

Czy słuszna jest zasada domniemanej zgody na pobieranie narządów od pacjentów?

An Evaluation of the Principle of Presumed Consent to Organs Retrieval

The goal of the paper is to provide a comparative assessment of the principle of presumed consent to organs retrieval for transplantation ex mortuo; the principle (currently in force in the Polish legal system) asserts that organs may be retrieved from the deceased person unless he/she while being alive explicitly objected to such retrieval. The principle is compared to three other principles that are usually taken into account, viz., with the principle of explicit consent (which allows organs retrieval only if the deceased person while being alive explicitly expressed his/her consent to it), the principle of 'no consent' (which allows organs retrieval from the deceased person even if the person while being alive objected to it), and the principle of mandatory choice (which imposes on citizens an obligation, enforced e.g. while renewing identity card, to explicitly decide whether the person consents to his/her organs being retrieved after his/her death). The comparative assessment of the principles is made on the basis of three criteria: (1) respecting the will of the deceased; (2) having positive impact of the number of transplantations; (3) not leading to particularly undesirable consequences, e.g., to retrieving organs from the deceased person even though he/she explicitly objected to such retrieval while being alive (the maximin criterion). It is argued in the paper that the principle of presumed consent fulfills: criterion (1) to a smaller degree than the principle of explicit consent and the principle of mandatory choice; criterion (2) to a smaller degree than the principle of 'no choice', to a higher degree than the principle of explicit consent, and to (more or less) the same degree as the principle of mandatory choice; criterion (3) to a smaller degree than the principle of mandatory choice and to (more or less) the same degree as the principle of explicit consent. The comparative assessment leads to a more general conclusion: that although the criteria do not allow one to choose between the principle of presumed consent and the principle of explicit consent, they generate a satisfactory assessment as they allow one to select an optimal principle, which proves to be the principle of mandatory choice.

Wojciech Załuski

*doktor habilitowany nauk prawnych
Uniwersytet Jagielloński*

1. Wprowadzenie

Zasada domniemanej zgody mówi, że można pobrać narządy do przeszczepu od osoby zmarłej zawsze i tylko wtedy, gdy osoba ta nie wyraziła za życia sprzeciwu. Zasada ta jest jedną z kilku możliwych zasad regulujących kwestię dopuszczalności pobierania narządów *ex mortuo*. Aby ocenić, czy jest ona „słuszna”, należy ją porównać z owymi alternatywnymi zasadami. Nie wydaje się bowiem sensowne i owocne rozważanie problemu, czy dana zasada

jest słuszna „sama w sobie”. Jak zobaczymy bowiem, żadna z możliwych zasad (z jednym wyjątkiem) nie jest w oczywisty sposób niesłuszna, tzn. sprzeczna z elementarnymi intuicjami etycznymi. Słuszność w interesującym nas kontekście i w interesującym sensie oznaczać będzie zatem zajmowanie najwyższego miejsca w rankingu możliwych zasad, a nie po prostu respektowanie elementarnych intuicji etycznych. Jest przy tym jasne, że każda zasada słuszna w silniejszym sensie (tj. optymalna) musi być słuszna w sensie słabszym (tj. musi respektować elementarne intuicje etyczne), ale nie odwrotnie.

Obok zasady domniemanej zgody wyróżnia się trzy inne zasady mogące regulować kwestię dopuszczalności pobierania narządów od zmarłego do transplantacji: zasadę braku zgody (zgodnie z którą można pobrać narządy od zmarłego do przeszczepu nawet wtedy, gdy zmarły za życia wyraził sprzeciw), zasadę wyraźnej zgody, nazywanej też zasadą zgody wprost (zgodnie z którą można pobrać narządy od zmarłego do przeszczepu zawsze i tylko wtedy, gdy zmarły za życia wprost wyraził na to zgodę), oraz zasadę obowiązkowego wyboru (zgodnie z którą można pobrać narządy od zmarłego do przeszczepu zawsze i tylko wtedy, gdy zmarły za życia wprost wyraził na to zgodę, przy czym każdy człowiek ma prawny obowiązek sformułowania wyraźnej zgody lub sprzeciwu). W ramach wstępnych uwag warto zwrócić uwagę na dwie możliwe interpretacje zasady domniemanej zgody. Według pierwszej, nazwijmy ją „normatywną”, po prostu przyjmuje się – bez odwołania się do żadnych świadectw empirycznych poza jedynym świadectwem, jakim jest brak sprzeciwu – że osoba, które nie wyraziła sprzeciwu, *ipso facto* wyraziła zgodę. Jej strukturę można zapisać w taki sposób: $\neg S \rightarrow Z$ (gdzie „S” oznacza sprzeciw, a „Z” zgodę). Według drugiej, nazwijmy ją „empiryczną”, sam brak sprzeciwu ze strony danej osoby nie wystarcza do przyjęcia, że wyraziła ona zgodę; dodatkowo potrzebne są określone świadectwa empiryczne przemawiające za tym, że można jej zasadnie przypisać zgodę. Strukturę tej wersji zasady domniemanej zgody można zapisać w taki sposób: $\neg S \ \& \ E \rightarrow Z$ (gdzie „E” oznacza owe dodatkowe świadectwa empiryczne). Można w niej widzieć *sui generis* zasadę „pośrednią” między zasadą wyraźnej zgody a klasyczną, tj. normatywną, zasadą zgody domniemanej. Ponieważ w regulacjach prawnych przyjmujących zasadę domniemanej zgody na pobieranie narządów (np. w prawie polskim¹) zasadzie tej nadaje się sens normatywny, przez zasadę domniemanej zgody rozumiemy w niniejszych rozważaniach wyłącznie jej wersję

1 W prawie polskim kwestię pobierania narządów *ex vivo* i *ex mortuo* w celu dokonania przeszczepu reguluje tzw. ustawa transplantacyjna z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Zgodnie z art. 5 tej ustawy „1. pobrania komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia można dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu; 1. Pobrania komórek, tkanek lub narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia można dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu. 2. W przypadku małoletniego lub innej osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, sprzeciw może wyrazić za ich życia przedstawiciel ustawowy. 3. W przypadku małoletniego powyżej lat szesnastu sprzeciw może wyrazić również ten małoletni”. Zgodnie z art. 6. sprzeciw wyraża się w formie „1) wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich; 2) oświadczenia pisemnego zaopatrzonego we własnoręczny podpis; 3) oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego”. „Centralny rejestr sprzeciwów” jest prowadzony przez „Poltransplant”. Na stronie internetowej „Poltransplantu” można pobrać formularz do wyrażenia sprzeciwu; sprzeciw jest skuteczny od daty wpisu do rejestru i w każdej chwili może być cofnięty.

normatywną. Wersję empiryczną tej zasady pomijamy dlatego, że istnieją poważne przeszkody praktyczne w jej stosowaniu: zasada ta rozdziłaby liczne interpretacyjne problemy i tym samym prowadziłyby do licznych *hard cases*.

W kolejnym punkcie spróbujemy dokonać porównawczej oceny wspomnianych czterech zasad.

2. Porównawcza ocena czterech zasad

Wydaje się, że dla dokonania takiej oceny należy odwołać się przede wszystkim do trzech następujących kryteriów etycznych: (1) wymogu poszanowania woli (autonomii) zmarłego, (2) wymogu pozytywnego wpływu na liczbę dokonywanych przeszczepów, oraz (3) wymogu niegenerowania drastycznie złych konsekwencji (kryterium *maxyminu*). Nie będziemy próbować oszacować „wagę” tych kryteriów, gdyż, jak pokażą dalsze rozważania, z punktu widzenia naszego celu – wyboru optymalnej zasady – nie jest to istotne. Kilka słów warto poświęcić jeszcze kryterium (3), być może najmniej jasnemu z wszystkich trzech. Kryterium to nakazuje wziąć pod uwagę najgorsze możliwe skutki stosowania danej zasady i za najlepszą (w świetle tego kryterium) uznać tę zasadę, której najgorsze skutki są w porównaniu z innymi zasadami najlepsze. Ma ono odmienny charakter niż dwa pozostałe kryteria, nie koduje ona bowiem odmiennej reguły etycznej, lecz stanowi pewną metaregulę, nakazującą uwzględnić najgorsze możliwe skutki stosowania poszczególnych zasad regulujących dopuszczalność pobierania narządów *ex mortuo*. Te najgorsze skutki będą się wiązać oczywiście z naruszeniem kryteriów (1) i (2), które uznaliśmy za szczególnie istotne dla oceny tych zasad. Za uwzględnieniem kryterium (3) obok dość oczywistych kryteriów (1) i (2) przemawia argument, że w ocenie interesujących nas zasad należy uwzględnić nie tylko ogólnie stopień spełniania przez nie wymogów poszanowania woli zmarłego i wymogu zwiększania liczby przeszczepów, ale także, przyjąwszy niejako perspektywę osoby awersyjnej względem ryzyka, rozważyć najgorsze skutki stosowania poszczególnych zasad, nawet jeśli prawdopodobieństwo wystąpienia tych skutków jest niskie.

2.1. Poszanowanie woli zmarłego

Kryterium (1) nie jest spełnione nawet w minimalnym stopniu przez zasadę braku zgody. W najwyższym stopniu spełnia je zasada obowiązkowego wyboru, gdyż wymaga ona od każdego człowieka ujawnienia swojej woli odnośnie do tego, czy chce on zostać po śmierci dawcą narządów. Mniej jasne jest, czy jest ono spełnione w większym stopniu przez zasadę wyraźnej zgody, czy przez zasadę domniemanej zgody. Rozważmy tę kwestię dokładniej.

Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że rozpatrując te dwie zasady w oderwaniu od ich funkcjonowania w konkretnym społeczeństwie, można stwierdzić, że spełniają one tę zasadę w równym stopniu, gdyż obie dopuszczają sytuację, że wywnioskowana na ich podstawie wola zmarłego będzie odmienna od jego woli rzeczywistej (zasadę wyraźnej zgody można bowiem – wedle tej linii argumentacji – interpretować jako zasadę domniemanego braku zgody), i że w rezultacie wybór między nimi w oparciu o kryterium (1) będzie zrelatywizowany do profilu preferencji w danym społeczeństwie. Taką opinię prezentuje np. Carl Cohen, który twierdzi, że „to, czy będziemy wymagać, żeby wyraźna była zgoda, czy też żeby wyraźna była odmowa, powinno zależeć od naszych przekonań na temat

tę, co w rzeczywistości zrobiłaby większość społeczeństwa po zarejestrowaniu przez wszystkich jego członków swoich poglądów”². Opinia ta wydaje nam się jednak z dwóch powodów nieprzekonująca, przy czym powód drugi jest zasadniczy.

Primo. Choć Cohen ma niewątpliwie rację twierząc, że chcąc zredukować ilość błędnych (tj. niezgodnych z rzeczywistą wolą zmarłego) pobrań narządów do przeszczepu i błędnych nie-pobrań, należy wybrać tę zasadę, która opiera się na dominującej preferencji większości społeczeństwa, to błąd wynikający ze zastosowania zasady domniemanej zgody wydaje się – z punktu widzenia interesów zmarłego – moralnie bardziej naganny, niż błąd wynikający ze stosowania zasady wyrażonej zgody. Tylko bowiem pierwszy błąd polega na szczególnie poważnym przewinieniu etycznym, jakim jest naruszenie integralności cielesnej podmiotu wbrew jego woli (człowiek ma bowiem prawo wymagać, aby nie pobierano po śmierci jego narządów do przeszczepu, nie wydaje się natomiast, żeby miał prawo wymagać, aby jego narządy oddano po jego śmierci do przeszczepu). Pokazuje to, że oparcie wyboru zasad na wymogu „najmniejszej liczby błędów” jest niewłaściwe³. Innymi słowy: kryterium generowania niskiej liczby błędów nie można uznać za subkryterium spełniania wymogu poszanowania woli, należy bowiem obok ilości możliwych błędów dodatkowo uwzględnić *powagę* tych błędów. W obronie Cohena można jednak zauważyć, że kosztem błędu w przypadku zasady wyrażonej zgody może być życie pacjenta oczekującego na transplantację, i że w rezultacie trudno orzec, który błąd jest bardziej moralnie naganny *tout court* (tj. przy uwzględnieniu zarówno interesów zmarłego, jak i oczekującego na przeszczep). Uwzględnienie tego argumentu wykracza już jednak *de facto* poza rozumowanie Cohena, którego celem było pokazanie, że już na gruncie samego wymogu poszanowania woli (bez uwzględniania innych wymogów – np. wymogu pozytywnego wpływu na liczbę przeszczepów) zasada domniemanej zgody może okazać się (przy odpowiednim profilu preferencji społecznych) zasadą właściwszą niż zasada wyrażonej zgody.

Secundo. Symetria między obiema zasadami na poziomie czysto pojęciowym jest pozorna, tzn. nie można zakładać, jak czyni to Cohen, że obie zasady w równym stopniu mogą spełniać wymóg poszanowania woli, i w rezultacie przyjmować, że to, która zasada w rzeczywistości spełnia ją w stopniu większym, jest kwestią czysto empiryczną, której rozstrzygnięcie zależy od rozkładu preferencji w danym społeczeństwie „za” i „przeciw” pobraniu narządów po śmierci w celu dokonania przeszczepu. Ujmując rzecz krótko: nie można, naszym zdaniem, sprowadzać wymogu poszanowania woli nie tylko do wymogu generowania możliwie małej liczby błędów, ale nawet do wymogu generowania możliwie małej liczby *poważnych* błędów. Jest oczywiście prawdą, że na gruncie obu zasad możliwa jest mylna interpretacja rzeczywistej woli zmarłego, *nie znaczy to jednak, że zasady te mogą w równym stopniu respektować wolę zmarłego, i że rozstrzygnięcie, czy któraś z nich spełnia ją w większym stopniu jest kwestią czysto empiryczną.* Przemawia za tą ostatnią tezę następujący argument, odwołujący się do samej struktury zasady domniemanej zgody, a więc niezależny od kontekstu w jakim jest ona stosowana. Na gruncie reguł semantycznych pojęcie

2 C. Cohen, *The case for presumed consent to transplant human organs after death*, „Transplantation Proceedings” 24, 1992, s. 2172.

3 W podobnym duchu argumentują R. M. Veatch, J. B. Pitt, *The myth of presumed consent: Ethical problems in organ procurement strategies*, „Transplantation Proceedings” 27, 1995, s. 1888-1892.

zgody w swoim rdzennym sensie odnosi się do sytuacji, w której dany podmiot *X* wyraźnie, tzn. poprzez podjęcie określonej aktywności, wyraża aprobatę na podjęcie określonych działań lub na podjęcie *wobec niego* określonych działań. Można więc powiedzieć, że wyrażenie „wyrażna zgoda” ma na gruncie obowiązujących reguł semantycznych charakter tautologii. „Zgoda domniemana” byłaby więc czymś w rodzaju *contradictio in adiecto*, a w najlepszym razie fikcją skonstruowaną dla realizacji pewnych pożądaných celów. Jedynym kontekstem, w którym „zgoda domniemana” nabiera sensu zgody wyrażnej, jest bezpośrednia interakcja, w ramach której stawia się pytanie danej osobie, czy zgadza się na podjęcie określonych działań lub podjęcie wobec niej określonych działań, jednocześnie informując ją, że jej milczenie będzie oznaką zgody. Rzecz jasna, nie z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku zasady zgody domniemanej: potencjalny dawca nie jest przez nikogo bezpośrednio pytany, czy zgadza się na oddanie po śmierci swoich narządów do przeszczepu, ani nie jest informowany, że jego milczenie będzie interpretowane jako przyzwolenie. Zmodyfikowanie zasady domniemanej zgody w taki sposób, aby jej stosowanie przypominało opisaną sytuację, oznaczałoby w rzeczywistości przekształcenie jej w zasadę obowiązkowego wyboru. Otóż jeśli przyjmie się powyższą tezę – żeby zgoda, aby była zgodą, musi być wyrażna, a brak sprzeciwu jest tym czym jest, tj. brakiem sprzeciwu, a nie zgodą – to wrażenie symetrii między obiema zasadami (zasadą wyrażnej zgody i zasadą domniemanej zgody) znika. Okazuje się bowiem, że zasady wyrażnej zgody nie można interpretować jako zasady domniemanego braku zgody. Jest tak dlatego, że zasada wyrażnej zgody nie opiera się na żadnym „domniemaniu”; formułuje ona po prostu, w zgodzie z regułami semantycznymi, wymóg zgody ze strony podmiotu. Jeśli argumentacja ta jest trafna, to pokazuje ona, że, niezależnie od rozkładu preferencji społecznych, należy uznać zasadę wyrażnej zgody za respektującą w wyższym stopniu wolę zmarłego niż zasadę domniemanej zgody. Zauważmy na koniec tego podpunktu, że zasada domniemanej zgody w wersji empirycznej jest oczywiście mniej kontrowersyjna niż zasada domniemanej zgody w wersji normatywnej, gdyż rzadziej prowadzi do błędnych askrypcji preferencji oraz w mniejszym stopniu narusza reguły semantyczne rządzące posługiwaniem się pojęciem „zgody”. Jednak, jak wspomnieliśmy we Wprowadzeniu, prowadziłyby ona w praktyce do licznych trudności interpretacyjnych.

Podsumujmy: zasada wyrażnej zgody w większym stopniu niż zasada domniemanej zgody spełnia wymóg poszanowania woli zmarłego; obie te zasady spełniają ten wymóg w mniejszym stopniu niż zasada obowiązkowego wyboru (gdyż dopuszczają sytuację, w której przypisana pacjentowi wola jest odmienna od jego woli rzeczywistej) i, co zupełnie oczywiste, w większym stopniu niż zasada braku zgody.

2.2. Wpływ na liczbę dokonywanych przeszczepów

Ocena wyróżnionych zasad za pomocą kryterium (2) jest trudna, ponieważ nie bardzo wiadomo, jak dokładnie należałoby oszacować rzeczywisty wpływ przyjęcia danej zasady na ogólną liczbą dokonywanych w danym kraju przeszczepów. Liczba ta zależy bowiem także od wielu innych czynników niż regulacje dotyczące kwestii zgody na pobieranie narządów (np. od stanu infrastruktury medycznej, nastawienia lekarzy i społeczeństwa do transplantacji, odpowiedniej ilości wykwalifikowanych lekarzy). Niemniej, wydaje się, że można sformułować kilka prawdopodobnych hipotez na temat zależności kauzalnych między wprowadzeniem

określonych regulacji w kwestii zgody na pobieranie narządów a ogólną liczbą transplantacji. Otóż, można przypuszczać, że, *ceteris paribus*: zasada braku zgody w największym stopniu sprzyja wzrostowi liczby transplantacji, a zasada domniemanej zgody sprzyja temu wzrostowi w większym stopniu niż zasada wyraźnej zgody⁴. Tę drugą zależność uzasadnia zdroworozsądkowy argument, że wiele osób, które byłyby gotowe oddać po śmierci swoje narządy do przeszczepu, z takich czy innych powodów (życiowej inercji, niewiedzy, niepoświęcania dostatecznej uwagi problematyce transplantacji itp.) nie formułuje wyraźnej zgody. Jeśli zaś chodzi o zasadę obowiązkowego wyboru, wydaje się, że, *ceteris paribus*, w większym stopniu spełnia ona kryterium (2) niż zasada wyraźnej zgody (gdyż osoby pragnące oddać po śmierci swoje narządy do transplantacji mogą – i muszą – wyraźnie zadeklarować swoją preferencję). Trudno natomiast stwierdzić, czy zasada obowiązkowego wyboru spełnia to kryterium w mniejszym niż zasada domniemanej zgody, czy w stopniu podobnym. Na gruncie czysto spekulatywnym można stwierdzić, że obie zasady spełniają to kryterium w podobnym stopniu, gdyż skutkiem stosowania obu zasad jest to, że pobiera się narządy do transplantacji (jeśli jest to z medycznego punktu widzenia możliwe) od wszystkich osób, które nie wyraziły za życia sprzeciwu. Jeśli zasada domniemanej zgody spełnia to kryterium w większym stopniu, to tylko dlatego, że może prowadzić do pobrania narządów od osób, które – z takich czy innych powodów – nie wyraziły za życia sprzeciwu, *choć w rzeczywistości były przeciwne pobraniu od nich po śmierci narządów*. Ta ewentualna „nadwyżkowa” ilość transplantacji uzyskana dzięki przyjęciu zasady domniemanej zgody zamiast zasady obowiązkowego wyboru, ma jednak wątpliwą wartość etyczną – nie tylko, co jest oczywiste, z perspektywy interesów dawcy (którego wola nie została poszanowana), lecz także z perspektywy biorcy (większość biorców, jak można przypuszczać, jest gotowa przyjąć narząd do przeszczepu, tylko wtedy, gdy wie, że jest on darem ze strony dawcy). Co więcej, jako kontrargument na rzecz tezy, że zasada domniemanej zgody prowadzi w większym stopniu niż zasada obowiązkowego wyboru do zwiększenia liczby pobrań narządów od zmarłych, można sformułować hipotezę, jak się wydaje dość prawdopodobną, że zasada obowiązkowego wyboru znacznie przyczyniłaby się do pogłębienia społecznej świadomości na temat potrzeby dawstwa transplantacyjnego i w rezultacie prowadziła do zwiększenia liczby dawców, zaś operująca w sposób niejako „skryty” zasada domniemanej zgody wydaje się nastrajać negatywnie do idei dawstwa⁵. Zasada domniemanej zgody może bowiem rodzić w społeczeństwie wrażenie, że państwo, zamiast podjąć szeroką akcję propagującą świadome dawstwo narządów, „idzie na skróty”, uznając wszystkich za potencjalnych dawców i w ten sposób niejako zawłaszczając sobie to, albo przynajmniej próbując sobie zawłaszczyć to, co w sposób

4 R. H. Thaler i C. R. Sunstein twierdzą, na podstawie analizy wielu statystyk dotyczących transplantacji, że zmiana zasady wyraźnego zgody na zasadę domniemanej zgody prowadzi do zwiększenia liczby transplantacji o ok. 16%; por. R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven-London 2008, s. 188-189. Według innych źródeł (por. C. Cohen, *The case for presumed consent...*, op. cit.) ten odsetek wynosi od 20% do 30%. Zważywszy jednak na wspomniany wcześniej fakt, że liczba transplantacji zależy od bardzo wielu czynników, nie tylko od przyjętej zasady regulującej zgodę, trudno orzec definitywnie, jaki jest rzeczywisty wpływ zastąpienia zasady wyraźnej zgody zasadą zgody domniemanej na liczbę transplantacji.

5 To negatywne nastawienie może być dodatkowo wzmocnione przez wątpliwości związane z praktycznym stosowaniem kryterium śmierci mózgu.

najintymniejszy należy do nas samych. Nie twierdzimy, że takie są „prawdziwe” intencje twórców regulacji prawnych wprowadzających zasadę domniemanej zgody, intencje te bowiem są szlachetne – ratowanie życia osób oczekujących na przeszczep. Nie ulega jednak dla nas wątpliwości, że regulacje prawne mogą rodzić takie wrażenie, i w efekcie budzić negatywne nastawienie do dawstwa. Ponadto, uważamy, że zasada domniemanej zgody w istotnym stopniu zaburza zawsze chwiejną równowagę między prawami jednostki a prerogatywami państwa, przyznając nadmierne uprawnienia temu ostatniemu⁶. Szczególną niedelikatnością ze strony polskiego ustawodawcy wydaje się nam nienałożenie na lekarza obowiązku uzyskania przed pobraniem narządów od zmarłego zgody jego rodziny (na szczęście praktyka jest inna – powrócimy do tej kwestii w ostatnim punkcie). Powołanie się na argument z równi pochyłej jest zawsze ryzykowne, gdyż argument ten, jak wiadomo, nie tylko nie jest konkluzywny, lecz często jest zwykłym zabiegiem retorycznym, stosowanym gdy brakuje dobrych argumentów, niemniej jego wykorzystanie w tym przypadku wydaje nam się zasadne: otóż można się obawiać, że zasada domniemanej zgody może z nietrywialnym prawdopodobieństwem utorować drogę do przyjęcia zasady braku zgody, na gruncie której narządy człowieka po jego śmierci traktuje się jako, *horribile dictu*, „własność społeczną” czy „własność państwową”. Ten argument przeciw zasadzie domniemanej zgody ma jednak charakter marginalny i niejako dygresyjny w naszej porównawczej analizie zasad.

Podsumujmy: kryterium (2) jest spełnione w najwyższym stopniu przez zasadę braku zgody, w najmniejszym przez zasadę wyraźnej zgody; wydaje się, że zasada obowiązkowego wyboru spełnia to kryterium w większym stopniu niż zasada domniemanej zgody, niemniej, żeby nie przesądzać już na tym etapie argumentacji w oparciu o spekulatywne argumenty słuszności którejś z tym dwóch zasad, przyjmujemy, że spełniają to kryterium w podobnym stopniu.

2.3. Niepowodowanie drastycznie złych skutków

Najgorszym możliwym skutkiem stosowania zasady braku zgody jest pobranie narządów od pacjenta po jego śmierci *mimo jego wyraźnego sprzeciwu*. Jest to szczególnie drastyczne pogwałcenie woli pacjenta. Jeśli chodzi o zasadę domniemanej zgody, to najgorszym możliwym skutkiem jej stosowania jest pobranie narządów od pacjenta po jego śmierci *wbrew jego rzeczywistej woli*. Taki skutek także stanowi pogwałcenie woli pacjenta, choć nie można nazwać go „drastycznym”: dokonuje się ono bowiem zwykle w sposób nieumyślny (lekarz nie wie, że pacjent nie wyraził zgody; wobec braku sprzeciwu pacjenta, działając zgodnie z prawem, „domniemywa”, że pacjent wyraził zgodę⁷); i nigdy *wbrew* wyraźnemu (wyrażonemu w sposób wymagany przez prawo) sprzeciwowi pacjenta. Najgorszym możliwym skutkiem zastosowania zasady wyraźnej zgody jest „przecoczenie” potencjalnych dawców, tj. osób, które pragnęły oddać swoje narządy do transplantacji, ale przed śmiercią nie wyraziły na to wyraźnej zgody. Innymi słowy, zasada ta może prowadzić do nieuratowania życia

6 Podobną opinię formułuje T. Biesaga; por. T. Biesaga, *Wobec zgody domniemanej i zawłaszczania zwłok do transplantacji*, „Medycyna Praktyczna” 1, 2006, s. 20-24.

7 Oczywiście, nie można wykluczyć sytuacji, w której lekarz umyślnie działa *wbrew* woli pacjenta, wiedząc na takiej czy innej podstawie, że ten ostatni był przeciwny pobraniu narządów, ale nie zdążył wyrazić swojego sprzeciwu. Są to jednak, jak można przypuszczać, sytuacje bardzo rzadkie.

osobie oczekującej na transplantację mimo istnienia potencjalnego dawcy. Warto zauważyć, że najgorsze możliwe skutki stosowania zasady domniemanej zgody i zasady wyraźnej zgody wiążą się z naruszeniem odmiennych kryteriów, odpowiednio: kryterium (1) i kryterium (2). Trudno stwierdzić, które z tych naruszeń ma bardziej poważny charakter. Odpowiedź na to pytanie będzie zależała od tego, jaką wagę przypisze się poszczególnym kryteriom (1) i (2). Ze stosowaniem zasady obowiązkowego wyboru nie wiąże się ryzyko spowodowania szczególnie negatywnych skutków w rodzaju tych, do jakich może prowadzić stosowanie pozostałych zasad; zasada ta w najwyższym stopniu spełnia więc kryterium (3).

2.4. Zbiorcza ocena zasad i uwagi metodologiczne

Zestawmy w tabeli rezultaty powyższej analizy czterech zasad w świetle trzech kryteriów:

Zasady/Kryteria	Kryterium (1)	Kryterium (2)	Kryterium (3)
Braku zgody	0	2	0
Wyraźnej zgody	2	0	1
Domniemanej zgody	1	1	1
Obowiązkowego wyboru	3	1	2

Liczby w tabeli mają wyłącznie sens porządkowy: odzwierciedlają ranking poszczególnych zasad sporządzony w oparciu o dane kryterium. Nie ma więc żadnego matematycznego sensu „sumowanie” liczb dla poszczególnych zasad i wybieranie tej zasady, dla której suma ta jest najwyższa. Niemniej, układ tych liczb pozwala zastosować do wyboru tych zasad najbardziej intuicyjne kryterium racjonalności, jakie sformułowano w ramach teorii racjonalnego wyboru, mianowicie, kryterium wyboru opcji dominującej. Kryterium to nakazuje wybrać taką opcję (jeśli w ogóle istnieje), która „dominuje” pozostałe, tzn. w żadnym wypadku nie jest gorsza niż któraś z pozostałych, od każdej z pozostałych jest przynajmniej w jednym wypadku lepsza. Otóż łatwo zauważyć, że jeśli pominiemy się w naszej tabeli zasadę braku zgody, to opcją dominującą okazuje się zasada obowiązkowego wyboru. Za pominięciem zasady braku zgody przemawia to, iż nie jest ona słuszna w słabym sensie, tzn. narusza elementarnych intuicji etycznych. Jej pominięcie pozwala zastosować kryterium dominacji, które wskazuje jako optymalną (słuszną w silnym sensie) zasadę obowiązkowego wyboru. Rezultat ten wydaje się być interesujący zarówno z merytorycznego jak i metodologicznego punktu widzenia. Co do pierwszego: zasada obowiązkowego wyboru jest zasadą rzadko przyjmowaną w systemach prawnych, co zważywszy na przeprowadzoną analizę jest dla nas zaskakujące. Powody niepopularności zasady obowiązkowego wyboru spróbujemy zbadać w kolejnym punkcie. Co do drugiego: okazuje się, że jednym ze sposobów radzenia sobie z problemami bioetycznymi może być poszerzenie zbioru rozważanych opcji. Łatwo bowiem zauważyć, że jeśli w sporze o najlepszą zasadę regulującą pobieranie narządów *ex mortuo* uwzględnimy wyłącznie zasadę domniemanej zgody i zasadę wyraźnej zgody, spór ten staje się trudny do rozstrzygnięcia, żadna bowiem z tych zasad nie jest w świetle rozważanych przez nas kryteriów dominująca względem drugiej: jedna w większym stopniu spełnia wymóg poszanowania autonomii, druga – wymóg pozytywnego wpływu na

liczbę przeszczepów (wymóg niegenerowania drastycznie złych skutków zasady te spełniają, jak przyjęliśmy, w równym stopniu)⁸. Aby dokonać wyboru między nimi, należy więc wcześniej rozstrzygnąć bardziej fundamentalny spór, mianowicie, spór o to, które z dwóch kryteriów – poszanowania woli pacjenta, czy troski o zwiększenie liczby transplantacji – jest istotniejsze (co w praktyce oznacza przypisanie „wag” tym kryteriom). Dodanie trzeciej opcji – zasady obowiązkowego wyboru – zwalnia jednak z obowiązku zajmowania stanowiska w tym chyba w istocie nierozstrzygalnym sporze, zasada ta nie jest bowiem w świetle żadnego kryterium „gorsza” od pozostałych, a w świetle przynajmniej jednego jest od nich lepsza. Dodanie tej opcji nie pozwala wprawdzie na zbudowanie rankingu tych zasad, ale pozwala na znalezienie zasady optymalnej (co było naszym celem). Oczywiście, można kwestionować poszczególne argumenty za takim a nie innym układem liczb w naszej tabeli, i tym samym podważać tezę, że właśnie w kontekście badanego przez nas zagadnienia uwzględnienie dodatkowej opcji prowadzi do rozwiązania dylematu. Niemniej, wydaje się, że prawdziwa jest ogólna teza, że w przypadku niektórych (być może wielu?) dylematów bioetycznych problem tkwi nie tyle w samym dylemacie, co w tym, że uczestnicy sporu nie uwzględniają wszystkich rzeczywistych alternatyw mogących stanowić jego rozwiązanie. W każdym razie, nie można zgodzić się z opinią Cohena, iż, w kontekście problemu pobierania narządów od zmarłych do przeszczepu, „możemy przyjąć takie lub inne domniemanie [zasadę wyraźnej lub domniemanej zgody], ale jakieś domniemanie przyjąć musimy”⁹. Otóż nie: nie musimy przyjmować żadnego „domniemania” (pomijamy fakt, że zasada wyraźnej zgody nie wprowadza, naszym zdaniem, żadnego domniemania), gdyż istnieje trzecia opcja – obowiązkowego wyboru.

3. Uwagi końcowe

W naszych rozważaniach skupiliśmy się na kwestiach ogólnych, próbując w oparciu o trzy zasadnicze kryteria wskazać słuszną, w silnym sensie, zasadę regulującą dopuszczalność pobierania narządów *ex mortuo*. Warto w tym punkcie uzupełnić dotychczasową analizę o kilka informacji o częstotliwości występowania poszczególnych zasad i o normach obyczajowych mających wpływ na praktykę pobierania narządów.

Dwie dominujące we współczesnych ustawodawstwach zasady to zasada wyraźnej zgody (np. USA, Wielka Brytania, Niemcy, Holandia) i zasada domniemanej zgody (np. Polska, Portugalia, Hiszpania, Włochy, Austria). Jak wspomnieliśmy wcześniej, zasadę obowiązkowego wyboru jest przyjmowana bardzo rzadko (znamy

8 Dodatkowe argumenty, jakie sformułowaliśmy w podpunkcie 2.2 niejako na marginesie naszej zasadniczej argumentacji, przemawiają, naszym zdaniem, za wyższością zasady wyraźnej zgody nad zasadą domniemanej zgody. Zdajemy sobie jednak sprawę, że te argumenty mają charakter w pewnym sensie światopoglądowy, dlatego nie chcieliśmy ich włączyć w główny tok naszej argumentacji, czyniąc ją tym samym w możliwie wysokim stopniu niezależną od przyjętego światopoglądu.

9 C. Cohen, *The case for presumed consent...*, op. cit., s. 2172.

dwa takie przypadki: Teksas¹⁰ i, częściowo, Wielka Brytania¹¹). Nasuwa się pytanie, dlaczego zasada obowiązkowego wyboru jest tak słabo rozpowszechniona. Są chyba trzy główne powody tego stanu rzeczy. Pierwszy to niejasność, w jaki sposób taki obowiązkowy wybór miałby się dokonywać. Drugi to podejrzenie, że nakładanie na obywateli takiego wyboru stanowi naruszenie ich wolności. Trzeci to inercyjność systemów prawnych. Ten ostatni powód można pominąć, gdyż ma on charakter czysto socjologiczny i nie może stanowić argumentu przeciw zasadzie obowiązkowego wyboru. Jeśli chodzi o dwa pierwsze powody-argumenty, należy zauważyć, co następuje. Obowiązkowego wyboru można byłoby dokonywać przy różnorodnych okazjach: wydawaniu czy odnawianiu dowodu osobistego lub prawa jazdy, składaniu deklaracji podatkowej, meldowaniu się na stałe w określonym miejscu zamieszkania itp. Do ustawodawcy należałoby dokładne zbadanie, które z tych rozwiązań jest najmniej kosztowne i uciążliwe. Zarzut, że praktyczna realizacja tego przepisu byłaby niemożliwa lub bardzo trudna do przeprowadzenia, jest więc nie do utrzymania; z pewnością nie byłaby dużo trudniejsza niż realizacja zasady domniemanej zgody (wymagającej m. in. utworzenia centralnego rejestru sprzeciwów). Zasada domniemanej zgody nie narusza też w żadnym razie wolności, wymaga bowiem jedynie dokonania wyboru, nie zmusza jednak do dokonania wyboru określonej opcji. Co więcej, chroni ona w istocie naszą autonomię, gdyż każe nam samym dokonać istotnego dla nas wyboru, podczas gdy pozostałe zasady pozwalają innym *wnioskować* na temat naszego wyboru, a rezultat tego wnioskowania nie musi być zgodny z naszymi preferencjami. Można jeszcze sformułować przeciw zasadzie obowiązkowego wyboru argument mówiący, że ogranicza ona naszą wolność, gdyż stawia nas przed wyborem między opcją „tak” lub „nie” i pomija opcję „niezdecydowany” (ewentualnie „nie chcę odpowiadać na to pytanie”). Argument ten pomija jednak dwa istotne fakty. Alternatywne zasady także nie przewidują opcji „niezdecydowany”: każda z nich prowadzi do jednoznacznej konstatacji, czy zmarły wyraził zgodę (wrażną lub „domniemaną”) czy nie na pobranie narządów. Ponadto, nic nie stoi na przeszkodzie przyjęciu wersji zasady obowiązkowego wyboru, która wprowadzałaby taką opcję, zastępującą (jak w Wielkiej Brytanii) opcję „nie” lub występującą obok niej, i nakazywała interpretować wybór tej opcji jako zakaz pobrania narządów zmarłego do przeszczepu

10 Według dostępnych statystyk 80% osób wybrało w Teksasie opcję odmowną. Fakt ten jest często przytaczany jako argument przeciw zasadzie obowiązkowego wyboru, mający dobitnie dowodzić, że zasada ta ma negatywny wpływ na liczbę pobrań narządów do przeszczepu. Taka interpretacja jest jednak bezzasadna, jeśli nie porówna się tych danych (czego się nie czyni) z liczbą pobrań narządów na gruncie wcześniej obowiązującej zasady wyraźnej zgody (rzecz jasna, nie można porównać tych danych z liczbą pobrań narządów na gruncie zasady domniemanej zgody, gdyż zasada ta nigdy nie obowiązywała w Teksasie). Jeśli można jakoś zasadnie interpretować te dane w kontekście debaty nad słusnością zasad regulujących pobieranie narządów od zmarłego, to chyba wyłączenie w taki sposób: dane te przemawiają *przeciw* zasadzie domniemanej zgody jako rzekomo respektującej wymóg autonomii (przypomnijmy, że takiej tezy bronił Cohen, twierdząc, że zasada domniemanej zgody jest zgodna z wymogiem poszanowania autonomii, gdyż zakładana przez nią „opcja domyślna” jest zgodna z preferencjami większości społeczeństwa).

11 W Wielkiej Brytanii, przy odnawianiu drogą *online* prawa jazdy, trzeba wskazać, czy wyraża się zgodę na pobranie narządów po śmierci, czy też odmawia się odpowiedzi na to pytanie.

(na gruncie zasady domniemanej zgody i wyraźnej zgody wprowadzenie takiej opcji jest niemożliwe).

Co się tyczy norm obyczajowych wpływających na praktykę pobierania narządów, w większości państw obowiązuje norma, zgodnie z którą rodzina ma respektowane przez lekarzy prawo weta wobec pobrania narządów od zmarłego krewnego, niezależnie od tego, czy krewny wyraził na to zgodę (wyraźną lub „domniemaną”), i niezależnie od obowiązującej zasady regulującej pobieranie narządów¹². Fakt, iż taka norma obowiązuje (co jest zrozumiałe i – naszym zdaniem – w pełni zasługujące na aprobatę), ma dwojakie implikacje: ogólniejsze, stanowi bowiem przyczynek do klasycznego problemu filozofii prawa o zakres, w jakim życie społeczne może być regulowane przez normy prawne (jest oczywiste, że w wielu przypadkach – np. w interesującym nas przypadku pobierania narządów – większy wpływ na praktykę społeczną mogą mieć normy obyczajowe); i bardziej szczegółowe – związane z doniosłością sporu o wybór właściwej zasady regulującej pobieranie narządów *ex mortuo*. Otóż, co się tyczy owych szczegółowych implikacji, jest jasne, że spór ten miałby dużą większą doniosłość społeczną niż ma w istocie, gdyby zasady prawne miały decydujący wpływ na praktykę pobierania narządów *ex mortuo*. Nie znaczy to jednak, że w sytuacji, gdy praktyką pobierania narządów „rządzi” reguła przyznająca rodzinie prawo weta, a nie przepisy prawne, ten spór musi mieć charakter czysto akademicki. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wybór takiej a nie innej zasady może mieć wpływ na decyzje rodziny o wyrażeniu lub odmówieniu zgody na pobranie narządów od zmarłego krewnego. Jak już bowiem wspomnieliśmy w punkcie 2.2, można przypuszczać, że zasada domniemanej zgody może wzbudzać (rzadko?, często?) negatywną postawę społeczną wobec pobierania narządów od zmarłych, a także podkopywać zaufanie do lekarzy, w których widzi się uczestników „spisku”, mającego na celu pozyskanie, za wszelką cenę, jak największej liczby narządów do przeszczepów. Niektórzy (wielu?) widzą w niej swego rodzaju „s sofistyczny fortel”, mający na celu uzyskanie narządów od zmarłego nawet wtedy, gdy w rzeczywistości był takiemu pobraniu przeciwny, lecz nie ujawnił wyraźnie swojej woli. Nawet więc jeśli przyjmijemy, iż rozważane zasady mają jedynie *pośredni* wpływ na życie społeczne (poprzez efekt, jaki wywierają na decyzje rodziny o zgłoszeniu lub niezgłoszeniu weta), okazuje się, że zasada domniemanej zgody jest mniej pożądana niż broniona przez nas zasada obowiązkowego wyboru (a także mniej pożądana niż zasada wyraźnej zgody), gdyż niezależnie od tego czy rzadko, czy też często wzbudza negatywną reakcję wobec pobierania narządów od zmarłych krewnych, wzbudza ją częściej niż zasada obowiązkowego wyboru, która – *per se* – nie wzbudza jej nigdy.

12 Np. polska ustawa transplantacyjna nie wymaga zgody rodziny na poranie narządów do przeszczepu od zmarłego. Ponadto, lekarz nie ma nawet prawnego obowiązku informowania krewnych o pobraniu narządów od zmarłego, a ewentualny sprzeciw rodziny jest prawnie bezskuteczny.