

Др Весна Клајн-Татић

виши научни сарадник
Института друштвених наука у Београду

ЛЕГИТИМНОСТ ДОНОРСТВА ЉУДСКИХ ОРГАНА НА КОМЕРЦИЈАЛНОЈ ОСНОВИ

*Упркос чињеници да закони о трансплантацији широм света редовно садрже одредбе којима се забрањује трговина органима намењеним лечењу, аутор настоји да докаже да је донација људских органа теретним правним пословима, макар били *sui generis*, и с етичке и с правне тачке гледишта легитимна. Аутор утврђује, најпре, да су органи од живих и од умрлих давалаца ствари у смислу грађанског права, али ствари посебне врсте – *sui generis*, која је условљена њиховим пореклом, те да се, стога, не могу уподобљавати другим стварима у грађанскоправном промету. Потом, аутор заговара став према коме је располагање људским органима, као стварима *sui generis*, имовинскоправни посао по својој правној природи. При том објашњава да посао којим се располаже има своје особености и да се не може подвести под до сада познате правне послове. Бесплатно располагање није поклон, јер не може да изазове она дејства и последице које поклон обично има. А ако је такво располагање и теретно, оно није куповина и продаја, пошто не може никада да повлачи одговорност, односно гаранцију за скривене недостатке ствари. Гаранцију квалитета донираних органа (као ствари *sui generis*) треба да дају одговорни центри за посредовање, трансплантацију и координацију. Сматра да законе о трансплантацији треба изменити, јер оскудица органа изискује да буде хитно преовладана; у супротном, нелегална трговина људским органима и злочини повезани с њом биће подложни цветању.*

Кључне речи: *Законодавство о трансплантацији органа. – Даваоци. – Људски органи. – Ствари sui generis. – Комерцијализација донорства органа.*

Савремени закони о трансплантацији по правилу садрже одредбе којима се, на разне начине, забрањује трговина органима намењеним лечењу. Забрана се санкционише и казним мерама. Стицање материјалне добити коришћењем болести човека која угрожава његов живот, сматра се дубоко неморалним чином. Сем тога, постоји

уверење да би материјална корист могла бити подстицај потенцијалним даваоцима органа да сами штете своме здрављу. Трговином органима умрле особе вређа се њено људско достојанство. Здравље, дакле, не сме постати добро које се купује и продаје.¹ Та идеја је недвосмислено исказана и у нашем праву: „За давање делова људског тела ради пресађивања не може се узимати никаква новчана накнада или имовинска накнада. Под накнадом се подразумева и пружање услуга или давање било каквих погодности“.² Једном речју, принцип бесплатног донорства органа један је од основних принципа у материји донорства. Бојазан од инструментализације људског тела и појава „бубрежних колонија“ у Индији, условили су јединствен став у законодавству да људски органи не могу бити предмет продаје. „Бубрежна колонија“ у Индији наводи се у литератури као метафора за неку врсту трансфера здравља са сиромашних на богате. Сиромашни су били принуђени, да би преживели, да продају своје бубреге оформивши насеље „донора“ ових органа.³

Међутим, чини се да је забрана продаје органа ствар инерције и непромишљања законодавца о девастирајућим последицама таквог решења. У најмању руку је необично што закони о трансплантацији

¹ Ј. Радишић, *Медицинско право*, Номос, Београд 2004, 115 фн.41.

² Члан 12. Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела, донет у време СФРЈ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 63/1990 (у даљем тексту: Савезни закон) као и чл. 24–26. На ово питање се односи и чл. 54а, ст. 1–5: „Насилно узимање људских органа или делова тела“ Кривичног закона Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 26/77 и *Службени гласник РС*, бр. 29/03. У француском законодавству в. чл. 665–12 и 665–13 *Loi No. 94–654 du 29 juillet 1994 relative au don et a l'utilisation des éléments et produits du corps humain, a l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, *Journal officiel de la République Française*, 30 juillet 1994, а у немачком § 17. и § 18. Закона о давању, узимању и пресађивању органа од 11.11.1997. године (скраћено: Закон о трансплантацији), *Bundesgesetzblatt Jahrgang 1997, Teil I, Nr. 74, 2631–2638*; в. и чл. 10. канадског *Trillium Gift of Life Network Act*.

У литератури в. З. Кандић-Поповић, „Донорство органа – пример француског права“, *Актуелни правни проблеми у медицини* (Љ. Круљ *et al.*), ИДН, Београд 1996, 35; Љ. Круљ, „Немачки Закон о трансплантацији“, *Правни живот*, бр. 9/98, 279; П. Каличанин, *Медицинска етика и медицинско право*, Београд 1999, 286; 298; В. Беширевић, „Богови су пали на теме – о уставу и биоетици“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/06, 205. Ово питање је изазвало пажњу и низа организација, в. *Multi-Organ Transplant Program – Legal Aspects*, London Health Sciences Centre 1996–2005, <http://www.ihse.on.ca/transplant/legal.htm>, 9. август 2006; Council of Europe, Committee of Ministers Recommendation Rec (2004) 7 of the Committee of Ministers to member states on organ trafficking (Adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2004 at the 884th meeting of the Ministers' Deputies), <https://wed.coc.int/View Doc.>, 1–3, 11. август 2006; Изјава о трговини живим органима, октобра 1985. и Изјава о односу лекара према трансплантацији људских органа, септембра 1994. *Светског медицинског удружења*, итд.

³ З. Кандић-Поповић, 34 фн. 23.

широм света скоро једнообразно изричу ову забрану. Такође је не-обично што ниједан од ових закона не налази да је потребно (чак, неопходно) да се изјасни о томе шта су људски органи, одвојени од тела донора, по својој правној природи, као ни да утврди ко има право својине на њима. Стога се намеће мисао да је изречена забрана трговине људским органима више ствар правне политике, него научно-правно утемељеног става. Основне правне претпоставке за допустивост донорства људских органа на комерцијалној основи јесу: прво, да су људски органи ствари у грађанскоправном смислу и да су предмет правних послова, и друго, да су људски органи власништво донора односно да донор има право својине на њима. Право својине подразумева право контроле, располагања и продаје.

Француски законодавац, на пример, упркос успостављању забране продаје елемената људског тела, не негира правну природу људских органа, ткива и ћелија као „ствари у промету“ (*choses en commerce*). Донорство се заснива уговором, а према члану 1128. *Code civil*-а, предмет уговора могу бити само ствари у промету.⁴ Гледиште о правној природи људских органа у циљу трансплантације, које ми заступамо у овом раду, није усамљено.⁵ Јасно изјашњавање о помнутим претходним правним питањима у законима о трансплантацији од круцијалног је значаја. Уз уважавање свих специфичности и ограничења у погледу допустивости располагања људским органима на комерцијалној основи у правном промету, која су условљена пореклом ових ствари, омогућило би, или би бар дало прилику, да се превлада проблем перманентне оскудице трансплантабилних органа и повећа њихова понуда, пре свега, од живих донора који су, са медицинске тачке гледишта, повољнији од умрлих. С друге стране, пажљивим обликовањем правне процедуре, илегално тржиште људских органа могло би се неутралисати, или чак угасити, и увести комерцијално располагање човековим органима у нормалне тржишне токове понуде и тражње. Најзад, пошто мрежа за комерцијално обезбеђивање органа већ постоји, трговина органима не може данас бити ограничена унутар једне јурисдикције. Ма који облик легализације и ограничења на праксу трговине органима мора бити међународног карактера, да би био делотворан.

Указаћемо, најпре, на питање правног статуса људског тела и његових делова у грађанском праву уопште и на појам људског органа у упоредном праву посебно, а потом ћемо се усресредити на пи-

⁴ *Ibid.*, 35–36.

⁵ В. на пример J. Mason, R. Smith, G. Laurie, „Body as property“, *Law and Medical Ethics*, Butterworths, London – Edinburgh – Dublin 1999⁵, 485–486; E. Deutsch, *Medizinrecht*, Springer-Verlag 1997³, 365; R. Kishore, „Human organs, scarcities, and sale: morality revisited“, *J. Me Ethics* 2005, 31: 326–365, <http://jmc.bmjournals.com/cgi/content/full/31/6/362>, 9. август 2006, итд.

тање даваоца као продавца које је спорно и са етичке и са правне тачке гледишта. Наведена питања размотрићемо како из угла правне теорије, тако и са становишта позитивног права, пре свега, правних прописа земаља-чланица Европске уније, САД, Канаде и Индије, као и међународних докумената Савета Европе. Прописи страних правних система биће упоређени са одговарајућим прописима нашег позитивног права, као и наше правне теорије.

1. ПРАВНИ СТАТУС ЉУДСКОГ ТЕЛА И ЊЕГОВИХ ДЕЛОВА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

1.1. Општи поглед

Опште правило да људско тело и његови делови не могу да буду ствар или објект права представља лепу тековину правне цивилизације. Тврдња, међутим, да људско тело односно његови делови постају, додуше, у новом виду, изузетно и у ограниченом обиму, поново ствари у праву, па и у грађанском праву, није узрокована назадовањем људске цивилизације, него једном њеном веома корисном тековином – развојем медицине, тачније биомедицине. Није, дакле, реч о враћању на старе варварске правне установе у којима је људско тело било ствар, већ о увођењу нових правних уснова које треба да дају одговарајућу правну форму захтевима живота у вези са могућношћу пресађивања појединих органа и ткива са тела једног човека на другог, трансфузијом крви, инсеминацијом, у искоришћавању састојака неких људских органа, ткива и ћелија за производњу различитих лекова, као и у научне сврхе.⁶

Поставља се питање: какве су теоријске могућности и практичне последице конструисања делова људског тела као ствари. Како је већ било речено, основна претпоставка комерцијалног коришћења човекових органа и других делова тела јесте да они могу да буду предмет правних послова. При том, наравно, треба правити разлику између особе као носиоца субјективних права и обавеза, с једне стране, и људских органа и других делова тела као предмета правних послова, с друге стране.⁷

Тело живог човека као целина није ствар, већ предметни део личности, а право на тело човека је његово темељно лично право. С друге стране, правна квалификација одвојених делова тела (органа,

⁶ А. Гамс, „Људско тело и његови делови као ствари у грађанском праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1–2/2006, 192 и даље.

⁷ М. Сјеничић, „Комерцијално коришћење човекових телесних супстанци – Осврт на немачко право“, *Правни живот*, 9/2003, 319–320 фн. 9.

тквива, ћелија и других телесних материјала) је, у правној теорији, спорна. Једно је становиште да се ради о стварима подобним за својину, а друга струја заступа мишљење да треба водити рачуна о пореклу органа и других делова тела и да, стога, на њима треба признати опстојеће право личности носиоца органа и других делова тела односно да су они, и после одвајања, опстајући део личности носиоца тих органа одн. делова тела.⁸ За оба мишљења њихови противници и поборници износе ваљане разлоге за и против, али превагу ипак односи стварноправно орјентисан став: органи и други делови тела одвојени од човека ствари су подобне за промет и налазе се у својини носиоца органа односно другог дела тела живог човека. Право на сопственом телу продужава се као својина на одвојеним деловима тела. Ипак, одвојени делови тела (па и људски органи) имају, у односу на друге ствари у правном промету, посебан положај условљен њиховим пореклом. Личноправне везе носиоца органа или других делова тела са самим органима или другим деловима тела опстају и након одвајања од тела. Ови органи и други делови тела, макар и ствари, представљају проистицање личности носиоца која је у њих дубоко урезана. Повреда права личности носиоца органа или другог дела тела неадекватним коришћењем одвојених делова тела испитује се независно од својинских односа на деловима тела. Дакле, код сваког коришћења људских органа и других делова тела треба, независно од питања својине, испитати да ли се повређује право личности ранијег носиоца права. Опште право личности је, путем поступања са одвојеним деловима тела, повређено онда када околности поступања шкоде личноправним интересима носиоца делова тела односно када су прекршене (порекнуте) нужне претпоставке за реализацију његове личности или су повређене његове личне вредности.⁹

Леш је, услед нестанка правног субјективитета, додуше, ствар, али ипак није део имовине и на њему не може постојати право својине, нити може бити предмет правног промета. Када човек престане смрћу да постоји, добра која су била за њега везана не постају слободна, већ на њима, па и на лешу као целини, опстаје право личности умрлог, што омогућава и осигурава посморталну заштиту личности. Поред тога, настаје и право наследника (рођака) умрлог на бригу о њему, али не и њихово право својине на лешу. Када се ради о одвојеним деловима леша, постоји, сходно § 1922. немачког Грађанског законика, на пример, искључиво право присвајања наследника, које је ограничено путем постојећег права личности умрлог. Наследници немају аутономно овлашћење, ни право одлучивања у односу на одвојене делове леша. Они смеју да предузимају само мере које су у

⁸ *Ibid.*, 320 фн. 10.

⁹ *Ibid.*, 320 фн.13, 14 и 15.

сагласности са поштовањем личности умрлог. Повреду опстојећег права личности, у случају одвојених делова тела леша, треба доказивати независно од односа својине на лешу.¹⁰

Како се ембрион цени као потенцијални живот, њега треба правно квалификовати као живог или као умрлог човека, у зависности од тога да ли се ради о живом или угинулом ембриону.¹¹

1.2. Појам људског органа у упоредном праву

Људски орган изгледа, на први поглед, појмовно неспоран. Ипак, очљиво је да законодавства појединих земаља различито одређују тај појам. На пример, у Закону о трансплантацији органа Велике Британије (*Human Organ Transplants Act*) из 1989. године, наведено је да се људским органом сматра бубрег, јетра, срце, панкреас, плућа, коштана срж, рожњача, око, кост, кожа, као и сваки други орган који је одређен посебном регулативом Секретара здравствених и хуманих служби (*Secretary of Health and Human Services*), осим крви. То значи да се регенеративна ткива, попут коже, сматрају органима. У британској правној теорији указује се на чињеницу да давање ткива које се може брзо заменити – као што је крв и коштана срж – не изазива, у пракси, веће техничке и етичке проблеме осим оних о комерцијализацији, а да су главни проблеми повезани са давањем неренеративних ткива. Осим тога, истиче се да је принцип *common law* а да ниједна особа не може да пристане да буде убијена или озбиљно повређена. Тиме је случај давања срца живе особе искључен. Ово је, наравно, екстреман пример. Изван њега, оцену законитости узимања органа од живих особа, која зависи од одмеравања разлога ризик-корист који су укључени у поступак, тешко је донети са сигурношћу, зато што се техничке границе медицине непрекидно шире. Пре неколико година о законитости давања јетре рекло би се исто што и о срцу. Данас је, међутим, коришћење сегмената (делова) јетре одраслог у педијатријској трансплантационој терапији прерасло стадијум експеримента и клиничког испитивања. У ствари, пошто се јетра регенирише и анатомски и функционално, делимично давање јетре више је сродно давању (и пресађивању) коштане сржи, него трансплантацији органа. С друге стране, по *common law*, узимање (даривање) органа живих (као што је давање живог плућног крила) законито је и морално, под условом да неће нужно узроковати велику повреду даваоцу. Хируршка операција која није, сама по себи, терапеутска, биће пуноважна све дотле док се за задате последице повреде може доказати да нису противне друштвеном интересу.

¹⁰ *Ibid.*, 320–321 фн. 17.

¹¹ *Ibid.*, 321 фн. 19.

У француском праву се људски орган, где се сврстава и коштана срж, разграничавају од ткива, ћелија и продуката људског тела, тако да кожа нема статус органа, за разлику од решења које је усвојено у британском праву (чл. 671–7 француског Закона). Упркос томе што се у погледу донорства органа, ткива и ћелија установљавају одређени заједнички принципи, у погледу донорства органа установљавају се шира ограничења, а предвиђене су и строже казне ако се орган уступа за новчану накнаду. Интенција француског законодавца је да у неким аспектима правног режима друкчије третира даваоце органа од давалаца других елемената и продуката људског тела. Примера ради, експлицитно се забрањује узимање органа од живих давалаца мимо терапеутског циља (што није случај са решењем које усваја британско право), док се ткива, ћелије и продукти људског тела, осим у терапеутске, могу да узимају и у научне сврхе.

У нашем праву су органи, као и ткива и ћелије, дефинисани као делови људског тела који представљају функционалну целину, који се чувају под посебним условима који спречавају њихову квалитативну промену, који су обрађени – типизирани и чија је подударност услов за успешно пресађивање (чл. 2, ст. 2. Савезног закона). У нашој правној теорији истиче се да из ове одредбе општег карактера произилази да људски органи, све врсте ткива, коштана срж, репродуктивне ћелије, као и кожа, имају као функционална целина, статус делова људског тела, што их изједначава у погледу правног режима узимања. Такво решење оцењује се као неоправдано, будући да у српском праву не постоји посебно законодавство у домену асистираних репродукције (и пренаталне дијагнозе). Осим тога, у одредбама чл. 2, ст. 1. Савезног закона и чл. 78. Републичког закона¹² изричито се наводи да се делови тела могу узимати и пресађивати само ако је то медицински оправдано, односно ако је то најповољнији начин лечења лица. Из тога се може закључити да је узимање ткива и ћелија и у научном циљу искључено, што је у супротности с преовлађујућим становиштем које се, по овом питању, заступа у законодавству западних земаља, одговарајућој Конвенцији Савета Европе и у правној теорији.

На основу изложених решења, уочљиво је да је појам људског органа различито дефинисан и да може да укључи, осим тзв. „компактних“ органа (као што су бубрег, панкреас, итд.) и друге елементе, као што је коштана срж или регенеративна ткива, као што је кожа. Међутим, разграничење органа (без обзира шта тај појам подразуме-

¹² Закон о здравственој заштити Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр.17/92. Чланови 78–85. 333 Србије из 1992. остали су на снази после ступања на снагу новог 333 Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр.107/05 (скраћено: Републички закон).

вао) од ткива, ћелија и продуката људског тела, има јасне правне кон-секвенце. Органи су (посебно, нерегенеративни), као предмет до-норства, по правилу подвргнути строжем правном режиму, посебно када је реч о донорству *inter vivos*. То важи и у погледу циља (изри-чита забрана узимања органа ван терапеутског циља) и у погледу мотива (забрана продаје), а понекад и у погледу круга прималаца (на пример, блиски сродници). С друге стране, ткива, ћелије и продукти људског тела као предмети донорства подлежу „блажем режиму“, па је у неким правним системима допуштена, на пример, продаја крви и семене течности, а понекад се, како је речено, циљ донорства про-ширује (терапеутски и научни циљ).¹³

2. ДАВАЛАЦ КАО ПРОДАВАЦ

2.1. Општи поглед

Недовољан број давалаца органа у односу на број потенцијал-них прималаца на листама чекања на донацију органа, трајно је и нерешено питање од самих почетака извођења трансплантационих операција. Није неуобичајено за оне који су на листама чекања да умру пре него што приме подесан (одговарајући) орган. Законодавне политике у законима о трансплантацији, као што су ограничавање појма смрти на смрт мозданог стабла; рутинско прибављање органа с увођењем обавезног „захтевања тражења“ од стране тимова на одељењима интензивне неге; увођење претпостављеног пристанка донора;¹⁴ повишење границе горњих година старости донора; по-пуштање ограничења која се односе на „генетски блиско донорство“ (донацију између чланова исте породице) и допуштање донација од странаца (недродника) – нису решиле проблем оскудице органа за трансплантацију. Закони о трансплантацији, посебно у земљама-чла-ницама Европске уније, регулисани су и недовољно и незадовоља-вајуће, тако да већина јурисдикција није у стању да обузда илегални саобраћај органа.¹⁵

Проблеми оскудице трансплантабилних органа и илегалне тр-говине органима истрајавају већ скоро три деценије. Забрана тргови-не органима у законима о трансплантацији која, такође, истрајава, очигледно показује да ово законско решење није реалистично. По

¹³ Упор. В. Клајн-Татић, „Етичка и правна разматрања донорства *inter vivos*“, *Правни живот*, Том I, 9/2007, 334–336 фн. 8–12.

¹⁴ Упор. В. Клајн-Татић, „Узимање органа од умрлих давалаца – медицински, етички и правни проблеми“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2007, 271–287.

¹⁵ Упор. R. Kishore, 1–2.

правилу, исправност једног законског решења потврђује или демантује сâм живот (време). Законско решење о коме је овде реч демантује живот, јер оно неоправдано идеализују не само стварне друштвене односе, него и природу човека као такву. Да ли, дакле, законску забрану трговине људским органима треба изменити и допустити донорство људских органа на комерцијалној основи; да ли такође, треба уважити општа правила грађанског права у погледу правне природе и права својине на људским органима, о којима је раније били речи, а о којима се закони о трансплантацији не изјашњавају? С циљем да дођемо до одговора на постављена питања и оценимо исправност критичког осврта који смо изнели у погледу мањкавости и нереалистичности садашњих законских решења у законима о трансплантацији, потребно је да се упустимо у анализу три питања: прво, моралног садржаја појединог поступка давања органа за новац; друго, аргумената против финансијског подстицаја и продаје и, треће, правне природе правног посла – донације органа.

2.2. Морални садржај појединог поступка давања органа за новац

Моралност је увек контекстуална; зависи од тога како и у ком контексту се тумаче вредности. Основни етички проблем укључен у трансплантацију органа јесте да ли особа има право да ужива живот на основу органа који припада другом. Кад је једном извршен избор да се на ово питање одговори потврдно, то је, онда, и признање (спремност) да се нанесе повреда једној особи (у овом случају донору) да би се унапредило здравље друге особе (у овом случају примаоца) или да би се продужио њен живот. Тиме је жртвован дуго негован принцип о незлочинству у медицини (*primum non nocere*). Да ли органи долазе путем донације (дара, добротинства) или продаје ствари (органа), ствар је индивидуалног избора и околности. Чак и ако особа даје свој орган вољно и без ма које мисли о рекомпензацији, она трпи повреду свог тела. Чињеница је да је у сваком дару или донацији укључена извесна врста очекивања, мада се она можда не односи на материјалну корист. У случају живих давалаца, орган се даје одређеној особи која, у ствари, можда није, са медицинске тачке гледишта, у највећој потреби или најзаслужнија с обзиром на озбиљност њене болести, период чекања, године старости, породичне околности, способности даваоца да сноси посттрансплантациону терапију и друге критеријуме. Ово значи да је поступак донације обележен разматрањима о персоналним односима, избору и преференцијама.

Донација није увек тако искрен поступак алтруизма или људске солидарности (као што то желе да представе закони о трансплантацији), већ је пре мотивисана жељом да се спасе живот неком бли-

ском и драгом, због потребе даваоца за сигурношћу у погледу сопствене удобности и будућности. Чак и донација извршена странцу није без разматрања о могућој користи, на пример, жељом да се испуни религиозна дужност, исправи погрешно поступање у прошлости, добије морална сатисфакција или, да човек види самог себе као доброг Самарићанина. Према томе, процена (суд) о вредностима поступка особе (даваоца) којој се узима орган да би ослободила другог човека од болести или да би га спасла од неизбежне смрти, не може да буде назван неморалним просто зато што је поступак удружен са разумним материјалним разматрањем.¹⁶ Ако је принцип праведности врховни принцип, и ако желимо да одмераваом поступке у складу са тим принципом, онда се мора рећи да од поступка трансплантације имају корист/профит: прималац, пре свега, затим, трансплантациони хирург, болничари (болничарке), болница и компаније лекова. Свако ће бити плаћен у неком облику, изузев даваоца. Даваоцу не само што неће бити плаћено, већ ће он често морати, по садашњим законима о трансплантацији, да говори неистину о природи односа који има (а који, заправо, можда нема) са примаоцем, поготово у случају да орган донира странцу – несроднику. Извесно је да има људи, и то не мали број њих, који би оценили да је ова ситуација непоштена у односу према даваоцу.¹⁷ Према законима о трансплантацији у већини јурисдикција у свету, продавац органа изједначен је са криминалцем који је извршио гнусан злочин, будући да се продаја органа третира као озбиљан преступ.¹⁸ Чини се да овакво законско решење показује суштинско неразумевање овог проблема. Јер, давалац који продаје свој орган чини то и у доброј вери да је његов орган намењен да сачува живот љуског бића и он је убеђен да не чини тиме ништа неморално или нехумано. Криминалац (злочинац) нема таква морална уверења или оправдања, већ извршава дело само због своје личне добити, не марећи за губитак или повреду коју наноси жртви. Према томе, изгледа да законодавне политике на пољу трансплантације органа нису сагледале све моралне аспекте овог питања и да одражавају јединствени друштвени патернализам.¹⁹

¹⁶ *Ibid.*, 2.

¹⁷ Упор. S. Dubner and S. Levitt, „Freakonomic – Flesh Trade“, *The New York Times* – Magazine Published: July 9, 2006, <http://www.nytimes.com/2006/07/09/magazine/>, 1–3, 11. август 2006.

¹⁸ В. на пример *Human Organ Transplant Act* 1989s 1(5) Velike Britanije (London: HMSO, 1989) који прописује казну за донора до осам година затвора и/или глобе, као и Венецуеле (*Law of 19 July 1972 of Venezuela on Organ Transplantation*, „International Digest of Health Legislation“ 1972: 23: 636); у Индији казна се може протезати изнад 7 година затвора и/или на глобу изнад 20.000 рупија, упор. R. Kishore, 2 фн. 7, 8 и 9.

¹⁹ *Ibid.*

2.3. Аргументи против финансијског подстицаја и продаје

Приговори против продаје органа су „разводњавање алтруизма у друштву, ризик да би квалитет донираних органа био смањен, сумње у вези са добровољношћу оних који прихватају финансијске подстицаје за донацију и третирање људских бића и њихових делова као робе“.²⁰ У најкраћем, аргументи против продаје органа свODE се на два главна: први је да је продаја супротна људском достојанству, а други је да продаја крши једнакост. Да испитамо ове аргументе.

1) *Да ли је продаја органа супротна људском достојанству?* У данашњем етичком промишљању људског достојанства садржана је „згодна“ алатка за мерење етичког садржаја биотехничких достигнућа и њихове примене у биомедицини, повремено, без прецизирања његове истинске садржине и последица. У контексту овог разматрања, поступак продаје органа, који се заснива на потреби да се спасу бар два људска живота, један неизлечиво болесног (примаоца), другог гладног (даваоца), не мења садржину појма људског достојанства. Пре, биће супротно људском достојанству не потпомагати извршење таквог поступка. Ако продавац (донор) није у стању да дâ слободан и информисан пристанак због притиска сиромаштва и насушне потребе да дође до новца, купац (прималац) такође није у стању да дâ такав пристанак због притиска болести и хитне потребе да спасе свој живот. Отуда ниједна од укључених страна није у стању да дâ слободан и информисан пристанак због присиљавајућих околности у којима су се обе стране нашле. Другим речима, ово значи да целокупно извршење трансплантације органа није до краја у складу са принципом слободног и информисаног пристанка. Стога није ни етично, ни у складу са људским достојанством, да само продавац (донор) бива проглашен окривљеним.²¹ Осим тога, узимање органа од умрлих давалаца са претпостављеним пристанком у њихово име или, поступак проглашавања мртвом особе због смрти можданог стабла да би се омогућило да се уклоне органи из њеног тела, уведени су једино да би се повећао број трансплантабилних органа, али се то не сматра супротним људском достојанству!²² Забрана продаје органа чини ствари горим, јер се њом ограничава транспарентност, подстиче страх и подмитљивост. Ствар плаћања је логистичка димензија, а не суштински аспект трансакције (правног посла).

2) *Да ли се продајом органа крши једнакост?* Зебња да ће органи постати скупи, који иду изнад платежне моћи обичног човека,

²⁰ *American Medical Association: Council on Ethical and Judicial Affairs*, „Financial incentives for organ procurement: ethical aspects of future contracts for cadaveric donors“. *Arch Intern Med* 1995: 155: 581–9; Упор. К. Kishore, 3 фн. 10.

²¹ К. Kishore, 3.

²² *Ibid.*; упор. и В. Клајн-Татић, (3/2007), 271 и даље.

није основана. Трошкове може увек да контролише држава кроз ко-ришћење регулаторних механизма, као што то чини у случају дру-гих добара и услуга. Осим тога, друштвено-економске неједнакости присутне су у свим круговима друштва, и у свим земљама света, не само кад је у питању продаја трансплантабилних органа. Најзад, це-локупни здравствени систем предмет је тржишних закона и у сиро-машним и у развијеним земљама. Многи лекови, опрема, процедуре и услуге, претерано су скупи и нису приступачни свима онима који-ма су потребни. Постоји увећана комерцијализација здравствених услуга, упкос снажним приговорима и апелима из јавности да здрав-ствена заштита мора да буде расположива као благотворна мера за све. Трансплантација органа је само део овог свеукупног миљеа. Цена органа само је део укупне цене трансплантације. Ако је продаја органа експлоатација сиромашних, то није ништа више него наста-вак дугог процеса њихове експлоатације коју гледа свет вековима. Ако је, коначно, продаја органа сиромашних једини начин да добију новац који им је потребан да продуже своју егзистенцију, макар само привремено, како их друштво може зауставити да то не чине, када сâмо није спремно ни вољно да им обезбеди адекватна средства да преживе. Која је то врста моралности која „граби“ од сиромашних једино преимућство које им се нуди од саме природе?! Забрана про-даје органа генерише неједнакости будући да врши неприкладан притисак на блиске рођаке који могу да сматрају да су принуђени да превиде ризике донације органа када њихов вољени треба да прими тако велику корист. Овај притисак своди се на принуду, која је исто толико лоша колико и она која се врши због сиромаштва и, као такву, треба је једнако искључити из донације.

Осим тога, продаја обезбеђује шири избор: продавчев орган може бити компатиблинији са примаочевим, него што је то доноров орган. Правило које постављају закони о трансплантацији, о „генет-ски блиском донорству“ значи, заправо, да су два члана исте породи-це стављена у рањиву ситуацију, која утиче на судбину и других чла-нова ове породице. У случају ма којих компликација или неповољ-них исхода, иста породица може бити жртва озбиљних несрећа и немаштине. Имајући то у виду, изгледа сигурније и правичније, да се прихвати донација од члана друге породице.²³ Наравно, транснацио-нално кретање органа може имати за последицу да богате земље, са моћи свог новца, исцрпе органе од сиромашних земаља, чинећи по-пулацију сиромашних земаља још рањивијом. Међутим, ово је про-блем правне регулативе, која може увек лако да руководи забраном

²³ J. Kahan, „Dying to donate“, *Bioeth Exem* 2003; 7:1–4; R. Radcliffe, „Nefarious goings on“, *J. Med Philos* 1996; 21: 375–416; R. Kishore, „Organ transplantation: consanguinity or universality?“, *Med Law* 1996; 15: 93–104; Упор. Kishore, 4–5 фн. 26 и 27. Упор. В. Клајн-Татић (9/2007), 340–341.

извоза људских органа или усвајањем других прикладних стратегија. Извесно је, свакако, да разлози за забрану продаје органа нису укорени у бризи за сиромашне и болесне, већ у другим факторима који нису у вези са правом на располагање властитим органима и изискују да се о њима говори у складу с тим. „Ни умрле особе ни генетичка веза не пружају одговор на трговину деловима људског тела. Живо људско тело је животни извор прибављања органа и ткива и стога треба истражити оптималне могућности да се они искористе. Нереалистичке законе о трансплантацији треба изменити, јер оскудица органа изискује да буде хитно преовладана; у супротном, нелегална трговина људским органима и злочини повезани с њом подложни су цветању“.²⁴

2.4. Правна природа посла – донације органа којим се располаже

Наш правни писац А. Гамс, још је крајем 60-их година прошлог века, заговарао тезу да су људски органи од живих и од умрлих давалаца ствари у смислу грађанског права, али ствари посебне врсте – *sui generis*, која је условљена њиховим пореклом и да се, због тога, не могу уподобљавати осталим стварима које су у грађанскоправном промету. Осим тога, сматрао је да су располагања овим органима, као стварима *sui generis*, имовинскоправни послови по својој правној природи. При том се само поставља питање који услови треба да буду испуњени да би се таква имовинскоправна располагања људским органима сматрала моралним и самим тим правно допуштеним. Први услов је да мотив и циљ располагања морају да буду, гледишта морала, неспорни: треба да служе побољшању здравља или спасавању живота друге особе – примаоца. Циљ односно мотив мора да буде не само моралан у ширем смислу, него и хуман. Други услов је да располагање не сме да садржи у себи елементе зеленашког уговора, новчаног или другог уцењивања ни од стране даваоца ни од стране примаоца органа живе или умрле особе. То се, додуше, подразумева према општим правилима грађанског права: искоришћавање здравственог стања нужде потенцијалног примаоца и привредног стања нужде потенцијалног даваоца од стране посредника преко кога се прибављају органи, противно је праву и кривично је кажњиво. Због тога би, у оваквим случајевима, добро дошао тзв. систем регулисане цене.²⁵ Трећи услов је, али не мање важан, да у случају узимања органа од живог даваоца постоји даваочев информисани пристанак. Давалац мора да неизоставно разуме цео медицински поступак, тако да овде не постоји место за „професионалну привилегију“

²⁴ Упор. R. Kishore, 5.

²⁵ Упор. А. Гамс, 201; М. Сјеничић, 327.

лекара – хирурга који пружа обавештење (информацију).²⁶ У случају умрлих давалаца, законодавци Енглеске, Немачке, Швајцарске, Турске, САД и Канаде захтевају или сагласност умрлог исказану за живота или сагласност блиских сродника после његове смрти. Међутим, већина закона о трансплантацији држава-чланица Европске уније усваја решење о изричито исказаном противљењу за живота покојника или, у одсуству тога, о претпостављеном пристану покојника – донора. То значи да узимање органа од умрлих особа није у начелу забрањено, већ допуштено.²⁷

Да ли су ови правни послови имовински? Неки правни писци, нарочито француски, сматрају располагања људским органима правним пословима, али не и имовинскоправним пословима.²⁸ Но, према мишљењу које заступа А. Гамс, ова располагања морају се сматрати имовинскоправним пословима из неколико разлога. Први разлог је тај што ако су органи живог човека или кадавера ствари, макар и ствари *sui generis*, оне улазе у имовину, иако и у имовини (боље рећи у имовинској маси) морају да имају нарочит положај. Друго, правни посао је таква изјава воље (насупротив правним радњама у ужем смислу) чији се имовински ефекат у позитивном смислу (код теретних правних послова) или у негативном смислу (код бестеретних правних послова) остварује управо у имовини учесника у правном послу. Треће, у случају живог даваоца органа, несумњиво је да је давалац власник тог органа, уколико се органи и други делови тела сматрају као ствари. С друге стране, посао којим се располаже има своје особености и не може се подвести под досада познате правне послове. Ако се бесплатно уступа орган (посао без терета), он није поклон, јер не може да изазове она дејства и последице које поклон обично има (на пример, у погледу опозивања, побијања). Ако се орган уступа уз накнаду (посао са теретом), он није куповина и продаја. Такав правни посао никада не би наметао одговорност односно гаранцију за скривене недостатке ствари, рецимо, за скривене болести, наследне биолошке и физиолошке особине или реакције „ткивног имунитета“. Не постоји, дакле, могућност да се одговорност односно гаранција преносиоца људског органа од живог или од умрлог даваоца успостави на пољу грађанског права, као што је то иначе правило код двострано-теретних уговора, и за које би, иначе, по општим правилима грађанског права, одговарао преносилац. Стога би гаранцију квалитета органа давали код нас, према Савезном закону, „референтни центри за пресађивање и одређивање подударности делова људског тела“ (чл. 7), који су „дужни да чувају делове људског тела под

²⁶ Упор. В. Клајн-Татић, (9/2007), 338–340 фн. 19–25.

²⁷ Упор. В. Клајн-Татић, (3/2007), 279–281 фн. 28–36; 282–285 фн. 37–48.

²⁸ А. Гамс, 201 фн. 23.

посебним условима који спречавају њихову квалитативну промену, који су одређени – типизирани и чија је подударност услов за успешно пресађивање“ (чл. 2, ст. 2. Савезног закона).²⁹ Следи, дакле, да су располагања органима и од живих и од умрлих давалаца имовинскоправни послови посебне врсте – *sui generis*.³⁰

Изнети ставови о располагању донора властитим органима, као стварима *sui generis*, која (располагања) могу бити предмет не само добротинских правних послова, већ и имовинскоправних послова по својој правној природи, али се због својих особености не могу подвести под досада познате правне послове, чине се довољно научно утемељени, а етички и правно одбрањиви.

Сличан приступ питању даваоца – продавца заговара се и у страниој правној теорији. У британској доктрини се, на пример, констатује да је легислативни циљ Закон о трансплантацији људских органа из 1989. године (*Human Organ Transplant Act*) био да направи разлику између алтруизма и комерцијализације и да одобри прву, а да осуди другу. Доктрина о пристанку диктирала је, наводно, решење према коме је слободан, непринудан пристанак немогућ у суочавању са финансијским побудама. Усвојен је, дакле, генерални став о моралном противљењу ма којој комерцијализацији људског тела. Међутим, британски правни писци указују на то да се питање компликује са непрозирношћу британског Закона у погледу пуног признања права својине на човековим органима и другим деловима тела. Док постоји доказ у *case law* који сугерише да регенеративни телесни материјал као што је коса, крв и урин, могу бити предмет својине, судови Велике Британије и законодавство у целини, неради су да говоре о овом питању директно, кад је реч о људским органима и другим деловима тела. *Human Organ Transplant Act* не каже ништа о својини на органима као таквим и само криминализује (кажњава) оне који покушају да њима тргују.

Несумњиво је да трговина деловима тела даје повода за спектар искоришћавања, која су етички неприхватљива, зато што имају потенцијал да оштете оне који су искоришћени. Но, док нико не би био принуђен, под претњом казне, да учествује у трговини деловима тела, ипак је, према гледишту које претежно заступа британска правна теорија, прекомерно патерналистички да се избегне пристанак појединца који је вољан да прода свој орган или ткиво. То је управо она основа због које се британски Закон о трансплантацији људских органа критикује. Јер, намеће се питање да ли је, заиста, немогуће

²⁹ В. и: члан 17. Савезног закона. Упор. Службе за посредовање органима и Службе за координацију, према § 9; § 11, ст. 1–3. и § 12, ст. 2. немачког Закона о трансплантацији; Упор. Љ Круљ, 277–278 фн. 16 и 17.

³⁰ В. А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Нолит, Београд 1967, 180 и даље. Упор. А. Гамс (1–2/2006), 201–210.

замислити да комерцијални давалац органа донесе своју одлуку на промишљен начин и на властитој алтруистичкој основи. И ко, у испитивању да ли је пристанак слободан, прави разлику између спољашњег финансијског притиска и моралног притиска који се врши унутар фамилије? У најмању руку је спорно да, у затварању врата на коришћење једног дела човековог тела за добит, законодавац односно држава задаје ударац аутономији појединца у фаворизовању друштвене, фарисејске, унутрашње врлине (чедности). Нелегална трговина органима могла би бити отклоњена легализовањем плаћених даривања преко Управе за регулисање трансплантација од стране живих несродника (*Unrelated Live Transplant Regulatory Authority*).³¹ Осим тога, постоје извесни емпиријски докази да друштвено противљење плаћању за људске органе није толико снажно колико би се могло претпоставити: између 40% и 50% испитаних сматра да је пракса допуштима и примећено је да „под условом да постоје адекватна осигурања, ма који етички или законски (правни) разлози не би изискивали да се једна донација која је плаћена прогласи за болесну (морбидну)“.³² Истовремено, Европски Парламент тражи да Савет министара забрани продају органа унутар Европске уније. С друге стране, на једном међународном састанку нефролога речено је: „Осећања увреде (срамоте) и гађења која воде ка једној потпуној забрани продаје бубрега... присиљава да изгледа да поседници органа (даваоци) не захтевају никакво даље оправдање (извињење или исприку). Ипак, ако се одриче медицински третман онима који пате и умиру, нама су потребни бољи разлози од наших властитих осећања гађења“.³³ Најзад, чињеница је да је ова антипатија према продаји органа специфично западноевропско гледиште. Она и стога заслужује преиспитивање. Сумњиво је, у најмању руку, да се у земљи као што је Индија, са 1,2 милиона становника, где не постоји ниједан кадаверички трансплантациони програм и где се дуготрајна дијализа не практикује, плаћање за давање органа прогласи за неетично и за непожељно и, чак, за кривични преступ. Коначно, етичко разликовање између допуштања једном сиромашном грађанину да преузме ризик можданог оштећења у боксерском рингу и одрицање другом права да прода бубрег тешко је одредива. Дакле, по мишљењу које заговара британска правна теорија, ма која дискусија о расположивости органима од стране живих давалаца мора узети у обзир могућност њиховог снабдевања на комерцијалној основи.³⁴ Што се тиче плаћања за кадаверичке органе, британска правна теорија га, у при-

³¹ V. J. Mason *et al.*, (1999⁵), „The donation of organs and transplantation“, 348; J. Mason *et al.*, (1999³), „Body as property“, 485–486.

³² J. Mason *et al.*, (1999⁵), „The donation of organs and transplantation“, 349.

³³ *Ibid.*, 349 фн. 16.

³⁴ *Ibid.*, 349–350.

нципу, не одобрава. Ипак, признаје да под условом да се обликује поступак који би био строго контролисан, наиме, кроз реструктурисање Управе за регулисање трансплантација од стране живих не-сродничка и под претпоставком да ће такво реструктурисање успети, награда за давање кадаверичких органа не би се показивала у тако скандалозном светлу, као што то изгледа на први поглед.³⁵

У Сједињеним Америчким Државама могућност давања органа или делова тела од живих давалаца и од кадавера за новац не искључује се ни на који начин, и сматра се да би то био добитни импулс. Стандардизовање награде у готовини у различитим облицима и једна „политика осигурања“ у погледу бољег положаја, опције су на врху листе у САД. Преко половине испитаника одобрава увођење потстицаја за унапређење у снабдевању органима.³⁶ Опсервација, која долази из САД, индикативна је за тренд у овој земљи, где се каже: „Једино је питање времена пре него што ће ова земља бити принуђена да одлучи о врсти комерцијалног система који треба да буде усвојен да би задовољио захтеве за могуће трансплантирање људских органа“.³⁷ Мада овакво решење може трпети приговор да изгледа сувише „амерички“, у њему су садржани многи рационални елементи и налазе се на фону реалног и прагматичног приступа питању легитимности донорства на комерцијалној основи, за који се и ми овде залажемо.

Vesna Klajn-Tatić, PhD

Senior Research Associate
Institute of Social Sciences, Belgrade

LEGITIMACY OF COMMERCIAL DEALINGS IN HUMAN ORGANS

Summary

By and large, the laws regulating human organ transplantation prohibit commercial dealings in human organs. However, the author firmly upholds legitimacy of the human organs procurement on commercial basis, both from the ethical and legal point of view; allowing for this kind of commercial dealings to constitute a class alone, *i.e.* to represent a

³⁵ *Ibid.*, 357.

³⁶ *Ibid.*, 356–357 фн. 8, 9 и 10.

³⁷ *Ibid.*, 357 фн. 11.

unique, *sui generis* type of commercial dealings. The author maintains that human organs, both from the deceased patients and the living donors, signify a particular, unique class of things – a *sui generis* category. Despite the fact that commercial dealings in human organs should be allowed, the human organs themselves may not be equated with other things people trade in.

Furthermore, the author sustains that the procurement of human organs on commercial basis cannot be classified into any of the known categories of either commercial or non-commercial dealings. The author shows that the dealing in human organs could never be identified with the unconditional gift, since the legal effects of the two are not the same. In addition, the dealing in human organs cannot be classified as a contract of sale, given that the rules on the seller's guarantee may not apply. The quality of the donated organs should be warranted by the centres for mediation, transplantation and coordination. The author calls for amending the existing laws on transplantation of human organs, in view of the fact that the scarcity of human organs leads to illegal trade and other crimes associated with it.

Key words: *Legislation on organs transplantation. – Donors. – Human organs. – Res sui generis. – Commercialisation of organs donorship.*