

Kwestia oświadczeń *pro futuro* w kontekście artykułu 9. Europejskiej Konwencji Bioetycznej i praktyki wybranych państw europejskich

Advance directives in the context of Article 9 of the European Bioethics Convention and the legal practice of selected European states

Streszczenie

Niniejsze opracowanie przedstawia kwestię oświadczeń *pro futuro* w kontekście unormowań Europejskiej Konwencji Bioetycznej oraz prawnoporównawczej analizy rozwiązań przyjętych przez państwa-sygnatariuszy Konwencji. W części końcowej artykułu zawarto postulaty dotyczące przyszłego uregulowania omawianego zagadnienia w prawie polskim.

Medycyna Paliatywna w Praktyce 2017; 11, 3: 102–110

Słowa kluczowe: oświadczenia *pro futuro*, Europejska Konwencja Bioetyczna, autonomia woli pacjenta

Abstract

This article aims to briefly depict the legal institution of advance directives in the context of the European Bioethics Convention and the legal practice of selected European states. Some propositions regarding the shape of a future normative regulation of the issue were put forward in the conclusion.

Medycyna Paliatywna w Praktyce 2017; 11, 3: 102–110

Key words: advance directives, European Bioethics Convention, patient autonomy

Wprowadzenie

Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny¹ jest zwieńczeniem podejmowanych od

1989 roku w ramach struktur Rady Europy wysiłków mających na celu stworzenie ponadnarodowych norm prawnych określających europejskie standardy w dziedzinie bioetyki. Specyficzny charakter Konwencji zarysowuje się przede wszystkim na dwóch płaszczyznach — tworzenia i stosowania prawa. Normy ponadnarodowe w ogólności, a standardy w dziedzinie bioetyki w szczególności stanowią bowiem owoc kompromisu

¹ Dalej jako: Europejska Konwencja Bioetyczna (EKB) lub Konwencja z Oviedo.

Adres do korespondencji: Dominik Michoński
Uniwersytet Warszawski
tel.: 737 453 556
e-mail: dmichonski93@yahoo.com



Medycyna Paliatywna w Praktyce 2017; 11, 3, 102–110
Copyright © Via Medica, ISSN 1898–0678

wpracowanego przez państwa–strony, których systemy prawne wykazują istotne odmienności aksjologiczne i instytucjonalne². Określony sposób tworzenia norm jest zatem narzucany przez ich pożądany kształt.

Wiele przepisów Europejskiej Konwencji Bioetycznej (EKB) charakteryzuje znaczny stopień ogólności i pozostawia państwom–stronom szerokie pole do ich interpretacji oraz implementacji. Zbyt daleko idąca dowolność w tym zakresie może w praktyce prowadzić do zróżnicowania poziomu ochrony zapewnianej postanowieniami Konwencji w zależności od regulacji wykonawczych przyjętych przez konkretne państwa–sygnatariuszy, co stałoby w jawnej sprzeczności z założeniami, które przyświecały twórcom EKB.

Przed Rzeczpospolitą Polską jako stroną Konwencji stoi obecnie wyzwanie polegające na wkomponowaniu przepisów EKB w rodzimy porządek prawny, co będzie się wiązać niewątpliwie z koniecznością stawienia czoła wszystkim zarysowanym powyżej trudnościom o charakterze prawnym³. Jednak kwestia ratyfikacji stwarza także wiele wątpliwości natury etycznej, które nie mogą być rozwiązane w sposób arbitralny, gdyż dotyczą bezpośrednio sfery osobistej każdego z obywateli. Jakiegokolwiek prace w tym zakresie powinny być zatem poprzedzone rzetelnie przeprowadzoną i szeroko zakrojoną debatą publiczną na temat rozwiązań konkretyzujących postanowienia Konwencji⁴. Możliwość podtrzymywania życia stwarzane przez nowoczesną medycynę, stopniowe odchodzenie od tradycyjnego paternalizmu lekarskiego i jednoczesny wzrost znaczenia zasady autonomii pacjenta powodują, że koniecznym staje się ponowne przemyślenie podstawowych kwestii z zakresu bioetyki.

Znakomitym przykładem, na tle którego uwidaczniają się różnorakie trudności związane z wdrażaniem przepisów EKB, jest artykuł 9 Konwencji, dotyczący tak zwanych oświadczeń *pro futuro*, stanowiących wyraz prawa pacjenta do samodecydowania⁵. Niniejsza praca stanowi próbę zwięzłego przedstawienia wybranych problemów związanych z wdrażaniem przywołanego przepisu i regulowaniem skuteczno-

ści przejawów woli pacjenta złożonych na wypadek utraty świadomości. Dokładna analiza zagadnień związanych z problematyką oświadczeń *pro futuro* poparta wnioskami płynącymi z doświadczeń innych państw europejskich jest warunkiem wstępnym optymalnego — ustawowego⁶ — uregulowania tej kwestii w prawie polskim. Wydaje się bowiem, że dotychczas nie przynosi zadowalających rezultatów ani próba wpasowania oświadczeń *pro futuro* w ramy prawne wyznaczone przez obowiązujące przepisy prawa krajowego, ani koncepcja bezpośredniego stosowania przepisu Konwencji zaproponowana w doktrynie⁷. Warto wobec tego wyjść poza granice, skądinąd niezwykle potrzebnych i istotnych, rozważań dotyczących miejsca oświadczeń *pro futuro* w obowiązującym w Polsce stanie prawnym i, opierając się na rozwiązaniach prawnych obowiązujących w innych państwach europejskich, pokusić się o sformułowanie postulatów dotyczących kształtu przyszłej regulacji ustawowej tego zagadnienia.

Rozwój oświadczeń *pro futuro*

Rozważania wypadają zacząć od zdefiniowania pojęcia oświadczenia *pro futuro* i krótkiego przedstawienia historycznej ewolucji tej instytucji. Obecnie oświadczenia te występują na świecie pod wieloma postaciami i w najszerszym znaczeniu obejmują wszelkie

⁶ Tak również [8], s. 49.

⁷ [9], s. 14. Przepisy o zgodzie z ustawy o prawach pacjenta podobnie jak klasyczne konstrukcje z Kodeksu Cywilnego (przepisy o zdolności do czynności prawnych, wykładni oświadczeń woli) nie przystają do oświadczeń *pro futuro*. Na przeszkodzie stosowaniu oświadczeń *pro futuro* stoją także przepisy o zgodzie zastępczej. Do kwestii zgody oświadczenia *pro futuro* odnosi również B. Janiszewska. Wydaje się jednak, że o ile zgoda wyrażana jest zawsze w związku z konkretnym zabiegiem, to istotę oświadczenia *pro futuro* stanowi wydanie dyspozycji, co do sytuacji przyszłych, nieodkreślonych. Pomiedzy klasyczną zgodą a oświadczeniami *pro futuro* istnieją zatem istotne różnice dotyczące m.in. obowiązku informacyjnego [4], ss. 41–42. Autorka odnosi obowiązek informacyjny także do odmowy *pro futuro* oraz wspomina o obowiązku przekonywania pacjenta do poddania się leczeniu istniejącym we francuskim porządku prawnym, przytaczając orzeczenia tamtejszych sądów. Francja znana jest jednak z paternalizmu lekarskiego i preferencji w stosunku do opieki paliatywnej. Regulacja francuska nie stanowi zatem modelowego przykładu uregulowania omawianej kwestii [6], s. 128. Oświadczenia *pro futuro* często nie są wyrazem współdziałania lekarza i pacjenta. Obligują one bowiem lekarza do urzeczywistnienia (a przynajmniej wzięcia pod uwagę) życzeń pacjenta (często niezgodnych ze wskazaniami medycznymi i lekarskim obowiązkiem ratowania życia), który bierze za swoje decyzje pełną odpowiedzialność. Zdolność każdego człowieka do brania odpowiedzialności za własne wybory życiowe może uzasadniać ograniczenie obowiązku informacyjnego ciężącego na lekarzu przy tradycyjnej zgodzie na zabieg.

² Szerzej o problemach w tworzeniu standardów w dziedzinie bioetyki i biomedycyny zob. [1], s. 291 i nast.

³ Innym wyjściem jest zgłoszenie zastrzeżeń do tekstu EKB i zachowanie niższego standardu ochrony [2], s. 312.

⁴ Konieczność przeprowadzenia takiej debaty wynika przede wszystkim ze specyfiki materii regulowanej przepisami EKB. Prawne rozwiązania kwestii bioetycznych dotyczą bowiem bezpośrednio najcenniejszych dóbr osobistych — zdrowia i życia. W przekonaniu autora pracy kwestią kluczową będzie włączenie do takiej debaty przedstawicieli różnych środowisk (prawników, lekarzy, pacjentów).

⁵ Problematyka oświadczeń *pro futuro* na gruncie prawa polskiego była dotychczas wielokrotnie poruszana przez znakomitych cywilistów, m.in.: [3], ss. 23–32, [4], ss. 33–50, [5], [6], [7], ss. 24–55, [8], ss. 4–14.

przejawy woli odnoszące się do postępowania lekarza w przypadku niezdolności do samodzielnego wyrażenia zgody⁸. Nie są one zatem wyrazem woli pacjenta, a jedynie pozwalają poznać jego zdanie wyrażone na wypadek zaistnienia stanu wykluczającego samodzielne podjęcie decyzji⁹. Znaczenie oświadczeń *pro futuro* dla urzeczywistnienia zasady autonomii woli pacjenta polega przede wszystkim na związaniu lekarza wolą wyrażoną za ich pomocą¹⁰. Zakres owego związania stanowi przedmiot debat doktrynalnych¹¹. Podkreśla się również, że oświadczenia *pro futuro* stanowią instrument, dzięki któremu osoby niemające pełnej zdolności faktycznej do samodzielnego wyrażenia swej woli w przedmiocie leczenia (np. cierpiące na postępującą demencję) mogą z pomocą zaufanej osoby (występującej w podwójnej roli — interpretatora oświadczenia i doradcy) zachować wpływ na przebieg terapii do późnych faz choroby¹².

Oświadczenia *pro futuro* są składane przez osobę, w stosunku do której nie istnieją bezpośrednio przesłanki do przeprowadzenia zabiegu medycznego, wobec czego bardzo utrudnione lub wręcz niemożliwe jest uczynienie zadość obowiązkowi informacyjnemu. Z konieczności dyspozycje zawarte w oświadczeniach *pro futuro* charakteryzuje więc znaczny stopień ogólności. W związku z tym nie zawsze istnieje możliwość ich urzeczywistnienia, a także pojawiają się liczne wątpliwości natury interpretacyjnej dotyczące dyspozycji pacjenta.

Obecnie wyróżnia się zazwyczaj trzy generacje oświadczeń, które funkcjonują obok siebie. Oświadczenia pierwszej generacji obejmują wyłącznie wyraźne dyspozycje pacjenta na wypadek niezdolności do samodzielnego wyrażenia zgody i zawierają życzenia co do zaprzestania terapii w sytuacji bardzo znacznego zaawansowania choroby. Pojęcia „testament życia”, łączonego z oświadczeniami pierwszej generacji nie należy zatem utożsamiać ze wszystkimi formami oświadczeń *pro futuro*. Poza wspomnianymi

amerykańskimi *living wills* do tej kategorii oświadczeń można zaliczyć także francuskie *directives anticipées* (dyrektywy antycypowane) i belgijskie *declarations anticipées* (deklaracje antycypowane).

Oświadczenia drugiej generacji umożliwiają pacjentowi wskazanie osoby, która w razie zaistnienia okoliczności przewidzianych w ich treści będzie upoważniona do decydowania o dalszym toku leczenia i zapoznawania się z informacjami o stanie zdrowia pacjenta. W porównaniu z oświadczeniami pierwszej generacji rozwiązanie to pozwala na szersze uwzględnienie woli pacjenta w przypadkach nieobjętych jego wyraźnymi dyspozycjami. Za główną wadę oświadczeń drugiej generacji należy uznać fakt, że pomimo szczególnego stosunku zaufania łączącego obie strony, wybór dokonany przez osobę decydującą o przebiegu leczenia niejednokrotnie różni się z decyzją, którą podjąłby pacjent zdolny do samodzielnego wyrażenia woli¹³. Kolejnym mankamentem tego rodzaju oświadczeń jest znaczna presja ciężąca na osobie upoważnionej do podjęcia decyzji o zdrowiu i życiu swego mocodawcy. Szczególny stosunek zaufania, który rodzi się na mocy takiego oświadczenia, uzasadnia jego angielską nazwę *medical power of attorney* lub *healthcare proxy* (pełnomocnictwo ds. medycznych). Odpowiednikiem *healthcare proxy* we Francji i Belgii jest instytucja *personne de confiance* (osoby zaufania) oraz tak zwanego *mandataire* (pełnomocnika ds. zdrowotnych).

Treść oświadczeń trzeciej generacji obejmuje dyspozycje dotyczące sytuacji faktycznych znacznie wykraczających poza stany bardzo znacznego zaawansowania choroby — mogą one dotyczyć na przykład kwestii transfuzji krwi, amputacji kończyn, intubacji. Jako przykłady oświadczeń trzeciej generacji można wskazać angielskie *advance decisions* i belgijskie dyrektywy antycypowane. Wyrażony został także pogląd wyróżniający czwartą generację oświadczeń, której wyodrębnienie odzwierciedla tendencję do poszerzania zakresu pełnomocnictw ds. medycznych o różnorakie stosunki o charakterze majątkowym, a także osobistym. Jako przykłady takich oświadczeń podaje się francuskie *mandat de protection future* (pełnomocnictwo do przyszłej ochrony), angielskie *lasting powers of attorney* i szwajcarskie *mandat pour cause d'inaptitude* (pełnomocnictwo na wypadek niezdolności)¹⁴.

Oświadczenia *pro futuro* na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej

Europejska Konwencja Bioetyczna to akt prawny o charakterze ramowym, wyznaczający stronom stan-

8 Wyróżnia się oświadczenia pozytywne (zgody *pro futuro* — wyrażające wolę podjęcia określonej terapii) i negatywne (sprzeciw *pro futuro* — wyrażające odmowę pacjenta).

9 Stanowią substytut woli pacjenta, oświadczenie najbliższe jego woli [10], s. 145.

10 Cała konstrukcja oświadczeń *pro futuro* opiera się na założeniu, że pacjent jest w stanie wybrać rozwiązanie, które będzie dla niego najlepsze. Wybór ten, choć może doprowadzić do śmierci pacjenta, należy uszanować. Jako kontrargument podnosi się, że oświadczenia *pro futuro* stanowią wyraz zbyt daleko idącego indywidualizmu, a w procesie decyzyjnym powinni brać udział także członkowie rodziny pacjenta [11], s. 210.

11 Prezentowane są zarówno stanowiska nakazujące lekarzowi uszanowanie woli pacjenta w każdym przypadku, jak i zalecające jedynie wzięcie treści oświadczenia pod uwagę w procesie decyzyjnym.

12 Uwaga ta dotyczy obcych porządków prawnych [12], s. 127.

13 [10], s. 150, cyt. 16.

14 [6], s. 39.

dardy prawne w dziedzinie medycyny i bioetyki. Do tej pory Konwencję ratyfikowało 29 państw. Przepisy EKB stanowią uszczegółowienie ogólnych postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) w dziedzinie biomedycyny, zatem przy jej interpretacji należy brać pod uwagę orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) dotyczące między innymi artykułów 2., 3. i 8. EKPCz. Związek EKB z EKPCz wyraża się ponadto w tym, że tylko naruszenie postanowienia EKPCz w połączeniu z naruszeniem EKB otwiera drogę do wszczęcia postępowania przed ETPCz¹⁵. Wykluczona jest natomiast możliwość wnoszenia do ETPCz skarg przez obywateli państw–stron Konwencji wyłącznie na podstawie naruszenia przepisów EKB. Warto też wskazać, że zgodnie z artykułem 29. EKB, ETPCz posiada kompetencję do formułowania doradczych interpretacji postanowień EKB na wniosek Komitetu ds. Bioetyki oraz państw–stron Konwencji.

Naczelną zasadą EKB stanowi autonomia woli pacjenta, a artykuł 5. wymaga uzyskania zgody pacjenta na zabieg. Zgoda ta powinna być wyrażona świadomie i swobodnie, co oznacza, że na lekarzu ciąży obowiązek informacyjny obejmujący cel, naturę, ryzyko oraz konsekwencje zabiegu. Pacjent ma prawo zwolnić lekarza z obowiązku udzielania informacji. Ponadto, zgoda może być w każdej chwili cofnięta w sposób wiążący dla lekarza po poinformowaniu pacjenta o skutkach takiego działania. W wyjątkowych sytuacjach cofnięcie zgody nie jest wiążące, na przykład, gdy nastąpi ono w trakcie przeprowadzania operacji.

Artykuł 6. EKB normuje kwestię niezdolności do wyrażenia zgody, czyniąc rozróżnienie między dwoma jej przyczynami: małoletniością i niezdolnością faktyczną, spowodowaną na przykład zaburzeniami czynności psychicznych, śpiączką, niezdolnością do zakomunikowania decyzji. W tych dwóch przypadkach artykuł 6. ustęp 3 EKB stwarza obowiązek uzyskania tak zwanej zgody zastępczej udzielanej przez pełnomocnika pacjenta lub instytucję państwową. Niezdolność do wyrażenia zgody powinna być raczej badana w odniesieniu do konkretnego zabiegu medycznego, ale Konwencja dopuszcza również wprowadzenie instytucji prawa krajowego podobnych do ubezwłasnowolnienia, skutkujących niezdolnością do wyrażenia zgody na określoną grupę zabiegów. Wskazuje się przy tym, że orzekanie o niezdolności wymaga zachowania dużej dozy ostrożności, bowiem stwierdzenie niezdolności może przedwcześnie pozbawić chorego możliwości decydowania o dalszym przebiegu leczenia, co stałoby w jawnej sprzeczności z interesem pacjenta.

Nawet w przypadku stwierdzenia niekompetencji pacjent powinien mieć możliwość wywierania wpływu na proces decyzyjny za pośrednictwem pełnomocnika lub przedstawiciela ustawowego. We wszystkich pozostałych sytuacjach (również w przypadku częściowej niezdolności do wyrażenia zgody) należy uzyskać zgodę pacjenta na zabieg (lub przynajmniej, w miarę możliwości, włączyć go w proces podejmowania decyzji). W pewnych sytuacjach zasada zgody ulega jednak ograniczeniu. Zwolnienie z wymogu udzielenia zgody uzasadniają przykładowo zaburzenia psychiczne występujące u pacjenta, konieczność bezzwłocznego przeprowadzenia interwencji medycznej wobec osoby nieprzytomnej, ochrona praw i wolności innych osób, zdrowia publicznego (choroby zakaźne).

Wypada podkreślić, że zdolność do wyrażenia zgody na zabieg nie jest na gruncie EKB warunkowana zdolnością do czynności prawnych ani z nią równoznaczna.

Skutki oświadczeń *pro futuro* na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej

Artykuł 9. formułuje przełomowy nakaz „brania pod uwagę” woli pacjenta wyrażonej w oświadczeniach *pro futuro*. Z literalnego brzmienia przepisu wynika, że wcześniej wyrażone życzenia pacjenta należy brać pod uwagę w każdym przypadku, gdy pacjent nie jest w stanie bezpośrednio wyrazić swej woli. Liczne wątpliwości budzi natomiast prawne znaczenie zwrotu „brać pod uwagę”¹⁶. Jedną z możliwości interpretacyjnych jest uznanie, że omawiany przepis stwarza gwarancję proceduralną, czyli nakazuje uczynienie oświadczenia jednym z głównych czynników kształtujących proces wydawania decyzji o dalszym leczeniu. Zgodnie z literalną wykładnią artykułu 9. nie kreuje więc wymagania nadania oświadczeniom bezwzględnej skuteczności. W konsekwencji lekarze nadal mogą nie stosować się do oświadczeń *pro futuro*, pod warunkiem wykazania, że wzięły je pod uwagę w trakcie podejmowania decyzji.

16 Angielskie brzmienie przepisu: “The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account.” „Upřednio wyrażone życzenia pacjenta niebędącego w czasie przeprowadzania interwencji medycznej w stanie wyrazić swych życzeń powinny być wzięte pod uwagę”. Brzmienie przepisu w wersji francuskiej wydaje się być nieco bardziej stanowcze, bowiem mowa jest o tym, że oświadczenia „będą uwzględnione/wzięte pod uwagę” — „seront pris en compte”. Tekst Konwencji zaczerpnięty z: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>; data pobrania: 24.04.2016 r.

15 [13], s. 10.

Raport wyjaśniający postanowienia EKB wskazuje, że odstąpienie od treści oświadczenia może być uzasadnione upływem czasu pomiędzy chwilą złożenia oświadczenia a zabiegiem, w szczególności, jeżeli dokonał się w tym okresie znaczący postęp medyczny (zaszła istotna zmiana okoliczności) i można rozsądnie założyć, że wola pacjenta byłaby inna, gdyby był świadomy. Im mniejsza rozpiętość czasowa pomiędzy dwoma wspomnianymi zdarzeniami, tym wyższy waleor należy przyznać oświadczeniu. Odrębny pogląd wyraża [6, s. 34]. Raport wyjaśniający postanowienia Konwencji stwierdza również, że wola pacjenta ma być wzięta pod uwagę, ale niekoniecznie spełniona (*followed*), co zostało poddane krytyce. Wskazuje się raczej, że dyrektywy antycypowane powinny wywierać skutek wiążący, chyba że nie pokrywają się z danym stanem faktycznym, dokonał się znaczny postęp medyczny lub też treść dyrektywy nie zgadza się z różnymi względów z poglądami pacjenta. Ewentualne wątpliwości dotyczące wykładni powinien rozwiązać pełnomocnik pacjenta. Nawet bardzo ogólnych dyrektyw nie należy odrzucać *ad hoc*, a lekarz w każdym przypadku powinien uzasadnić odstąpienie od treści dyrektywy. Warunki te nie wynikają wprost z tekstu Konwencji, lecz są niezbędne do zapewnienia oświadczeniom *pro futuro* realnego wpływu na kierunek leczenia [12, s. 138].

Takie ukształtowanie skuteczności życzeń pacjenta leżało niewątpliwie w intencji twórców EKB, którzy zmierzali przede wszystkim do osiągnięcia kompromisu będącego podstawą do dalszych działań legislacyjnych. Artykuł 9. nakłada zatem na państwa-strony Konwencji obowiązek stworzenia pacjentom prawnych gwarancji tego, że ich życzenia „będą brane pod uwagę”.

Wydaje się, że obowiązek wynikający z omawianego przepisu polega na zapewnieniu oświadczeniom istotnego wpływu na końcowe postanowienie w przedmiocie leczenia. Ów „istotny wpływ” mógłby zostać urzeczywistniony poprzez szczegółowe uzasadnienie przez lekarza decyzji odbiegającej od woli wyrażonej przez pacjenta w oświadczeniu, a zgodnej z zasadami sztuki lekarskiej. Uzasadnienie takie powinno zawierać w szczególności przyczynę (np. upływ czasu, istotna zmiana okoliczności), dla której lekarz nie uwzględnił woli pacjenta. Sporządzenie takiego dokumentu świadczyłoby o dokładnym zapoznaniu się przez lekarza z treścią oświadczenia i wzięciu woli pacjenta pod uwagę w procesie decyzyjnym.

Niezbędne minimum ochrony praw pacjenta zawarte w artykule 9. nie jest przeszkodą dla nadania oświadczeniom *pro futuro* charakteru wiążącego według przepisów krajowych. Regulacja ta nie stanowi jednak podstawy do wyegzekwowania od lekarza

zachowania zgodnego z treścią oświadczenia, które byłoby niezgodne z zasadami sztuki medycznej. Artykuł 9. gwarantuje bowiem zapewnienie oświadczeniom *pro futuro* wpływu na proces decyzyjny, a nie osiągnięcie określonego w treści oświadczenia skutku zgodnego z wolą pacjenta.

Artykuł 9. nie zawiera uregulowań dotyczących instytucji osób zaufania i pełnomocników ds. medycznych, co należy ocenić jako jego główny mankament. Kwestie te zostały unormowane w dokumentach typu *soft law* stworzonych przez Komitet Rady Ministrów Rady Europy (RE) i Zgromadzenie Parlamentarne RE¹⁷, które powołują instytucję *continuing power of attorney* (pełnomocnictwa na wypadek niezdolności) i nadają jej moc równą dyrektywom antycypowanym. Kolejnym problemem, oprócz zbyt daleko idącej ogólności omawianego przepisu, jest brak określenia przesłanek formalnych dla ważności i skuteczności oświadczeń, jak również niesprecyzowanie okoliczności, w których mają ulec aktualizacji. Uzasadnieniem dla powyższych decyzji twórców EKB może być wzgląd na istniejące w tym zakresie znaczne odmienności normatywne pomiędzy państwami-stronami Konwencji. Nie zmienia to jednak faktu, że w braku uściślenia kwestii formalnych poważne zastrzeżenia może budzić rzeczywista efektywność „uwzględniania uprzednio wyrażonych życzeń pacjenta”.

Postulaty *de lege ferenda* na podstawie rozwiązania przyjętego w państwach europejskich

W literaturze tworzone są rozmaite typologie państw europejskich, których twórcy za główne kryterium podziału przyjmują status prawny oświadczeń *pro futuro* w porządkach normatywnych poszczególnych krajów. Najprostsza z nich dzieli państwa Europy na dwie grupy¹⁸. Państwa należące do pierwszej grupy (np. Austria, Belgia, Francja, Niemcy, Węgry, Holandia, Hiszpania, Wielka Brytania oraz Szwajcaria) uregulowały kwestię oświadczeń *pro futuro* i stworzyły pacjentom możliwość powoływania pełnomoc-

17 Zob. np. Rekomendacja Komitetu Rady Ministrów Rady Europy CM/Rec (2009)11 z 9 grudnia 2009 r. oraz Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1859 (2012).

18 Istnieje również podział na cztery grupy zaproponowany przez R. Andorno w tzw. Raporcie z Zurychu: grupa pierwsza — państwa, których prawo nadaje oświadczeniom *pro futuro* charakter wiążący (Wielka Brytania, Austria, Hiszpania, Belgia, Holandia, Węgry, Finlandia); grupa druga — państwa, których prawo nadaje oświadczeniom charakter doradczy (Francja); grupa trzecia — państwa, które nie posiadają regulacji w tym zakresie, ale planują ich wdrożenie; grupa czwarta — państwa, które nie posiadają takich regulacji i nie planują ich rychłego wprowadzenia (np. Bułgaria, Serbia, Turcja) [14], s. 6.

ników ds. medycznych, którzy mają za zadanie przede wszystkim czuwać nad wykonywaniem dyspozycji zawartych w oświadczeniu i ewentualnie rozwiewać wątpliwości natury interpretacyjnej powstające u lekarzy. Pomimo regulacji prawnych dotyczących oświadczeń *pro futuro*, wiele z tych państw (Holandia, Niemcy, Wielka Brytania, Belgia) nie zdecydowało się jednak do tej pory na ratyfikację EKB.

W państwach drugiej grupy (do których należą między innymi Grecja, Finlandia, Bułgaria, Norwegia, Portugalia, Serbia, Turcja) brak jest wprawdzie kompleksowych regulacji dotyczących omawianego zagadnienia, natomiast wszystkie one ratyfikowały EKB. Różnice kulturowe i odmienny model relacji pacjent–lekarz sprawiają, że zagadnienie oświadczeń *pro futuro* nie jest w tych państwach kwestią o doniosłym znaczeniu społecznym¹⁹. Wydaje się, że podjęcie decyzji o ratyfikacji Konwencji przez Turcję, Grecję, Bułgarię i Serbię nie idzie w parze z zapewnieniem przez te państwa skuteczności jej postanowień, wiąże się zatem z minimalnym wysiłkiem i ryzykiem. Z jednej strony państwa te nie podejmują kosztownych działań legislacyjnych zmierzających do zapewnienia oświadczeniom *pro futuro* wpływu na proces decyzyjny, z drugiej zaś — nie narażają się na negatywne konsekwencje swoich wyborów w obliczu braku możliwości bezpośredniego zaskarżenia naruszenia postanowień EKB do ETPCz.

Jak wynika z przedstawionych w poprzednich częściach pracy rozważań poświęconych wykładni art. 9, główne zadanie stron Konwencji polega na stworzeniu gwarancji proceduralnych, które zapewnią oświadczeniom *pro futuro* wpływ na proces rozstrzygnięcia o dalszym kierunku leczenia. Najistotniejsze wątpliwości dotyczące implementacji omawianego przepisu koncentrują się wokół następujących pięciu kwestii:

- formy oświadczeń,
- ich przedmiotu i zakresu,
- skutków w zakresie związania lekarskiego,
- przesłanek ważności oraz odwoływania oświadczeń,
- przypisania ekonomicznego ciężaru związanego z ich ujawnieniem.

W dalszej części tekstu podjęto próbę ich rozstrzygnięcia za pomocą odwołań do rozwiązań normatywnych przyjętych w wybranych państwach europejskich oraz w Stanach Zjednoczonych. Poniżej zamieszczono także uwagi stanowiące postulaty *de lege ferenda* odnoszące się do prawa polskiego.

Forma

W odniesieniu do pierwszej kwestii — najczęściej wymaganą jest forma pisemna. Janiszewska trafnie wskazuje, że forma pisemna pełni funkcję uświadamiającą, bowiem pozwala pacjentowi zrozumieć ostateczność swojej decyzji. Autorka stwierdza również, że oświadczenie w formie pisemnej ułatwia lekarzowi uwolnienie się od odpowiedzialności w razie ewentualnych roszczeń rodziny pacjenta [4, s. 45]. W Stanach Zjednoczonych rozpowszechnione są ustandaryzowane formularze oświadczeń *pro futuro*, które zapewniają omawianej instytucji szeroki zasięg społeczny. Takie rozwiązanie pozwala uniknąć trudności z ustaleniem woli pacjenta stwarzanych przez członków rodziny osoby niezdolnej do wyrażenia zgody, próbujących wywodzić wolę pacjenta z rozmów, które z nim w przeszłości odbyły.

Oświadczenia zawierające odmowę leczenia są w niektórych państwach składane w obecności świadków (np. w Austrii i Belgii). Rodzi to konieczność prawnego zagwarantowania bezstronności świadków, którzy mogą mieć interes w określonym brzmieniu oświadczenia. W większości państw europejskich (np. w Belgii, Holandii, Francji, Anglii) przyjmuje się, że dokument obejmujący oświadczenie *pro futuro* powinien być podpisany własnoręcznie przez osobę składającą oświadczenie, a także zawierać inne dane pozwalające na jej identyfikację, to znaczy datę, miejsce zamieszkania pacjenta i miejsce sporządzenia dokumentu. Na Węgrzech oświadczenia składa się w obecności notariusza. *De lege ferenda* na gruncie prawa polskiego można rozważyć wprowadzenie konstrukcji podobnej do testamentu allograficznego, a więc nałożyć na pacjentów obowiązek składania oświadczeń przed urzędnikiem państwowym (np. kierownikiem Urzędu Stanu Cywilnego).

Wątpliwości dotyczące stosunku życzeń pacjenta wyrażonych w sposób nieformalny do standardu określonego w artykule 9. EKB można wyjaśnić za pomocą dwóch koncepcji. Pierwsza z nich zakłada, że artykuł 9. pozwala państwowym na określenie wymagań formalnych odnoszących się do oświadczeń *pro futuro* i tylko życzenia je spełniające powinny być brane pod uwagę. Alternatywne stanowisko nakazuje brać pod uwagę wszelkie życzenia pacjenta niezależnie od ich formy. Wydaje się, że oba pomysły obarczone są istotnymi wadami. Z jednej strony rygorystyczny formalizm pozbawiłby szeroki krąg pacjentów możliwości wpływu na przebieg terapii w stanach utraty świadomości, z drugiej natomiast strony zupełne odformalizowanie procesu składania oświadczeń *pro futuro* prowadziłoby do wielu nadużyć i problemów interpretacyjnych. W odniesieniu do kwestii formy oświadczeń trzeba zatem dążyć do wypracowania

19 [15], s. 106. Wspomina się wręcz o „kulturze paternalizmu lekarskiego” charakterystycznej dla Bułgarii i Turcji oraz krytykuje zbyt szeroki zakres swobody decyzyjnej członków rodzin pacjentów w Finlandii i we Włoszech [11], s. 227.

„złotego środka” — ustalenia rozsądnych wymagań formalnych pozwalających każdemu obywatelowi na wyrażenie swej woli na wypadek utraty świadomości.

Przedmiot i zakres oświadczeń

De lege ferenda warto w długoletniej perspektywie dążyć do objęcia oświadczeniami *pro futuro* szerokiego katalogu dyspozycji i stanów faktycznych. Dopuszczalne powinny być zarówno zgoda, jak i sprzeciw *pro futuro*. Jedynym ograniczeniem w tym względzie wydaje się być brak możliwości sprzeciwu wobec zapewnienia podstawowej opieki (higiena osobista, ubranie, okrycie, karmienie doustne)²⁰. Oświadczenie powinno precyzyjnie wskazywać czynności medyczne, których dotyczy dyspozycja pacjenta. Nie należy jednak wykluczać dopuszczalności określenia grup takich czynności (np. sprzeciw wobec transfuzji). Zaostrenie wymagań formalnych przy określaniu warunków odmowy leczenia w stadiach choroby bardzo zaawansowanej nie budzi sprzeciwu²¹. Wydaje się, że niecelowe byłoby ograniczenie zakresu oświadczeń *pro futuro* wyłącznie do stadiów chorób bardzo zaawansowanych, a więc zrównanie ich z *living wills*. Należy zagwarantować możliwość składania oświadczeń w formie pełnomocnictw ds. medycznych, obejmujących stosunki majątkowe i osobiste, które były już przedmiotem analizy judykatury polskiej²². W przypadku podjęcia takiej inicjatywy legislacyjnej konieczne stałoby się jednak uregulowanie zależności pomiędzy pełnomocnictwem a pozostałymi rodzajami oświadczeń *pro futuro*. Możliwe do zastosowania byłyby w tym kontekście zasady odwołalności (skutecznie złożone oświadczenie późniejsze powoduje, że oświadczenie wcześniejsze uznaje się za odwołane) albo zycziwej wykładni (złożone później oświadczenie *pro futuro* niebędące pełnomocnictwem ds. medycznych stanowi swoisty załącznik do pełnomocnictwa w zakresie, w jakim jego postanowienia nie są sprzeczne z treścią tego pełnomocnictwa).

Skutki oświadczeń

Jak wskazano powyżej, na gruncie EKB nie istnieje obowiązek nadawania wszystkim oświadczeniom bezwzględnej skuteczności. Nie budzi na przykład wątpliwości teza, że oświadczenia pozytywne, sporządzane przez pacjenta—laika nie mogą być dla lekarza, dyspo-

nującego fachową wiedzą i kierującego się względami medycznymi, bezwzględnie wiążące. W przypadku zaś istnienia niewiążącego sprzeciwu *pro futuro* należy *de lege ferenda* nałożyć na lekarza obowiązek konsultacji z osobami najbliższymi pacjenta, ustanowionym przez niego pełnomocnikiem, bądź w jego braku — obowiązek wystąpienia o zgodę do sądu. Wydaje się natomiast, że pod warunkiem zaostrenia rygorów formalnych i wymagań dotyczących treści, istnieje możliwość i potrzeba wprowadzenia specjalnej kategorii oświadczeń bezwzględnie wiążących (obejmujących np. dyspozycje na wypadek stadiów chorób bardzo zaawansowanych bądź w ogólności sprzeciwów *pro futuro* mogących skutkować śmiercią lub poważnym uszkodzeniem zdrowia). Jak bowiem trafnie zauważa Zielińska, autonomia pacjenta w aspekcie negatywnym ma charakter bezwzględny²³.

Warto także rozważyć określenie przesłanek o charakterze materialnym, których spełnienie warunkowałoby dopuszczalność złożenia lub skuteczność takiego oświadczenia. Ich katalog obejmuje w różnych państwach między innymi: znaczne cierpienia fizyczne i psychiczne, brak widoków na poprawę stanu pacjenta²⁴, wyczerpanie środków medycznych, nieodwracalność zmian chorobowych.

Innym dodatkowym wymaganiem wartym rozważenia mogłaby być obowiązkowa konsultacja lekarska stanowiąca substytut obowiązku informacyjnego (występująca np. na gruncie prawa austriackiego). Niebudzące wątpliwości oświadczenie *pro futuro* powinno zwalniać lekarza z obowiązku niesienia pomocy oraz z odpowiedzialności cywilnej i karnej. Swój skutek mogłoby ono wywierać wyłącznie w przypadku braku świadomości u pacjenta w chwili składania oświadczenia woli i niemożności wypowiedzenia się przez niego, co do dalszego przebiegu leczenia, pod warunkiem, że stan faktyczny określony przez pacjenta w oświadczeniu pokrywa się ze stanem, który zaistniał po utracie przez niego świadomości. W pozostałych przypadkach lekarz obowiązany byłby do wystąpienia o tradycyjną zgodę. W przypadku powzięcia przez lekarza wątpliwości, co do aktualności oświadczenia, wywołanych niezgodnością treści oświadczenia z aktualnymi życzeniami pacjenta, lekarz powinien wystąpić do sądu lub przynajmniej wykazać istnienie okoliczności potwierdzających jego wątpliwości, a ewentualne niezastosowanie się do treści odmownej dyspozycji pacjenta — odpowiednio uzasadnić.

20 Podobne rozwiązanie obowiązuje na przykład w Wielkiej Brytanii.

21 Takie rozwiązanie stosuje się w Hiszpanii, natomiast w Wielkiej Brytanii odmowa *pro futuro* może przyjąć znacznie ogólniejszą formę [12], s. 126.

22 Zob. Uchwała Sądu Najwyższego z 13 maja 2015 r., III CZP 19/15, niepubl.

23 [2], s. 79.

24 Konieczne jest wykazanie dużego prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością. Na Węgrzech przesłanka ta ustalana jest przez komisję lekarską, w skład której wchodzi trzech specjalistów.

Ważność oraz odwoływanie oświadczeń

Przesłanki ważności oświadczeń powinny być każdorazowo badane przez organ państwowy, a nie przez lekarza, nieposiadającego odpowiedniego przygotowania prawnego²⁵. Organem tym mógłby być Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego. Istotne jest również ustalenie chwili, od której pacjent przestaje być zdolny do podjęcia decyzji, co do dalszego leczenia i zachowanie w tym względzie daleko idącej ostrożności²⁶. Do czasu ustalenia powyższych kwestii lekarz powinien podejmować czynności niezbędne do utrzymania pacjenta przy życiu. Wątpliwości co do ważności lub aktualności oświadczenia mogą wynikać z okoliczności, takich jak postęp medyczny, który dokonał się od chwili złożenia oświadczenia, zasadnicza zmiana poglądów lub wyznania pacjenta, czy żądanie dokonania czynu niezgodnego z prawem lub z zasadami praktyki medycznej (przesłanka występująca w prawie hiszpańskim)²⁷.

Do skutecznego złożenia oświadczenia wymagana jest najczęściej w prawie państw europejskich (np. rozwiązanie francuskie) świadomość²⁸ i pełnoletniość (ewentualnie ukończenie 16. roku życia). *De lege ferenda* oświadczenie powinno być złożone w wyniku swobodnej i świadomej decyzji, po zapoznaniu się w stopniu, na jaki pozwala konkretny przypadek, z możliwym ryzykiem niesionym przez wykonanie dyspozycji zawartych w takim oświadczeniu. Należy dopuścić możliwość odwołania oświadczenia *pro futuro* w każdym czasie i w dowolnej formie. Jedynym wymaganiem w tym zakresie powinna być świadomość pacjenta rozumiana jako zdolność rozeznania sytuacji. Do zmiany oświadczenia potrzebne jest zazwyczaj spełnienie wszelkich wymagań formalnych stawianych oświadczeniu na gruncie przepisów krajowych. Ponadto wskazuje się, że ważność oświadczeń powinna być ograniczona kilkuletnim terminem (od 2 do 5 lat w zależności od charakteru oświadczenia, liczoną do chwili utraty świadomości). Po jego upływie należy stworzyć pacjentom możliwość przedłużenia ważności oświadczenia w drodze dodania stosownej adnotacji opatrzonej podpisem składającego.

25 Jak słusznie zauważa Janiszewska, konieczność zbadania skuteczności i ważności oświadczeń *pro futuro* zachodzi głównie w przypadkach odmowy *pro futuro* [4], s. 37.

26 Powinien za to odpowiadać lekarz lub sąd. W Wielkiej Brytanii funkcjonuje test logiczny oparty na kryteriach obiektywnych [12], s. 130. Wynika to także z orzecznictwa ETPCz [12], s. 134.

27 Choć wydaje się, że nawet w przypadku niezgodności z prawem żądania pacjenta stanowi ono pewną wskazówkę co do jego nastawienia.

28 Stwierdzana orzeczeniem lekarza psychiatry na gruncie prawa węgierskiego.

Ciężar ujawnienia oświadczenia

Ekonomiczny ciężar ujawnienia oświadczenia (np. odpłatne umieszczenie oświadczenia w rejestrze w prawie duńskim, powiadomienie lekarza o oświadczeniu w celu załączenia go do dokumentacji medycznej w prawie austriackim) w prawie państw europejskich spoczywa na pacjencie. Oświadczenia mogą być jednak przechowywane również przez wyznaczoną do tego celu osobę trzecią (lekarza pierwszego kontaktu, prawnika). Optymalnym wyjściem wydaje się stworzenie państwowych internetowych rejestrów oświadczeń *pro futuro* (na wzór rozwiązań hiszpańskich), które lekarz przed dokonaniem interwencji miałby obowiązek sprawdzić. Takie rozwiązanie zapewnia najwyższy stopień pewności co do istnienia i treści oświadczeń *pro futuro*. Rozważyć można także zwolnienie lekarzy z obowiązku pomocy w przypadku, gdy lekarz powziął w dobrej wierze informację o istnieniu oświadczenia i jeśli nie ma on wątpliwości, co do jego ważności i skuteczności. Innym proponowanym rozwiązaniem jest umieszczanie informacji o istnieniu i treści oświadczeń w legitymacji ubezpieczeniowej bądź dokumentacji medycznej pacjenta.

Podsumowanie

W okresie blisko 50-letniej historii oświadczenia *pro futuro* przeszły skomplikowaną ewolucję i stały się międzynarodowym wyznacznikiem standardów autonomii pacjenta. Wyrażony w artykule 9. Europejskiej Konwencji Bioetycznej nakaz uwzględniania tego rodzaju oświadczeń ma niewątpliwie charakter przełomowy i w sferze ideologicznej zasługuje na pełną aprobatę. Jednak różnorodne trudności²⁹ powodują, że nawet wśród państw, które Konwencję ratyfikowały, trudno doszukać się wspólnego standardu w dziedzinie oświadczeń *pro futuro*. Nie ulega wątpliwości, że postanowienia EKB wymagają dalszego doprecyzowania, by mogły wywrzeć skutek zamierzony przez ich twórców. Jest jednak bardzo prawdopodobne, że w trakcie debat poprzedzających przyjęcie nowych regulacji osiągnięcie porozumienia w tej kwestii okaże się niemożliwe lub na tyle utrudnione, że zaaprobowany zostanie kolejny przepis o stopniu ogólności zbyt wysokim, by mógł w sposób realny kształtować międzynarodowe standardy bioetyczne. Wydaje się, że gdyby do takiego kompromisu doszło, byłby on pozbawiony realnej wartości.

29 Związane m.in. z jego ramowym charakterem, szeroką autonomią stron w dziedzinie konkretyzacji postanowień dokumentu, brakiem bezpośredniej zaskarżalności naruszeń EKB, a także ze zróżnicowaniem postaw etycznych i, co za tym idzie, regulacji bioetycznych w Europie.

Tej pesymistycznej prognozy nie należy jednak odnosić do sytuacji krajowej. Stworzenie nowoczesnej, ustawowej regulacji oświadczeń *pro futuro* na gruncie polskim jest potrzebne i możliwe. Przed podjęciem prac należy zadać pytanie o społeczną doniosłość omawianego zagadnienia i, przede wszystkim, gotowość polskich pacjentów na wdrożenie tego rodzaju przepisów. Przedwczesne wprowadzenie rozwiązań prawnych regulujących przedmiotową materię byłoby bowiem posunięciem wątpliwym, a nawet nierozważnym. Przedmiotem pogłębionej refleksji polskiego ustawodawcy powinny stać się przykłady państw, które wprowadziły ratyfikowały Konwencję, lecz oświadczenia *pro futuro* cieszą się w nich znikomym zainteresowaniem pacjentów. Wydaje się bowiem, że podobnie jak w niektórych z nich, paternalizm lekarski w Polsce jest wciąż zauważalny, a pacjenci nadal nie posiadają wystarczającej wiedzy o katalogu przysługujących im praw. Przyszłą regulację należy zatem odpowiednio dostosować do polskich realiów społecznych, by uniknąć sytuacji, w której nie znajdzie ona szerszego zastosowania w praktyce służby zdrowia.

Piśmiennictwo

1. Safjan M. Jak powstała Konwencja Bioetyczna? In: Machlińska H. ed. 60 lat Rady Europy. Tworzenie i stosowanie standardów prawnych. , Warszawa 2009.
2. Zielińska E. Konwencja Bioetyczna: problemy związane z ratyfikacją. In: Machlińska H. ed. 60 lat Rady Europy. Tworzenie i stosowanie standardów prawnych. , Warszawa 2009.
3. Boratyńska M. Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego. Część 1. Sprzeciw *pro futuro*. Prawo i Medycyna. 2007; 2.
4. Janiszewska B. Dobro pacjenta czy wola pacjenta - dylemat prawa i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń *pro futuro*). Prawo i Medycyna. 2007; 2.
5. Zielińska E. Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym. Prawo i Medycyna. 2000; 1.
6. Syska, M. Medyczne oświadczenia *pro futuro* na tle prawno-porównawczym. Warszawa, 2013.
7. Chańska W. Ewolucja dyrektyw na przyszłość w amerykańskiej praktyce medycznej. Prawo i Medycyna. 2015; 1.
8. Poklewski-Kozieł K. Oświadczenia woli *pro futuro* pacjenta jako instytucja prawna. Państwo i Prawo. 2000; 3.
9. Safjan M. Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna. Prawo i Medycyna. 2000; 5.
10. Pascalev A, Vidalis T. 'Vague Oviedo': autonomy, culture and the case of previously competent patients. Bioethics. 2010; 24(3): 145–152, doi: [10.1111/j.1467-8519.2009.01791.x](https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2009.01791.x), indexed in Pubmed: [20136823](https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/20136823/).
11. Andorno R, Biller-Andorno N, Brauer S. Advance health care directives: towards a coordinated European policy? Eur J Health Law. 2009; 16(3): 207–227, indexed in Pubmed: [19788001](https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19788001/).
12. Goffin T. Advance directives as an instrument in an ageing Europe. Eur J Health Law. 2012; 19(2): 121–140, indexed in Pubmed: [22558655](https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22558655/).
13. Seatzu F. The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine. Utrecht Journal of International and European Law. 2015; 31(81): 5–16, doi: [10.5334/ujiel.da](https://doi.org/10.5334/ujiel.da).
14. Andorno, R. Report to the Council of Europe based on the 18–22 June 2008 „Exploratory Workshop on Advance Directives” organized by the Institute of Biomedical Ethics of the University of Zurich with the support of the European Science Foundation. (ESF): 2008.
15. Besirević V. End-of-life care in the 21st century: advance directives in universal rights discourse. Bioethics. 2010; 24(3): 105–112, doi: [10.1111/j.1467-8519.2010.01806.x](https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2010.01806.x), indexed in Pubmed: [20136818](https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/20136818/).