotowych. Można przewidywać powstawanie gałęzi prawa w rodzaju: prawo narodzin, prawo życia prywatnego, prawo życia publicznego, prawo życia gospodarczego, prawo życia kulturalnego, prawo życia religijnego, prawo życia politycznego, prawo życia międzynarodowego, prawo śmierci i innych. Chodziłoby o to, aby wszystko co wiąże się z bioprawem, podkreślało naczelną wartość życia – jako głównego przedmiotu ochrony prawnej.

Za jakieś prototypy instytucji, czy też gałęzi bioprawa, można uznać zespoły norm prawnych występujące już obecnie pod nazwami prawo do narodzin, prawo do życia i prawo do śmierci. Warto im poświęcić znowu nieco uwagi, aby wskazać na ich wielką kompleksowość, kruszącą sztywne przedziały między dotychczasowymi systematyzacjami prawa.

Prawo do narodzin, traktowane jako kompleks norm bioprawa, opiera się głównie na osiągnięciach genetyki – mapie genetycznej, diagnostyce genetycznej rodziców i diagnostyce prenatalnej płodu. Jak wynika z amerykańskiej praktyki sądowej, chodzi tutaj o prawo do narodzin człowieka zdrowego (*rights to be born sound*), w sensie wolnym od wad genetycznych, powodujących życie wadliwe (*wrongful life*). Jest to już praktycznie możliwe dzięki znajomości mapy genetycznej potencjalnych rodziców, uzyskanej na drodze diagnostyki genetycznej, zawierającej niezbędne informacje o cechach całych linii osób ze sobą spokrewnio-

nych. Oczywiście znajomość takiej mapy genetycznej wymaga niezwykle precyzyjnej ochrony prawnej, ponieważ nielegalne jej wykorzystywanie może wywoływać poważne, niekorzystne skutki prawne w zakresie różnorodnych stosunków prawnych – pracy, ubezpieczeń, rodzinnych, spadkowych, publicznych, cywilnoprawnych i karnoprawnych. Skutki te mogą się odnosić zarówno do prokreacji naturalnej, jak i prokreacji sztucznej – medycznie wspomaganey. Mapa genetyczna może być decydującym czynnikiem przy określaniu macierzyństwa, ojcostwa i rodzicielstwa wtedy, kiedy są one nieznane lub wątpliwe. Diagnostyka prenatalna natomiast pozwala określać stan zdrowia embrionów ludzkich i płodu od poczęcia aż do narodzin. Niewykorzystanie tych możliwości diagnostyki genetycznej może być podstawą do roszczeń z tytułu wspomnianego życia wadliwego⁴⁵.

Prawo do życia, jako zespół norm bioprawa, obejmuje różne problemy wynikające ze sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia, od narodzin aż do śmierci człowieka. Chodzi zwłaszcza o aborcję, transplantację organów ludzkich, zmianę płci człowieka, ryzyko związane z seksem, narkotykami i alkoholem, eksperymenty naukowe i medyczne, właściwą diagnozę i terapię, zakres tajemnicy lekarskiej, odpowiedzialność deontologiczną i prawną podmiotów uwikłanych we wspomniane rodzaje aktywności. Prawo do życia, z natury rzeczy, realizowane jest zależnie od stopnia samodzielności albo poczytalności osoby, której przysługuje. Ludzie samodzielni korzystają z prawa do życia, jeśli pragną żyć. W odniesieniu do ludzi niesamodzielnych, prawo do życia nasuwa szereg wątpliwości wyrażanych pytaniami: kto, w oparciu o co, może decydować o życiu kogoś innego? Rozstrzygnięcie tych wątpliwości należy do biojurysprudencji stwarzającej podstawy koncepcyjne dla bioprawa⁴⁶.

Prawo do śmierci także składa się z zespołu norm bioprawa, w obecnych systematyzacjach norm prawnych dotyczących samobójstwa, eutanazji, stanów wyższej konieczności, obrony koniecznej, zabijania podczas wojen i w niektórych ujęciach kary śmierci. We wszystkich tych przypadkach sztuczna ingerencja prowadzi do kresu naturalnych procesów życia – śmierci. Do najciekawszych i najbardziej kontrowersyjnych cech bioprawa, w porównaniu z prawem wcześniejszym, należy pojęcie śmierci mózgowej. Kontrowersyjność tego pojęcia wynika nie tylko z faktu uznawania za zmarłe ciała ludzie, w których trwają jeszcze

⁴⁵ Zob. przypis 13.

⁴⁶ Zob. przypis 20.

procesy oddychania i krążenia, lecz również z nieadekwatności pojęcia śmierci mózgowej do istot ludzkich pozbawionych mózgu (tzw. wrodzone bezmózgowie), w stanie śmierci kory mózgu i w stanie trwale wegetatywnym. Pojęcie jednak śmierci mózgowej zyskało dość szeroką akceptację środowisk medycznych, ponieważ umożliwia rozwój transplantologii. Biojursprudencja zalecałaby bioprawo aprobowanie raczej wielu definicji śmierci i wybieranie jednej, adekwatnej do określonego stanu faktycznego, np. transplantacji, prokreacji *post mortem*, usiłowania popełnienia samobójstwa, eutanazji, spadkobrania, kary śmierci⁴⁷.

Oczywiście z prawem do narodzin, prawem do życia i prawem do śmierci wiążą się różne zakresy odpowiedzialności zawodowej, cywilnoprawnej i prawnej podmiotów, które je stosują⁴⁸.

WNIOSKI I KONKLUZJE

Nasze wcześniejsze rozważania wskazują, że nazwy „biojursprudencja” i „bioprawo” nie są nazwami pustymi. Obie mają podobne cele: zmierzają do zebrania i uporządkowania rozproszonych dotychczas poglądów i norm prawnych dotyczących sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia. Współczesny stan rozwoju wiedzy i praktyki wymaga nowego ujęcia jursprudencji i nowego podejścia do tworzenia i stosowania prawa. Biojursprudencja i bioprawo proponują takie nowe ujęcie i podejście.

Biojursprudencja, podobnie jak niemal każda dyscyplina wiedzy, nie może sobie rościć pretensji do wyłącznego prawa do zajmowania się tym przedmiotem. Ma ona liczne i bardziej lub mniej skomplikowane filiacje z innymi dyscyplinami wiedzy. Z uwagi na zainteresowanie większości dyscyplin wiedzy życiem człowieka i życiem przyrody są to filiacje nadzwyczaj rozbudowane. Obok zagadnień należących wyłącznie do przedmiotu biojursprudencji, w kręgu jej zainteresowania znajdują się zagadnienia częściowo się pokrywające, krzyżujące bądź graniczące

⁴⁷ Zob. przypis 22. Por. także C. Pritchard: *Suicide: The Ultimate Rejection?*, Buckingham 1995; J. K o w n (ed.): *Euthanasia Examined: Ethical, Legal and Clinical Perspective*, Cambridge 1997 oraz świetną pracę P. Bartuła: *Kara śmierci – powracający dylemat*, Kraków 1998.

⁴⁸ Por. np. R. A. Gorlin (ed.): *Codes of Professional Responsibility*, Washington D. G. 1994.

z przedmiotami innych dyscyplin wiedzy. W celu wyraźniejszego zaznaczenia konturów przedmiotu biojursprudencji szczególnie ważne jest rozważanie tej filiacji z bioetyką i etyką medyczną.

Bioprawo określa granice swojego przedmiotu zakresami ochrony prawnej życia człowieka i życia przyrody, zagrożonego sztuczną ingerencją nauki, techniki i medycyny w naturalne procesy życia. Już obecnie istnieje zadanie (wynikające ze sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia) ujęcia w sposób całościowy, jednolity i spójny wszystkich norm prawnych dotyczących ochrony życia, rozproszonych w wielu różnych gałęziach prawa krajowego i prawa międzynarodowego. Czyni to wprawdzie prawo medyczne, ale jedynie w odniesieniu do medycyny. Uznaje za szczególny paradoks, że prawo stworzone przede wszystkim dla ochrony życia usunęło ze swej terminologii i systematyzacji w cień właśnie życie. Dojrzeła potrzeba zmiany tego stanu rzeczy i podkreślenia prymatu wartości życia w hierarchii wartości chronionych prawem nie tylko w treści, ale i formie prawa, nie tylko w odniesieniu do medycyny, ale i nauki oraz techniki. Realizacja tej potrzeby określa kierunki rozwoju bioprawa wspartego na podstawach biojursprudencji.

SUMMARY

Biojurisprudence as a trend in legal thought, and bio-law as a set of legal norms concerning the protection of human life, are the most spectacular phenomena of jurisprudence and the practice of making and applying the law in the closing years of the 20th century.

I have coined the term biojurisprudence basing on the Greek word *bios* meaning life and the Latin word *iurisprudentia*, which denotes legal knowledge and wisdom. The subject matter of biojurisprudence is directly connected with biology and jurisprudence (the science of law, legal theory, legal philosophy and thought) while it is indirectly related to biotechnics, biotechnology, biomedicine and psychiatry.

Following the natural rhythm of human life – birth preceded by conception, life and death – I have distinguished three segments of biojurisprudence: biojusgenesis, biojustherapy and biojusthanatology.

The subject matter of bio-law is determined by the scopes of legal uses of biological discoveries – biotechnology, through technics – biotechnics, through specialised medicine – biomedicine, which are evaluated by bioethics and discussed by biojurisprudence.

Both biojurisprudence and bio-law have their real, vast and quickly-expanding subject matters. They also have common goals: they are aimed at collecting and putting in order the scattered views and legal norms concerning artificial interference in the natural life processes. The present-day state of knowledge and practice requires this treatment of jurisprudence and a new approach to the making and application of law. It is biojurisprudence and bio-law that offer such a new interpretation and approach.