

КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА

Марија Драшкић

ТРАНСПЛАНТАЦИЈА У СРБИЈИ – КОЈИ ЗАКОН ВАЖИ?

Пресудом II општинског суда у Београду IV П. бр. 789/2002 од 10. децембра 2002. године, одбијен је захтев тужилаца да се обавезе тужена Држава СРЈ – Војномедицинска академија, да им исплати накнаду нематеријалне штете у износу од 4.500.000 динара, на име надокнаде за душевне патње које су претрпели сазнавши да су из тела њиховог сродника, а без њихове сагласности, извађени органи (оба бубрега) и пресађени другим лицима. Суд је, на основу неспорних навода странака и резултата целокупног доказног поступка, утврдио да је пацијент В. Ђ. из В. Б., супруг, отац и син тужилаца, примљен 31. августа 1999. године на Клинику за ургентну медицину ВМА због масивне интрацеребралне хеморагије и последичне респираторне инсуфицијенције. Налазом бр. 2702/99 од 1. септембра 1999. године, у два наврата (у 10.30 и у 12 часова) констатовано је да је болесник у коматозном стању, да постоји крварење у мозгу, да аудитивно евоцирани потенцијали можданог стабла обострано изостају, те да је електроенцефалограм два пута дао одговор у смислу пуне децеребрације, односно мождане смрти пацијента В. Ђ. До леталног исхода долази 1. септембра 1999. године у 16.42 h. Образлажући свој став, суд наводи следеће:

„Чланом 79. став 1. Закона о здравственој заштити (*Службени лист СРС*, бр. 17/92) предвиђено је да се за пресађивање могу узети делови тела умрлог лица. Чланом 80. истог закона предвиђено је да се делови тела не могу узимати ако се умрло лице за живота изричито, у писменом облику, томе противило. Чланом 4. Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела (*Службени лист СФРЈ*, бр. 63/90, 22/91, 24/94 и 20/96) предвиђено је да се делови тела умрлог лица могу узимати ради пресађивања тек када се на основу медицинских критеријума и на прописан начин утврди да је наступила смрт. Сматраће се, да је у смислу овог

закона, наступила смрт онога од кога се узимају делови људског тела ради пресађивања у сврху лечења, ако је на основу медицинских критеријума и на прописан начин, са сигурношћу утврђен престанак рада мозга или срца. (...) Чланом 6. став 2. истог закона предвиђено је да се делови тела не могу узимати ако се умрло лице за живота изричито, у писменом облику, томе противило. (...) Наиме, у току поступка није доказано да је постојало писмено противљење за живота В. Ђ. у погледу узимања делова тела за случај смрти.“

Окружни суд у Београду, одлучујући по жалби тужилаца, донео је решење Гж. бр. 7903/03 од 22. децембра 2003. године, којим је укинута првостепена пресуда II општинског суда и предмет враћен истом суду на поновно одлучивање. Ево разлога које је суд навео за укидање првостепене пресуде:

„У конкретном случају није утврђено да ли се тужена огрешила о правне и медицинске стандарде и правила струке и поступала супротно постојећој законској регулативи која одређује услове под којима се могу узимати и пресађивати делови људског тела... Законом о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења (*Службени гласник СРС*, бр. 22/81), чланом 2. је предвиђено да делови тела са умрлог лица могу да се узму ради пресађивања тек пошто се са сигурношћу утврди да је наступила смрт тог лица, а чланом 4. да се делови тела са умрлог лица могу узимати ради пресађивања ако се умрло лице за живота није томе изричито противило, односно ако се томе није изричито успротивио родитељ, брачни друг или пунолетно дете умрлог. Чланом 6. овог закона предвиђено је да пристанак на давање својих делова тела ради пресађивања може дати само душевно здраво пунолетно лице, а пристанак се даје у писменом облику. (...) Имајући у виду цитиране законске одредбе и утврђено чињенично стање у првостепеном поступку, Окружни суд сматра да првостепени суд није утврдио да ли је од чланова породичног домаћинства пок. В. (...) тражена и добијена сагласност за узимање делова тела и да ли је постојало изричито противљење у писменом облику. (...) Првостепени суд ће у поновном поступку, саслушањем тужилаца у својству парничне странке, утврдити да ли је тужени од њих тражио и добио за сваког тужиоца понаособ сагласност за узимање органа од пок. В., (...)“

1. Који је закон био извор права за предузимање трансплантације у време када се догодило спорно пресађивање органа?

Као што се види из цитираних одлука II општинског суда и Окружног суда у Београду, судови помињу три различита закона који регулишу услове и поступак пресађивања органа. То су: Закон

о условима за узимање и пресађивање делова људског тела,¹ Закон о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења² и Закон о здравственој заштити.³ Оно што прво пада у очи, јесте чињеница да се ни једно ни друго судско веће није потрудило да утврди који је закон као важећи требало применити на овај спорни случај, јер је од тога зависила и правна оцена питања да ли су били испуњени услови за предузимање пресађивања бубрега са умрлог на живе пацијенте у конкретном спору.

Најпре, ранији савезни Закон о условима за узимање и пресађивање делова људског тела важио је у време када се десио описани поступак узимања бубрега од пацијента који је умро 1. септембра 1999. године. Овај закон касније је престао да важи, али се на основу једне одредбе Закона за спровођење Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора – предвиђа да се савезни закони и други савезни прописи који нису из области у којима је Уставном повељом утврђена надлежност Државне заједнице Србија и Црна Гора (а област трансплантације органа засигурно то није⁴), примењују после ступања на снагу Уставне повеље као општи акти држава чланица, изузев у областима које су већ регулисане прописима државе чланице.⁵ Другим речима, будући да је област узимања људских органа за потребе пресађивања већ била регулисана републичким прописима државе Србије, ранији савезни закон престао је да се примењује 4. фебруара 2003. године.

Друго, између два републичка закона (Закона о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења и Закона о здравственој заштити, који такође садржи посебно поглавље под насловом „VII. Узимање и пресађивање органа и делова људског тела, утврђивање узрока смрти и обдукција умрлих лица“ (чланови 78–86)) – судови су били дужни да утврде да је Закон о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења престао да важи на основу прелазних одредаба Закона о здравственој заштити. Наиме, Законом о здравственој заштити предвиђено је да се утврђивање смрти, узимање, чување, типизација и пресађивање делова људског тела врши у здравственим установама, које испуњавају услове у погледу кадрова, опреме и простора и које прописује

1 Видети *Службени лист СФРЈ*, бр. 60/90 и 22/91. *Службени лист СРЈ*, бр. 16/93.

2 Видети *Службени гласник СРС*, бр. 22/81.

3 Видети *Службени гласник Републике Србије*, бр. 17/92, 26/92, 50/92, 52/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96 и 18/2002.

4 Видети члан 19 Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора.

5 Видети члан 20 став 5 in fine Закона за спровођење Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора (*Службени лист Србије и Црне Горе*, бр. 1/2003). Овај закон ступио је на снагу даном ступања на снагу Уставне повеље (члан 29), а то је био 4. фебруар 2003. године, као дан усвајања и проглашења Уставне повеље у Савезној скупштини (члан 61).

министарство надлежно за послове здравља, те да испуњеност свих ових услова утврђује, такође, министарство надлежно за послове здравља.⁶ Прелазном одредбом овог закона одређено је да даном ступања на снагу прописа донетог на основу члана 83 став 1 овог закона престаје да важи Закон о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења, као и истоимени закони које су, у оквиру својих раније постојећих законодавних компетенција, донеле аутономне покрајине Косово и Војводина.⁷ Дакле, будући да је Министарство здравља донело прописе на које је било обавезано чланом 83 Закона о здравственој заштити (Правилник о медицинским критеријумима, начину и поступку утврђивања смрти лица чији се део тела може узети ради пресађивања⁸ и Правилник о условима које морају испуњавати здравствене установе које врше утврђивање смрти, узимање, чување, типизацију и пресађивање делова људског тела,⁹ као и чињеница да су оба правилника објављена у *Службеном гласнику Републике Србије* 30. јула 1999. године, а ступила на снагу осмог дана од дана објављивања, тј. 7. августа 1999), показује се као неспорно да дана 1. септембра 1999. године, када је умро пацијент од кога су узети бубрези ради пресађивања, нису више важиле одредбе српског Закона о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења. То, другим речима, значи да су тога дана на снази биле само одредбе ранијег савезног Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела и одговарајуће одредбе Закона о здравственој заштити, које синхронно дозвољавају узимање делова тела са умрлог лица ако се умрло лице за живота није изричито, у писменом облику, томе противило,¹⁰ а нису више важиле одредбе ранијег српског Закона о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења, који је допуштао да се делови тела са умрлог лица могу узимати ради пресађивања само ако се умрло лице за живота није томе изричито противило, односно ако се томе није изричито успротивио родитељ, брачни друг или пунолетно дете умрлог.¹¹ Ето како „игра времена“ у праву – од само 25 дана – некада може да доведе до потпуно различитих правних последица!

6 Видети члан 83 Закона о здравственој заштити.

7 Видети члан 96 став 3 Закона о здравственој заштити. Законодавац је, додуше, у овој одредби погрешно цитирао број *Службеног гласника Србије* у коме је објављен Закон о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења (наводећи број 21/81 уместо 22/81), али то ни у чему не мења правно дејство везано за престанак важности.

8 Видети *Службени гласник Републике Србије*, број 34/99.

9 Видети *Службени гласник Републике Србије*, број 34/99.

10 Упоредити члан 6 став 2 Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела, и члан 80 Закона о здравственој заштити.

11 Видети члан 4 Закона о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења.

2. Узимање делова тела са умрлих особа ради трансплантације

Прва трансплантација бубрега са умрле особе обављена је у Совјетском Савезу 1936. године. Следио је потом готово невероватан напредак у техникама трансплантације, који је значао да је медицинска наука напредовала не само у погледу врсте органа који се пресађују него и у погледу времена које пацијенти преживљавају након операције.¹² Упркос том огромном напретку, нажалост, велики број људи свакодневно непотребно умире од неизлечивих болести, због тога што није било одговарајућег даваоца чији орган им је могао бити пресађен, а они излечени.¹³ Који су разлози за то?

Са једне стране, општепознато је да су људи углавном несклони да завештавају своје органе за случај смрти. Разлози за то устежање су разноврсни и бројни: негирање смрти; страх да лекари неће учинити све што могу да спасу живот пацијента који је донор, како би искористили његове органе; верска уверења која се противе донирању органа; осећање гађења према наруживању сопственог тела итд.¹⁴ Због тога, велика већина људи умире а да нису донирали своје органе. У неким од тих случајева – а нарочито када наступа мождана смрт у тренутку док срце још ради, када је реч о

¹² Тако, на пример, прва успешна трансплантација срца догодила се у Јужној Африци 1967. године, а прва трансплантација ларинкса била је у Белгији 1969. године. Са друге стране, први пацијент коме је пресађено срце живео је само 18 дана, а 1992. године 85% болесника који су срце примили трансплантацијом живело је дуже од годину дана. У свету, годишње, пресађене органе прими око 300.000 људи. Видети опширније D. E. Jefferies, „The Body as Commodity: The Use of Markets to Cure the Organ Deficit“, *International Journal of Global Legal Studies*, 1998, vol. 5, no. 2, стр. 621–623.

¹³ Штавише, неприхватљивост оваквог трагичног исхода навела је неке писце да се јавно и јасно изјасне у прилог формулисању правила према којима би била укинута забрана компензације за органе који се могу трансплантирати са умрлих. „Тема трансплантације органа и сувише је важна да би се смела препустити само некорисном морализирању.“ Видети опширније H. Hansmann, *Markets for Human Organs, A Legal Framework for Bioethics*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 1998, стр. 159.

¹⁴ Разуме се, на неке од ових разлога за одбијање донације органа није могуће утицати (на пример, на верска уверења). Но, на неке друге могло би се деловати, барем делимично. Рецимо, страх да лекари неће учинити све да спасу живот пацијента донора може се отклањати образовним кампањама, у којима би се показивало да већина закона у свету изричито забрањује да лекари који учествују у утврђивању смрти једне особе, која је потенцијални донор органа, не смеју ни на који начин бити ангажовани приликом узимања органа од тог пацијента у склопу процедуре трансплантације. Видети, на пример, Принцип број 2 за трансплантацију органа Светске здравствене организације, члан 5 став 2 ранијег савезног Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела и члан 3 ранијег републичког Закона о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења. Нажалост, сада једино важеће одредбе у области трансплантације органа, које садржи Закон о здравственој заштити, не предвиђају ово важно обезбеђење.

особама млађим од 55 година и када такве особе имају органе који нису инфицирани или оболели – знатно се повећавају шансе за успешну трансплантацију бубрега, срца, јетре, панкреаса, рожњаче, коже, костију, крвних судова... или неког другог органа који ће можда моћи да буде пресађиван у будућности.¹⁵

Са друге стране, када један пацијент умре – са донорском картицом или без – његови најближи сродници по правилу показују устезање да се сагласе са узимањем органа свог умрлог претка ради трансплантације. Породица може бити емотивно и психолошки трауматизована изненадном смрћу онога кога су волели и стога неспособна да се сагласи са узимањем органа; може бити у питању и страх да би разговор о евентуалном одобравању употребе органа пацијента који је још жив могао симболично да значи напуштање сваке наде у његов опоравак и пре времена када је то нужно; најзад, неке породице одбијају да поверују у смрт која је резултат мождане смрти и сматрају да је њихов предак жив све док функционише срце или неки други орган.¹⁶

3. Правно регулисање сагласности за узимање делова тела умрлих особа ради трансплантације

Поставља се, дакле, питање на који начин треба правно уредити услов који се тиче сагласности за узимање органа у случајевима кадаверичне трансплантације. У том погледу разликују се два главна приступа у упоредном праву.

Један приступ забележен је у англо-америчком праву. Према том ставу, који је озваничен, на пример, у америчком Једнообраз-

15 Процена је да само око 15% људи у свету донира своје органе. Један други податак показује да – иако у анкетама јавног мњења више од 60% Американаца изјављује да би поклонило своје органе за случај смрти, а чак преко 85% изјављује да би донирало органе својих ближњих – само 4% становника САД имају донорске картице, а само 3% имало је код себе донорску картицу у тренутку смрти. Видети опширније *op. cit.* у фусноти бр. 12.

16 Има, додуше, у медицинској пракси и супротних примера. Тако, рецимо, приказан је у литератури један немачки случај у коме је идентификовано постојање аненцефалуса ултразвучним скринингом у 16. недељи гестације. Родитељи су се успротивили абортусу и одлучили да жена изнесе трудноћу до краја, како би након порођаја органи аненцефалусног фетуса могли да послуже као резервоар за трансплантацију. Тако је и било; у овом случају узети графтови су спасли двоје деце од 4 и 9 година и једну жену од 25 година. Видети W. Holzgreve et al., „Kidney Transplantation from Anencephalic Donors“, *New England Journal of Medicine*, 1987, vol. 316, стр. 1069–1070.

У једном другом случају, о коме је пре десетак година опширно извештавала италијанска штампа и телевизија, догодило се да је једна америчка породица која је летовала на Сицилији била нападнута због пљачке. У том оружаном обрачуна погинуло је једно од троје деце америчког пара. Након тога, родитељи су поклонили органе свог сина ради трансплантације и они су употребљени за спасавање петоро италијанских малишана.

ном закону о анатомском поклону,¹⁷ сагласност за донацију органа изражава се изричито, прикупља се на основу рутинског испитивања пацијената, али се у сваком случају тражи и сагласност чланова породице у тренутку када наступи смрт потенцијалног донора, чак и онда када је та особа поседовала донорску картицу. У Закону о поклону људског ткива канадске провинције Онтарио установљен је пак, хијерархијски ред особа које се морају сагласити са узимањем хуманих материјала за трансплантацију од лица које се за живота није никако изјаснило о томе. Тако сагласност супружника, детета, родитеља, брата или сестре са узимањем дела тела умрлог претка ради трансплантације искључује тражење сагласности од даљих сродника у законском реду.¹⁸ 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 аката, на основу којих они одлучују да ли да поклоне или не поклоне свој орган неком дугом у случају своје смрти.

Други приступ има већина држава чланица Европске уније. Његова суштина је у претпоставци да се умрла особа сагласила са употребом органа након сопствене смрти, осим ако није за живота забележена изјава те особе о изричитом противљењу поступку узимања органа. Дакле, предност овог приступа јесте у томе што се сагласност претпоставља, што значи да се елиминише потреба ношења донорске картице. Тако, на пример, у француском праву постоји одредба о томе да се узимање органа са мртве особе може вршити 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. Ово је пример тзв. *opt-out* система, који значи да сваки потенцијални донор има могућност да оптира решење према коме се не сматра валидном његова претпостављена сагласност. Ипак, ако лекар не може да утврди жељу покојника, мора да учини разуман покушај да добије сведочење (*le témoignage*) његове породице.¹⁹ Такав систем омогућава да у одлуци о узимању органа после смрти не учествују чланови породице ако је умрли

17 Видети *The 1987 Uniform Anatomical Gift Act*. Овај Модел закон прихватило је свих 50 држава САД и Дистрикт Колумбија.

18 Видети *Human Tissue Gift Act*, Ontario, 1961, sec. 5 (2) (f).

19 Видети члан 671–7 Закона број 94–654 од 29. јула 1994. У литератури се ово решење означава као „систем ‘мекане’ претпостављене сагласности“, због тога што је лекар дужан да, у одсуству података у регистру, учини разуман покушај да добије сведочење његове породице.

сам искористио могућност да региструје своје противљење претпостављеној сагласности. Ако, пак, он то није учинио, заговара се у правној књижевности и аргумент *favor vitae*, који значи да право треба да допусти постојање таквог система вредности у коме живот онога који треба да прими орган за трансплантацију вреди више него забрана сродника умрлог који се томе противе.²⁰

Разуме се, ни овај систем није без мана. Његов главни недостатак је у томе што сиромашни и необразовани људи, као и они који су недовољно обавештени, неће умети да искористе прилику која им је оваквим законским решењем понуђена, односно, своју аутономију и своје право на опцију умеће да искористе само релативно привилеговане друштвене групе. То би, такође, значило да се морају водити јавне кампање обавештавања, сензибилисања и упозоравања јавног мњења на постојање оваквог законског решења и његових последица.

4. Како даље?

Према законском решењу које је сада на снази у Републици Србији, у области кадаверичне трансплантације владајућа је доктрина о претпостављеном пристанку умрле особе. Иако је овакво опредељење у складу са генералним ставом највећег броја европских земаља, његова сведеност и штурост могу да компромитују решење које би једног дана могло бити прихватљиво у нешто другачијим околностима. Другим речима, недостатак било каквих одредаба о начину обавештавања јавности о постојању закона који забрањује узимање делова људског тела само ако се умрло лице томе изричито противило за живота, недостатак прописа о начину на који се изјављује противљење за узимање органа, као и о поступку евидентирања те изјаве односно о томе када се и како проверава њено постојање, у великој мери мења суштину иначе прихватљиве законодавне политике и угрожава једно од темељних људских права.

Идеалног система, разуме се, нема, али би свакако требало тежити оном који би могао, са једне стране, да повећа број донора органа подобних за трансплантацију, а са друге стране, да у највећој мери очува аутономију сваког пацијента као потенцијалног донора. Имајући у виду такве захтеве, Центар за биоетику направио је, у оквиру једног ширег пројекта, Модел закона о трансплантацији

²⁰ У чувеном немачком случају *Güttemann*, суд у Бону потврдио је „принцип неопходности“ у случајевима трансплантације, али је стао на становиште да се ова доктрина сме примењивати само онда када је лекар у изузетној ситуацији, што значи да је сагласност сродника искрено тражена, али се није могла добити или је била одбијена. Видети D. Giesen, *International Medical Malpractice Law*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1988, стр. 623.

органа и ткива људског порекла.²¹ Према том решењу, предложен је мешовит, паралелан *opt-in* и *opt-out* систем, који значи да се у Националном донорском регистру евидентирају изјаве оних појединаца који желе да буду донори органа после своје смрти (*opt-in*), и изјаве и особа које изричито исказују своје противљење да њихови органи буду употребљени за трансплантацију (*opt-out*).²² Најзад, свако лице има могућност да изјаву о донорству забележи у виду „декларације о донорству“, у којој се одређује особа која ће након смрти потенцијалног донора, уместо њега, одлучити о томе да ли прихвата или одбија да се од умрлог узме део тела ради пресађивања.²³ Да би се ширира јавност могла адекватно обавештавати о важности донорства, овим пројектом предвиђено је, паралелно са донорским регистром, постојање и Националног центра за едукацију о трансплантацији, који би имао задатак да популарише терапијски значај пресађивања органа и ткива, те да едукује јавност у погледу законских претпоставки за узимање делова тела, као и у погледу мера обезбеђења које служе да заштите право на аутономију у одлучивању сваког човека.²⁴

21 Видети З. Кандић-Поповић, М. Драшкић, М. Милићевић, Б. Васиљевић, *Реформа здравственог законодавства Србије у области биомедицине у складу с међународним стандардима* (II део), Београд, 2003, стр. 4–16.

22 Национални донорски регистар води централизовану и компјутеризовану евиденцију изјава о прихватању односно одбијању сагласности за трансплантацију. Видети члан 5 став 1 Модела закона о трансплантацији органа и ткива људског порекла. *Ibid.*

23 Видети члан 5 став 5 Модела закона о трансплантацији органа и ткива људског порекла. *Ibid.*

24 Видети члан 4 Модела закона о трансплантацији органа и ткива људског порекла. *Ibid.*