

Wokół testamentu życia - podsumowanie debaty

Marcin Śliwka

Testament życia oraz inne oświadczenia składane przez pacjentów na wypadek utraty świadomości od dawna wzbudzają kontrowersje natury etycznej oraz prawnej. Ujawniły się one również przy okazji debaty „Wokół testamentu życia”, która w ostatnich dniach listopada toczyła się na stronach Polskiego Towarzystwa Bioetycznego¹.

Potrzeba wprowadzenia regulacji prawnej odnoszącej się do problematyki tzw. oświadczeń woli pro futuro została silnie zaakcentowana w wypowiedziach większości dyskutantów. Powodów jest oczywiście wiele. Zgodnie z art. 9 Europejskiej Konwencji Bioetycznej (podpisanej, lecz wciąż nie ratyfikowanej przez Polskę) należy brać pod uwagę wcześniej wyrażone życzenia osoby zainteresowanej co do interwencji medycznej, jeżeli w chwili jej przeprowadzania nie jest ona w stanie wyrazić swojej woli. W związku z powtarzającymi się głosami o potrzebie zakończenia procesu ratyfikacyjnego kwestia testamentów życia oraz innych oświadczeń pro futuro będzie musiała zostać uregulowana również na gruncie prawa polskiego². Na względy czysto praktyczne wskazywał K. Marczewski, zdaniem którego proces starzenia się społeczeństwa prowadzi do znacznego zwiększenia liczby „osób niezdolnych do wyrażenia swojej woli w sposób świadomy, tj. po zrozumieniu istoty propozycji terapeutycznej, jaką ktoś wysuwa wobec osoby chwilowo/ trwale niezdolnej do wyrażenia woli”³. Na uwagę zasługuje również argumentacja K. Machinka, zdaniem którego „w tle postulatu przyznania oświadczeniom pro futuro (w tym także testamentowi życia) znacznej mocy zobowiązującej stoi pragnienie zachowania przez formułującego oświadczenie kontroli nad przyszłymi działaniami i zaniechaniami lekarskimi, które go będą dotyczyły, na wypadek utraty zdolności do samostanowienia (autonomia i samostanowienie)”. Piszącego te słowa w pełni przekonuje natomiast pogląd wyrażony przez J. Suchorzewską, według której bazę aksjologiczną dla stosowania instytucji oświadczeń pro futuro stanowi zasada równości⁴. Podstaw obowiązywania testa-

¹ <http://www.ptb.org.pl/>. W debacie udział wzięli: Marian Machinek, Krzysztof Marczewski, Tomasz Orłowski, Agnieszka Sieńko, Janina Suchorzewska oraz Marcin Śliwka.

² M. Śliwka, *Testament życia i inne oświadczenia pro futuro – przyczynek do dyskusji*.

³ K. Marczewski, *Z doświadczenia wiemy, że umierają inni*.

⁴ J. Suchorzewska, *Testament życia i inne oświadczenia pro futuro – głos w dyskusji*.

mentów życia oraz innych oświadczeń pro futuro należy więc poszukiwać w normach prawa międzynarodowego oraz krajowego, które przyznając uprawnienia każdej jednostce ludzkiej, zakazują stosowania jakichkolwiek form dyskryminacji. Cytując Powszechną Deklarację Praw Człowieka warto przypomnieć, że „Każdy człowiek jest uprawniony do korzystania z wszystkich praw i wolności wyłożonych w niniejszej Deklaracji, bez względu na różnice rasy, koloru skóry, płci, języka, religii, poglądów politycznych lub innych przekonań, narodowości, pochodzenia społecznego, majątku, urodzenia lub jakiegokolwiek inne różnice”. Przepis ten dotyczy także pacjenta, który nie traci przysługujących mu praw tylko dlatego, że jest nieprzytomny, śmiertelnie chory lub z innych powodów nie jest w stanie w sposób świadomy podjąć decyzji. Sąd Najwyższy Massachusetts w wyroku wydanym w sprawie *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz* stwierdził: „Uznajemy ogólne prawo wszystkich osób do wyrażenia sprzeciwu w określonych przypadkach. Uznanie tego prawa musi się rozciągać zarówno na pacjentów niezdolnych, jak i zdolnych do podjęcia decyzji, ponieważ wartość jaką przedstawia godność ludzka dotyczy obu przypadków (...). W celu rzeczywistej ochrony osoby niezdolnej do podjęcia decyzji państwo musi uznać godność oraz wartość takiej osoby i zagwarantować jej taki sam zakres praw i wyborów, jakie przyznaje osobom zdolnym do decydowania o sobie”⁵. Od ustawodawcy należy więc wymagać wprowadzenia takiej normy prawnej, która pozwoli pacjentowi na podjęcie decyzji i wyrażenie woli m.in. na wypadek utraty świadomości. Przeciwno tej argumentacji wypowiedziała się natomiast A. Sieńko, poniekąd słusznie argumentując, iż „żadna regulacja prawna nie sprawi bowiem, że osoba niezdolna do składania oświadczenia woli zdolność tę zyska”⁶. Osobiście zgadzam się z tym poglądem, z zastrzeżeniem, iż w tego typu przypadkach ustawodawca musi poszukiwać rozwiązań (często niedoskonałych), które pozwolą jednostce zachować resztki autonomii czy samostanowienia w sytuacji, w której dobra te są z natury zagrożone.

Jednym z pierwszych wniosków, na które warto wskazać jest niejednorodny charakter oświadczeń pro futuro. Niektórzy uczestnicy debaty⁷, w tym piszący te słowa argumentowali, iż nie sposób utożsamiać problematyki oświadczeń składanych na przyszłość jedynie z tzw. testamentem życia. W istocie mamy tu do czynienia z całym szeregiem pokrewnych instytucji prawnych, które łączy jedna cecha wspólna, trafnie zidentyfikowana w wypowiedzi A. Sieńko: „składający

⁵ 370 N.E. 2d 417 (1977).

⁶ A. Sieńko, *Testament życia i inne oświadczenia pro futuro - głos w dyskusji*.

⁷ J. Suchorzewska, op. cit.

oświadczenie w chwili jego realizacji nie jest w stanie złożyć żadnego oświadczenia woli. Inne stany faktyczne, polegające na świadomej i współcześnie podejmowanej terapii woli kontynuowania czy przzerwania leczenia nie będą miały charakteru – nomen omen – oświadczenia pro futuro⁸. Do najczęściej stosowanych instytucji z grupy oświadczeń pro futuro niewątpliwie należą:

- pełnomocnictwo (tzw. *proxy, durable power of attorney, personne de confiance*);
- testament życia (tzw. *living will, advance directives, Patiententestament, testament de vie*).

Charakter prawny tych oświadczeń jest odmienny. Różnią się one przede wszystkim sposobem ustalenia woli pacjenta, który z różnych powodów (utrata świadomości, wstrząs, stan terminalny) nie jest w stanie samodzielnie wyrazić zgody lub sprzeciwu.

W pierwszym przypadku, pełnomocnik podejmuje decyzje dotyczące chorego, w zakresie swojego umocowania, tak jak czyniłby to sam pacjent. Jest oczywiście związany życzeniami wyrażonymi w oświadczeniu. Funkcję tę pełnią często osoby bliskie oraz członkowie rodziny pacjenta. Przykładowo, w prawie węgierskim⁹ za pacjenta nieposiadającego przedstawiciela ustawowego lub ustanowionego pełnomocnika, decyzję podejmuje kolejno małżonek, dzieci, rodzice, rodzeństwo, dziadkowie, wnuki. Ustawodawca wymaga, by osoba wyrażająca zgodę lub sprzeciw zamieszkiwała z chorym. W dalszej kolejności uprawnieni do podjęcia decyzji są członkowie rodziny, którzy nie spełniają tego warunku. W obu przypadkach osoby te muszą korzystać z pełnej zdolności do czynności prawnych. W razie konfliktu między podmiotami w tej samej linii lekarz powinien przychylić się do decyzji, której zrealizowanie wywrze najkorzystniejszy wpływ na zdrowie pacjenta. O ile w przypadku pełnomocnictwa stosowną decyzję podejmuje pełnomocnik ustanowiony przez pacjenta, o tyle w drugim wola chorego jest ustalana w drodze analizy oświadczenia sporządzonego przez pacjenta, na wypadek utraty świadomości.

Znaczna część oświadczeń woli składanych na przyszłość bywa niesłusznie łączona z uporczywą terapią czy wręcz eutanazją. Tymczasem wydaje się, iż chodzi tutaj o zupełnie odmiennie, autonomiczne instytucje prawne. Decyzja o zaniechaniu uporczywej terapii różni się od eutanazji celem, do którego dąży lekarz. O ile w pierwszym przypadku chodzi o uchronienie pacjenta przed dodatkowymi cierpieniami, gdy w zakresie terapeutycznym nie można już nic dla niego zrobić, o

⁸ A. Sieńko, op. cit.

⁹ Act CLIV 1997 – zob. <http://www.who.int/genomics/public/patientrights/en/>.

tyle w przypadku eutanazji podstawowym celem jest skrócenie życia ludzkiego¹⁰. Uważam, iż od tak opisanego przestępstwa eutanazji oraz instytucji zaniechania uporczywej terapii należy odróżnić sytuację, w których zaniechanie dalszego leczenia jest konsekwencją sprzeciwu wyrażonego przez pacjenta pro futuro. W takim przypadku podstawą zaniechania dalszego leczenia jest potrzeba uszanowania autonomii pacjenta. Pogląd zakładający, iż tego typu działania należy kwalifikować jako przestępstwo eutanazji biernej jest w moim odczuciu zbyt konserwatywny¹¹. Warto w tym miejscu zacytować początkowe zdania z wypowiedzi T. Orłowskiego: „Testamenty biologiczne pojawiły się pod koniec lat 60. ubiegłego wieku. I pojmowane były od samego początku nie jako narzędzie skutecznej obrony przed inwazyjną i uporczywą terapią, ale jako postulat prymatu ludzkiej wolności i autodeterminacji nad obowiązkiem leczenia i ratowania życia ludzkiego, nawet kiedy substrat biologiczny wolności już nie istniał – pacjent pozostawałby nieodwracalnie nieświadomy”.

Takiego rozróżnienia nie dostrzegam w projekcie ustawy o ochronie genu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej, który to ogranicza zakres stosowania testamentu życia jedynie do sprzeciwu wyrażonego na piśmie przez pełnoletniego pacjenta poinformowanego wcześniej o ciężkiej chorobie nieuleczalnej, na wypadek utraty zdolności do wyrażania zgody na świadczenia zdrowotne. Sprzeciw odnosi się do podejmowania działań medycznych podtrzymujących funkcje życiowe w przypadku bezpośredniego zagrożenia życia będącego wynikiem tej choroby. Mówiąc krótko, ustawa ogranicza możliwość stosowania testamentu życia jedynie do stanów terminalnych.

W toku debaty K. Marczewski wyraźnie podkreślił, iż testament życia oraz inne oświadczenia pro futuro „mogą zawierać zarówno elementy negatywne jak i pozytywne (np. gotowość poddania się eksperymentalnej terapii, operowania przez najmłodszego lekarza, prośby o sekcję zwłok w obecności studentów itp.)”. W podobnym tonie wypowiedziała się A. Sieńko. Odmiennego zdania była natomiast J. Suchorzewska, podkreślając iż nie można pominąć wpływu uwarunkowań socjalnych, a szczególnie takich czynników jak zakres wiedzy, która zdaniem Autorki byłaby konieczna dla merytorycznie uzasadnionych preferencji (życzeń) wyrażanych pro futuro. Osobiście uważam, iż żadna regulacja dotycząca oświadczeń pro futuro nie powinna sprowadzać się jedynie do aspektu negatywnego,

¹⁰ M. Machinek, *Uporczywa terapia i eutanazja*, Gazeta Olsztyńska, <http://ww3.wm.pl/Uporczywa-terapia-i-eutanazja,64557>.

¹¹ Szerzej: A. Gałęska-Śliwka, M. Śliwka, *Stan wegetatywny, eutanazja, zaniechanie uporczywej terapii*, PiP 2009, nr 11.

czyli sprzeciwu wyrażonego przez pacjenta. Omawiane instytucje są na tyle szerokie, iż z powodzeniem mogą zawierać także elementy pozytywne, zwłaszcza preferencje jednostki. Życzenia o charakterze medycznym wyrażone przez pacjenta i tak muszą zostać poddane ocenie merytorycznej dokonywanej przez lekarza; nie może być w tym miejscu mowy o bezwarunkowym związaniu decyzją pacjenta. Problem ten mógłby rozwiązywać art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, który nakłada na lekarza obowiązek wykonywania zawodu, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością. Poza tym, proponując umieszczenie w oświadczeniu pro futuro również elementów pozytywnych, nie miałem na myśli wyłącznie preferencji natury medycznej. W takim oświadczeniu jest również miejsce na umieszczenie zagadnień natury technicznej, jak chociażby ustalenie kręgu podmiotów uprawnionych do informacji o stanie zdrowia nieprzytomnego pacjenta.

W toku dyskusji słusznie podkreślano kwestię weryfikacji oświadczenia woli pro futuro, w sytuacji gdy istnieją wątpliwości co do jego aktualności czy merytorycznej poprawności. Interesująco rysuje się kwestia czynników, którymi kierowała się osoba składająca takie oświadczenie. O ile niektórzy pacjenci sporządzają testament życia mając na względzie kwestie czysto medyczne, o tyle do wyobrażenia jest przypadek, gdzie sprzeciw pacjenta jest motywowany innymi względami. Podkreśliła to w swojej wypowiedzi A. Sieńko: „W ocenie autorki prawo powinno rozgranicyć oświadczenia motywowane przekonaniem światopoglądowym i religijnym od oświadczeń motywowanych stanem aktualnej w chwili składania oświadczenia wiedzy medycznej”. Taki kierunek myślenia jest charakterystyczny dla orzecznictwa sądów anglosaskich, które orzekając w tych trudnych kwestiach kierują się modelem „najlepszego interesu pacjenta”¹². Co istotne, ustalając co w danym przypadku sprzyja dobru chorego, uwzględnia się również czynniki pozamedyczne (indywidualne przekonania chorego, wyznanie, światopogląd itp.) Przykładowo, w wyroku wydanym w sprawie *Re S (adult: sterilisation)* sędzia L.J. Thorpe zauważył, iż „Ustalając co jest dla pacjenta najlepsze, sąd musi przede wszystkim brać pod uwagę jego dobro. Należy stosować argumenty wychodzące poza sferę czysto medyczną”.

Nie podzielam natomiast opinii wyrażonej przez większość dyskutantów, zgodnie z którą analiza merytoryczna oświadczeń pro futuro powinna zostać zastrzeżona wyłącznie dla lekarza. Przywołany przeze mnie w tekście wprowadza-

¹² Szerzej: M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2007, M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2008.

jącym art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry nie powinien moim zdaniem być rozumiany jako swoisty „przepis – wytrych” umożliwiający lekarzowi na samodzielne przełamywanie woli pacjenta. Przepis ten nakłada na lekarza obowiązek wykonywania zawodu zgodnie ze wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej, przy pomocy dostępnych mu środków, jednak nie uprawnia go do stosowania nieograniczonego przymusu leczenia. Granice swobody wyznaczą w każdym przypadku przepisy prawa medycznego.

Nie ulega natomiast wątpliwości, iż procedury weryfikacyjne są potrzebne. Kto w takim wypadku powinien być uprawniony do analizy oświadczeń pro futuro? Moim zdaniem naturalnym podmiotem jest sąd opiekuńczy, na co słusznie zwrócił uwagę K. Marczewski. Za takim stanowiskiem przemawia kilka argumentów.

W pierwszej kolejności warto wskazać, iż kompetencja sądu opiekuńczego do rozstrzygania trudnych problemów z pogranicza prawa i medycyny znajduje silne umocowanie w obowiązujących przepisach polskiego prawa medycznego, zwłaszcza w normach zawartych w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Przypomnijmy, iż od lat sądy opiekuńcze są uprawnione do autoryzacji leczenia pacjentów małoletnich, ubezwłasnowolnionych czy niezdolnych do wyrażenia zgody m.in. w przypadku, gdy nie posiadają oni przedstawicieli ustawowych lub nie wyrażają oni zgody na interwencję medyczną. Z tego punktu widzenia sąd opiekuńczy wydaje się naturalnym podmiotem do rozstrzygania tego typu problemów. Nienaturalna byłaby sytuacja, w której w przypadku dorosłego pacjenta nieprzytomnego, zgodę na interwencję medyczną wydaje sąd opiekuńczy, podczas gdy na straży praw pacjenta, który sporządził oświadczenie woli pro futuro, stoi lekarz lub inny świadczeniodawca. Taka różnica nie wydaje się uzasadniona.

Za kompetencją sądów opiekuńczych przemawiają także inne argumenty. Problematyka dotycząca oświadczeń woli pro futuro wykracza zdecydowanie poza sferę czysto medyczną. Pojawiają się tu problemy związane chociażby z wykładnią oświadczenia złożonego przez pacjenta; rozważenia mogą wymagać również kwestie związane z tzw. brakiem świadomości lub swobody, błędem lub innymi wadami oświadczeń woli; w dalszej kolejności pojawią się wątpliwości co do spełnienia warunku odpowiedniej formy wymaganej dla testamentu życia. W celu ustalenia/doprecyzowania rzeczywistej woli pacjenta nierzadko należy wysłuchać bliskich pacjenta oraz innych świadków. Przy całym szacunku dla ogromnej wiedzy oraz doświadczenia osób wykonujących zawody medyczne, nie sądzę, by lekarz czy pielęgniarka byli dostatecznie przygotowani od strony prawnej do podejmowania tak trudnych decyzji, tym bardziej, iż wiąże się z nimi odpowiedzialność.

Oczywiście można zarzucić, iż sądom opiekuńczym brakuje wiedzy medycznej, potrzebnej do analizy oświadczenia. Podkreśliła to w swej wypowiedzi A. Sieńko: „sąd nie dysponuje żadną wiedzą medyczną pozwalającą ocenić, czy stan tejże wiedzy medycznej na chwilę ewentualnego modyfikowania oświadczenia pozwalałby na w pełni - nie tyle kompetentne ile - odpowiedzialne zdecydowanie, czy badane oświadczenie pro futuro jest wiążące czy już nie. Ostatnie zdanie nie stanowi w żadnym razie krytyki sądu jako instytucji. Twierdzenie to służy jedynie wskazaniu, że sąd może samodzielnie nie podjąć ocenie skuteczności oświadczenia pro futuro złożonego przed laty”. Oczywiście jest to prawda. Z drugiej strony prawnie znane są środki, przy pomocy których owe braki można uzupełnić. Chodzi o odnalezienie takiego instrumentu prawnego, który pozwoli na współpracę środowiska medycznego (analiza stanu zdrowia pacjenta, wskazanie możliwych metod diagnostycznych i leczniczych) oraz prawniczego (problematyka wad oświadczeń woli, formy czynności prawnych, ustalenie kwestii światopoglądowych i innych). W konsekwencji, w toku ewentualnego postępowania sąd powinien mieć możliwość wysłuchania lekarzy sprawujących opiekę nad pacjentem oraz w miarę potrzeb powinien również zasięgnąć opinii biegłego. Dowody te powinny podlegać analizie zgodnie z zasadą ich swobodnej oceny.

Za przyznaniem kompetencji sądom opiekuńczym przemawia jeszcze jeden argument natury praktycznej. Uczestnicy debaty podkreślali, iż złożenie oświadczenia pro futuro może być podyktowane względami wykraczającymi poza sferę czysto medyczną. Jednocześnie do wyobrażenia są sytuacje, w których pojawiają się wątpliwości co do aktualności testamentu życia, lub zachodzi potrzeba jego doprecyzowania. W tego typu sytuacjach sąd może podjąć próbę dokonania wykładni oświadczenia oraz zbadania stopnia jego aktualności, stosując art. 576 ust. 1 kodeksu postępowania cywilnego. Przepis ten nakłada na sąd obowiązek wysłuchania, przed wydaniem orzeczenia co do istoty sprawy, przedstawiciela ustawowego osoby, której postępowanie dotyczy, a w wypadkach ważniejszych (z takim niewątpliwie mamy do czynienia) również osób bliskich. Przepis ten umożliwi sądowi wyrobienie sobie zdania chociażby odnośnie kwestii światopoglądu pacjenta, jego wyznania oraz innych czynników, które mogły wpływać na podejmowaną decyzję.

Uznanie właściwości sądów opiekuńczych musi być powiązane ze specyfiką zawodów medycznych oraz naturą stanów chorobowych. Ustawodawca uwzględnił te uwagi w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry, regulując postępowanie bez zgody pacjenta w realiach tzw. stanu nagłego. W konsekwencji co do zasady wymaga się uzyskania zgody uprawnionego podmiotu (pacjenta, przedstawiciela ustawowego lub zezwolenia sądu opiekuńczego), ale w przypad-

ku, gdy nie jest to możliwe, umożliwia się lekarzowi samodzielne działanie. Zgodnie z treścią art. 33 ustawy badanie lub udzielenie pacjentowi innego świadczenia zdrowotnego bez jego zgody jest dopuszczalne, jeżeli wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. Decyzję o podjęciu czynności medycznych w okolicznościach nagłych, lekarz powinien w miarę możliwości skonsultować z innym lekarzem a następnie dokonać adnotacji w dokumentacji medycznej. Podobne warunki przewiduje również art. 34 ust. 7 ustawy: „Lekarz może wykonać czynności, o których mowa w ust. 1, bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta bądź zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. W takim przypadku lekarz ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności. O wykonywanych czynnościach lekarz niezwłocznie zawiadamia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sąd opiekuńczy”.

Podobne przepisy powinny zostać zawarte również w akcie prawnym regulującym problematykę oświadczeń pro futuro. W sytuacji nagłej, gdy pojawiają się wątpliwości zarówno merytoryczne jak i formalne, lekarz powinien mieć prawo do chwilowego przełamania woli pacjenta. Powinien jednak skonsultować decyzję z innym lekarzem oraz dokonać wpisu do dokumentacji medycznej, a o podjętych czynnościach zawiadomić sąd opiekuńczy, który w takiej sytuacji dokonałby analizy oświadczenia. Wydaje się, iż nie poniesie odpowiedzialności cywilnej lub karnej lekarz, który działając w stanie nagłym nie zdąży zapoznać się z treścią pozostawionego oświadczenia lub też podejmie stosowne działania ze względu na poważne wątpliwości co do autentyczności lub aktualności pozostawionego dokumentu. Trafnie spostrzegł T. Orłowski, iż „Często testamenty dokładnie wypełnione są w decydującym momencie trudne do pozyskania, odnalezienia i skonsultowania”.

Inaczej rysuje się powyższy problem w sytuacji, gdy pojawią się wątpliwości odnośnie sporządzonego oświadczenia, a stan pacjenta pozwala na skierowanie sprawy do sądu opiekuńczego. Lekarz, który w takim wypadku samowolnie przełamie wolę pacjenta podejmuje działania bezprawnie. W takich sytuacjach kompetencja do wyrażenia zgody zastępczej przysługuje sądowi opiekuńczemu, a nie lekarzowi.

Osobną kwestią pozostaje problematyka formy, w jakiej pacjent mógłby złożyć oświadczenie pro futuro. Dopuszczalne są tu zarówno rozwiązania liberal-

ne, jak i konserwatywne. W pierwszym przypadku regulacja prawna zachęcałaby pacjentów do składania oświadczeń pro futuro, przy czym mogłyby pojawiać się wątpliwości natury prawnej co do ich autentyczności. Druga opcja zapewnia większe bezpieczeństwo, przy czym niewątpliwie utrudnia masowe sporządzanie testamentów życia. Uczestnicy debaty wskazywali również inne czynniki, skutkujące niską popularnością testamentów życia¹³. Osobiście twierdzę, iż należy poszukiwać rozwiązań pośrednich, realizowanych w ramach różnych form szczególnych. Odrzucałbym przy tym formę aktu notarialnego, pozostawiając do rozważenia formę pisemną, pisemną z datą pewną lub poświadczonym podpisem. Tego typu rozwiązanie zapobiegnie nadużyciom a jednocześnie umożliwi złożenie odpowiedzialnego oświadczenia przez większość osób zainteresowanych złożeniem tego typu oświadczeń (podobnie K. Marczewski). Osoby, które nie mogą pisać, lecz mogą czytać, mogłyby składać tego typu oświadczenia w realiach określonych przez art. 79 kodeksu cywilnego („Osoba nie mogąca pisać, lecz mogąca czytać może złożyć oświadczenie woli w formie pisemnej bądź w ten sposób, że uczyni na dokumencie tuszowy odcisk palca, a obok tego odcisku inna osoba wypisze jej imię i nazwisko umieszczając swój podpis, bądź też w ten sposób, że zamiast składającego oświadczenie podpisze się inna osoba, a jej podpis będzie poświadczony przez notariusza lub wójta (burmistrza, prezydenta miasta), starostę lub marszałka województwa z zaznaczeniem, że został złożony na życzenie nie mogącego pisać, lecz mogącego czytać”).

Na etapie ewentualnych prac legislacyjnych rozważenia wymaga również postulat dotyczący obowiązku „odnawiania” oświadczeń zgłaszany przez uczestników debaty. Osobiście uważam, iż do wyobrażenia jest sytuacja, w której pierwsze z oświadczeń powinno być złożone w formie szczególnej, a wspomniane „odnowienie” mogłyby być dokonywane przez każde zachowanie, które dostatecznie jasno pozwoli odczytać wolę składającego.

Działając pod wpływem smutnych wniosków postawionych przez T. Orłowskiego, w końcowym fragmencie jego wypowiedzi („Testament biologiczny wymaga poważnej teoretycznej refleksji. Niestety – 40-letnia praktyka wskazuje, że szczytny zamiar z jakim ta instytucja została powołana do życia spalił na panewce.”) pragnę wskazać na stosowane w niektórych krajach środki alternatywne. Kwestią zupełnie ignorowaną przez naukę oraz orzecznictwo polskie pozostaje problematyka ustalenia woli pacjenta, który nie sporządził oświadczenia pro futuro. Tymczasem, w państwach zachodnich, w braku oświadczenia wola chorego jest odtwarzana przez sąd lub inną osobę, która podejmuje decyzję w imieniu pa-

¹³ T. Orłowski, *Testament biologiczny: obiecuje więcej niż jest w stanie zrealizować*.

cjenta. Zgodnie z art. 145B.12 cytowanego wcześniej *Minnesota Living Will Act* brak oświadczenia zawierającego życzenia pacjenta skutkuje nieistnieniem jakichkolwiek domniemań odnośnie intencji pacjenta. W takim wypadku wolę pacjenta trzeba będzie ustalić. Sąd w wyroku wydanym w *In re Gardner* stwierdził, iż interes państwa odnośnie ochrony życia ludzkiego jest bardzo silny w przypadku pacjentów, którzy nie są w stanie samodzielnie podjąć decyzji o zaniechaniu stosowania procedur podtrzymujących ich życie¹⁴. Nie oznacza to jednak, iż taka decyzja nie może zostać podjęta. Przeciwnie, sądy dość powszechnie przyjmowały brak interesu państwa co do ochrony życia pacjentów podłączonych do aparatury podtrzymującej życie w sytuacji, gdy nie było szans na przywrócenie ich do świadomego stanu¹⁵. W takich przypadkach skrupulatnie badano jednak okoliczności danej sprawy, tak by podjęta decyzja rzeczywiście odpowiadała rzeczywistej woli pacjenta.

Sądy starając się odtworzyć wolę pacjenta w pierwszej kolejności dążą do ustalenia, jakimi przekonaniami kierował się chory w świadomym życiu. Siłą rzeczy korzystają tutaj z zeznań świadków, zazwyczaj członków rodziny lub osób bliskich. Bardzo często zdarzało się, że chory, który z mediów dowiedział się o głośnym przypadku związanym z prawem do śmierci, komunikuje bliskim swoją wolę. Tak było np. w sprawie *Brophy v. New England Sinai Hosp., Inc.*¹⁶, gdzie pacjent, oglądając około dziesięć lat wcześniej w telewizji reportaż dotyczący *Karen Quinlan*, miał wyrazić gwałtowny sprzeciw wobec utrzymywania go przy życiu przy pomocy inwazyjnej aparatury. Co więcej, chory uratował kiedyś ранego mężczyznę uwięzionego w płonącym samochodzie. Pacjent miał żałować, że nie spóźnił się z ratunkiem kilka minut, co ukróciłoby cierpienia poparzonego. Tydzień przed zapadnięciem w śpiączkę pacjent miał ponownie podnieść sprzeciw omawiając przypadek nastolatka podłączonego do respiratora. Poza osobistymi doświadczeniami pacjenta sąd uwzględnił także: przekonania religijne chorego, wpływ zaistniałej sytuacji na rodzinę, prawdopodobieństwo wystąpienia skutków ubocznych, prognozy na przyszłość oraz stan upośledzenia pacjenta. Przy pomocy podobnych środków wola pacjentki została ustalona w sprawach *Gray by Gray v.*

¹⁴ *In re Gardner*, 534 A.2d 947 (1987).

¹⁵ *Barber v. Superior Court of State Cal.*, 195 Cal. Rptr. 484 (1983), *Matter of Conservatorship of Torres*, 357 N.W.2d 332 (1984), *Foody v. Manchester Memorial Hosp.*, 482 A.2d 713. (1984), *Tune v. Walter Reed Army Medical Hosp.*, 602 F. Supp. 1452 (1985), *In re Guardianship of Grant*, 747 P.2d 445 (1987), *Gray by Gray v. Romeo* 697 F. Supp. 580 (1988).

¹⁶ 497 N.E.2d 626 (1986).

*Romeo*¹⁷ oraz *Master of Christopher*¹⁸. Także w tej sprawie pacjentka wyraziła swój sprzeciw po zapoznaniu się z historią *Karen Quinlan*¹⁹.

Na tle podobnego stanu faktycznego odmiennie orzekł Sąd Najwyższy RFN²⁰. W tej sprawie pacjentka wyraziła swoją wolę niepodtrzymywania życia oglądając program w telewizji, lecz nigdy nie potwierdziła swojej decyzji w jakiegokolwiek formie. Sąd Najwyższy uznał wprowadzić prawo pacjenta do godnej śmierci, lecz jednocześnie orzekł, iż zastosowanie testu subiektywnego wymaga odtworzenia rzeczywistej woli pacjenta przy pomocy przekonujących dowodów. Życzenie wyrażone przez kobietę kilka lat wcześniej okazało się niewystarczające. W takim przypadku decyzja musiała zostać podjęta w oparciu o test obiektywny. Podobnie zachowa się sąd w sytuacji, gdy odtworzenie woli osoby nieprzytomnej okaże się niemożliwe ze względu na konflikt między członkami rodziny pacjenta. Nie oznacza to jednak, iż prawo niemieckie całkowicie odrzuca model subiektywny²¹.

Sądy starają się odtworzyć rzeczywistą wolę pacjenta nawet wtedy, gdy nie wypowiedział się on nigdy w interesującym nas temacie. W takich sytuacjach uwzględnia się charakter danej osoby, jej usposobienie, styl życia, stosunek do medycyny etc. Sąd stara się ustalić, jaką decyzję podjąłby pacjent, gdyby tylko na chwilę obudził się ze śpiączki, mając świadomość, że zaraz ponownie w nią zapadnie. W orzeczeniu wydanym w sprawie *Guardianship of Roe*²² zaproponowano sześć przesłanek, które powinny zostać uwzględnione w celu odtworzenia woli pacjenta:

- wyrażone życzenia,
- przekonania religijne,
- wpływ decyzji na rodzinę pacjenta,
- medyczne skutki uboczne,
- konsekwencje zaniechania leczenia,
- prognozy w razie zaniechania terapii.

¹⁷ 697 F.Supp. 580 (1988).

¹⁸ 675 NYS2d 807 (1998).

¹⁹ Wydaje się, że podobną rolę w przypadku młodszego pokolenia będzie miała sprawa *Terri Schiavo*. Zob. J. Dute, *The Terri Schiavo Case in a Comparative Perspective*, *European Journal of Health Law* 2005 r., nr 12, s. 317, L. O. Gostin, *Ethics, the constitution and the dying process, the case of Theresa Marie Schiavo*, *JAMA* 2005 r., s. 2403, M. G. Bloche, *Managing conflict at the end of life*, *NEJM* 2005 r., s. 2371.

²⁰ BGHSt 40, 257 (1994).

²¹ Zob. BGHSt 37, 376, N.J.W. 1991, 2357, BGHZ 29, 46, N.J.W. 1957, 811.

²² 421 NE2d 40 (1981).

Podobne przesłanki biorą pod uwagę także sądy niemieckie. W pierwszej kolejności należy uwzględnić czynniki czysto subiektywne takie, jak: życzenia wyrażone zarówno w formie pisemnej jak i ustnej, przekonania religijne oraz inne wartości i oczekiwania wobec życia. Czynniki obiektywne mogą stanowić wskazówki, jednak nie powinno się im przypisywać istotnego znaczenia tak długo, jak rzeczywista wola chorego może zostać ustalona²³.

W przypadku prawa angielskiego decyzja o odłączeniu aparatury podtrzymującej życie należy do lekarza po uzyskaniu deklaratoryjnego orzeczenia sądu opiekuńczego. Opinia członków rodziny chorego powinna zostać uwzględniona, ale nie ma charakteru wiążącego²⁴. W prawie holenderskim decyzja także należy do lekarza. Przedstawiciel ustawowy pacjenta może jednak wypowiedzieć umowę o leczenie oraz przenieść chorego do innej placówki, która uwzględni wyrażony sprzeciw. Zaangażowanie sądu nie jest konieczne w przypadku prawa szkockiego i irlandzkiego²⁵.

W prawie amerykańskim mamy do czynienia z różnorodnymi rozwiązaniami. Cechą wspólną jest tutaj zwiększenie roli członków rodziny pacjenta w procesie decyzyjnym. W *In Matter of Karen Quinlan*, jednej z pierwszych spraw dotyczących prawa do wyrażenia sprzeciwu w imieniu osoby niezdolnej do decydowania, Sąd Najwyższy New Jersey zezwolił ojcu 21-letniej pacjentki na podjęcie decyzji o odłączeniu chorej od aparatury podtrzymującej życie. Warunkiem było tu ustalenie przez lekarza zajmującego się pacjentką braku szans na poprawę wegetatywnego stanu pacjentki oraz na powrót do świadomego funkcjonowania. Decyzja powinna zapaść jednak dopiero po konsultacji z Komisją Etyczną szpitala lub jej podobną organizacją, która potwierdziłaby diagnozę lekarza. W takim wypadku, po dodatkowym wyrażeniu zgody przez członków rodziny, aparatura podtrzymująca życie pacjentki mogła zostać odłączona²⁶. W wyroku wydanym w sprawie *Foody v. Manchester Memorial Hosp.* sąd zezwolił rodzinie pacjentki na podjęcie decyzji o odłączeniu respiratora w przypadkach, gdy: 1. Chora znajduje

²³ BGHSt 40, 257 (1994).

²⁴ Re T (adult: refusal of medical treatment) [1992], 3 W.L.R. 782 z glosą A. Grubba, MLR 1993 r., nr 1, s. 83, Re B (A minor) (Wardship: Medical Treatment) [1981], 1 W.L.R. 1421 (C.A.), Re J (A minor) (Wardship: Medical Treatment)[1990], 3 All E.R. 930 (C.A.), R. v. Bingley Magistrates Court, ex parte Morrow, oraz Swindon & Marlborough N.H.S. Trust v. S, MLR 1995 r., nr 3, s. 80., Re G (Persistent Vegetative State) [1995] 2 FCR 46, 51.

²⁵ *In the Matter of A: Ward of Court*, 2 I.L.R.M. 401 (1995) oraz *Law Hospital N.H.S. Trust v. The Lord Advocate*, 1996 S.L.T. 848 (C.S.(I.H.)). Zob. także A. Grubb, *Incompetent Patient (PVS): Withdrawal of Feeding (Scotland)*, "Medical Law Review", 1996, 4, 300, J. Mason, G. Laurie, *The management of the Persistent Vegetative State in the British Isles*, "Juridical Review", 1996, 263.

²⁶ *Matter of Quinlan*, 355 A.2d 647 (1976).

się w stanie wegetatywnym, bez realnych szans na powrót do świadomego funkcjonowania, 2. Co najmniej trzech lekarzy (w tym jeden opiekujący się pacjentem) zgodnie orzeknie o stanie zdrowia chorej 3. Członkowie rodziny pacjentki są w stanie zgodnie orzec odnośnie odłączenia aparatury podtrzymującej życie²⁷. W przypadku stanu Waszyngton wycofanie aparatury podtrzymującej życie może zostać przeprowadzone bez wcześniejszej autoryzacji sądu²⁸, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1. lekarz zajmujący się pacjentem, wraz z dwoma innymi lekarzami ustali, iż chory znajduje się w późnym stadium śmiertelnej i nieuleczalnej choroby, którym towarzyszą nieodwracalne zaburzenia psychiczne i fizyczne. 2. Opiekun pacjenta (jeżeli taki został ustanowiony) ustali, iż gdyby pacjent był w stanie samodzielnie decydować, nie zgodziłby się na stosowanie aparatury podtrzymującej życie. Jeżeli takie ustalenie jest niemożliwe opiekun powinien ustalić, czy sztuczne podtrzymywanie życia leży w najlepszym interesie jego podopiecznego. Nie trzeba ustanawiać opiekuna, jeżeli członkowie najbliższej rodziny zgodnie stwierdzą, iż odłączenie aparatury jest korzystne dla pacjenta. 3. Ani lekarz pacjenta lub zakład, w którym on przebywa, ani członkowie rodziny nie wyrażają sprzeciwu wobec odłączenia aparatury²⁹.

Decyzja podjęta w trybie *substitutive judgment* ma niewątpliwie swoje wady. Najpoważniejszym zagrożeniem jest tutaj możliwość pozbawienia życia pacjenta przez błędne odtworzenie jego życzeń. Duża rola członków rodziny stwarza tutaj pole do nadużyć, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy USA w sprawie *Cruzan*³⁰. Z drugiej strony, mimo wszystkich wad jest to tryb, który w sposób najlepszy z możliwych pozwala w braku wyraźnego dokumentu odzwierciedlić rzeczywistą wolę chorego.

Waga podejmowanej decyzji sprawia, iż procedura, która sprawdza się w przypadku zabiegów rutynowych, wywołuje spore kontrowersje w przypadku prawa do śmierci. Z tych powodów między innymi procedura ta jest odrzucana przez część orzecznictwa krajów europejskich³¹.

²⁷ 482 A.2d 713 (1984).

²⁸ *In re Colyer*, 660 P.2d 738 (1983), *In re Hamlin*, 689 P.2d 1372 (1984).

²⁹ *In re Guardianship of Grant*, 747 P.2d 445 (1987).

³⁰ *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 110 S Ct 2841 (1990). Zob. także: *In re Guardianship of Roe*, 421 NE2d 40 (1981), *In re Conroy*, 486 A2d 1209, 48 ALR 4th 1 (1985).

³¹ Zob. m.in. Sąd Najwyższy Irlandii w *In the Matter of A Ward of Court*, 2 I.L.R.M. 401, (1995), Brytyjska Izba Lordów w *Airdale NHS Trust v. Bland*, 2 W.L.R. 316 (1993) z glosą A. Grubba i I. Kennedyego, MLR 1993 r., nr 1, s. 359-407. Orzecznictwo sądów brytyjskich jednoznacznie odrzuca test subiektywny: *Re T (adult: refusal of medical treatment)* 3 W.L.R. 782 (1992) z glosą A. Grubba, MLR 1993 r., nr 1, s. 83, *Re B (A minor)(Wardship: Medical Treatment)*, 1 W.L.R. 1421 (C.A.) (1981), *Re J (A minor)(Wardship: Medical Treatment)* 3 All E.R. 930 (C.A.) (1990), *R v. Bingley Magistrates Court, ex*

W wielu sytuacjach nie sposób będzie ustalić, jakiego wyboru dokonałby pacjent, gdyby był do tego zdolny. W sprawie *In re AMB* sąd zauważył, iż test obiektywny stosuje się wobec chorych, którzy albo nigdy nie byli zdolni do podjęcia decyzji, albo nie zdążyli wyrazić swoich życzeń odnośnie terapii³². W takich wypadkach osoba podejmująca decyzję w jego imieniu musi ustalić, jaka decyzja leży w najlepszym interesie chorego. W tym celu należy uwzględnić czynniki czysto obiektywne: prawdopodobieństwo wyleczenia, alternatywy lecznicze, ryzyka i skutki uboczne, dolegliwości, jakie odczuje pacjent, jakość podtrzymywanego życia, stopień poniżenia i zależności, utratę godności etc.³³. Przykładowo, Brytyjska Izba Lordów w orzeczeniu *Airedale NHS Trust v. Bland*³⁴ zezwoliła na odłączenie aparatury podtrzymującej życie pacjenta od trzech lat pozostającego w stanie wegetatywnym. Pacjent nigdy nie wyraził swojej opinii co do ewentualnego zaniechania leczenia. Izba Lordów stwierdziła, iż podstawowym celem każdego leczenia jest uzyskanie korzyści przez pacjenta. Funkcjonowanie w stanie wegetatywnym, bez pozytywnych perspektyw powrotu do świadomego stanu nie leży w najlepszym interesie chorego. W takiej sytuacji na lekarzu przestaje spoczywać obowiązek leczenia. Co więcej, powinien się on wstrzymać od stosowania dalszych procedur ze względu na utratę prawa do działania.

W sprawie *Conroy*³⁵ sąd rozróżnił dwie odmiany omawianego testu. Pierwsza ma charakter czysto obiektywny i jest stosowana wyłącznie w sytuacji, gdy brak jest jakichkolwiek dowodów, które pozwoliłyby odtworzyć wolę pacjenta. W takim wypadku porównuje się konsekwencje zaniechania i stosowania terapii, przy czym udzielanie świadczenia może zostać przerwane jedynie, jeśli ciężary związane z egzystencją wyraźnie przewyższają uzyskiwane w ten sposób korzyści, a chory cierpi na poważny, nieunikniony i powracający ból. Druga odmiana ma charakter mieszany. Sąd uwzględnia w takim wypadku dowody wskazujące na rzeczywistą wolę pacjenta z tym, że zaniechanie procedury jest dopuszczalne jedynie po porównaniu tych samych ciężarów i korzyści.

Niewątpliwą wadą testu obiektywnego może być podjęcie decyzji w oparciu o kryterium jakości życia. Zagrożenie to odpada w przypadku testu subiek-

parte Morrow, oraz *Swindon & Marlborough N.H.S. Trust v. S.*, MLR 1995 r., nr 3, s.80., *Re G (Persistent Vegetative State)* [1995] 2 FCR 46, 51.

³² 640 NW2d 262 (2001). Zob. też: *Nancy B v. Hotel-Dieu de Quebec*, 86 D.L.R. (4th) 385 (1992 - Kanada) oraz *Auckland A.H.B. v. Attorney-General*, 1 N.Z.L.R. 235 (1993 - Nowa Zelandia).

³³ *Foody v. Manchester Memorial Hosp.*, 482 A.2d 713 (1984), *Gray by Gray v. Romeo*, 697 F. Supp. 580 (1988), *In re AMB*, 640 NW2d 262 (2001).

³⁴ 2 W.L.R. 316 z glosą A. Grubba i I. Kennedyego, MLR 1993 r., nr 1, s. 359-407.

³⁵ *Matter of Conroy*, 98 N.J.321, 486 A.2d 1209 (1985).

tywnego, gdzie podmiot podejmujący decyzję stara się w maksymalnym stopniu odtworzyć wolę pacjenta (jaka by ona nie była).

Na marginesie należy tu zasygnalizować trudny problem, przed którym staje podmiot decydujący o odłączeniu aparatury podtrzymującej życie w przypadku, gdy rodzina pacjenta pragnie kontynuacji bezskutecznego leczenia. W sprawie *Re G (Persistent Vegetative State)*³⁶ sąd stwierdził, iż lekarz jest zobowiązany działać w najlepszym interesie pacjenta. Wykonując swoje obowiązki powinien uwzględnić zdanie osób bliskich. Sprzeciw matki lub innego członka rodziny nie ma jednak charakteru decydującego. Ostateczną decyzję, przynajmniej na gruncie prawa brytyjskiego, podejmuje sam lekarz w oparciu o kryterium najlepszego interesu chorego³⁷. Sygnalizowany problem jest także znany prawu oraz doktrynie amerykańskiej. W sprawie *In re AB* sąd stwierdził: „Prawo umierającego pacjenta do samostanowienia przeważa nad prawem rodziny, lekarzy oraz innych świadczeniodawców do decydowania w oparciu o własne interesy lub wyznawane normy moralne”³⁸.

³⁶ 2 FCR 46 (1995).

³⁷ Podobnie wytyczne British Medical Association, *Guidelines on Treatment Decisions for Patients on Persistent Vegetative State*, 1992.

³⁸ 196 Misc. 2d 940, 768 NYS 2d 256 (2003).