

Ferdynand Rymarz

Prawne aspekty transplantacji nerek : wnioski de lege ferenda

Palestra 35/8-9(404-405), 59-63

1991

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Ferdynand Rymarz

Prawne aspekty transplantacji nerek - wnioski *de lege ferenda*

Artykuł niniejszy koncentruje się wyłącznie na prawnych aspektach pobierania nerek ze **zwłok znajdujących się w dyspozycji** prokuratora. Na uboczu pozostawiono kwestię przeszczepów *ex vivo*, mimo że posłtkowo - przy pełnej świadomości poważnych różnic między tymi typami przeszczepów - autor odwołuje się do rozwiązań wypracowanych przez doktrynę w tej kategorii zabiegów leczniczych. Poza głównym nurtem jego rozważań znajduje się problematyka pobierania nerek ze zwłok pozostających w dyspozycji służby zdrowia (sekcje anatomico-patologiczne), aczkolwiek wiele zawartych tu wywodów będzie mogło mieć zastosowanie także w odniesieniu do tej grupy przypadków.

*

I. Podstawową przesłanką zgodności z prawem przeszczepów *ex vivo* (odnoszącą się także do innych typów przeszczepów), jest **zgoda dawcy**. Przesłanka ta została przyjęta przez znaczną większość współczesnych ustawodawstw,¹ a w polskim systemie prawnym zgoda dawcy zyskała sobie już od dawna powszechną aprobatę (np. w przypadku krwiodawstwa).

Nikt też nie kwestionuje zasady, że zgoda dawcy musi być swobodna, wyraźna, pisemna i złożona osobiście. Nie może być dotknięta wadą oświadczenia woli, powzięta na skutek błędu, a dawca powinien mieć świadomość wszelkich możliwych skutków swojej decyzji. Przy przeszczepach *ex vivo* nie jest dopuszczalna zgoda dawcy, jeśli jest nim osoba pozbawiona wolności, nieporozumiała, umierająca lub nieletnia.

Obok zgody dawcy równorzędną przesłanką zgodności z prawem wszelkich przeszczepów jest **zgoda biorcy**, który również powinien mieć pełną świadomość co do prognozy transplantacji i ewentualnych konsekwencji dla jego życia i zdrowia (prawdopodobieństwo odrzucenia przeszczepu przez organizm).

Nie ma - moim zdaniem - żadnych przeciwwskazań, aby obie te przesłanki zgodności z prawem znalazły zastosowanie przy przeszczepach *ex mortuo*, jednakże - oczywiście - ewentualną zgodę przyszłego dawcy organu należy uzyskać za jego życia.

II. Przy przeszczepach *ex mortuo* pobranie organu może nastąpić dopiero ze zwłok, a więc **po oczywistej śmierci człowieka**. Podstawowym problemem będzie tu ustalenie faktu i momentu nie-

wątpliwej śmierci. Jest to problem szczególnie doniosły, bowiem z natury rzeczy w interesie biorcy jest uzyskanie nerki w możliwie jak najlepszym stanie żywotności (im wcześniej tym lepiej), zaś w interesie dawcy jego najbliższych jest uzyskanie absolutnej pewności, że wyczerpano wszelkie możliwe próby przywrócenia człowieka do życia.

Stajemy więc tu przed koniecznością ustalenia kryterium śmierci. Postęp nauk medycznych, postęp w dziedzinie reanimacji i metod przywracania do życia osób znajdujących się w różnych fazach śmierci, zmusza nas do szczególnej ostrożności przy ustalaniu momentu śmierci. Zobowiązuje do stałej weryfikacji naszych sądów oraz do bieżącego dostosowania tych kryteriów do osiągnięć nauk medycznych.

Aktualnie obowiązujące „Wytyczne Krajowych Zespołów Specjalistycznych w dziedzinach: anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii i medycyny sądowej w sprawie kryteriów śmierci mózgu”, wprowadzone do stosowania przez Ministerstwo Zdrowia i Opieki Społecznej (Dz.Urz. MZiOS Nr 6, poz. 38 z dnia 26 czerwca 1984 r.), określają postępowanie w tej dziedzinie, oparte na wiedzy lekarskiej.

„Wytyczne” te wychodzą z założenia, że w obecnym stanie wiedzy (1984 r.) klasyczna definicja śmierci oraz metody stwierdzenia zgonu stają się niewystarczające i wprowadzają do praktyki medycznej pojęcie śmierci osobniczej, o rozpoznaniu której decyduje śmierć mózgu. Uznanie człowieka za zmarłego śmiercią osobniczą wymaga uzyskania niewątpliwego dowodu śmierci mózgu we wszystkich tych przypadkach, w których nie jest ona ewidentna. „Wytyczne” wymagają występowania następujących konkretnych przejawów śmierci mózgowej:

1) głęboka utrata przytomności z brakiem jakichkolwiek reakcji na zastosowane bodźce zewnętrzne,

2) szerokie źrenice nie zważające się pod wpływem światła,

3) bezruch gałek ocznych łącznie z próbami obrotowymi głowy,

4) brak reakcji gałek ocznych na kaloryczną próbę błędnikową,

5) całkowita arefleksja, uogólniona wiotkość mięśni,

6) trwałe bezdech wymagający sztucznej wentylacji,

7) nasilające się podciśnienie tętnicze krwi mimo podawania środków presyjnych,

8) brak zmian częstości uderzeń serca (zarejestrowany elektrokardiograficznie) po celowej stymulacji farmakologicznej i ucisku na zatokę szyjną,

9) brak czynności bioelektrycznej mózgu ujawniający się w postaci linii izoelektrycznej w EEG, utrzymujący się niezmiennie mimo stosowania bodźców dźwiękowych, świetlnych i termicznych (zapisy powinny być powtarzane dwa razy na dobę),

10) brak wypełnienia naczyń mózgu środkiem cieniującym, w badaniu radiologicznym, wstrzykniętym tętniczo.

Jeżeli objawy te występowały łącznie i nieprzerwanie przez co najmniej 24 godziny, stanowią one dowód, że nastąpiła śmierć mózgu.

Rozpoznania śmierci mózgowej dokonuje komisja lekarska złożona z neurologa lub neurochirurga, anestezjologa i medyka sądowego, z wyłączeniem lekarza transplantologa mającego dokonać przeszczepu. Ze swojej czynności komisja ta sporządza protokół.

W kwestii, czy wyżej określone kryteria śmierci są zgodne z aktualnym stanem wiedzy medycznej, powinny się wypowiedzieć co pewien czas stosowne lekarskie zespoły specjalistyczne. **W każdym razie zespoły te powinny mieć**

obowiązek wypowiedzania się zawsze wtedy, gdy stan wiedzy lekarskiej o kryteriach śmierci ulegnie zmianie. Ponieważ dokument ten nie jest aktem prawnym w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz wytycznymi postępowania, przeto również wprowadzenie do niego zmian nie powinno być formalizowane i może nastąpić w takim samym trybie, w jakim dokument ten został wprowadzony w życie. Wydaje się, że tego typu rozwiązanie jest słuszne oraz prawidłowe pod względem formalnym i nie musi mieć rangi ustawy.

III. Przepisy prawne obowiązujące w Polsce w zakresie przeszczepów są nadzwyczaj skąpe. Art. 40 ust. 2 ustawy z 30 grudnia 1949 r. w sprawie zmiany rozporządzenia prezydenta RP o zakładach leczniczych (Dz.U. Nr 65, poz. 530) określa wyłącznie uprawnienia ordynatora do zarządzenia sekcji anatomo-patologicznej przed upływem 12 godzin od chwili zgonu, także w przypadku gdy zachodzi potrzeba pobrania ze zwłok tkanek. Tak więc, przepis ten jedynie marginalnie dotyczy „pobrania ze zwłok tkanek”. Powszechnie znana jest kontrowersja, czy pojęcie „tkanka” lub w liczbie mnogiej „tkanki” odpowiada pojęciu „narządu”. Mimo powszechnie stosowanej w praktyce interpretacji rozszerzającej, stwierdzić należy, że „tkanki” to nie „narząd” i z formalnego punktu widzenia na gruncie obowiązującego prawa jego rozszerzająca interpretacja nie jest trafna.

Co innego jednak rozumiały i usprawiedliwione tendencje do rozszerzenia zakresu przypadków pobierania narządów w celach transplantacyjnych, a co innego konieczność - i to pilna - aktualizacji obowiązujących w tej mierze przepisów.

Dotychczasowe przepisy nie uzależniają pobrania organów ze zwłok od wcześniejszej zgody dawcy ani od zgody jego najbliższych; prawo do samodziel-

nego i wyłącznego decydowania o tym pozostawiają lekarzowi. Nie jest to rozwiązanie słuszne, bo dlaczego akurat lekarz miałby być jedynym podmiotem uprawnionym do podjęcia decyzji w kwestii pobrania narządu z cudzego ciała? Dlaczego tego prawa mielibyśmy odmawiać przyszłemu dawcy, najbardziej zainteresowanej - poza biorcą - osobie? Dlaczego w razie braku wcześniejszej zgody dawcy, nie dać tego prawa jego najbliższemu?

W taki sposób rozwiązują najczęściej ten problem ustawodawstwa krajów, które w dziedzinie transplantacji mają znacznie większe osiągnięcia niż Polska.

Za takim rozwiązaniem przemawiają nie tylko czynniki emocjonalne, lecz przede wszystkim polski zwyczaj i polska obyczajowość w dziedzinie kultu ciała zmarłych i poszanowania zwłok.

Przecież nie można jako kontrargumentu przywoływać obawy, że konieczność uzyskania wcześniejszej zgody dawcy lub jego najbliższych, utrudni bądź uniemożliwi transplantację. Wszak nie można polskiemu społeczeństwu odmówić wrażliwości na cierpienie i potrzeby chorych. Mamy olbrzymią rzeszę dobrowolnych krwiodawców, którzy właśnie z tych przyczyn niosą pomoc innym ludziom. Przykłady europejskie i światowe wskazują, że tego rodzaju rozwiązanie nie tylko nie powoduje wstrzymania lub ograniczenia przeszczepów, lecz je wręcz pobudza i rozszerza. Nie do odrzucenia jest argument za uspołecznieniem procesu niesienia pomocy nieuleczalnie chorym, w którym nie tylko lekarze, ale potencjalni dawcy lub ich najbliżsi biorą aktywny udział.

A co do prawnych argumentów dotyczących ochrony kultu osób zmarłych i poszanowania zwłok podnieść można, iż dawny polski kodeks karny z 1932 r. przewidywał w art. 169 karę za „zabranie z posiadania osoby uprawnionej zwłok ludzkich lub ich części”. Aczkolwiek

obecnie obowiązujący kodeks karny nie recypował tego przepisu, to jednak w art. 197 §1 k.k. przewiduje przestępstwo „znieważenia zwłok”, dając wyraz pietyzmu dla zmarłych. Nie oznacza to oczywiście zakazu pobierania ze zwłok narządów, ale daje asumpt do stworzenia gwarancji dla prawnej ochrony zwłok ludzkich lub ich części, z której może zrezygnować jedynie sam dawca.

IV. Kwestia udziału prokuratora w postępowaniu zmierzającym do pobrania nerek ze zwłok będących w dyspozycji organów ścigania aktualnie sprowadza się do wyrażenia przez niego stanowiska, **że pobranie nerki przed dokonaniem sekcji sądowo-lekarskiej**, nie wpłynie ujemnie na czynności śledcze. Zagadnienie to reguluje pismo Prokuratora Generalnego PRL z dnia 26 marca 1981 r. (Nr GPI Prez. 104/81), które wprowadza zasady:

1. „W przypadkach, w których zachodzi potrzeba zarządzenia sekcji zwłok przez prokuratora (z uwagi na uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa mającego związek ze zgonem) właściwy prokurator nie powinien oponować przeciwko pobieraniu nerek ze zwłok jeszcze przed przeprowadzeniem właściwej sekcji;

2. Brak sprzeciwu na pobranie nerek należy wyrażać na wniosek kierownika kliniki uprawnionej do transplantacji nerek - pod warunkiem, że zabieg nie wpłynie ujemnie na przebieg sekcji, a w szczególności nie zniekształci jej obrazu oraz że czynność pobrania nerek zostanie właściwie udokumentowana.

3. Kwestie szczegółowe, związane z omawianą procedurą, powinny być uzgodnione w bezpośrednich rozmowach prokuratora wojewódzkiego z kierownikiem uprawnionej kliniki oraz kierownikiem zakładu medycyny sądowej”.

Wynika z tego w sposób jasny, że decyzji o transplantacji nie podejmuje

prokurator, lecz w szerokim tego słowa znaczeniu służba zdrowia. Na tle stosowania powyższych zasad wyłaniają się jednak pewne wątpliwości: Czy prokurator nie oponujący przeciwko wyjęciu nerki ze zwłok, nie wyraża „de facto” zgody na transplantację, skoro nikt inny (ani dawca za życia, ani jego najbliżsi), w świetle prawa nie jest zobowiązany do oświadczenia woli w tym przedmiocie? Czy lekarze podejmujący z punktu widzenia medycyny trafną decyzję o pobraniu nerki ze zwłok ludzkich, powinni mieć prawo do samodzielnego i wyłącznego decydowania o tym?

Tak więc stoimy wobec problemu braku w obowiązujących przepisach prawnych wymogu uzyskania zgody bądź samego dawcy (jeszcze za życia), bądź osób jemu najbliższych, mimo że zgoda taka wydaje się być niezbędna. Mamy tu do czynienia z przypadkiem luki w prawie, którą należy w trybie pilnym wypełnić. Braku tej zgody nie może zastąpić decyzja prokuratora w zakresie „nie-sprzeciwiania się pobraniu nerek ze zwłok przed rozpoczęciem sekcji sądowo-lekarskiej”, mimo że właściwe kliniki dokonujące transplantacji, a także najbliżsi zmarłego, dość często tak tę decyzję interpretują. Tymczasem prokurator nie ma i nie powinien mieć uprawnienia do wyłącznego decydowania o tym.

Udział prokuratora w postępowaniu zmierzającym do pobrania ze zwłok nerek na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wiąże się z pewnymi praktycznymi trudnościami: Czy prokurator zawiadomiony pośpiesznie przez klinikę, najczęściej telefonicznie, o przywiezieniu z wypadku zmarłego człowieka, będzie miał czas i możliwości ustalenia, że wyjęcie nerki ze zwłok nie wpłynie ujemnie na wynik sekcji sądowo-lekarskiej? Czy wystarczy w tej mierze opinia medyka sądowego, nie znającego przecież ani okoliczności, ani mechanizmu urazu, jak to zdają się sugerować niektó-

rzy autorzy²? Czy w dobie coraz szybciej rozwijających się metod transplantacji nerek można zgodzić się z poglądami wyrażanymi przez praktyków, że „wymagania, jakie stawiane są sekcji sądowo-lekarskiej, a tym samym postępowaniu karnemu, w zasadzie eliminują możliwość pobierania tkanek i narządów do przeszczepów ze zwłok będących w dyspozycji prokuratora czy sądu”³.

Wyjaśnienie tego zagadnienia będzie możliwe po rozstrzygnięciu podstawowego dylematu - którą z wartości stawiamy na pierwszym miejscu: czy dobro sekcji sądowo-lekarskiej, a tym samym postępowania karnego, czy też transplantację ratującą życie człowieka?

Odpowiedź jest tu oczywista. Nie kwestionując wagi gromadzenia dowodów dla celów postępowania karnego, opowiedzieć się należy za tym drugim rozwiązaniem, jako swoistym stanem wyższej konieczności. Za przyjęciem tego rozwiązania przemawia dodatkowo okoliczność, iż mechanizm wielu przypadków nagłej śmierci urazowej - wypadków drogowych, losowych, wypadków przy pracy, dość często pozwala prokuratorowi (obecnemu na miejscu zdarzenia), wyrobić sobie przeświadczenie, że wyjęcie nerki ze zwłok, jeszcze przed sekcją sądowo-lekarską, nie zniekształci jej obrazu. Zwłaszcza, że sporządza się dokładny opis tej czynności lekarskiej (protokół), który winien stać się integralnym załącznikiem do protokołu sekcji sądowo-lekarskiej.

Z założenia, że dobro chorego oczekującego na dawcę nerki jest wartością znacznie wyższą, niż dobro postępowania karnego, wypływa kolejny wniosek.

Skoro uprzednio dawca (jak zakładamy) wyraził za życia zgodę na wyjęcie z jego zwłok nerki, to na jakiej podstawie prokurator może tę suwerenną decyzję człowieka uchylić? Z pewnością nie może tu użyć argumentu, że swój ewentualny sprzeciw opiera na wyższych racjach, niż ratowanie życia drugiego człowieka, ani też, że wyjęcie nerki zniekształci obraz sekcji, bo obie te czynności będą należycie udokumentowane.

Wnioski *de lege ferenda*

1. Pobranie nerki ze zwłok będących w dyspozycji prokuratora (lub służby zdrowia), powinno być uzależnione od wcześniejszej **zgody dawcy**, wyrażonej pisemnie za życia, np. w postaci poświadczonego urzędowo wpisu do dowodu osobistego, analogicznie jak to ma miejsce w przypadku wpisu do dowodu tożsamości grupy krwi.

2. W okresie przejściowym, tzn. dopóki odpowiednie przepisy prawne i korespondująca z nimi społeczna akcja propagandowa oraz procedura wpisywania „zgody” do dowodów osobistych, nie zostaną ustalone i przeprowadzone, warunkiem pobrania organu ze zwłok powinna być zgoda osób najbliższych zmarłego.

3. W przypadku zgody dawcy lub jego najbliższych prokurator nie może oponować przeciwko wyjęciu nerki ze zwłok przed dokonaniem sekcji sądowo-lekarskiej. Odpowiednie kliniki poprzestają jedynie na zawiadomieniu prokuratora o tym fakcie i na dołączeniu protokołu wyjęcia organu do protokołu sekcji sądowo-lekarskiej.

Przypisy

¹ M. Sośnica: Zagadnienia prawne przeszczepów, „Państwo i Prawo” 1971, z. 2, s. 213 i nast.

² J. Jaroszek: Zagadnienia prawne pobierania narządów ludzkich do przeszczepów, „Problemy praworządności” Nr 1/1984, s. 20.

³ J. Jaroszek: Przeszczepy w świetle prawa w Polsce, Warszawa 1988, s. 24.