

*Др Весна Клајн-Тайић, виши научни сарадник
Института друштвених наука у Београду*

УЗИМАЊЕ ОРГАНА ОД УМРЛИХ ДАВАЛАЦА – МЕДИЦИНСКИ, ЕТИЧКИ И ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

Сажетак: *Оптимо је усвојен став законодаваца већине земаља да узимање органа од умрлих има већи практични значај него узимање органа од живих давалаца. С друге стране, у правној теорији примењује се да иако су, теоретски, појединачни умрли даваоци широко на располагању, у пракси, ојоравак прималаца кадаверичних органа, као и ткива и ћелија, није поуздан и операције и даваоца и примаоца морају да се предузму по карактеру хигијене хирургије.*

Закони о трансплантацији садрже мање-више детаљне одредбе о условима под којима је допуштено узимање органа од умрлих особа. Ту су од нарочито значаја два питања: одређивање тренутка смрти појединачног даваоца и његово право на самоодређење у односу на властити леи.

Одређивање тренутка смрти појединачног даваоца, као и различита решења у погледу допуштивој узимања органа од умрлих особа, аутор разматра како са гледишта правне теорије и медицинске и судске праксе, иако и са становишта позитивне права, пре свега правних пројиса земаља-чланица Европске уније, Северне Америке, Бразила, Аустралије, Јапана и Кине, као и Сиднејске декларације о утврђивању смрти Свешкој медицинској удружења из 1983. године и Резолуције Бр. Р (78) 29 о уклањању, пресађивању и трансплантацији сујстанција од умрлих особа Савета Европе из 1978. године. Норме савраних националних и међународних правних пројиса у овој материји, аутор ујоређује са одговарајућим домаћим пројисима.

Кључне речи: *Појам и тренутак смрти појединачног донора, допуштеност узимања органа умрлој, ојравдање ставњем нужде, присијанак или сајласност, пројивљење или прејисостављена сајласност.*

УВОД

При садашњем развоју медицине и медицинске технологије, извори органа могу бити живи даваоци, лешеве, мождано мртве особе, фетуси и аненцефалусна новорођенчад. Коришћење сваког од наведених извора органа употребљених за трансплантацију изазива како правне, тако и етичке и медицинске недоумице и проблеме. У овом раду бавићемо се умрлим особама као даваоцима органа за пресађивање.

Опште је усвојен став законодаваца већине земаља да узимање органа од умрлих има већи практичан значај него узимање органа од живих давалаца. С друге стране, у правној теорији примећује се да иако су, теоретски, потенцијални умрли даваоци широко на располагању, у пракси, опоравак прималаца кадаверичних органа, као и ткива и ћелија, није поуздан и операције и даваоца и примаоца морају да се предузму по карактеру хитне хирургије. Као и код живих давалаца, и овде постоје три главне биолошке препреке које треба да се савладају у успешној трансплантационој терапији: неутрализовање реакције „ткивног имунитета“; осигурање да су дати органи здрави и, очување органа да остану способни за живот у периоду између њиховог узимања и њиховог примања. Практичан резултат тога јесте да умрли даваоци треба да буду релативно млади и умрли или од несрећног случаја или од локализоване природе болести која нема утицај на ткиво које се даје. Ово подразумева ограничења на године старости давалаца, али су оне више него што би се могло очекивати: 70 година за даваоце бубрега; 50 година за даваоце јетре; 40 година за даваоце срца. Са сталним побољшавањем општег стања здравља у старости ова ограничења могла би бити, у великој мери, превазиђена или ублажена.¹

Закони о трансплантацији садрже мање-више детаљне одредбе о условима под којима је допуштено узимање органа од умрлих особа. Ту су од нарочитог значаја два питање: одређивање тренутка смрти потенцијалног даваоца и поштовање његовог права на самоодређење.²

У овом раду указаћемо на најважнија медицинска, етичка и правна питања која су укључена у узимање органа од умрлих давалаца, како са гледишта правне теорије и медицинске и судске праксе, тако и са стано-

¹ J. K. Mason, McCall R.A. Smith, G.T. Laurie: „The Donation of Organs and Transplantation“, u: *Law and Medical Ethics*, Fifth Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1999, str. 342; 338 (U daljem tekstu: Mason et al. u: *Law and Medical Ethics*).

² Црногорски *Кривични законик* („Службени лист СЦГ“, бр. 70/2003) предвиђа, у члану 294, и одредбу према којој је недозвољено пресађивање делова тела ако лекар не прибави, у писменом облику, пре пресађивања, пристанак примаоца, односно његовог родитеља, усвојоца или стараоца ако је прималац малолетно или неурачунљиво лице, под претњом казне затвором од три месеца до три године.

је узимање органа допуштено „ако је смрт даваоца органа утврђена према правилима која одговарају стању сазнања медицинске науке“ (§ 3, став 1 и 2). Међутим, овај став није доследно спроведен, јер у § 5, који је посвећен поступку доказивања, стоји да утврђивање смрти може изузетно обавити и један лекар (правило је двојица), уколико је наступио коначан, неотклоњив прекид рада срца и крвотока, а од тога је прошло више од три сата.⁷ Другим речима, немачко право, као и право САД, усваја двоструки критеријум за доказивање смрти, у ствари, *двојни појам смрти*.⁸ Наш законодавац није се определио искључиво нити за мождану нити за срчану смрт, него признаје алтернативно и једну и другу. По њему, сматра се да је наступила смрт лица од кога се узимају делови тела ради пресађивања „ако је, на основу медицинских критеријума и на прописан начин, са сигурношћу утврђен престанак рада мозга или срца“.⁹ Гледишту о двојном појму смрти одлучно се супротставља изванредан број немачких и британских правних писаца. Они мисле да је срчана смрт неподесан појам смрти за све случајеве настанка смрти. Јер, као последицу двојног појма смрти имали бисмо чињеницу да до наслеђа у неким случајевима долази извесно време пре тренутка у коме се узимање органа ради пресађивања другом сматра допуштеним. Проблематика утврђивања смрти тиме не би била одстрањена него премештена.¹⁰ Бразилско право, неких 33 државе у САД, Канада и аустралијске државе Квинланд и Западна Аустралија признају смрт можданог стабла односно смрт мозга као једини индикатор човекове смрти, али ту дефиницију везују само за трансплантационе поступке. С друге стране, британско право и пра-

irreversible coma J.A.M.A. 68, 377), у: Judith Areen, Patricia A. Kong, Stephen Goldberg and Alexander Morgan Capron: *Law, Science and Medicine*, Foundation Press Inc., Mineola, New York 1984, стр. 1063–1076.

⁶ Закон о давању, узимању и пресађивању органа (скраћено: *Закон о трансплантацији*) објављен у *Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1997, Teil I, Nr. 74*, стр. 2631–2638 од 11.XI 1997. године (цит. према: Љиљана Круљ: „Немачки Закон о трансплантацији“, *Правни животи*, Том I, бр. 9/1998, стр. 271). (У даљем тексту: Љ. Круљ: „Немачки Закон о трансплантацији“).

⁷ Видети о томе: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр. 110–111.

⁸ Erwin Deutsch: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage, Berlin 1991, стр. 202. (цит. према: Љиљана Круљ: „Тренутак човекове смрти као правни појам“, у: В. Клајн-Татић и др.: *Медицинско право и медицинска етика*, изд. IDN, Београд 1994, стр. 228. (У даљем тексту: Љ. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*).

⁹ Видети: члан 4, став 2 *Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела*, донет у време СФР Југославије, објављен у „Службеном листу СФРЈ, бр. 63/1990. (У даљем тексту скраћено: *Савезни закон*).

¹⁰ Видети: Mémetean Géorge: *Le droit Medical*, Paris 1985, стр. 323; Wolfgang Gitter, у: *Müchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1: *Allgemeiner Teil*, München 1978, стр. 70, маргинални број 17; E. Deutsch, *Op. cit.*, стр. 203–204, маргинални број 18 (цит. према: Љ. Круљ, у: *Ibidem*, стр. 226–227); Mason et al.: „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 330–331).

вна теорија усвајају став о *јединственом појму смрти*, тј. о смрти можданог стабла као једином критеријуму смрти.¹¹ Британски правници сматрају да смрт мора бити један *айсолути*; дефиниција смрти не мења се - или не би требало да се мења, а дијагноза смрти мора бити толико сигурна колико је била кад су се у медицини и у праву користили срце и плућа као њени једини параметри; алтернативне методе у дијагностиковању смрти прихватљиве су, али дупли стандарди смрти нису.¹²

За питање узимања органа од умрлих давалаца, као и за питање заштите путем осигурања, правног следбеништва и прекида породичноправних веза неопходно је да се добије релативно тачан тренутак смрти. Стога јединствен појам смрти није у стању да осигура исправно решење правних проблема у свим ситуацијама и областима живота. Појам човекове смрти који се своди на смрт мозга „монофункционалан“ је, јер се односи само на окончање мера интензивне медицинске неге и на пресађивање човекових органа. Упркос томе, схватање о двојном појму смрти има превагу међу савременим правницима јер је очигледно функционалнији.

Са медицинског становишта, разликовање неповратног кардиопулмонарног прекида и смрти целог мозга односно можданог стабла обманљиво је. Кардиопулмонарни прекид узрокује неизбежну смрт једино ако је мождано стабло неповратно оштећено због недостатка кисеоника. Отуда кључно својство оба механизма јесте трајно оштећење мозга. Два механизма разликују се само зато што је смрт дијагностикована у присуству или у одсуству откуцаја срца. Већина људи (рођака) лакше ће прихватити смрт мозга свог вољеног (пацијента) ако им се објасни да, иако се мозак ослања на срце кроз које пролази кисеоник крвљу, функцију срца замењује машина. Супротно томе, функција мозга не може бити вештачки замењена и срце увек стаје унутар дана или недеља умирања можданог стабла.¹³

Упркос разликама које постоје између законских решења појединих земаља у погледу одређивања појма смрти, треба констатовати да је готово у свим земљама, како је речено, органска смрт мозга призната као човекова смрт. То се објашњава, како је горе изнето, медицинско-емириј-

¹¹ Видети: Mason et al.: „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр.331-332; видети и: Maria Cristina Mattioli, Harvard Law School, EUA: „Legal Aspects of Transplantation of Organ“, 2000, <http://www.hottopos.com/harvard/3/matti.htm>, стр.6.

¹² Roger B. Dworkin: „Death in Context“, 48 *Indiana Law Journal*, стр. 623 (цит према: Љ. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*, стр.226); Mason et al.: „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 229-230; P.D.G. Skegg: *Law, Ethics and Medicine* 1984 ч 9 (цит. према: Mason et al., *Ibidem*, стр. 344-345).

¹³ Pollis Haley DH: *ABC of Brain Stem Death* 2nd ed London: BMJ Publishing Group, 1996 (цит. према: Anne J. Sutcliffe: „Current Issues on the Diagnosis of Brain Stem Death“, Presented at the 17th Annual Trauma Anesthesia Critical Care Symposium, Sydney, Australia ; October 15-17, 2004, ITACCS. Winter 2005, стр.27).

ским разлозима. Међутим, без одговора је остало питање да ли као услов да је човек мртав треба захтевати престанак рада целог мозга или само коре великог мозга.¹⁴

Део правних теоретичара заговара преузимање појма *кортикалне смрти*. У медицини је утврђено да су ћелије мождане коре (*cortes cerebri*) у целом мозгу, а тиме и у осталом организму, најосетљивије на потпун недостатак кисеоника у ткиву. Оне најпре изумиру кад дође до недостатка кисеоника. Осим тога, утврђено је да је узрок непролазног губитка свести разарање коре великог мозга, те да од тог стадијума свест није могуће поново успоставити. Зато је и овде даљи ток умирања неминован, макар да он траје и дуже време, док не наступи неко додатно обољење. Тиме је задовољено одлучујуће обележје коначности појма смрти. Од тренутка наступања ове смрти, даљи напори лекара у смислу лечења постају медицински бесмислени (узалудни). Индивидуална смрт може се, дакле, дефинисати као *кортикална смрт*, тј. смрт мождане коре. Правна наука требало би да прихвати као своју дефиницију да је смрт дефинитивни губитак свести: смрт *Cortis cerebri*. Они који сматрају да остављање пацијента у неповратној коми да умре не представља убиство нечињењем, већ су се изјаснили за такав појам смрти.¹⁵ Изједначавање трајног губитка персоналитета са више не бити жив, филозофија је која је добила релативно широко прихватање. Такав став може бити одржив, одбрањив и логичан у контексту права пацијента да одбије медицински третман за одржавање и/или спасавање живота или права да захтева обуства таквог третмана ако је започет, односно у контексту права пацијента на пасивну еутаназију.¹⁶ Међутим, кад је реч о дефиницији (и тренутку) смрти у вези са трансплантацијом органа од умрлих особа, такав појам смрти може само да збуни и повећа већ јаку друштвену зебњу у превремено располагање телом, тј. у поступке повезане са пресађивањем органа.

С друге стране, можда смрт има тај недостатак што се *ипсинуиак* њеног наступања не може утврдити прецизно. Медицина *није у стињању* да

¹⁴ Упоредити: Јб. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*, стр. 223).

¹⁵ Видети о томе: Pendl: *Der Hirntod* 1986, str.11 i daljer; K.v. Lutterotti: *Ärztliche Handlungsanleitungen im Grenzbereich zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht* (1990), стр.232, f.n.680; K.v. Lutterotti, u: Eset/Lutterotti/Sporken (редактори), *Lexikon Medicin Ethik Recht*, Freiburg 1989, стр.173 и даље (цит. према: Јб. Круљ, у: *Ibidem*, стр.225)

¹⁶ Видети опширније о томе: Весна Клајн Татић: „Пасивна еутаназија – пасивна помоћ неизлечиво болесном пацијенту“, у: *Лекарева помоћ неизлечиво болесном пацијенту- етички и правни проблеми*, изд IDN, Београд 2002, стр.7-120.; појму кортикалне смрти, у вези са трансплантацијом, противе се и: М. С. Mattioli, *Op. cit.*, стр.3; појму кортикалне смрти уопште, а не само у контексту трансплантације, противи се: Mason et al., „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 329-330).

одреди моменат наступања смрти.¹⁷ Пошто је умирање један постепени процес, а тренутак наступања смрти медицински није могуће одредити, правници – којима је овај појам потребан – настоје да до њега дођу. Методолошки је то могуће само ако се из процеса реалног збивања издвоји један догађај и учини искључиво релевантним. Тиме постаје јасно да је појам смрти *нормативна конвенција*, а не медицинско-биолошка задатост.¹⁸ У *Сиднејској декларацији о утврђивању смрти* Светског медицинског удружења истиче се да „тренутак смрти различитих ћелија и органа није тако важан као *извесности да је процес умирања постоји иреверзибилан* и поред употребе било какве технике реанимације“ (курзив – ВК). У *Декларацији* се такође каже да „две праксе савремене медицине захтевају даље проучавање питања времена смрти: прво, могућност да се вештачким средствима одржава циркулација оксигеноване крви кроз ткива тела која би могла бити неповратно оштећена и, друго, коришћење органа умрлог, као што су срце или бубрези, за трансплантацију“.¹⁹

У последње време, против мождане смрти изјаснио се један број европских правника и лекара. Они сматрају да смрт не наступа са функционалном неспособношћу једног јединог органа (посебно мозга), него тек са дефинитивним престанком рада свих органа који битно доприносе конституисању човековог организма као јединствене целине, тј. срца, плућа и мозга. Узимање органа у неком ранијем тренутку значи, по њима, узимање од живих људи.²⁰

Судска пракса и већина лекара стоје на становишту да код „дефинисања“ тренутка смрти није реч о апстракцијама, него, како је већ речено, о *нормативном вредновању*, о одређивању од којег се тренутка телу у процесу умирања (ради спасавања живота другог човека) не гарантује више иста заштита као и човеку који се не налази у том стању. Захтевом да се узимање органа не врши пре него што се угасе све телесне функције била би онемогућена трансплантациона медицина. Јер она је упућена на органе који су функционално још потпуно способни и чија се функција одржава средствима интензивне медицине.²¹ Изненађује, ипак, чињеница што се у британској правној теорији, на пример, проблем остављања пацијента на

¹⁷ Jähneke, у: *Leipziger Kommentar zum StBG*, Band 5, 10. Auflage (1989) ispred § 211, маргинални број 9 (цит. према: Љ. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*, стр. 223).

¹⁸ Упоредити: Љ. Круљ, *Ibidem*, стр. 227.

¹⁹ Усвојена је на 22. Скупштини Светског медицинског удружења у Сиднеју, Аустралија, августа 1968, а допуњена на 35. Скупштини Светског медицинског удружења у Венецији, Италија, октобра 1983. године, у: Предраг Каличанин: *Медицинска етика и медицинско право*, изд. Институт за ментално здравље, Београд 1999, стр. 81.

²⁰ Jochen Tanpitz: „Um Leben und Tod: Die Diskussion um ein Transplantationsgesetz“, *Juristische Schulung*, број 3/1997 стр. 207 (цит. према: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр. 111).

²¹ J. Tanpitz, *Ibidem*. (цит. према: Ј. Радишић, *Ibidem*).

вентилатору и пошто је пацијент мртав, оцењује пре као технички него као етички проблем. При томе се не даје директан одговор на питање: колико би дуго било прикладно чекати на подесног примаоца срчаног пресада док се мождано мртав пацијент одржава на вентилатору. Уместо одговора на то питање, упућује се на *Јаннејиј*-а, који је дефинисао истрајно вегетативно стање, а који тврди да, чак и са интензивном негом, срчана функција може бити вештачки одржавана највише неколико дана, једном кад је мождано стабло мртво.²² Чини нам се да, у том контексту, није неважно истаћи да је респирација мождано мртвог пацијента - ради успешног пресађивања његових органа другом – *диктирана пре утилитаристичким, неће деонтолошким принципима*. Заправо, тај поступак је управо супротан свим правним и етичким стандардима који преовлађују; деонтолошки приступ изискује да се са тренутком смрти целог мозга (или можданог стабла) повуку све мере интензивне медицине, јер је пацијент мртав и престаје обавеза (дужност) лекара да га и даље „лечи“.²³ У вези с тим, изгледа сасвим умесно примедба коју је изрекао председник Федералне коморе лекара Немачке (*Federal Chamber of Physicians*): „Услед научних напредака, медицина ће поново и поново морати да прекрши етичке границе“.²⁴

РАЗЛИЧИТА РЕШЕЊА У ПОГЛЕДУ ДОПУСТИВОГ УЗИМАЊА ОРГАНА ОД УМРЛИХ ДАВАЛАЦА

Општи поглед

Будући да је право бити давалац органа лично право, лекарево поступање зависи од поклона даваоца, за који се претпоставља да ће учинити добро другој особи. При томе треба прихватити чињеницу да човек *нема право* на органе другог човека. (курзив – ВК). Ако се деси повреда или

²² В. Jannett: „Brain Death 1981“ (1981) 28 *Scott Med J* 191 (цит. према: Mason et al., „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 335-336).

²³ Видети: В.Клајн-Татић, *Op. cit.*, стр. 53; А. Meisel, *Op. cit.*, стр. 133; Е. Deutsch, *Op.cit.*, стр. 194; March Stauch & Key Wheat with John Tingle: *Sourcebook on Medical Law*, London – Sydney 1998, Reprinted 1999, стр. 679.

²⁴ Н.Л. Karcher: „German Doctors Struggle to Keep 15 Week Fetus Viable“ 81992) 305 *BMJ* 1047; А. Tuffs: „Keeping a Brain-death Pregnant Woman „Alive“ (1992) 340 *Lancet* 1029 (цит. према: Mason et al., „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 335); видети у вези с тим и: Зорица Кандић-Поповић: „Повећање понуде кадаверичних органа“, у: „Правна заштита основних људских вредности и модерна биомедицина – Постојеће и будуће југословенско право“, *Правни животи*, Том I, бр.9/1996, стр.227-228; Stephen Streat: „Clinical review: Moral Assumptions and the proces of organ donation in the intensive care unit“, *New Zeland*, 21 May 2004, <http://ccforum.com/content/cc 2876>, стр.1-14.

постоји обољење другог човека, органи потенцијалног донора могу бити од вредности *ѿом* човеку, али давање делова свог тела *није грађанска дужност* (курзив – ВК), већ мора бити резултат једне *алируисѿичке одлуке* потенцијалног донора о томе како он жели да се његово тело употреби кад он умре. То не би требало да буде резултат права примаоца. Јер, није по-сао било ког другог да захтева органе умрлог (на пример, преко државне (здравствене) политике која намеће обавезу медицинским посленицима да „захтевају донацију“ / *requesting donation*).²⁵

Независно од овог начелног (општег) става који заступамо, у законодавству Западне Европе, Северне Америке, Бразила и Аустралије, као и у правној теорији, наилази се на три различита решења у погледу допуштеног узимања органа од умрлих давалаца: оправдање стањем нужде; сагласности или пристанка и, противљења или претпостављеног пристанка.

1) Оправдање стањем нужде

Становиште о оправдању стањем нужде претендује на примену у случају кад за узимање одређеног органа од умрле особе недостаје њена сагласност односно сагласност њених сродника, а на другој страни постоји болесник коме је одговарајући орган *хиѿно ѿѿиребан*. Тада захват у циљу пресађивања оправдава *стање нужде* односно право на одмеравање интереса у сукобу. Више вредно правно добро, као што је одржавање или поново успостављање функције плућа, јетре или бубрега, на пример, има предност према мање вредном правном добру као што је, на пример, право умрлог не телесну целовитост.²⁶ По неким мишљењима у правној теорији, то би било најповољније решење за трансплантацију. Нјегову полазну тачку чини став да брига о болесним људима представља узвишену дужност грађана која важи и у случају њихове смрти.²⁷ Међутим, ово гледиште није прихваћено ни у једном законодавству Западне Европе.

2) Сагласност или пристанак

Сагласност или пристанак потенцијалног донора, као решење, заступљено је у енглеском, немачком, швајцарском, турском, америчком и ка-

²⁵ Тако о томе: М. С. Mattioli, *Op. cit.*, str.2; Official Report, HC 28 March 1991, vol.188, col 1142, per Stephen Dorrell (cit preма: Mason et al., „The Donation of Organs and Transplantation“, у: *Law and Medical Ethics*, стр.353-354).

²⁶ Видети: Erwin Deutsch/Andreas Spickoff, *Medizinrecht*, 5. Auflage, Berlin 2003, стр.438 (цит. према: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.112) P:D.G. Skegg: „Liability for the Unauthorised Removal of Cadaveric Transplant Material“ (1974) 14 *Med Sci & L* 53 (цит. према: Mason et al., у: *Law and Medical Ethics*, стр.351).

²⁷ Ј. Радишић, *Ibidem*.

надском праву. Узимање органа од умрле особе могуће је само у случају кад је она на то, за живота, изричито пристала. То гледиште, које се у англо-саксонској правној литератури означава као *opt-in* систем, знатно сужава круг потенцијалних давалаца органа. Стога су законодавци наведених земаља проширили могућност сагласности тако што захтевају или сагласност умрлог исказану за живота или сагласност блиских сродника после његове смрти.²⁸ Поставља се питање, међутим, може ли се уопште допустити да о телу умрлог одлучује неко други уместо њега, јер је то лично право.

Питање „права“ да се одлучи о судбини делова свог тела после смрти остаје семантички и клинички проблематично у пракси донације органа. Иако се за „непостојећу особу не може истински рећи да поседује нешто“, могло би се доказивати да воља ове раније особе може још имати обавезујућу моћ (право, власт), „не због права непостојеће особе, већ пре због прећутног (имплицитног) обећања друштва да ће поштовати жеље особе чак и после њене смрти.“²⁹ Извесни европски правници стоје на становишту да право човекове личности нацивљава умрлог и да оно обухвата и располагање властитим лешом, тако да његово право личности, које бар за тренутак опстојава и даље, може бити очувано преко њему блиских лица. Другим речима, лица блиска умрлом имају *субсидијарно њправо* одлучивања о давању његових органа другом.³⁰ Сходно том ставу, у случају кад се воља умрлог и воља његових сродника не поклапају, блиски сродници морали би да следе раније изјављену вољу умрлог у односу на трансплантацију. Немачки правници сматрају да је реч о *изведеном њправу*, те сродници не смеју да одлучују супротно изричитој вољи умрлог. При томе, сродници нису просто гласоноше умрлог, који преносе његову вољу, него су овлашћени и на сопствену одлуку; сродници заступају умрлог само у случају кад он сам није ништа, за живота, одлучио.³¹ Супротно становишту немачких правника, швајцарски *Савезни суд* признаје сродницима, не изведено, већ *власити њправо личности*, које их овлашћује да одлучују о узимању органа умрлог, у случају кад се воља умрлог и воља његових сродника не поклапају.³² Према ставу који је усвојен у америчком

²⁸ Fischer/Lilie, *Op. cit.*, стр.130 (цит. према: Ј. Радишић, *Ibidem*, стр.112-113; енглески *Human Tissue Act* из 1961; видети о том закону: Mason et al., у: *Law and Medical Ethics*, стр.350-356.

²⁹ Тако о томе : S. Streat, *Op. cit.*, стр.6; Haven H Welie JVM; Spicker SF: *Ownership of the Human Body : Philosophical Consideration on the Use of the Human Body and its Parts in Healthcare Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1998.* (цит. према: S Streat, *Ibidem*).

³⁰ Stefani Hener/Christoph Conrads:“Aktueller der Transplantationsegesetzgebung“, *Medizinrecht*, бр.5/1997, стр.195 (цит. према: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.113).

³¹ Deutsch/Spickoff, *Op. cit.*, стр.438 (cit. preма: Ј. Radišić, *Ibidem.*, стр.112-113).

³² Упоредити: Ј. Радишић, *Ibidem.*, стр.112.

Једнообразном закону о анатомском поклону (*The 1987 Uniform Anatomical Gift Act*-у) сагласност на донацију органа изражава се изричито, али се у свком случају тражи и сагласност чланова породице у тренутку кад наступи смрт потенцијалног донора, чак и онда кад је та особа поседовала донорску картицу.³³

Ако лекар који треба да узме орган од мртвог даваоца не располаже његовим писменим пристанком нити противљењем, дужан је да се о томе обавести од лица које је блиско умрлом. Уколико таква изјава умрлог није позната ни блиском лицу, блиско лице може пристати да се од умрлог узму одговарајући органи. Немачки законодавац исцрпно одређује која се лица могу сматрати блиским даваоцу органа и утврђује њихов ранг. То су: супруг односно супруга, пунолетна деца, родитељи или стараоци, пунолетна браћа односно сестре, бабе и дедови. Та лица могу да одлучују само уколико су у последње две године пре смрти потенцијалног даваоца имала са њим личне контакте. У случају кад постоји више блиских лица истог ранга, довољан је пристанак једног од њих, али се о противљењу свакога мора да води рачуна. Кад блиско лице вишег ранга није доступно довољна је одлука најближег лица које је доступно. Међутим, ако је умрли своје право одлучивања о давању органа пренео на одређено лице, оно ступа на место најближег лица.³⁴ Слично као немачки *Закон о трансплантацији*, и *Закон о поклону људској ткива* канадске провинције Онтарио установљава хијерархијски ред особа које се морају сагласити са узимањем хуманих материјала за трансплантацију од особе која се, за живота, није никако изјаснила о томе. Сагласност супружника, детета, родитеље, брата или сестре са узимањем делова тела умрлог ради трансплантације искључује тражење сагласности од даљих сродника у законском реду.³⁵

Овај систем, који се назива и систем „охрабреног волунтаризма“, захтева постојање великог степена компатибилности између моралних уверења људи у погледу подржавања идеје о донацији органа и њихових личних поступака, на основу којих они одлучују да ли да поклоне или не поклоне свој орган неком другом у случају своје смрти.³⁶

³³ Овај Модел закон прихватило је свих 50 држава САД и Дистрикт Колумбија (цит. према: Марија Драшкић: „Трансплатација у Србији – који закон важи?“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.1/2005, стр.178-179).

³⁴ § 4 немачког *Закона о трансплантацији*; видети о томе: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.113.

³⁵ Видети: *Human Tissue Gift Act*, Ontario, 1961, sec.5(2) (f) (цит. према: М. Драшкић, *Ibidem*, стр. 179).

³⁶ Ficher/Lilie, *Op. cit.*, str.130 (cit preма: J. Radišić, *Op. cit.*, стр.114).

3) Противљење или претпостављени пристанак

Противљење као решење усваја већина закона о трансплантацији држава-чланица *Европске уније*. По овом приступу, узимање органа од умрле особе у циљу пресађивања сматра се допуштеним уколико се умрла особа, за живота, није томе противила. Нјено ћутање важи као саглашавање, тј. *ирисџанак на захвај се ирејџосџавља*. Узимање делова тела допуштено је чак и у случају кад постоји сумња у погледу воље умрлог. *То значи да узимање органа од умрлих особа није у начелу забрањено, већ дођушћено*. Ово је тзв. *ојџ-оуџ* система, који значи да сваки потенцијални давалац има могућност да оптира решење према коме се не сматра да је валидна његова претпостављена сагласност. Тиме се повећава број потенцијалних давалаца јер у њих спадају и они који се нису уопште изјаснили, што значи да се елиминише потреба за ношењем донорске картице. На тај начин жели да се умањи недостатак органа за пресађивање који је у пракси стално присутан.³⁷

Постоје два различита концепта (појма) претпостављеног или прећутног пристанка, који усвајају правни системи појединих земаља: „систем „јаке/снажне“ претпостављене сагласности“ и „систем „мекане“ претпостављене сагласности“. Земље као што су Аустрија, Данска, Пољска, и Француска припадају првој групи. Унутар друге групе су Грчка, Шпанија, Норвешка, Шведска, Финска и Бразил. Систем „јаког/снажног“ претпостављеног пристанка допушта лекарима да уклоне (одстране) органе из сваког леша, без ма ког приговора или пристанка донора или његове породице. Он се брани доктрином о „социјализацији лешева“. Систем „меканог“ претпостављеног пристанка, супротно томе, изискује изражено противљење на тај медицински поступак. У одсуству овог израженог противљења у донорској картици (*I:D: Card*) на возачкој дозволи (*on the Driver's Licence*), свако је потенцијални донор.³⁸

За прву поменућу групу земаља нарочито је карактеристична Француска. У француском праву постоји одредба о томе да се узимање органа са мртве особе може да врши у терапијске или научне сврхе ако се утврди да особа о којој је реч није одбила такав поступак док је била жива. Одбијање се бележи у Националном аутоматизованом регистру, који је организован на принципу централизације и непрекидног ажурирања података. Ћутање донора сматра се као недостатак противљења односно као прихватање. Такав систем омогућава да у одлуци о узимању органа после смрти не учествују чланови породице ако је умрли сам искористио могућност да

³⁷ Таупитз, *Op. cit.*, стр.204 (цит према: Ј. Радишић, *Ibidem*).

³⁸ Видети о томе: М.С. Mattioli, *Op. cit.*, стр.5.

региструје своје противљење претпостављеној сагласности.³⁹ Ако он то није учинио, заговара се у правној теорији и аргумент *favor vitae*, који значи да право треба да допусти постојање таквог система вредности у коме живот оног који треба да прими орган ради трансплантације вреди више него забрана сродника умрлог који се томе противе.⁴⁰ Међутим, у правној литератури износи се и друкчије становиште, наиме, да се преносење приоритета на жеље породице, у одсуству противљења или ћутања потенцијалног умрлог донора, може доделити на основу одредби члана 8 *Европске конвенције о људским правима*, које захтевају поштовање за живот породице.⁴¹ Слично француском, и правни прописи Белгије придају велики значај Централном националном регистру, у који се може уписати противљење хируршком захвату ради трансплантације или сагласност са таквим захватом.⁴² Одредбе члана 4 бразилског *Федералног закона н. 9.434*, који је на снази од 2.В 1997. године, установљавају, такође, претпостављену донацију *post mortem*, изузев у случају једног израженог супротног располагања за живота умрлог. Овом законском решењу снажно се противе бразилски правници. Главни аргумент усресређен је на оскудно знање Бразилаца о закону. Људи, углавном, не знају за дејство и ширину закона односно да се они могу сматрати донорима *и без њиховог знања*. Према бразилском Грађанском законнику *донације морају бити јасно изражене*. Стога *не постоји ниједан разлог да се различитим прецизира донација органа* (курзив – ВК). Ако земља има јаку традицију о својини и индивидуалним правима, *крисћанак би морао бити изражен*, да би имао државну заштиту и доделио људима уставом гарантована права. Иако је оправдање за усвајање доктрине о претпостављеном пристанку било низак број донација у Бразилу, број донација није се повећао ни после три године од усвајања овог *Закона*. Осим тога, усвојени систем претпостављеног пристанка штити колективна пре него индивидуална права.⁴³ *Резолуција Бр. R (78) 29 о уклањању, пресађивању и трансплантацији суициданија од умрлих особа*

³⁹ Видети члан 671 Закона број 94-654 од 29. јула 1994. У литератури, решење француског права означава се као „систем, мекане“ претпостављене сагласности“, зато што је лекар дужан да, у одсуству података у регистру, учини разуман покушај да добије сведочење породице. Тако о томе мисли: М. Драшкић, *Op. cit.*, стр.179. Супротно томе, други правници мисле да је ту реч о „систему „јаког/снажног претпостављеног или прећутног пристанка“ (М. С. Mattioli, *Ibidem*).

⁴⁰ Видети: немачки случај *Gütgemann*, у: Dieter Giesen: *International Medical Malpractice Law*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1988, стр.623 (цит према: М. Драшкић, *Op. cit.*, стр.179-180).

⁴¹ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe*, <http://www.echr.coe.int/Convention/web Conven ENG. pdf>.

⁴² Ficher/Lilie, *Op. cit.*, стр.134 (цит. према: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.114).

⁴³ Тако о томе: М. С. Mattioli, *Op. cit.*, стр.5.

Савета Европе предвиђа у ставу 1 члана 10 да „ниједно уклањање не сме да буде извршено ако постоји отворено или претпостављено одбијање од стране преминулог, посебно узимајући у обзир његова религиозна и филозофска убеђења. У ставу 2 истог члана каже се, међутим, да „уклањање може бити извршено у одсуству експлицитне или имплицитне жеље умрлог. Држава може да одлучи да узимање не сме да буде извршено ако то, по мишљењу породице преминулог, представља повреду преминулог, као и у случају очигледног одбијања од стране законског представника преминуле пословно неспособне особе. Такође, може бити тражена сагласност законског заступника када је у питању правно неспособна умрла особа“.⁴⁴ Другим речима, Савет Европе усваја „систем „мекане“ претпостављене сагласности“, кад је у питању трансплантација органа од умрлих особа.

Према законском решењу које је сада на снази у Републици Србији, у области кадаверичне трансплантације владајућа је доктрина о претпостављеном пристанку умрле особе. Претпостављени пристанак умрлог још је јаче истакнут него у већини правних система Европе. Наш законодавац полази од становишта да се „за пресађивање *могу* узимати делови тела умрлог лица.“⁴⁵ Он при томе не говори уопште о пристанку умрлог, него искључиво о његовом противљењу: „Делови тела не могу се узимати ако се умрло лице за живота изричито, у писменом облику, томе противило. Ако је умрла особа малолетна или душевно болесна, писмено противљење за узимање делова тела тог лица могу дати његови родитељи или старатељи.“⁴⁶ Блиски сродници пунолетне умрле особе нису, дакле, у могућности да спрече узимање делова њеног тела ни на који начин, ако се она сама није томе за живота успротивила својом писменом изјавом. *Сродници не морају бити ни њихови да ли им је познато како се умрли самоодредио у односу на власити леи.*⁴⁷ Иако је опредељење нашег права у складу са генерални ставом највећег броја европских земаља, његова сведеност и штурост могу да компромитују решење које би једног дана могло да буде прихватљиво у нешто друкчијим околностима. Наиме, недостатак било каквих одредби о начину обавештавања јавности о постојању закона који забрањује узимање делова тела *само ако* се умрла особа томе изричито противила за живота, недостатак прописа о начину на који се изјављује противљење узимању властитих органа, као и о поступку евидентирања те изјаве односно о томе када се и како проверава њено постојање, у великој мери мења суштину иначе, по мишљењу неких српских правних писаца,

⁴⁴ У: П. Каличанин, *Op. cit.*, стр.284.

⁴⁵ Члан 3 *Савезног закона*.

⁴⁶ Члан 6, ст.2 и 3 *Савезног закона*.

⁴⁷ Тако о томе: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.114.

прихватљиве законодавне политике и угрожава једно од темељних људских права.⁴⁸

Нема идеалног система који би, с једне стране, повећао понуду кадаверичних органа потребних за трансплантацију, а с друге стране, у највећој мери очувао аутономију сваког умрлог пацијента као потенцијалног донора. Будући да мислимо да су, бар за сада, ова два постављена циља тешко достижна, *ми дајемо њедносћ њежњи да се очува њраво на самоодређење у односу на власћини леш свакој умрлој њацијентиа као њопенцијалној донора*. Сходно том ставу, систем који се ослања на сагласност или противљење умрлог, исказано за живота, или на сагласност или противљење блиских сродника после његове смрти, ако се умрли није, за живота, уопште изјаснио, чини нам се да је боља солуција од, тако-рећи, општеусвојеног система о одбијању или претпостављеном пристанку умрлог о донорству органа за трансплантацију. Донација и умрле особе мора-ла би да буде аутономан и вољни акт, изражен за живота.

Остали општеусвојени принципи

Код узимања органа од умрлих давалаца важе следећи принципи: бесплатности и некомерцијалности, као и „ауторизације“ која је везана за испуњење техничких, санитарних и медицинских услова у погледу рада установе која узима органе од умрлих.⁴⁹ Осим тога, закони о трансплантацији предвиђају дужност *њопишовања достњојансњва даваоца органа*. Према § 6 немачког *Закона о њрансњланњацији*, леш даваоца органа мора да се преда за сахрану у достојанственом стању, а најближим лицима мора да се претходно пружи прилика да виде леш. По француском праву, лекар је обавезан да изврши „рестаурацију леша“ после узимања органа од умрлог а у сврху пресађивања. Атак на интегритет леша и кривично се санкционише.⁵⁰

⁴⁸ Видети опширније о томе: М. Драшкић, *Op. cit.*, стр.180-181.

⁴⁹ Видети: о тома: Зорица Кандић-Поповић, „Донорство органа – пример француског права“, у: Љ. Круљ и др.: *Акћуелни њравни њроблеми у медицини*. изд.IDN, Београд 1996, стр.40; видети и чланове 13 и 14 *Резолуције Бр. R (78) 29* Савета Европе; члан 19, ст.1 и 2 *Савезној закона*; члан 294. црногорског КЗ.

⁵⁰ Видети: Љ. Круљ: „Немачки Закон о трансплантацији“, стр.275;. видети и члан 671-11 француског закона број 94-654 и члан 225-17 al.1 NCP (цит. према: З. Кандић-Поповић, *Ibidem*).

*Vesna Klajn-Tatić, LL.D. Senior Research Associate
Institute of Social Science in Belgrade*

REMOVAL ORGANS FROM DECEASED DONORS – MEDICAL, ETHICAL AND LEGAL PROBLEMS

Abstract

The general position adopted by legislators in most of the countries is that removal organs from the deceased people has greater practical importance than removal organs from living donors. On the other hand, in the legal theory pointed to the fact that potential deceased donors, although theoretically broadly available, prove in practice that a recovery of a cadaveric organ recipient, as well as of tissues and cells, is not sure, and that the operations on donors and on organ recipients have to be carried out according to urgent surgery. Transplantation laws contain more or less detailed regulations on conditions which allow removal organs from deceased persons. Two issues are of the special importance: determining the exact moment of death of a potential donor and his/her right of self-determination to his/her own corpse.

Determining the exact time of death of a potential donor, as well as different solutions regarding permissible removal organs from the deceased, are considered by the author from the legal theory and medical and legal practices points of view, as well as from the standpoint of positive law, above all legal rules of the *European Union* member countries, North America, Brasil, Australia, Japan and China, as well as the 1983 *Sydney Declaration on Death Determining* of the World Medical Association and the *Resolution No R (78) 29 on Removing and Transplanting Substances from the Deceased Persons* of the Council of Europe, adopted in 1978. The norms of foreign national and international legal rules on the matter are compared by the author with corresponding regulations in the country.