

## Pośmiertne dawstwo organów – kwestie prawne i etyczne w protokole II do EKB w sprawie transplantacji organów i tkanek pochodzenia ludzkiego



Post-mortem organ donation – legal and ethical questions in Protocol II to EBC on the Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin

Agata Skorek

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń

Kardiochirurgia i Torakochirurgia Polska 2008; 5 (3): 339–344

### Streszczenie

II Protokół Dodatkowy do Konwencji Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny dotyczy transplantacji organów i tkanek pochodzenia ludzkiego. Jedną z najbardziej istotnych kwestii związanych z tym tematem jest pośmiertny aspekt autonomii dawcy organu, czyli forma wyrażenia zgody na pobranie.

Celem artykułu jest przybliżenie europejskich standardów w dziedzinie pobierania organów do transplantacji od osób zmarłych i podkreślenie zasady prymatu dobra indywidualnej istoty ludzkiej, będącej wiodącą zasadą systemu konwencyjnego. Bazuje on na treści Protokołu II, w szczególności jego art. 16. i 17. Odwołuje się do wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawniczej i do Sprawozdania wyjaśniającego do Protokołu, które pozwala wyjaśnić przedmiot i cel oraz zakres jego postanowień, w końcu do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Szczególną rolę obok wykładni językowej odgrywa wykładnia celowościowa.

Regulacja Protokołu stara się wyważyć słuszny układ interesu indywidualnego zmarłego dawcy i interesu społeczeństwa, zgłaszającego ciągły popyt na organy do transplantacji. Protokół wyznacza jedynie minimalny próg ochrony, mimo to wyraźnie widoczna jest troska o interes jednostki mający wartość priorytetową. Owym minimum jest brak sprzeciwu.

**Słowa kluczowe:** Europejska Konwencja Bioetyczna, transplantacja, zmarły dawca, zgoda/sprzeciw.

### Abstract

Additional Protocol II to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine covers the transplantation of organs and tissues of human origin. One of the most important questions in this subject is the post-mortem aspect of the organ donor's autonomy, i.e. the form of giving consent to the organ removal.

The aim of the article is to show European standards in the field of removal of organs from deceased persons and to underline the fundamental principle of the Convention – the principle of the supremacy of the individual human being's interest.

It is based on the text of the Protocol, particularly articles 16 and 17. Reference is made to opinions of representatives of legal doctrine and the Explanatory Report to the Protocol, which help understand and interpret as well as sets the scope of its provisions, and last but not least to the judgments of the European Court of Human Rights. Functional interpretation plays a particularly important role apart from the linguistic interpretation.

Regulations of the Protocol try to balance the individual interest of the deceased donor and – on the other hand – the interest of society continuously demanding organs for transplantation. The Protocol set only the minimum standard of protection; however, the care of the individual's interest which is of primary importance, is evident. This minimum is a lack of objection.

**Key words:** European Bioethics Convention, transplantation, deceased donor, consent/object.

### Wstęp

Medycyna transplantacyjna ma z punktu widzenia interesu człowieka – zarówno jako jednostki, jak i całego społeczeństwa – znaczenie nad wyraz istotne. Dzięki postępowi osiągniętemu w tej dziedzinie powstały i nadal powstają nowe jakościowo i szerokie możliwości ratowania zdrowia i życia ludzkiego [1].

**Adres do korespondencji:** mgr Agata Skorek, Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, ul. Gagarina 15, 87-100 Toruń, e-mail: amnskorek@wp.pl

Na polu transplantacyjnym w sposób szczególny krzyżują się aspekty samostanowienia i solidarności/dobra wspólnego [2]. Zaznaczają się tu dwa przeciwstawne stanowiska. Według pierwszego z nich każdy członek społeczeństwa ma wobec niego zobowiązania, a wręcz powinność poświęcenia własnego dobra dla dobra wspólnego. Zgodnie z tym poglądem cierpiący mieliby moralne prawo do organów osób zmarłych, gdyby były one dostępne, a ich zdrowie lub życie by od tego zależało. Przeciwnicy tego poglądu twierdzą, że *nikt nie ma prawa do elementów ciała drugiego człowieka, bo nie są to tylko urzeczowione części ciała, ale przynależą do integralnego stanu osoby*. Według zwolenników idei samostanowienia, *szacunek dla indywidualnego życia waży więcej od możliwości ratowania cudzego życia. Utylitarystyczna technika maksymalizowania szczęścia winna się tu cofnąć poza deontologiczną granicę respektu dla indywidualnego ciała i życia* [3].

Spór ten rozpoczyna się już na etapie ustalenia charakteru prawnego organów, tkanek i komórek. Nie ma raczej wątpliwości co do tego, że człowiek nie jest rzeczą, natomiast czy są nią części jego ciała, to wywołuje już dyskusję. Część prawników uważa, że *ciało ludzkie staje się rzeczą dopiero po śmierci człowieka oraz że oddzielone części ciała żywego człowieka stają się rzeczami i są nimi dopóty, dopóki nie zostaną połączone z ciałem tego samego lub innego człowieka. Z chwilą oddzielenia od ciała stają się one przedmiotem obrotu*. Natomiast w przypadku zwłok, *choć stanowią rzecz, nie mogą być przedmiotem żadnych praw rzeczowych ani obrotu cywilnoprawnego* [4]. *Po śmierci człowieka jego zwłoki przedstawiają się jako rzecz w sensie cywilnoprawnym. Z tego jednak nie płynie wniosek, że mogą one być przedmiotem obrotu własności i innych praw rzeczowych* [5]. W związku z tymi ograniczeniami uznaje się je za *rzecz szczególnego rodzaju* [6]. Opozycyjne stanowisko uznaje, że *zwłoki ludzkie nie stanowią rzeczy* [7]. Podobnie *nie są rzeczami* (...) ich części, chyba że chodzi o preparaty przygotowywane do celów badawczych [8]. Ze względu na fakt, że *zwłoki nie są rzeczą, nie mogą być przedmiotem obrotu cywilnoprawnego, nie powstają na nich prawa rzeczowe, m.in. prawo własności (np. rodziny zmarłego), nie wchodzi do spadku* [9]. Pogląd pośredni skłaniający się raczej przeciwko urzeczowianiu ciała ludzkiego, tj. zarówno zwłok ludzkich, jak i oddzielonych od żyjącego człowieka części jego ciała, głosi, iż *podlegają [one] swoistej regulacji w stosunkach prawnych, co ogranicza przydatność kwalifikowania tych obiektów jako rzeczy* [10]. Wiązanie (lub oddzielanie) części ciała ludzkiego z osobą ludzką, będącą podmiotem różnych praw, w tym integralności w wymiarze fizycznym i duchowym, ma wpływ na podejście do kwestii transplantacji komórek, tkanek i narządów, na ich etyczną ocenę.

### **Protokół II do EKB w sprawie transplantacji – uwagi wprowadzające**

Osiągnięcie większego ujednoczenia prawa praw człowieka w tej dziedzinie pomiędzy państwami członkowskimi stało się jednym z celów Rady Europy, która dążyła do stworzenia wiążącego aktu prawnego, ustanawiającego odpowiedni standard [1]. W 1991 r. CAHBI zostało umoco-

wane przez Komitet Ministrów Rady Europy do przygotowania wraz z Konwencją – zawierającą główne zasady ochrony praw człowieka w kontekście biologii i medycyny [\*1] – protokołów do niej, które miały dotyczyć dwóch głównych kwestii: transplantacji organów i użycia materiałów pochodzenia ludzkiego oraz eksperymentów medycznych na istotach ludzkich [11]. Prace nad tekstem pierwszego z protokołów rozpoczęły się jeszcze tego samego roku [\*2], a zakończyły się w roku 2000 [\*3]. Został przyjęty przez Komitet Ministrów 8.11.2001 r., a 24.01.2002 r. został otwarty do ratyfikacji. Tytuł aktu: Protokół dodatkowy do Konwencji o ochronie praw i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny w sprawie transplantacji organów i tkanek pochodzenia ludzkiego, wyznacza zakres przedmiotowy Protokołu, ograniczając go jedynie do transplantacji materiałów pochodzących od ludzi.

### **Stwierdzenie zgonu dawcy**

Już Europejska Konwencja Bioetyczna rozstrzygnęła, że jako potencjalnych dawców należy w pierwszym rzędzie brać pod uwagę osoby zmarłe. Pobieranie narządów i tkanek od osób zmarłych to podstawowa metoda uzyskiwania materiału transplantacyjnego. Kwestią wyjściową jest w tym przypadku ustalenie momentu śmierci, metoda ta wymaga bowiem uzyskania pewności, że zgon dawcy nastąpił. Protokół nie opowiada się za żadną koncepcją stwierdzenia zgonu. Problem ten pozostawia regulacji prawa krajowego. W większości państw Rady Europy przyjętą przez ustawodawstwo teorią jest teoria śmierci mózgowej. Kryterium śmierci mózgowej warunkuje skuteczność przeszczepów od osób zmarłych („mózgowo” zmarłych, jednakowoż przed obumarciem organów, które podlegają transplantacji). Etycznym uzasadnieniem dla kryterium śmierci całego mózgu jest to, że przy takim pobraniu nie mamy do czynienia z wykroczeniem przeciwko prawu do życia, bo zakłada się, iż proces umierania jest nieodwracalny i choć nie nastąpiło jeszcze pełne biologiczne obumarcie, jest ono tylko kwestią czasu.

W celu zwiększenia zaufania publicznego do uczciwości procedur transplantacyjnych, Protokół ustanawia ścisły rozdział między funkcjami stwierdzenia zgonu a prowadzeniem lub nawet udziałem w jakimkolwiek etapie następującej po nim, szeroko rozumianej transplantacji. Art. 16.2 stanowi, że żaden z lekarzy stwierdzających zgon nie może następnie brać bezpośrednio udziału w pobraniu od zmarłej osoby narządów lub tkanek ani w późniejszych stadiach procesu przeszczepu. Nie może również brać na siebie obowiązków następczej opieki medycznej nad biorcą narządu lub tkanki pochodzącej od zmarłego. To ostatnie postanowienie ma na celu zabezpieczyć rzetelne, bezstronne i nieuwarunkowane żadnymi pozamedycznymi względami podejście do tematu stwierdzenia zgonu dawcy oraz wykluczyć wszelkie podejrzenia co do możliwego konfliktu interesów. Brak takiego ścisłego rozdziału mógłby spowodować utratę zaufania publicznego do systemu transplantacyjnego i w efekcie przynieść skutki dla niego niekorzystne. Widoczne jest tu nawiązanie do przewodnich zasad systemu EKB, tj. zasady ochrony godności, integralności i praw człowieka w odniesieniu do osoby ludzkiej

oraz zasady prymatu jej dobra i interesu. Ze sprawozdania wyjaśniającego wynika, że nie ma żadnej różnicy w procedurze stwierdzenia zgonu w przypadku noworodków [11]. Wszystkie ochronne gwarancje powinny być więc stosowane do dawcy od chwili narodzin do momentu niedwuznacznego stwierdzenia jego śmierci, nawet jeśli jest on trwale nieprzytomny i nie ma widoków na odzyskanie przez niego utraconych funkcji życiowych (noworodki anencefaliczne).

### **Zgoda formalna czy zgoda domniemana – pośmiertny aspekt autonomii dawcy**

Zagadnienie podstawy przyzwolenia, która warunkuje pobranie organów od osoby zmarłej, stanowi niewielki, aczkolwiek istotny wycinek rozległej etycznej problematyki związanej z transplantacją [\*4]. W przypadku osób zmarłych nie mają oczywiście zastosowania przepisy w przedmiocie zgody lub zgody zastępczej na pobranie. Są one jednak zastąpione odpowiednią regulacją mającą na celu – podobnie jak te poprzednie – uszanowanie woli dawcy (tu: zmarłego) i działania zgodnie z jego wyborem. Regulacja ta ma *ogarnąć człowieka szacunkiem w każdym jego wymiarze i uszanować jego wolę, która moralnie trwa również po jego śmierci* [12]. Poznanie wyrażonej za życia woli dawcy jest właśnie kolejnym, bardzo istotnym etapem procedury pobrania organu (tkanki). Niezależnie od wyboru, jakiego za życia dokonał zmarły, musi być on szanowany po jego śmierci.

Możliwe są co do zasady dwa sposoby regulacji owej podstawy przyzwolenia: 1) wymóg formalnej zgody lub 2) wymóg braku sprzeciwu. Nie sposób nie zauważyć, że bliższa idei ochrony interesu pojedynczej istoty ludzkiej jest regulacja formalnej zgody. Jest ona raczej przejrzysta i nie budzi wątpliwości. Autonomia osoby byłaby zabezpieczona dużo lepiej, gdyby pozwolić na pobieranie organów jedynie u takich osób, które za życia wyraźnie wyraziły taką wolę. Z drugiej strony taka regulacja w sposób drastyczny ograniczyłaby podaż organów do transplantacji i to zdecydowanie „na wyrost”, ponieważ wiele osób posiada wolę pośmiertnego dawstwa organów, choć nie wyraża jej w sposób formalny. Za przyjęciem koncepcji odwrotnej przemawiają jednak przede wszystkim względy utilitarne. Najlepszymi dawcami są ofiary wypadków, ludzie młodzi, dla których śmierć, a zwłaszcza śmierć własna, jest zjawiskiem tak abstrakcyjnym, że z pewnością (w większości) nie czynią żadnych dyspozycji na jej wypadek. Brak sprzeciwu oznacza – w myśl zasady „co nie jest zakazane, to jest dozwolone” – zgodę domniemaną. Z punktu widzenia medycyny przyjęcie wymogu braku sprzeciwu jest o tyle ważne, że pozwala zaoszczędzić niezwykle cenny przy pobieraniu organów i ich wszczepianiu czas, a tym samym poprawić skuteczność zabiegu, a ponadto dzięki wyjaśnieniu prawnej sytuacji zabiegów pobierania organów od zmarłych zwiększa podaż tych organów. Co do zasady regulacja braku sprzeciwu zakłada międzyludzką solidarność przejawiającą się w tym, że za pomocą organów zmarłego ratuje się życie innego człowieka. Jest to próba jej etycznego uzasadnienia [\*5]. Sprawa nie jest również obojętna z punktu widzenia społecznego i państwowego, jako że nierzadko zabieg transplantacji kosztuje mniej niż niezbędne przy jego

braku metody terapeutyczne [13]. Oba rozwiązania są przyjmowane przez poszczególne państwa, w zależności od ich kulturowych, społecznych, a nawet wyznaniowych tradycji [\*6]. *Jeśli w sprawach własności [\*7] autonomia, jak to ma miejsce na przeważająco protestanckich obszarach, plasuje się przed dobrem wspólnym, to zachodzić będzie raczej skłonność do regulacji formalnej zgody. Gdzie jednak funkcja wspólnotowa własności jest wyżej ceniona, tam będzie można coś więcej zyskać dla regulacji sprzeciwu* [2]. Niektóre państwa nie przewidują w ogóle oficjalnego rejestrowania swoich życzeń w tej kwestii i wówczas w poszukiwaniu woli osoby zmarłej przeprowadza się wywiady z krewnymi i bliskimi ofiary, by ustalić jej zdanie w przedmiocie dawstwa organów [11].

Na tym zderzeniu płaszczyzn interesów społecznego i indywidualnego powstają spory dotyczące wyznaczników postępowania człowieka opartych na uniwersalnych wartościach, wśród których miejsce naczelną zajmuje kategoria godności i praw osoby ludzkiej wraz z prawem do wolności sumienia i przekonań. Czy przyjęcie domniemania zgody dawcy może stanowić zagrożenie dla jego interesu? Nie – jeśli weźmiemy pod uwagę jego dobrostan fizyczny (o ile w tym przypadku można jeszcze użyć takiego sformułowania) i zdolność do odczucia cierpienia. Tak – jeśli interesu tego upatrujemy w samej już autonomii osoby i w jej prawie do decydowania o sobie, również na wypadek śmierci. Już niewielkie zagłębienie się w tę problematykę pozwala bowiem dostrzec wiele potencjalnych trudności praktycznych związanych z interpretacją zasady braku sprzeciwu. Sytuacja, w której miało miejsce wyrażenie sprzeciwu dawcy na którymś etapie jego życia, nie zawsze będzie wystarczająco klarowna. Można bowiem bez trudu wyobrazić sobie wypadek, gdzie dawca złożył sprzeciw do urzędowej bazy danych wiele lat przed śmiercią, a następnie po upływie pewnego czasu publicznie deklarował zmianę poglądu na dawstwo, a być może nawet chęć ofiarowania organu po śmierci czy choćby prezentował wątpliwości co do słuszności podjętej decyzji i wahania w przedmiocie możliwości wyrażenia zgody na pośmiertne pobranie. Możliwa jest też sytuacja odwrotna, gdy w bazie danych brak sprzeciwu zmarłej osoby, a jednocześnie wiadome jest, iż za życia deklarowała ona niechęć wobec perspektywy pobrania po śmierci jej organów lub tkanek do przeszczepu. Jest przecież powszechnie wiadome, że niektóre osoby czy całe grupy społeczne z rozmaitych względów nie akceptują transplantacji narządów. Jest również do przewidzenia, że spośród tych osób niektóre nie dopełnią „obowiązku” zgłoszenia sprzeciwu. Jeżeli zmarłym dawcą miałby być cudzoziemiec, może zaistnieć problem ustalenia jego woli co do pobrania narządów lub tkanek według bazy danych kraju jego pochodzenia z uwagi na fakt, że nie jest ona jeszcze prowadzona lub – gdyby istniała – wystarczająco szybkiego uzyskania z niej informacji. Prawne wątpliwości powstaną również przy rozpatrywaniu jako potencjalnego dawcy osoby, która za życia nie posiadała zdolności do wyrażenia zgody, tj. np. małoletniego lub osoby ubezwłasnowolnionej, ponieważ ustalenie faktu braku sprzeciwu, który miałby mieć miejsce jeszcze za życia (tj. w okresie, gdy obowiązywały odmienne prawne warunki zgody na transplantację) może być trudne.



Tak więc przyjęcie czystej koncepcji zgody domniemanej musi od początku zakładać w pojedynczych przypadkach naruszenie autonomii osoby. Niedopuszczająca wyjątków regulacja braku sprzeciwu jest wątpliwa z punktu widzenia podstawowej zasady operującej w kręgu etyki prawa (...), iż w rzeczach proporcjonalnie ważnych, a do takich niewątpliwie należy poszanowanie praw osobowych i obywatelskich człowieka, nie można opierać się na przestankach wątpliwych czy niepewnych, a więc i na samym domniemaniu faktu czy zdarzenia. (...) Z moralnego punktu widzenia trudny do zaakceptowania jest taki sposób postępowania, który nie liczy się z wolą osoby zmarłej tylko dlatego, że nie jest ona już w stanie domagać się poszanowania swoich przekonań i osobowo-obywatelskich praw [12].

Generalną zasadę pośmiertnej transplantacji zawiera art. 17. ust. 1. Protokołu, który stanowi: *Organy lub tkanki nie będą pobierane z ciała osoby zmarłej, chyba że zostanie uzyskana prawem wymagana zgoda lub upoważnienie*. Sposób sformułowania tego przepisu pozwala stwierdzić, że zasadą jest zakaz pobierania organów od zmarłych. Usprawiedliwieniem czy też uzasadnieniem dla przekroczenia tego zakazu jest istnienie zgody lub upoważnienia wymaganego prawem. Protokół przesuwając więc ciężar regulacji do obszaru prawa wewnętrznego. Ustanawia on wymóg posiadania przez państwo prawnie przebadanego systemu warunków, pod którymi pobranie jest dozwolone [\*8] [11].

Z wykładni literalnej przepisu można by powziąć wątpliwość, co stanie się w sytuacji, gdy prawo krajowe nie przewiduje obowiązku rejestracji zgody. Czy wówczas obowiązuje bezwzględny zakaz pobierania organów od zmarłych? Czy też w pojęciu „wymaganej zgody” mieści się również zgoda domniemana przyjmowana przez niektóre regulacje wewnętrzne, tj. brak zgłoszenia sprzeciwu do właściwej państwowej instytucji lub też wyinterpretowana z poglądów i postaw zmarłego? Odpowiedź wynikająca ze Sprawozdania wyjaśniającego nakazuje pozostać przy tym drugim rozwiązaniu [11]. Protokół stara się nie przesądzać, jaki system ma zostać wprowadzony w poszczególnych państwach. Jak w wielu innych drażliwych kwestiach, tak i tu RE unika jednoznacznego opowiadania się za którąś z opcji, a raczej pozostawia sprawę regulacji wewnętrznej, sama zaznaczając jedynie minimalne granice ochrony godności ludzkiej. Potwierdza to kolejny punkt art. 17., wyznaczający właśnie taki minimalny standard.

Art. 17.2. Protokołu zakazuje pobrania narządu lub tkanki, jeśli osoba zmarła jeszcze za życia wyraziła co do tego sprzeciw. Możliwość sprzeciwu to minimalny warunek etyczny, *aby dar pozostał darem, a zmarli nie uchodzili za dostawców organów albo za „magazyn części zamiennych”*; również po śmierci winny być respektowane decyzje sumienia (...) zmarłego [2].

Można powiedzieć, że uświęcając zasadę poszanowania autonomii osoby, która ma moc również po jej śmierci, Protokół nakazuje spełnić w miarę najlepszych możliwości wyrażone za życia życzenia. Jeśli istnieje oficjalny rejestr takich ostatnich woli obywateli w przedmiocie donacji i osoba wyraziła zgodę na pośmiertne oddanie organów, należy dopilnować, by jej organy rzeczywiście zostały wykorzystane do celów

transplantacji. W odwrotnej sytuacji, tj. gdy zarejestrowano sprzeciw, pobranie nie może mieć miejsca.

Ważne zastrzeżenie zawiera Sprawozdanie wyjaśniające do Protokołu: dane co do przyzwolenia danej osoby wynikające ze stosownego oficjalnego rejestru mogą być uznane za wiążące jedynie w odniesieniu do osób, które są tym rejestrem objęte. Innymi słowy nie jest dopuszczalne automatyczne przyjęcie domniemanej zgody lub domniemanego sprzeciwu w sytuacji braku oficjalnego wyrażenia przez osobę swojej woli. Taka interpretacja woli zmarłego jest jednak możliwa wówczas, gdy składanie oświadczeń w przedmiocie pośmiertnej donacji i ich rejestracja są obowiązkowe. Jeśli obowiązek taki nie został prawnie ustanowiony, oficjalny rejestr nie może być traktowany jako jedyna droga poznania życzeń zmarłej osoby [11]. Nawet wówczas, gdy istnieje formalnie wyrażona i zarejestrowana wola zmarłego, nie wyklucza to przyjęcia innych dowodów co do tej woli.

Trzeba zaznaczyć, że zmierzając w kierunku ochrony autonomii osoby, twórcy Protokołu sugerują wprowadzenie dodatkowych koniecznych warunków do spełnienia w sytuacji istnienia wątpliwości co do woli zmarłego. W takich przypadkach ochrona interesu indywidualnego nie pozwala na poprzestanie na domniemaniu zgody. We wszystkich sytuacjach stwarzających niepewność co do istnienia sprzeciwu dawcy wyrażonego za życia, Protokół wymaga obowiązkowego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego ustalonego przez prawo krajowe [11]. W przypadku cudzoziemca w postępowaniu takim właściwe jest prawo krajowe miejsca zamieszkania lub pochodzenia [11]. Prawo wewnętrzne może przewidywać warunek uzyskania zgody osoby najbliższej, osoby dobrze znającej się ze zmarłym, godnej zaufania publicznego albo zezwolenia właściwego organu władzy niezależnego od personelu medycznego. Przedmiotem takiego postępowania może być rozstrzygnięcie o wyrażonej wprost lub w sposób dorozumiany woli zmarłego, a więc o istnieniu ewentualnego sprzeciwu wobec pośmiertnego pobrania organów lub tkanek do przeszczepu. Wiedzę taką uzyskuje się poprzez wywiad z krewnymi zmarłego. Zespół musi jednak starać się uzyskać informację o woli zmarłego, preferencje samych krewnych mają drugorzędne znaczenie. Jednocześnie – nie narzucając gotowego rozwiązania – Rada Europy oczekuje od państw członkowskich przesądzenia w prawie wewnętrznym, czy pobranie może mieć miejsce w przypadku, gdy wola zmarłego jest nieznana i niemożliwa do ustalenia z zeznań krewnych bądź przyjaciół. Uznanie ważności sprzeciwu wyrażonego w sposób dorozumiany wyraża szacunek dla osoby ludzkiej, w tym dla jej przekonań, poglądów czy sumienia, z których wynikałby jego stosunek do pośmiertnego dawstwa organów i tkanek.

Podstawa przyzwolenia na pobranie z ciała osoby, która za życia nie miała zdolności do wyrażenia zgody, nie różni się zbyt wiele od zasad ogólnych, z tym że oczywiście zamiast zgody należało będzie uzyskać stosowne upoważnienie. Kwestia jest w tym przypadku o tyle łatwiejsza, że osoba, od której zależy decyzja co do dawstwa, żyje. Nie ulega wątpliwości, że zastosowanie znajdzie tu również art. 17.2. Protokołu, tj. zakaz pobrania w przypadku istnienia sprze-

ciwu osoby zmarłej, wyrażonego – mimo braku prawnej zdolności – jeszcze za życia.

Regulacja Protokołu stara się wyważyć słuszny układ interesu indywidualnego zmarłego dawcy i interesu społeczeństwa, zgłaszającego ciągły popyt na organy do transplantacji. Umożliwia ona przeprowadzanie przeszczepów i ułatwia zdobywanie materiałów do nich poprzez generalną zasadę wystarczającego braku sprzeciwu. Jednocześnie jak inne regulacje RE, Protokół stara się nie ingerować bezpośrednio w prawodawstwo państw członkowskich, zaznaczając jedynie minimalne ramy.

Rozwiązanie przyjęte przez Protokół podyktowane jest względami praktycznymi. Ochrona interesu jednostki „w wersji silniejszej” i prawne zabezpieczenie jej autonomii poprzez wymóg uzyskania formalnej zgody – choć zalecane – uzależnione są od decyzji poszczególnych państw. Trudno powiedzieć, czy takie rozwiązanie wynika z zasady neutralności RE, czy stanowi ukłon w stronę interesu ogólnego. Jednocześnie na tym wyznaczonym obszarze Protokół stara się ochronić autonomię tych jednostek, które same z różnych względów nie zadbały o jej ochronę poprzez zgłoszenie stosownego sprzeciwu. Konieczność poczynienia starań o ustalenie woli zmarłego w każdym przypadku, w którym jest ona wątpliwa oraz niedopuszczalność pobrania organów w przypadku potwierdzenia lub niemożności wyjaśnienia takich wątpliwości z całą pewnością świadczą o priorytetowym znaczeniu interesu jednostki. Wyraźnie sugeruje się również w Protokole, iż prawo wewnętrzne powinno ustanowić wymóg uzyskania zgody lub upoważnienia na pobranie. Uznając starania o ochronę godności jednostki, trzeba jednak zaznaczyć, że regulacja braku sprzeciwu byłaby możliwa do przyjęcia jedynie w połączeniu z obowiązkiem prowadzenia przez państwo zakrojonej na szeroką skalę kampanii informacyjnej o prowadzonej ewidencji sprzeciwów i skutków braku jego zgłoszenia. Dlatego w art. 19. Protokół wzywa państwa do zapewnienia wszelkich właściwych środków dla promocji dawstwa organów i tkanek, w tym powszechnej, dostępnej informacji dla systemu służby zdrowia, jak i opinii publicznej, przejrzystego systemu transplantacyjnego i właśnie upowszechnienia wiedzy w przedmiocie sposobów wyrażenia przyzwolenia na pośmiertne pobranie organów do transplantacji [11].

### **Zasada poszanowania ciała ludzkiego, zakaz handlu nim i czerpania z niego korzyści**

Pewne aspekty zasady godności sięgają – można powiedzieć – jeszcze dalej, poza moment śmierci, znajdując odzwierciedlenie w wymaganiu szacunku dla zwłok i zakazach dotyczących postępowania z częściami ciała ludzkiego. Protokół zawiera dwa fundamentalne zakazy: zakaz czerpania korzyści z ciała ludzkiego oraz zakaz handlu narządami oraz tkankami ludzkimi. Ustanawiają one minimalny próg ochrony.

Pierwszy z nich – zakaz osiągnięcia korzyści z ciała ludzkiego – wynika z ogólnej zasady zawartej nie tylko w art. 1. Konwencji i Protokołu nakazującej każdemu poszanowanie dla godności i tożsamości osoby, ale i idei zawartej w samym tytule Konwencji odwołującej się do godności istoty ludzkiej [14]. Artykuł 21. jest również wyrazem szacunku należnego ciału

ludzkiemu z uwagi na jego „właściciela”, któremu przynależała, jeśli mowa o zmarłym, nienaruszalna ludzka godność.

Zakaz handlu narządami oraz tkankami ludzkimi ustanowiony został w art. 22. Protokołu i bezpośrednio wypytywa z zasady godności osoby ludzkiej. Przeciwstawia się ona traktowaniu ludzkiego ciała i jego części, a w konsekwencji człowieka, jako przedmiotu, towaru, o którego wartości decyduje przede wszystkim wartość ekonomiczna. Również z zasady ochrony dobra jednostki można wywodzić, że wykluczone są takie praktyki jak handel organami i tkankami (w tym krwią).

Art. 18. ustanawia generalną zasadę, iż podczas pobierania organów z ciała osoby zmarłej, ciało to musi być traktowane z należnym mu szacunkiem. W tym celu *należy podjąć wszelkie rozsądne środki w celu przywrócenia wyglądu ciała*. Choć po śmierci nie mamy już do czynienia z osobą ludzką, jednak z uwagi na fakt, że ciało jest przez całe życie „wehikułem” tejże osoby, należy je traktować ze stosownym szacunkiem. Ponadto istnieje kwestia sfery uczuciowej związanej z kultem pamięci osoby najbliższej, więc *po pobraniu narządów lub tkanek zwłoki powinny być wydane rodzinie przez szpital w odpowiednim stanie zewnętrznym* [9].

### **Wnioski**

Można z całą pewnością powiedzieć, że na polu transplantacji uwydatnia się przewodnia zasada całego systemu Europejskiej Konwencji Bioetycznej – zasada prymatu interesu jednostki nad wyłącznym interesem społeczeństwa lub nauki. W omawianym temacie podkreślenia wymaga słowo „wyłączny”, ponieważ interes biorców rozumiany może być jako interes konkretnej jednostki, danego potrzebującego, jak również jako interes wszystkich biorców oraz potencjalnych biorców razem wziętych, a więc w zasadzie – społeczeństwa. A więc nawet jeśli mówimy o interesie społeczeństwa, rzadko kiedy będzie on wyłączny. Dobro ogólne i interes nauki traktowane są w Protokole nad wyraz poważnie, ponieważ *postęp w naukach medycznych, zwłaszcza w dziedzinie transplantacji organów i tkanek, przyczynia się do ratowania życia lub znacznego polepszenia jego jakości* [1]. Jednak podstawową wartością jest dobro jednostki, ogniskujące się przede wszystkim w dobru dawcy. W sposób szczególny świadczą o tym przepisy dotyczące pośmiertnego dawstwa, z uwagi na niejednoznaczną wagę wchodzących w grę wartości. O ile jeśli mamy do czynienia z żyjącym dawcą, jego interes w sposób naturalny traktowany jest jako priorytetowy w stosunku do biorców, o tyle pośmiertny aspekt ochrony autonomii jednostki podkreśla przewagę tego interesu w sposób jaskrawy.

### **Przypisy**

\*1. Por. Recommendation RE 1160/1991.

\*2. Na 14. sesji CAHBI, Strasbourg, 5–8.11.1991.

\*3. Na 15. sesji CDBI (wcześniej: CAHBI), Strasbourg, 5–8.07.2000.

\*4. Etyczny problem formułowany w pytaniu, kto ma wyrazić zgodę na pobranie, wywodzi się z zasadniczej wątpliwości, do kogo należą zwłoki. Wykluczyć tu *a priori* należy chirurga, lekarza, szpital itp., ale również krewnych, przodków czy społeczeństwo. Nikt nie ma prawnego tytułu do szczątek innego człowieka, choćby zmarłego. Wątpliwe jest również, czy zwłoki mogą należeć do osoby, która w tym celu realizowała się za życia, choć jest to rozwiązanie najbardziej uznawane.

\*5. T. Brzeziński przedstawia to rozumowanie, nazywając je jednak „może obłudnym”: *Naturalną wolą człowieka jest czynienie dobra. Czemu więc człowiek nie*

miałby ofiarować po swojej śmierci czegoś, co jemu już nie służy, a co może uratować życie kilkorga osób (T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2002, s. 189); por. też: M. Sośniak, *Z cywilistycznej problematyki przeszczepów*, Państwo i Prawo 1973, nr 3, *Transplantologia w prawie polskim. Aspekty cywilnoprawne*, Kraków 1998, s. 36.

\*6. Przykłady regulacji prawnej transplantacji w niektórych krajach europejskich można znaleźć w: J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty cywilnoprawne*, Kraków 1998, s. 26-35.

\*7. Nawiązanie do konstrukcji własności stanowi wg autora uzasadnienie etyczne „regulacji sprzeciwu”: *W obliczu tajemnicy śmierci i anonimowości biorcy o miłości bliźniego może być mowa tylko w analogicznym sensie, skoro dawca w chwili pobierania organów już nie żyje i nie jest już zdolny do personalnych aktów. Wydawanie dyspozycji sięgających czasu po śmierci człowieka znamy w formie testamentu. Dotyczy on przede wszystkim własności człowieka (...) Własność człowieka stanowi rodzaj poszerzonej jego cielesności, przy pomocy której, jako istota otwarta na świat, kształtuje swoją egzystencję w świecie w swobodnych dyspozycjach. Własność, której nikomu z tego powodu nie wolno zabierać, ma ponadto komponent socjalny, tzn. nie wolno jej nigdy w ten sposób używać, by przez to poważnie naruszyć szanse życiowe innych ludzi albo nawet zagrozić ich życiu. Dlatego tradycja etyczna głosi, że człowiek w niebezpieczeństwie utraty życia może korzystać z własności drugiego bez jego zgody, o ile nie jest mu ona bezwzględnie konieczna. Może wziąć, ile mu potrzeba do przeżycia, nie dlatego jakoby miał prawo do tego, lecz dlatego, że może zakładać, iż właściciel w takiej skrajnej sytuacji przypuszczalnie wyraziłby na to zgodę. W takim przypadku można niejako zakładać zgodę, o ile nie było wyraźnego sprzeciwu. Analogicznie do tej przez tradycję etyczną przyjmowanej godziwości takiego działania można by podejść także do presumpcji zgody na pobranie organów od zmarłego, jeśli nie wydał innej wyraźnej dyspozycji w takim lub innym sensie (G. Virt, *Etyczne uzasadnienie tzw. „regulacji” sprzeciwu*, [w:] A. Marcol (red.), *Etyczne aspekty transplantacji narządów*. Sympozja, Opole 1996, s. 95, 96).*

\*8. Stosownie do art. 8. Protokołu, warunki te powinny być podane do publicznej wiadomości.

## Piśmiennictwo

1. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Strasbourg 24.I.2002, Preamble, ak. 2, 4, 5.
2. G. Virt, *Etyczne uzasadnienie tzw. „regulacji” sprzeciwu*, [w:] A. Marcol (red.), *Etyczne aspekty transplantacji narządów*. Sympozja, Opole 1996, s. 91, 94, 96.
3. H.J. Türk, *Śmierć mózgową w aspekcie filozoficznym*, [w:] A. Marcol (red.), *Etyczne aspekty, Transplantacja w prawie polskim. Aspekty cywilnoprawne*, Kraków 1998, s. 70, 72.
4. S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna, t. I*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1985, s. 402.
5. J. Kosik, *Śmierć człowieka i transplantacja ze zwłok ze stanowiska prawa cywilnego*, [w:] *Śmierć człowieka w świetle medycyny i prawa, praca zbiorowa*, Wrocław 1975, s. 40.
6. A. Wolter, *Prawo cywilne, zarys części ogólnej*, Warszawa 1967, s. 202.
7. M. Sośniak, *Z problematyki przeszczepów ex mortuo*, [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, M. Filar (red.), Toruń 1987, s. 10, 11.
8. J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1997, s. 14.
9. M. Nesterowicz, *Zakłady opieki zdrowotnej, system organizacyjny, obowiązki, odpowiedzialność cywilna*, Państwo i Prawo 1994, nr 4, s. 55; zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 1998, s. 142.
10. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1996, s. 103.
11. *Explanatory Report*, p. 3, 97, 98, 99, 101, 103, 106.
12. J. Wróbel, *Zgoda domniemana w polskiej ustawie transplantacyjnej. Wątpliwości i obawy natury etycznej*, [w:] A. Marcol (red.), *Etyczne aspekty...*, s. 107, 109.
13. A. Troszyński, *Nie pomogą pieniądze, jeśli nie będzie dawców*. Wywiad z prof. dr. hab. J. Wałaszewskim, *Gazeta Lekarska* 7, 1996, nr 4 (63), s. 24.
14. A. Rzepliński, *Prawne granice dopuszczalności transplantacji narządów i tkanek ludzkich w myśl przepisów Rady Europy*, *Prawo i Medycyna*, nr 12 (vol. 4) 2002, s. 91.