

**ОСНОВОПОЛОЖНІ ЗАСАДИ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО
РЕГУЛЮВАННЯ ПОСМЕРТНОГО ДОНОРСТВА
ТРАНСПЛАНТАНТІВ ЛЮДИНИ**

*Улиганець В. Є.
студентка 4 курсу юридичного факультету
ДВНЗ «УжНУ»*

У статті аналізуються переваги та недоліки моделі презумпції згоди та презумпції незгоди посмертного донорства з точки зору сутності змісту прав людини та принципу пропорційності.

Ключові слова: донорство, пропорційність, сутність змісту прав людини, трансплантологія.

Ulyhanets V. Fundamental background of mechanism legal regulation of posthumous donation of human transplants. This article analyzes the advantages and disadvantages of models presumption of consent and dissent presumption

posthumous donation from the standpoint of of the essence and content of the human rights principle of proportionality.

Key words: donation, proportionality, the essence of the content of human rights transplantation.

Вступ. З кожним роком все більшого оберту набирають питання, які регулюються однією із найактуальніших, на сьогодні, галузей права – медичного права. Серед таких злободенних тем є і законодавче закріплення трансплантації, а саме посмертного донорства органів, яке не знаходить однозначного вирішення не тільки в Україні, а й в переважній більшості держав, що зумовлює значну актуальність даної теми. Регулювання даного інституту здійснюється за допомогою спеціального нормативно-правового акту Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини», який не є ефективним механізмом розвитку донорства в Україні і потребує значного корегування.

У національній і зарубіжній доктрині розповсюджені основні дві концепції: по-перше, презумпції згоди та, по-друге, презумпції незгоди. Згідно з першою, прихильниками якої є О. Толстанов, Р. Салютін, П. Фомін, О. Мусій та ще низка науковців, яких об'єднає думка, що було б доцільно замінити презумпцію незгоди на презумпцію згоди задля збереження більшої кількості життів та розвитку трансплантології в Україні [27].

Відповідно до другої концепції – презумпції незгоди, представниками якої є Гладун В., Григораш А., Кушніренко Н., Петренко П. Д., Татиш Г., Трудов Б. та ще багато як практиків так і теоретиків, які вважають, що в Україні нема відповідних умов для зміни презумпції незгоди на презумпцію згоди та що це порушує природні права людини [11, 17, 26].

В національному законодавстві розглядаються лише два варіанти в яких повинен законодавчо закріплюватися дозвіл на посмертне донорство органів, але, на думку автора, жоден із них не є раціональним. Виходячи із цього, метою даної статті є пошук альтернативних модифікацій презумпції згоди та презумпції незгоди з урахуванням їх переваг та недоліків.

1. Стан законодавчого регулювання відносин трансплантології. З 16 липня 1999 року діє Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» в якому закріплюється «презумпція незгоди» на посмертне донорство органів, тобто особа, яка за життя не дасть згоду на трансплантацію своїх органів після смерті не є донором. Попри це в ч. 1 ст. 16 Закону передбачається, що за відсутності заяви від особи на взяття в неї анатомічних матеріалів посмертно, вона все ж може стати донором, якщо таку згоду надасть подружжя або родичі, які проживали з нею до смерті [7].

На думку автора, така презумпція незгоди має цілу низку недоліків. По-перше, кількість операцій у десятки разів менша, ніж кількість людей, які їх потребують, що зумовлює високий рівень смертності серед

реципієнтів. В Україні згідно з опитуваннями, які проводив Інститут хірургії і трансплантології ім. А. А. Шалімова, один випадок з восьми, коли родичі погоджуються на трансплантацію [14]. При цьому на території нашої держави потенційних донорів, тобто осіб, які помирають від поранень, несумісних із життям, інсультів, інфарктів та інших травм чи хвороб складає 6 – 7 тисяч щороку [29].

По-друге, недостатність донорських органів зумовлює ще одну значну проблему – злочини, які передбачені Кримінальним кодексом України, а саме статтею 143. Порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини та статтею 144. Насильницьке донорство [4; с. 50 - 51]. Такі порушення кримінального законодавства є закономірними адже значна потреба в донорських анатомічних матеріалах, яких значно менше ніж потрібно (на рік пересадка органів здійснюється в наступній кількості: одне – серце, і 12-15 – печінок та близько 100 нирок [10]. При цьому щорічно трансплантації нирки потребують: більше 2000 людей, печінки – близько 1000, серця – 500-700 [16]), що дає можливість розвиватися «чорному ринку»

По-третє, як уже згадувалось, якщо особа не надала згоди за життя на донорство органів, то після її смерті це можуть зробити її чоловік / дружина або родичі, які проживали з нею до смерті [18]. Зважаючи на стан в якому перебувають рідні померлої особи є недоречним і дещо аморальним пропонувати підписати заяву на трансплантацію від померлого анатомічні матеріали [20]. Тому очевидним є те, що такий механізм отримання органів є неефективнимⁱⁱⁱ. Разом із цим можуть виникати релігійні та морально – етичні проблеми про які йтиметься нище.

Уже декілька років поспіль точаться дискусії навколо питання доцільності зміни презумпції незгоди, яка діє на сьогоднішній день в Україні, на презумпцію згоди. В кінці 2012 року Міністерством охорони здоров'я (далі – МОЗ) було розроблено та внесено до Верховної Ради України законопроектⁱⁱⁱ, відповідно до якого кожен українець стає посмертно потенційним донором органів, якщо за життя не напише заяву про відмову від такої перспективи [25].

На нашу думку, ця концепція є також недосконалою і має низку недоліків попри значну перевагу – велика кількість анатомічних матеріалів, що зумовлюватиме більшу кількість врятованих житті серед осіб, які потребують пересадки органів.

По-перше, у зв'язку з постійним дефіцитом бюджету в Україні існує хронічне недофінансування розвитку трансплантології. У прямій залежності від цього є фінансування баз забору органів, а саме обладнання для діагностики смерті мозку, компенсація матеріальних витрат при заборі органів у донора - трупа і функції госпітальної транспланткоординації регіональних трансплантаційних центрів, Координаційного центру трансплантації органів, тканин і клітин МОЗ України [30]. При презумпції згоди з'являється потреба у значному фінансуванні баз донорських

органів, які на сьогоднішній день в Україні відсутні, адже кількість анатомічних матеріалів у такому разі буде в надлишку або ж технічно зробити таку чисельність оперецій буде неможливо - така проблема нещодавно виникла в Білорусії [24].

По-друге, «презумпція згоди» порушує природні права людини [19]. Безперечно, норми, яка б прямо закріплювала таке правопорушення нема, але проаналізувавши те, що українське населення непроінформоване з подібних питань (свідченням чого є соціальні опитування), непросте соціально-економічне становище, велика кількість незахищених верств населення, високий рівень правового нігілізму, а це зумовлює те, що про можливість написання заяви про незгоду бути донором громадяни навіть не знатимуть.

2. Проблеми трансплантології у світлі засад сутності змісту прав людини та принципу пропорційності. Законодавче закріплення презумпції згоди спричинило б порушення наступних нормативно-правових актів в частині:

1) прав і свобод людини, які є невідчужуваними та непорушними (ст. 21 Конституції України) [1; с. 7].

Дану норму Основного закону України слід проаналізувати через дві лінії: по-перше, морально – етичну та, по-друге, процесуально-процедурну.

При розгляді питання трансплантації анатомічних матеріалів людини, їх взяття від донора та пересадка до реципієнта законодавець повинен брати за критерій морально-етичні проблеми, які виникають. Така потреба утворюється, коли практика починає загрожувати цінному соціальному устрою [12; с. 344] як воно є на практиці із посмертною донацією в Україні.

До прикладу ще однією із таких моральних проблем є те, що Закон про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини у ч. 1 ст. 16 передбачає взяття гомотрансплантату від померлої особи за згодою її близьких та родичі (про що зазначалося вище). Така норма взагалі повинна бути виключена, а формування вищезгаданого Закону і будь – якого іншого, який регулює моральні суспільні відносини повинно проводитися за формулою Уолта Увітмена Ростоу в якій він зазначає, що «загальноприйнята мораль суспільства в будь-який момент час являє собою суміш звичаю і переконання, розуму і відчуття, досвіду і упередженості» [21; с. 45, 78].

Що стосується процесуально – процедурних питань, то тут варто зауважити, що законодавець належним чином врегулює встановлення факту смерті, коло суб'єктів, які визначають такий момент та чітко зазначає, що консиліум лікарів, які встановлювали настання смерті у потенційного донорма не може збігатися із тими особами, що здійснюватимуть взяття органів, їх трансплантацію чи виготовленні біоімплантів [7]. Варто також звернути увагу на те, що юридична сторона даного питання відповідно «декларується» актами.

Попри згадані переваги існують містифікації в питаннях трансплантації, які законодавець «творить» наступним шляхом: приймається закон, а він звісно ж містить як ідеальний або критичний вимір так і реальний або фактичний [22 с. 257], відповідно для його функціонування створюються установи, системи, центри тощо або ж утворюються тільки де-юре і те, і інше на практиці має негативний виразⁱⁱⁱ.

2) будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної та свідомої згоди на це відповідної особи, а також тільки за умови, що заздалегіть дається роз'яснення про мету та наслідки такого втручання (ст. 5 Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину) [2]

В даному положенні критичною «лінією» є співвідношення публічних інтересів з приватними. Тут законодавець додержується принципу пропорційності, тобто втручання держави у сферу здоров'я особи здійснюється таким чином аби воно мінімально обтяжувало громадянина і було співрозмірним між цілями державного впливу та засобами їх досягнення [23, с. 274]

3) органи й тканини не вилучаються з тіла померлої особи, якщо не одержано згоди або дозволу. Вилучення не може бути здійснено, якщо померла особа заперечувала проти цього. Але слід відзначити, що у цьому протоколі також зазначено, що сторони вживають усіх відповідних заходів для заохочення пожертвування органів і тканин [24] (ст. 17 та 19 Додаткового протоколу до Конвенції про права людини і біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини) [3].

Проаналізувавши дві парадигми в яких розвивається і в перспективі може прогресувати посмертна донатія, на мою думку, що кожна з них має свої вади і тому виникає потреба у пошуку альтернативних варіантів законодавчого закріплення вилучення гомотрансплантантів від померлої особи. Навіть попри значні переваги презумпції згоди, все ж потрібно акцентувати увагу на тому, що механізм правового регулювання в Україні є неефективним, а тому потенційне донорство кожної особи може спричиняти порушення прав людини та її моральних цінностей. Джон Ролз зазначає, що «моральна особа – це суб'єкт із цілями, які він вибрав, і його фундаментальні переваги заключаються в умовах, які дають йому можливість формувати стиль життя, виражаючого його природу як вільного і рівного раціонального створіння, наскільки це дозволяють умови» [13; с. 484 - 485] із цього випливає, що мораль особи будується на свободі вибору, який забезпечується кожною демократичною державою і безпосередньо Україна позиціонується як така.

Висновки. Розглянувши і провівши дослідження нормативно-правової бази з питань трансплантації в Україні, проаналізувавши вищезгадані концепції та ознайомившись із законодавчим врегулюванням питання посмертного донорства анатомічних матеріалів у США, Білорусії,

Нової Зеландії, Австралії, Канаді та переважній більшості держав Європи [15, 31] автор пропонує наступне.

На нашу думку, було б доречним аби з настанням повноліття і набрання повної цивільно дієздатності [5; с. 14] кожен давав згоду чи відмовлявся у разі смерті бути донором. У випадках, коли особа не погоджується робити волевиявлення щодо того чи хоче вона стати посмертно донором, чи ні - тільки в такому разі варто застосовувати презюмпцію незгоди.

Що стосується тих громадян, які на момент прийняття такого закону чи зміни чинного досягли 18-ти річного віку і більше повинні звернутися у відповідний центр і заявити про свою згоду чи відмову у разі смерті бути донором.

Реалізація такого механізму можлива за допомогою уже створеної та декілька років функціонуючої Єдиної державної інформаційної системи трансплантації (далі – ЄДІСТ) діяльність якої забезпечується Координаційним центром трансплантації органів, тканин і клітин [8]. Метою виконання функцій ЄДІСТ є оперативне внесення відомостей про осіб, які дали згоду на посмертну донацію, складання списків реципієнтів, забезпечення інформаційної взаємодії із відповідними установами інших країн та спеціалізованими міжнародними організаціями, формування спеціалізованих відомчих ресурсів та надання інформаційних послуг [9].

Варто зауважити, що врегулювання питання посмертної трансплантації анатомічних матеріалів людини, на сьогоднішній день, в Україні закріплено неналежним чином. Виникає потреба в кардинальній зміні у підходах законодавця до цього питання. Виходячи із вищенаведеного обґрунтованим варіантом є відмова від презюмування згоди чи незгоди і розроблення законопроекту про те, аби кожна особа з настанням повноліття давала чи відмовлялася бути посмертно донором. Що стосується тих осіб, яким на час прийняття та реалізації такого законопроекту більше ніж 18 років мали певний відрізок часу на звернення у відповідне відділення чи центр задля надання згоди чи відмови від надання посмертно своїх анатомічних матеріалів. Детальне врегулювання питання системи процедурно – процесуальних дій є темою окремого дослідження.

Список використаних джерел

1. Конституція України. – С.: ТОВ «ВВП Нотіс», 15 травня 2014 – 48 с.
2. Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину // Міжнародний документ від 04.04.1997 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_334
3. Додатковий протокол до Конвенції про права людини і біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини // Міжнародний документ від 25.01.2005 № ETS N 195 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_686

4. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство із змінами і допов. на 25 січня 2015 року: (Відповідає офіц. Текстові) – К.: Алерта, 2015. – 182 с.
5. Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 06 листопада 2014 р.: (офіц. текст). – К.: Паливода А. В., 2014. – 380 с. – (Кодекс України)
6. Закон України «Про поховання та похоронну справу» від 10.07.2003 № 1102-IV [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1102-15>
7. Закон України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» від 16.07.1999 № 1007-XIV [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1007-14/conv>
8. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Положення про Координаційний центр трансплантації органів, тканин і клітин» від 28 грудня 2006 р. за N 1380/13254 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1380-06/print1389915678064647>
9. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Положення про Єдину державну інформаційну систему трансплантації» № 432 від 29 листопада 2002 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://mozdocs.kiev.ua/view.php?id=2010>
10. Богатирьова Р. В. "Презумпція незгоди" на трупне донорство заважає українській трансплантології // Преступности.НЕТ 03 червня 2013 р. – с.3 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://news.pn.ua/public/82081>
11. Григораш А., Татиш Г. Люди на органи. В Україні готують нові правила трансплантації. // Закон і Бізнес 22 листопада 2012 – с. 4 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://life.pravda.com.ua/health/2012/11/22/116151/>
12. Дворкин Р. // О правах всерьез / Пер. с англ.; Ред. Л. Б. Макеева. — М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. - 392 с.
13. John Rawls // A theory of justice // Copyright 1971 by the President and Fellows of Harvard College All right reserved, 1970 – p. 513
14. Кіч Т. Презумпція згоди необхідна для розвитку трансплантології // 11 вересня 2012 р. – с. 1 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.slk.kh.ua/news/zdorovya/prezumptsiya-zgodi-neobkhidna-dlya-rozvitku-transplantologiyi--direktor-institutu-shalimova.html>
15. Костенко А. А. Трансплантація печінки. Передопераційний ризик та безпека родинного донора органів // +Lіkar Info [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.likar.info/shkola/article-44619-transplantatsiya-pechinki-peredoperatsiyuniy-rizik-ta-bezpeka-rodinnogo-donora-organiv/>
16. Пашков В.М. Анатомічні матеріали померлої людини: презумпція згоди/ Пашков В.М. // Український медичний часопис. Актуальні питання клінічної практики № 6 (98) – XI/XII 2013 р. – с. 8

- [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.umj.com.ua/article/69505/>
17. Петренко П. Д. Презумпція згоди або кожен українець потенційний донор органів та тканин // Українська правда - 11 червня 2013 р. – с. 3 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://blogs.pravda.com.ua/authors/ppetrenko/51b6ef17aa0aa/>
 18. Правденко О. Донорство: органів не вистачає, а бажаючі пожертвувати не знають, куди звернутися // «Коло». – 10 жовтня 2012 – с. 3 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://kolo.poltava.ua/2012/10/10/donorstvo-organiv-ne-vistachaye-a-bazhayuchi-pozhertvuvati-ne-znayut-kudi-zvernutisya>
 19. Сенюта І. Ю. Трансформація презумпції незгоди у презумпцію згоди: ризику і переваги // «МАРИОН» 12 жовтня 2012 р. – с. 7 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.umj.com.ua/article/46343/>
 20. Стасіна Я. Презумпція згоди // Одеська обласна громадсько-політична газета 2013 » № 089 (21457) 9 листопада 2013 р. – с. 1 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://chornomorka.com/archive/a-3093.html>
 21. Robert Alexy. The Dual Nature of Law // Ratio Juris. – 2010. - Vol. 23, Issue 2. – P. 167-182.
 22. Rostow E. V. The Enforcement of Morals // 1960 Camb. L. J. P. 174, 197; reprinted in: Rostow E. V. The Sovereign Prerogative. 1962. P. 45, 78
 23. Цвік М. В., Петришин О. В. // Загальна теорія держави і права. Підруч. для студ. вищ. навч. закл. - Х.: Право, 2009. - 572 с.
 23. Донорство: страх більший за милосердя // IPress. ua – 20 листопада 2012 р. – с. 5 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://ipress.ua/articles/donorstvo_strah_bilshyy_za_myloserdya_11656.html
 24. МОЗ ініціює в Україні закон о посмертном донорстве // Независимое бюро новостей 17 листопада 2012 р. – с. 2 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://nbnews.com.ua/news/66554/>
 25. МОЗ: Кожна людина повинна задекларувати згоду чи незгоду стати донором органів після смерті // Урядовий портал – 05 листопада 2013 р. – с. 1 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/ru/publish/article?art_id=246819518&cat_id=244277212
 26. Правильне розуміння та реалізація змін у законодавстві про трансплантацію — шлях до збереження багатьох життів // «Новости медицины и фармации» 20-22, 2012 р. – с. 4 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.mif-ua.com/archive/article/34505>
 27. "Регионалы" хотят узаконить черную трансплантологию // Я Киев. Киевский городской портал 12 червня 2013 р. – с. 2 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://yakiev.com/news/publication-395/>

-
28. Тисячі хворих в Україні змушені чекати пересадки донорських органів // Радіо Свобода – Київ, 18 червня 2007 р. – с. 4 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.radiosvoboda.org/content/article/965401.html>
29. Трансплантація в Україні: хто стоїть на шляху розвитку та успіху? // ВГО «За здорове суспільство» [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zdrove-suspilstvo.org.ua/index.php/transplantologiya/24-transplantatsiya-v-ukrajini-khto-stojit-na-shlyakhu-rozvitku-ta-uspikhu>
30. Трансплантація органів і тканин з використанням трупних трансплантатів // Навчальні матеріали онлайн – с. 4 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://pidruchniki.com/16850303/pravo/osnovni_problemi_shlyahi_virishennya_sferi_donorstva