

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

PRIMENA PRAVA I PRAVNA SIGURNOST

Zbornik radova 34. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović

Beograd, 2021. | Tom I

34.
godina



Izdavanje ove publikacije omogućilo je nemačko Savezno ministarstvo za privrednu saradnju i razvoj putem projekta Nemačko-srpske razvojne saradnje "Podrška Ministarstvu pravde u reformi Upravnog suda Srbije", koji sprovodi GIZ.



немачка
сарадња
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Implemented by:

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Nalazi, stavovi, mišljenja i preporuke autora izneti u ovoj publikaciji ne odražavaju nužno stavove
Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

34. Susret

34th Meeting

**PRIMENA PRAVA
I PRAVNA SIGURNOST
APPLICATION OF LAW
AND LEGAL CERTAINTY**

Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović

Proceedings of the 34th Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Beograd, 22. decembar 2021

Belgrade, 22 December 2021

Tom I/Volume I



Beograd, 2021

HAJRIJA MUJOVIĆ

PROBLEMI REGULATORNOG OKVIRA TRANSPLANTACIJE U REPUBLICI SRBIJI

Stanje regulative u oblasti transplantacione medicine kada je reč o Republici Srbiji imalo je u prošlosti različite razvojne etape. Složenost materije koja je predmet pre svega zakonodavnog rada, kao i osobenost pristupa medicinskog prava koji nije bio u dovoljnoj meri uvažavan, dovodio je nekad do poteškoća u praksi i neusklađenosti propisa. Momenat koji se shvata kao trenutno veoma aktuelan je skorašnja odluka Ustavnog suda Srbije kojom su osporene odredbe važećih zakona o transplantaciji koje govore o saglasnosti kod donacije post mortem onda kada se organi, ćelije ili tkiva uzimaju sa tela preminulog. Takva odluka najvišeg suda iziskuje dužan komentar i ocenu sa stanovišta nastalih problema u regulatornom okviru i posledica koje takva odluka može imati na odvijanje prakse transplantacione medicine, koja je veoma zahtevna i od vitalnog značaja za populaciju obolelih. Pri tome se u kratkoj analizi posmatraju materijalni propisi u medicinsko-pravnoj sferi. Ne obuhvataju se procesni aspekti donošenja odluke Ustavnog suda RS. Sa pravnog stanovišta takođe se u zaključnom delu skreće pažnja na značaj usvajanja kvalitetnih zakonskih rešenja, kao i na ozbiljnost pravne intervencije u osetljivoj oblasti medicinske prakse, kakvu čine različiti postupci i akti transplantacione medicine.

Ključne reči: transplantacija, pretpostavljeni pristanak, zakonodavstvo, ocena ustavnosti

U V O D

Poznato je da su zbog svoje važnosti pitanja transplantacione medicine sa razlogom u fokusu interesovanja sa različitih aspekata, te otuda i u odnosu na pravna

Dr Hajrija Mujović, naučni savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, Centar za pravna istraživanja, e-mail: hmujuvic@idn.org.rs. Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta društvenih nauka u Beogradu za 2021. godinu koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

pitanja koja ta oblast zdravstvene prakse pokreće. Naime, u razmatranju postupaka transplantacije pokazuje se kao relevantno sledeće: 1) definisanje uslova transplantacije (daju ih zakoni uz striktna pojmovna objašnjenja, podzakonski akti i staleški propisi / protokoli, standardizovani vodiči dobre prakse i dr.); 2) donošenje odluke o transplantaciji (podrazumeva pristanak uz punu informisanost, odlučivanje kod pravno nesposobnih davalaca, u slučaju nejasnih pitanja uključuje se etički odbor ili starateljski sud); 3) izricanje sankcija za nezakonito postupanje (obuhvataju slučajeve pogrešnog postupanja tzv. *malpractice* pri obavljanju transplantacije, zabranu komercijalizacije ljudskih organa, građansku i krivičnu odgovornost).

Transplantacija ljudskih organa i tkiva u terapijske svrhe datira daleko u prošlost, od kada je počela sa transplantacijom rožnjače i vremenom se razvila u nezamenjiv medicinski postupak u cilju spasavanja i produženja ljudskog života.¹ Uzimanje organa, ćelija i tkiva moguće je od živog davaoca i od umrlog čoveka (*kadavera*). U preambuli vodećih međunarodnih dokumenata ističe se shvatanje da broj transplantacija organa od umrlih lica označava merilo razvijenosti jednog društva.² Bez obzira na sva dostignuća ovog posebnog medicinskog postupka, transplantaciju još uvek prate brojna sporna pitanja i dileme, što pokazuje da ona nije do kraja definisana pravnim i etičkim normama.

Ako se razmotre postojeći modeli dopustivog uzimanja organa od umrlih davalaca, gde se pitanja zaoštavaju, razlikuju se: 1) sistem *opt in* ili sistem izričite saglasnosti prema kome se delovi tela umrlog ne mogu uzeti ako on nije dao izričit pristanak na način propisan zakonom (Danska, Nemačka, Holandija, Švajcarska, Australije i SAD). Time se znatno sužava krug potencijalnih davaoca organa. Stoga su zakonodavci tih zemalja proširili mogućnost saglasnosti i na rodbinu preminulog. Rodbina ima pravo supsidijarnog odlučivanja ukoliko se umrli nije izjasnio. Na primer, Nemački zakon o transplantaciji određuje krug srodnika ili slučaj bliskog lica koga je umrli naznačio;³ 2) sistem *opt out* ili sistem pretpostavljene saglasnosti prema kome je sa umrlog dozvoljeno uzeti organe ako se on tome nije protivio za života. Neizjašnjavanje se smatra pristankom, odnosno pristanak se pretpostavlja. Uzimanje je dopušteno čak i kad postoji sumnja u pogledu volje umrlog. To znači da uzimanje organa od umrlih lica u načelu nije zabranjeno, već dopušteno. Time se povećava broj potencijalnih davalaca jer u njih spadaju i oni koji se nisu

¹ Željko Vlasiavljević, Slobodan Janković, Đorđe Ćulafić, Dejan Petrović, „Transplantacija kroz vekove“, *Medicinski časopis*, br. 2, Kragujevac, 2015, 49-53.

² Declaration of Helsinki, World Medical Association, Recommendations guiding physicians in bio-medical research involving human subjects, 18th World Medical Assembly, Helsinki, Finland, June 1964; Amended: Tokyo 1975, Venice 1983, Hong Kong 1989, Somerset West 1996, Seoul 2008.

³ Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008, 134.

uopšte izjasnili. Zakoni o transplantaciji većine zemalja Evropske unije prihvataju ovaj model (Italija, Francuska, Španija, Belgija, Poljska, Austrija, Švedska, Norveška, Hrvatska, Slovenija).⁴ Naročito je karakteristično francusko pravo po kome se protivljenje ili pristanak upisuje u centralni registar, a lekari su dužni da se o tome obaveste.⁵ Oba sistema su zasnovana na samoopredeljenju pojedinca. Razlika je u tome što imaju suprotna polazišta (uključivanje/ isključivanje). Sa etičkog gledišta, sistemi se mogu smatrati ekvivalentnim jer svaki od njih ima načine izražavanja pozitivne ili negativne namere. U praksi, postoje operativne varijante unutar oba sistema, jer srodnici igraju istaknutu ulogu u proces donošenja odluka.⁶

Kada je reč o radu na propisima koji uređuju oblast transplantacije reforme se često odnose upravo na preispitivanje modela pristanka, odnosno davanja saglasnosti.⁷ Novija istraživanja koja prave komparaciju oba sistema, obuhvataju podatke iz velikog broja razvijenih država. Ipak, ona nisu našla značajne razlike između stope davalastva na milion stanovnika u državama sa različitim modelima pristanka.⁸ Smatra se da uvek postoje neutralni i drugi potencijalno negativni uticaji. Stopa davalastva organa sa umrlih više zavisi od činilaca na koje ne utiče model pristanka, već broj pacijenata koji su medicinski prikladni za doniranje i pristup bolničkim ustanovama sa kapacitetom za olakšavanje procesa davalastva. Ni jedan ni drugi sistem danas gotovo da nisu uređeni u izvornom obliku, vremenom su se približili i u oba oblika odlučivanja određenu ulogu imaju porodice preminulog. Nekada je reforma zakona inicirana zbog otkrivenih manipulacija u pogledu davanja povlastica imućnim pacijentima ili zbog sumnji da je došlo do preplitanja interesa s organizovanim kriminalom trgovine organima. Tada se predlaže

⁴ V. *Guide to the quality and safety of organs for transplantation*, European Directorate for the Quality of Medicines & HealthCare (EDQM), Council of Europe, Strasbourg, 2018, 81-82. Podaci iz istraživanja Evropske komisije u avgustu 2014. (Implementacija Direktive 2010/53/EU Anketa), ažurirani studijom FACTOR u 2016. pokazuju da od 37 država, većina (22) ima sistem isključivanja (*opt out*), 12 ima sistem prijavljivanja (*opt in*), dok 3 države imaju mešoviti sistem usled regionalnih razlika unutar države.

⁵ Code de la santé publique, Dernière modification: 2021-09-27, Chapitre II: Prélèvement sur une personne décédée (Articles L1232-1 à L1232-6).

⁶ Maja Čolaković, „Pravo na odlučivanje o post mortem davanju dijelova tijela za transplantaciju – uporednopravni prikaz“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011, 409-424.

⁷ Chris J Rudge CBE, „Editorials Organ donation: opting in or opting out?“, *British Journal of General Practice*, National Clinical Director for Transplantation 2008–2011, Royal London Hospital, February 2018, <https://doi.org/10.3399/bjgp18X694445>, 12.08.2021; Kristina Krmpotic, Cynthia Isenor, Stephen Beed „Deceased organ donation in Nova Scotia: presumed consent and system transformation“, *Health Manage Forum*, vol. 33, br. 5, California: Sage, 2020.

⁸ V. istraživanje podataka iz 35 razvijenih država: Karthik K. Tennankore, Scott Klarenbach, Aviva Goldberg, „Perspectives on Opt-Out Versus Opt-In Legislation for Deceased Organ Donation: An Opinion Piece“, *Canadian Journal of Kidney Health and Disease*, no. 8, Ottawa, 2021, 1–6.

uvođenje strožijih odredbi o nadzoru i kontroli raspodele organa onima kojima je to medicinski najneophodnije, s ciljem da se podstaknu potencijalni davaoci.⁹ Najzad, u raspravama se takođe razmatraju pitanja ustavnosti u vezi sa postupcima transplantacije, ali više sa aspekta pravne definicije smrti.¹⁰

Pravni izvori u oblasti transplantacije ljudskih organa i tkiva mogu se sagledati sa nacionalnog i međunarodnog nivoa. U svim državama ova oblast uređena je posebnim zakonima, a prate ih etičke i stručno-metodološke norme. Postoji regionalni i međunarodni aspekt regulative sadržan u nizu dokumenata Svetske zdravstvene organizacije, deklaracijama i konvencijama o ljudskim pravima. To govori da se transplantacija razvila u nezamenjiv medicinski postupak u cilju spasavanja i produženja ljudskog života, gde je uzimanje organa i tkiva moguće od živog davaoca ili od tek umrlog čoveka (kadavera). U preambuli međunarodnih dokumenata ističe se stav da broj transplantacija organa od umrlih lica označava merilo razvijenosti jednog društva.¹¹ Za ovu oblast naročito je važna Evropska konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (1997)¹² i njen Dodatni protokol o transplantaciji organa i tkiva ljudskog porekla (2002).¹³ Prema slovu Protokola predviđa se da se organi ili tkiva ne smeju da uzimaju sa tela preminule osobe bez njenog pristanka ili bez zakonom propisanog i za to pribavljenog ovlašćenja. Uzimanje se neće izvršiti ako se umrla osoba tome protivila (član 17). Bez obzira na sva dostignuća transplantacije kao posebnog medicinskog postupka i brojna dokumenta, u praksi je još uvek prate brojna sporna pitanja i dileme. Imajući u vidu praksu u Srbiji pokazuje se takođe da ona nije u nekim segmentima do kraja uređena na jedan pravno zaokružen način.¹⁴

⁹ Hans Neft „Reform des Transplantationsgesetzes – Weichenstellung für eine bessere Patientenversorgung?“ *Medizinrecht* no. 31, Springer-Verlag, Heidelberg, 2013.

¹⁰ Olivier Guillod, Jean-François Dumoulin, *Definition de la mort et prelevement d'organes – Aspects constitutionnels*, The Institute of Health Law, Faculty of Law Collection no. 1 of the University of Neuchâtel, 1999, 32.

¹¹ Declaration of Helsinki, World Medical Association, Recommendations guiding physicians in bio-medicalresearch involving human subjects, Helsinki 1964, and amended Tokyo oct. 1975, Venice oct. 1983, Hong Kong sept. 1989, Somerset West oct. 1996, Seoul oct. 2008. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/>, 15.08.2021.

¹² Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br.12/2010.

¹³ European Treaty Series-No. 186 Additional Protocol to the Convention on Human Rights and biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*Strasbourg, 24.I.2002.

¹⁴ Više, Hajrija Mujović Zornić, „Donacija i transplantacija organa“, 2013, <http://www.ius.bg.ac.rs › prof › materijali › dramar>, 04.05.2021.

PRISTUP MEDICINSKOG PRAVA PITANJIMA TRANSPLANTACIJE

Postoje opšte pravne postavke koje važe za sve medicinske situacije, pa time i za postupanja u oblasti transplantacione medicine. Njih uvek treba imati u vidu, a ovde se daju najvažnije. Reč je o primeni osnovnih instituta medicinskog prava (načelo pristanka, pretpostavljeni pristanak, modeli raspolaganja i pravila lege artis postupanja). Polazi se od prava na telesni integritet kao ličnog prava koje obuhvata, između ostalog, raspolaganje delovima sopstvenog tela (odvojenim / neodvojenim, obnovljivim / neobnovljivim, *inter vivos* / *mortis causa*).¹⁵ Kao vodeća u medicinskim postupcima afirmiše se maksima da je volja obolele osobe najviši zakon – *voluntas aegroti suprema lex*.¹⁶ Osnovne postavke u vezi sa tim čine takođe načelo pristanka kao odraz autonomije svakog pojedinca, kao i načelo dobrovoljnosti preduzimanja mera u zdravstvenoj zaštiti ljudi. Pravni institut pristanka informisanog pacijenta (*informed consent*) razvio se iz medicinske sfere i postao je nesporno važan pravni standard. Budući da su medicinske mere (intervencije, zahvati i sl.) različitog značaja i karaktera, tako se i pristanak pacijenta ne uzima uvek na isti način, ali je neizostavan. Pristanak može biti izričit ili prećutan, formalan ili usmeni, a uvodi se i pojam pretpostavljenog pristanka.¹⁷

Pravna analiza pretpostavljenog pristanka ukazuje na postojanje subjektivnih i objektivnih razloga kod preduzimanja neke mere u vezi sa zdravljem, pri čemu nije moguć ili je otežan pristanak po redovnom toku stvari. Takav pristanak relevantan je sa stanovišta onoga ko medicinski postupi, i njemu daje određena ovlašćenja i definiše propisan rad. Istovremeno, sa okolnostima u kojima se pristanak pretpostavlja treba da bude upoznat i građanin kao pacijent. Njega treba, u meri u kojoj je to moguće, integrisati u postupak uzimanja pristanka tj. saglašavanja. Najčešći su primeri hitnih medicinskih stanja gde važi pretpostavka da se postupi u najboljem interesu pacijenta, ali to nisu jedini primeri. U ovoj materiji usvojena je Evropska Konvencija

¹⁵ M. Čolaković, op.cit. 411.

¹⁶ Vesna Klajn-Tatić: „Neka medicinska, etička i pravna pitanja koja pokreće doktrina informisanome pristanku pacijenta na medicinsku intervenciju“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br.4, Beograd, 1994, 603-620. U kontekstu problematike koja se tiče pacijentovog pristanka na lečenje, lekareva obaveza obaveštavanja pacijenta služi pripremi i podršci pacijentu da se podvrgne određenom potrebnom lečenju i otuda je ova obaveza lekara potpuno u skladu sa maksimumom „dobrobit bolesnika je najviši zakon“ – *Salus aegroti suprema lex*. S druge strane, budući da je *obaveštenje pacijenta pretpostavka punovažnog pristanka ili nepristanka na lečenje*, to je prethodni pristanak, odnosno nepristanak na lečenje u skladu sa maksimumom „volja bolesnika je najviši zakon“ – *Voluntas aegroti suprema lex*.

¹⁷ Hajrija Mujović, „Pravna pitanja pretpostavljenog pristanka pacijenta“, *Aktuelnosti Medicinskog – prava teorija, praksa i zakonodavstvo* (ur. Hajrija Mujović), knjiga sažetaka, Institut društvenih nauka, Beograd, 2019, 12-13.

o ljudskim pravima i biomedicini (član 8), koja predviđa da onda kad se iz razloga hitnosti ne može pribaviti odgovarajući pristanak, bez odlaganja se može preduzeti svaka intervencija koja je medicinski neophodna u interesu zdravlja lica u pitanju.¹⁸ Hitnost intervencije isključuje pacijentov pristanak samo ako on nije sposoban da izjavi da li prihvata ili odbija medicinski zahvat. U vezi sa tim Zakon o pravima pacijenata¹⁹ Srbije uređuje hitno postupanje (član 18, st. 1 i 2) kao i posebne slučajeve pretpostavljenog pristanka u meri u kojoj su oni prisutni u praksi i pravno relevantni (član 18, st. 3 i 4). Institut pretpostavljenog pristanka nije dovoljno razmatran u pravu Srbije, niti se dovoljno razume u okvirima zdravstvenog zakonodavstva i prakse. Dolazi do promene pravnog pristupa, gde pristanak nije isključen samo na osnovu okolnosti hitnog stanja, već i kada su ispunjeni i drugi zakonom predviđeni uslovi. Razlog pozivanja na pretpostavljeni pristanak može imati osnov u samom zakonu koji ga propisuje, kao što je to slučaj kod transplantacije organa.²⁰ Upravo zato se objašnjenje pojma pretpostavljenog pristanka ovde dovodi u vezu sa skorajšnjim njegovim preispitivanjem od strane Ustavnog suda RS, a sve u poređenju sa ustavnim garancijama u zaštiti dostojanstva i ličnog integriteta svakog pojedinca.²¹

RAZVOJ REGULATORNOG OKVIRA U OBLASTI TRANSPLANTACIJE I NJEGOVI DEFICITI

Ako se pogleda pravo Srbije, u donošenju različitih promena zakonskih rešenja naročito se obraćala pažnja na vreme i formu pristanka donora, a kasnije i na uvođenje administrativnih uslova i uprave, koordinatora i sl. Putevi promena u regulativi mogu se najbolje učiti ako se sagledaju u odnosu na uslove transplantacije sa preminule osobe. To je bitno i sa stanovišta da je ova vrsta transplantacije danas postala pravno sporna i okarakterisana kao protivna Ustavu RS.

Najranija pravna rešenja oblikovana su u bivšoj državi Jugoslaviji, kada je na snazi bio savezni Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela u

¹⁸ Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, Oviedo, 1997 <https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>, 11.03.2021.

¹⁹ Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. zakon.

²⁰ Zakon o transplantaciji ljudskih organa, Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2018.

²¹ Rešenje Ustavnog suda broj: IUz-223/2018 od 28. jula 2020. godine kojom se pokreće postupak ocene ustavnosti; videti u vezi sa tim: Odgovor Ustavnom sudu, Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo Narodne skupštine Republike Srbije 04 Broj: 5-2320/19-3, 21. januar 2021. godine, Beograd.

svrhu lečenja.²² Istoimene zakone su u okviru svojih ranije postojećih zakonodavnih kompetencija donosile autonomne pokrajine.²³ Ako se konsultuje tada važeći savezni zakon uočava se da je zakonska materija obuhvatala sve postojeće oblike transplantacije.²⁴ Odredbe su predviđale da se za presađivanje mogu uzimati delovi tela umrlog lica (član 3). Ovlašćena zdravstvena organizacija dužna je da uzme deo ljudskog tela i da ga čuva pod posebnim uslovima koji sprečavaju njegovu kvalitativnu promenu. Delovi tela se ne mogu uzimati ako se umrlo lice za života izričito, u pisanom obliku, tome protivilo. Ako je umrlo lice maloletno ili duševno obolelo, pisano protivljenje za uzimanje delova tela tog lica mogu dati njegovi roditelji ili staratelj (član 6). Posebno je ustanovljen nacionalni Centar koji priprema jedinstvene liste čekanja i vodi registar pisanih izjava o protivljenju davanja delova ljudskog tela za presađivanje (član 17). Ovaj zakonodavni period pratila je paralelna primena više zakona, budući da su pravni propisi bili predmet tadašnje državne zajednice. U radovima je ukazivano da treba precizirati na koji način primenjivati dva zakona o transplantaciji, republički i savezni, što je sve stvaralo dodatne probleme u tumačenju propisa o pristanku lica.²⁵ Pored toga, postojala je neusaglašenost rešenja republičkog i saveznog zakona tako što prvi propisuje da samo punoletna poslovno sposobna lica mogu biti davaoci organa, dok drugi dopušta, doduše kao izuzetak, da davalac koštane srži može biti i maloletno lice (član 8).

²² Zakon o uslovima za uzimanje i presađivanje delova ljudskog tela, *Službeni list SFRJ*, br. 63/1990.

²³ Zakon o uzimanju i presađivanju delova ljudskog tela u svrhu lečenja, *Službeni glasnik SRS*, br. 22/1981.

²⁴ V. Zakon o uslovima za uzimanje i presađivanje delova ljudskog tela (čl.2 – 4); Pojmovno se razlikuje više vrsta doniranja telesnih organa i drugih tkiva i ćelija: 1) prema broju lica u doniranju (*homologna* donacija, kod istog lica sa jednog dela tela na drugi */alogeni*, dve strane – davalac i primalac; 2) prema vremenu doniranja, za života i posle smrti (živi donori: koštana srž, parni organi bubrezi, delovi kod jetre pluća ili creva /sa leševa tj. *kadavera*: jedini je izvor neparnih organa a mogu se uzeti bubrezi, srce, jetra, pluća, pankreas, tanko crevo, rožnjača, srčani zalisci, kosti, tetive i koža, dok se reproduktivni organi i tkiva ne uzimaju); 3) prema predmetu doniranja (organi, tkiva i ćelije); 4) prema cilju doniranja koji osim lečenja može biti proširen (terapijski i naučni); 5) prema pravnom režimu koji važi (za ljudske organe je on strožiji, a za doniranje tkiva, ćelije i ljudske supstance blaži uz komercijalizaciju, npr. prodaja krvi ili semene tečnosti); 6) prema uzrastu donora (davaoci su samo punoletna lica, a maloletna lica mogu to biti izuzetno).

²⁵ Marija Draškić, „Transplantacija u Srbiji – Koji zakon važi?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 53, br. 1, Beograd, 2005, 173. V. sudsku praksu: Presuda II opštinskog suda u Beogradu IV P. br. 789/2002 od 10. decembra 2002, odbijen zahtev tužilaca da se obaveže tužena Država SRJ – Vojnomedicinska akademija, da isplati naknadu nematerijalne štete u iznosu od 4.500.000 dinara, na ime nadoknade za duševne patnje koje su pretrpeli saznajući da su iz tela njihovog srodnika, a bez njihove saglasnosti, izvađeni organi (oba bubrega) i presađeni drugim licima.

Pri ovakvom stanju regulative, posebna glava Zakona o zdravstvenoj zaštiti iz 2005. godine (VII – članovi 78-86)²⁶ sadržala je odredbe o davalatstvu organa prema kojima se organi, tkiva i ćelije, kao delovi ljudskog tela, mogu uzimati i presađivati samo ako je to medicinski opravdano odnosno ako je to najpovoljniji način lečenja lica i ako su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. Za presađivanje se mogu uzeti delovi tela umrlog lica. Kada su u pitanju živi davaoci od njih se za presađivanje može uzeti samo koštana srž, a izuzetno jedan od parnih organa, deo jetre, gušterače i kože, ako se utvrdi odgovarajuća podudarnost delova tela. Ministarstvo nadležno za poslove zdravlja propisuje bliže medicinske kriterijume, način i postupak utvrđivanja smrti lica čiji deo tela se može uzeti radi presađivanja. Delovi tela ne mogu se uzimati ako se umrlo lice za života izričito, u pismenom obliku, tome protivilo (čl.80). Delovi tela živog lica mogu se uzimati radi presađivanja samo uz pristanak punoletnog, duševno zdravog i poslovno sposobnog lica i ako se time očigledno ne dovodi u opasnost život davaoca i njegovo zdravlje ne izlaže riziku trajnog ili težeg oštećenja. Pristanak se daje u pisanom obliku.

U daljem zakonodavnom radu 2009. godine došlo je do odvajanja predmeta dva zakona koja uređuju oblast transplantacije, tako što se jedan tiče ljudskih organa,²⁷ a drugi ljudskih tkiva i ćelija.²⁸ Još tada je ova podela komentarisana iz stručnih krugova i ocenjeno je kao neracionalno da zakoni imaju veliki broj identičnih odredbi (čak i u istom broju člana), umesto da upućuju na zajedničke odredbe. Primećuje se takođe, imajući u vidu uporedno pravo, da je pravni režim ljudskih tkiva bliži režimu ljudskih organa, a ne ćelija. Naime, postoje teorijske razlike u pravnom pristupu i zakonskoj kvalifikaciji kada su u pitanju ljudski organi, ćelije i tkiva, a te razlike bi trebalo da sledi i pravna praksa.²⁹ U pravu Srbije je ovim zakonom

²⁶ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, 17/92, 26/92, 50/92, 52/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96, 18/02, 101/2005 i 107/2005, Glava VII (Uzimanje i presađivanje organa i delova ljudskog tela, utvrđivanje uzroka smrti i obdukcija umrlih lica), čl. 78-86.

²⁷ Zakon o transplantaciji organa, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009 od 3.9.2009.

²⁸ Zakon o transplantaciji ćelija i tkiva, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009 od 3.9.2009.

²⁹ Susan E. Lederer, *Flesh and Blood – Organ Transplantation and Blood Transfusion in 20th Century America*, Oxford University Press, 2008, 52. Na primeru uzimanja ljudske krvi kao telesne tečnosti pravi se analogija sa uzimanjem ćelijama koje su obnovljive. Kod transplantacije se težište stavlja na zaštitu od rizika po davaoca organa, a trgovina organima se izričito zabranjuje, jer bi to dovelo davaoca u stanje iznude zbog materijalne koristi, što je suprotno tome da se sam čin davanja organa visoko vrednuje kao neprocenljiv primer altruizma. Kod transfuzije krvi rizici po davaoca shvataju se kao minimalni ili uopšte ne postoje, komercijalizacija se uzima kao moguća iako nije poželjna, a akcenat se stavlja na dostizanje standarda sigurnosti krvi. Daje se argumentacija da je krv obnovljivi deo tela i da zbog toga ne potpada pod pravni režim uspostavljen za davanje tkiva i organa od živog davaoca radi presađivanja.

koji je donet 2009. godine prihvaćen mešoviti sistem pristanka (*opt in* i *opt out*) koji, čini se, više teži izjavljivanju izričite volje unapred (pozitivno izjašnjavanje/donatorske kartice tj. registar, ili negativno izjašnjavanje/pisana forma). U tom pogledu postala je značajna uloga novoosnovane Uprave za biomedicinu pri Ministarstvu zdravlja RS sa ciljem adekvatnog sprovođenja tada usvojenih zakonskih rešenja i pratećih akata. Posle usvajanja zakona usledila je izrada nekoliko pratećih pravilnika za oblast transplantacije, kao i drugih odluka koje su u ingerenciji ministra zdravlja. Podzakonski akti su, između ostalog, sadržali propise o formularima izjava, o davanju saglasnosti, o odbijanju davanja saglasnosti i o povlačenju saglasnosti člana porodice, odnosno drugog bliskog lica za uzimanje organa, odnosno tkiva sa umrlog lica, kao i formularima informisanja i postupku izdavanja donatorske kartice.³⁰ Pristup zakonodavca težio je da bude sveobuhvatan, ali je nailazio na komentare da se njime ne daju jasno izvedena pravna rešenja.

Usvajanje novog regulatornog okvira usledilo je 2018. godine. Tada doneti i danas važeći zakoni više nemaju u naslovu reč transplantacija, već izraz – presađivanje organa, što je bio prvobitni naslov.³¹ Ipak, to se uzima kao terminološka, a ne suštinska promena. Zadržava se model pretpostavljenog pristanka (*opt-out*). Naime, budući da je taj model bio primenjivan od ranije i da o tome nije bilo većih javnih rasprava, novi zakoni o presađivanju ljudskih organa, odnosno ćelija i tkiva izostavili su odredbe o donatorskim karticama i vođenju registra o pozitivnim izjavama. Posebna glava zakona posvećena je uzimanju ljudskih organa sa umrlog lica, a u okviru toga normiraju se pitanja utvrđivanja smrti, uslova doniranja i dostojanstva u postupanju sa telom donora. Propisuje se da se organi sa umrlog lica mogu uzeti radi presađivanja ukoliko se punoletni poslovno sposoban davalac pre smrti tome nije usmeno ili u pismenom obliku za života protivio, odnosno ako se tome u trenutku smrti nije izričito usprotivio roditelj, supružnik, vanbračni partner ili punoletno dete umrlog (član 23 st.1). Odredbe o post mortem davalatstvu kvalifikuju se kao „meka“ verzija pretpostavljene saglasnosti.³² Ona, za razliku od većine *opt out* sistema, dopušta porodicama da odluče da li će se iz tela preminulog uzeti organi ili tkiva i u tom smislu je njihova odluka merodavna. Na ovom mestu se u pogledu usvojenog

³⁰ V. podzakonske akte, *Službeni glasnik RS*, br. 89/2012: Pravilnik o obrascu izjave o davanju saglasnosti, o odbijanju davanja saglasnosti i o povlačenju saglasnosti člana porodice, odnosno drugog bliskog lica za uzimanje organa, odnosno tkiva sa umrlog lica, Pravilnik o obrascu izjave o pristanku za doniranje organa, odnosno tkiva u slučaju moždane smrti, Pravilnik o sadržaju obrasca izjave o pristanku primaoca organa za presađivanje organa, Pravilnik o sadržaju obrasca dokumenta o informisanju, sadržaju obrasca izjave o pristanku i o povlačenju pristanka za uzimanje organa živog davaoca organa.

³¹ Zakon o presađivanju ljudskih organa, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2018; Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2018.

³² Karthik K. Tennankore, Scott Klarenbach, Aviva Goldberg, op. cit, 4.

sistema prepoznaju elementi izričite saglasnosti porodice kojom se potvrđuje ili osporava zakonska pretpostavka o volji preminulog da bude ili ne bude davalac.

PROBLEMI PRAKSE

Opšta je ocena da je zdravstvena zaštita u oblasti davalštva organa u Srbiji prema dostupnim podacima postigla vidan napredak u organizacionom smislu, ali da ga ne prati i povećan broj transplantacija. Srbija je još uvek na začelju Evrope po broju obavljenih zahvata. Glavni razlog je u deficitu dobrovoljnih davaoca. Da bi se počelo sa rešavanjem brojnih nepravilnosti, a rad zdravstvenih službi učinio boljim, zakonom koji uređuje transplantaciju osnovana je Uprava za biomedicinu pri Ministarstvu zdravlja Republike Srbije, koja je otpočela sa radom 2010. godine.³³ Stanje zdravstvenog sistema u velikoj meri utiče na uređenost postupaka transplantacije. Transplantacioni program u Srbiji obnovljen je 2013. godine, stvorena je nacionalna lista čekanja za transplantaciju organa, zatim eksplantacioni timovi, transplantacioni timovi.

Srbija je 2017. godine uspeła da ostvari pridruženo članstvo u Eurotransplant-u. Naime, na nivou jednog broja evropskih država nastala je fondacija koja čini mrežu centara za transplantaciju. Ona je osnovana u Holandiji i cilj joj je razmena informacija o ponudi organa među članicama uključenim u taj sistem, kao i distribucija organa donora *mortis causa*.³⁴ Na taj način ona kao uvezan sistem posreduje i odgovorna je za dodelu doniranih organa u Austriji, Belgiji, Hrvatskoj, Nemačkoj, Mađarskoj, Luksemburgu, Holandiji i Sloveniji. Ovaj okvir saradnje uključuje bolnice za transplantaciju, laboratorije za tipizaciju tkiva i bolnice u kojima se vrši donacija organa. Prema parametrima Eurotransplant-a, ako se pođe od broja oko sedam miliona stanovnika, trebalo bi da bude obavljeno najmanje 70 transplantacija srca, 200 jetri i skoro 450 transplantacija bubrega svake godine.³⁵ Tokom 2018. godine obavljene su 64 transplantacije organa (38 bubrega, 16 jetri i 10 srca). U 2019. godini bilo je 15 donora i obavljeno je 37 transplantacija bubrega, jetre i srca. U 2020. godini zabeleženo je samo troje donora i obavljeno je 10 presađivanja bubrega, jetre i srca, dok isti podaci za 2021. godinu iznose da je za sada bio samo jedan donor i obavljene su 3 transplantacije.³⁶

Nedavna presuda Ustavnog suda RS stvorila je neočekivanu situaciju za one koji profesionalno rade na uslugama transplantacije, a naročito za značajan broj

³³ Član 64 Zakona o transplantaciji organa, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

³⁴ www.srbijazatrtransplantaciju.com/eurotransplat_u_srbiji.html, 13.04.2021.

³⁵ Olga Božinović, „Više od hiljadu ljudi u Srbiji čeka transplantaciju“, *Serija Nove ekonomije – Zdravstveni sistem Srbije*, br. 63, Beograd, 2019, 15.

³⁶ Podaci iz 2019. godine, <https://www.zdravlje.gov.rs/vest/339632/od-pocetka-godine-11-donora-spaseno-27-zivota.php>, 22.05.2021.

pacijenata koji se nalaze na listama čekanja za organe. Lekari i zagovornici prava pacijenata upozoravaju da bi to moglo da zaustavi i onako nedovoljnu donaciju organa. Nevladina organizacija „Zajedno za novi život“ koja zastupa pacijente na listama čekanja i one kojima je već obavljena transplantacija, smatra da je razlog što Srbija ne prati Evropu kada je reč o modelu doniranja, upravo u tome jer se previše naglašavaju kontroverze koje okružuju pitanje transplantacije, a manje dolazi do jasnih rešenja, pa i kad je u pitanju nedavna odluka Ustavnog suda RS.

OCENA USTAVNOSTI ČLANOVA ZAKONA

Posle podnetih predloga u Parlamentu RS, upućenih kritika u javnoj raspravi i usvajanja oba zakona iz 2018. godine koja uređuju oblast presađivanja organa,³⁷ došlo je do podnošenja ustavne inicijative od strane nekoliko nevladinih organizacija i Srpske radikalne stranke. Traženo je da Ustavni sud RS pokrene postupak preispitivanja ustavnosti i zakonitosti odredbi koje se tiču pretpostavljene saglasnosti. Podneta inicijativa pozivala se na to da doneto zakonsko rešenje krši ljudska prava time što se svaki građanin potencijalno smatra donatorom, kao i da novi propisi vode u zloupotrebe i ilegalnu trgovinu ljudskim organima. Akt inicijative podnet je 2018. godine, a saopštenje o odluci Ustavnog suda izdato je maja 2021. sa napomenom da se objavljivanje odluke odlaže. U tom roku se utvrđena neustavnost može otkloniti.

U tekstu inicijative osporava se član 23 Zakona o presađivanju ljudskih organa koji definiše uslove za davanje organa umrlog lica, a koji glasi:

Ljudski organi sa umrlog lica mogu se uzeti radi presađivanja ukoliko se punoletni poslovno sposoban davalac pre smrti tome nije usmeno ili u pismenom obliku za života protivio, odnosno ako se tome u trenutku smrti nije izričito usprotivio roditelj, supružnik, vanbračni partner ili punoletno dete umrlog.

Izuzetno, ako umrlo lice nema srodnike ljudski organi sa umrlog lica mogu se uzeti ako se tome, u trenutku smrti, nije izričito usprotivio pobočni srodnik zaključno sa drugim stepenom srodstva.

Koordinator za darivanje ljudskih organa, odnosno član koordinacionog tima dužan je da članove porodice umrlog lica, nakon utvrđene smrti, na odgovarajući način upozna sa daljim postupanjem, kao i uslovima za darivanje ljudskih organa.

Sa umrlog maloletnog lica, koje je za života bilo pod roditeljskim staranjem, dozvoljeno je uzimanje ljudskih organa samo na osnovu pismenog pristanka oba roditelja, odnosno jednog roditelja ukoliko je drugi roditelj umro ili je nepoznat.

³⁷ Zakon o presađivanju ljudskih organa, Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima.

Sa umrlog maloletnog lica koje je za života bilo bez roditeljskog staranja, dozvoljeno je uzimanje ljudskih organa samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita.

Sa umrlog punoletnog lica kome je za života na osnovu odluke nadležnog organa delimično ili u potpunosti oduzeta poslovna sposobnost, dozvoljeno je uzimanje ljudskih organa samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita.

Sa umrlog lica koji nije državljanin Republike Srbije, odnosno nema stalno nastanjenje u Republici Srbiji, dozvoljeno je uzimati ljudske organe samo na osnovu pismenog pristanka supružnika, odnosno vanbračnog partnera, roditelja, punoletnog brata, odnosno sestre ili punoletnog deteta umrlog lica.

Inicijativa osporava takođe član 28 Zakona o ljudskim ćelijama i tkivima koji propisuje uslove za davanje tkiva umrlog lica, a koji glasi:

Tkiva sa umrlog lica mogu se uzeti radi primene ukoliko se punoletni poslovno sposoban davalac pre smrti tome nije usmeno ili u pismenom obliku za života protivio, odnosno ako se tome u trenutku smrti nije izričito usprotivio roditelj, supružnik, vanbračni partner ili punoletno dete umrlog.

Izuzetno, ako umrlo lice nema srodnike, tkiva sa umrlog lica se mogu uzeti ako se tome, u trenutku smrti, nije izričito usprotivio pobočni srodnik zaključno sa drugim stepenom srodstva.

Sa umrlog maloletnog lica, koje je za života bilo pod roditeljskim staranjem, dozvoljeno je uzimanje tkiva samo na osnovu pismenog pristanka oba roditelja, odnosno jednog roditelja ukoliko je drugi roditelj umro ili je nepoznat.

Sa umrlog maloletnog lica koje je za života bilo bez roditeljskog staranja, dozvoljeno je uzimanje tkiva samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita.

Sa umrlog punoletnog lica kome je za života na osnovu odluke nadležnog organa delimično ili u potpunosti oduzeta poslovna sposobnost, dozvoljeno je uzimanje tkiva samo na osnovu saglasnosti etičkog odbora zdravstvene ustanove koji se obrazuje u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstvena zaštita. Sa umrlog lica koji nije državljanin Republike Srbije, odnosno nema stalno nastanjenje u Republici Srbiji, dozvoljeno je uzimati tkiva samo na osnovu pismenog pristanka supružnika, odnosno vanbračnog partnera, roditelja, punoletnog brata, odnosno sestre ili punoletnog deteta umrlog lica.³⁸

³⁸ Zakon o ljudskim ćelijama i tkivima.

Ustavni sud RS je rešenjem od 28. jula 2020. godine pokrenuo postupak za utvrđivanje neustavnosti naznačenih odredaba oba zakona. U obrazloženju ovog rešenja Sud je ocenio da su naznačeni članovi osporeni u celosti, i to u odnosu na odredbe članova 23 i 25 Ustava RS. U daljem postupku Ustavni sud je na 8. sednici odlučivao u predmetima ocene ustavnosti zakona, i time utvrdio da: 1) odredba člana 23 Zakona o presađivanju ljudskih organa nisu u saglasnosti sa Ustavom. Sud je odložio objavljivanje navedene odluke za šest meseci od dana njenog donošenja (predmet IUz-223/2018); 2) odredba člana 28 Zakona o ljudskim ćelijama i tkivima nisu u saglasnosti sa Ustavom. Sud je odložio objavljivanje navedene odluke za šest meseci od dana njenog donošenja (predmet IUz-69/2020).³⁹

Odlaganje objavljivanja odluke u Službenom glasniku RS na šest meseci Sud je doneo na osnovu člana 58 Zakona o Ustavnom sudu koji takvu mogućnost predviđa.⁴⁰ Shodno ovom članu, Sud je u obavezi da svoju odluku i rešenje o odlaganju objavljivanja dostavi donosiocu zakona, koji na osnovu toga može da deluje u sledećih šest meseci, to jest da donese odgovarajuće izmene. U momentu kada dođe vreme za objavu odluke suda biće poznato i u kojoj meri je otkonjena neusaglašenost osporenih članova. Do tada, odlaganje objavljivanja odlaže i dejstva same odluke, što ima za posledicu da osporene odredbe ostaju do daljnjeg na snazi i da se njihova primena ne dovodi u pitanje. Praktičan rad medicinskih službi je nesmetan, a zakonodavac ima rok da ih koriguje u vidu izmena i dopuna.

KOMENTAR

Dometi komentara su donekle ograničeni jer odluka Ustavnog suda RS od maja 2021. godine nije integralno objavljena. Problem je što je za sada objavljena samo izreka odluke Ustavnog suda, a ne i njeno obrazloženje, tako da se ne može sa sigurnošću zaključiti kojim se razlozima Sud rukovodio. Deo razloga se doduše vidi iz samog rešenja o prihvatanju inicijative, gde međutim neki primeri evropske

³⁹ Saopštenje Ustavnog suda RS o proglašenju neustavnosti i odlaganju objavljivanja odluke za 6 meseci. <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/149-102744/saopstenje-sa-8-sednice-ustavnog-suda-odrzane-20-maja-2021-godine-kojom-je-predsedavala-snezana-markovic-predsednica-ustavnog-suda>, 11.08.2021.

⁴⁰ „Ustavni sud može posebnim rešenjem odložiti objavljivanje svoje odluke u „Službenom glasniku Republike Srbije“, ali najduže za šest meseci od dana njenog donošenja. U tom slučaju Ustavni sud odluku kojom je utvrđeno da opšti akt nije u saglasnosti sa Ustavom, zakonom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava ili potvrđenim međunarodnim ugovorom, dostavlja donosiocu opšteg akta zajedno sa rešenjem o odlaganju objavljivanja“ (Zakon o ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon).

prakse treba da budu nadogradnja nacionalne analize, a ne obrnuto. Otuda se komentari daju više načelno, sa težištem na osnovne elemente pravničkog razumevanja i rezonovanja. Nastali spor manifestuje se iz ugla prakse kao problem u primeni *Zakona o presađivanju ljudskih organa, odnosno ćelija i tkiva*, koji uređuju davalastvo organa za slučaj smrti. Njega treba u prvom redu sagledati sa stanovišta medicinskog prava i korpusa propisa zdravstvenog zakonodavstva, te onda videti da li ukazane povrede ustavnih garancija postoje ili ne. Oblast propisa vezanih za medicinske postupke zahteva posebnu vrstu ekspertize i polazi od toga da se poštuje volja svakog građanina u pogledu medicinskih odluka, pa i odluke o doniranju organa za slučaj smrti. Načini na koji će se ta volja saznati, izraziti i poštovati su različiti i otuda su se u pravima razvijenih država iskristalisali opisani modeli pretpostavljenog pristanka i izričitog pristanka da se bude davalac. Ono što je evidentno kroz uporedno zakonodavstvo i praksu je to da sam model pretpostavljene saglasnosti, kao takav, ne može biti pravno sporan. To je u svetu usvojeno rešenje u oblasti transplantacije, koje postoji i u drugim državama sa istim ustavnim garancijama i koje daje dobre rezultate. Ipak, i pri takvom stanju stvari treba dopustiti da je Sud određene manjkavosti protivne Ustavu, pronašao u oceni pojedinačnih stavova osporenih članova. Tačno je da stavovi deluju prenormirano i u nekim navodima daju veća ovlašćenja etičkim odborima, ustanovama i drugim instancama da imaju upliv u odluke o presađivanju organa, na primer, onda kad umrlo lice nema srodnike niti staratelje i sl. Manjkavost u ovom propisu mogla bi se videti i u odsustvu registra negativnih izjava, jasne procedure i sl. Sve to može biti protivno onome što su ustavne garancije i može voditi u pravnu nesigurnost. Ima se utisak da je zakonodavac u želji da poboljša postojeće rešenje pretpostavljene saglasnosti donora otišao predaleko. Generalno, granice pravnog uređenja kada je u pitanju medicinska materija iziskuju određeni oprez i po pravilu nije obavezno da obuhvate sve potencijalno moguće situacije. To je osobenost ove oblasti gde pravila medicinske struke i etike imaju komplementarnu primenu. Osim toga, često se zanemaruju i određene pravne finese kakva bi, na primer, bila kvalifikacija da li se stav srodnika (porodice) o volji preminulog tretira kao zamenjujuća odluka tj. nova saglasnost, a ne samo kao izvor informacije o tome kakva je bila volja preminulog. Dobar uzorni primer u tom pogledu daje rešenje francuskog prava.⁴¹

⁴¹ Prema francuskom pravu, odbijanje da se bude donor za slučaj smrti može biti izraženo na sve načine, a ne samo upisom u registar, koji broji oko 50000 registrovanih. Zakon je usvojen 1999. a izmene i dopune su usvojene 2004. godine, gde je novina da iako postoji pretpostavka pristanka, ona se može obrnuti. To se dešava ukoliko je preminuli promenio stav ili ako rodbina pruži dokaz o odbijanju. Manifestovanje odbijanja opozivo je u svakom momentu. Zakon uređuje upis u registar za svaku osobu stariju od 13 godina o čemu se izdaje potvrda koja može da se odbije (lice se izjašnjava ali ne želi da ima potvrdu o tome kod sebe jer smatra da to nije potrebno). Kad se sprovedi volja

Odredbe zakona u pravu Srbije treba tumačiti u tom duhu jer su modeli pristanka (*opt out*) isti u oba pravna sistema.

Zbog osobenosti materije reč je o pravno složenoj situaciji. Kako bi se izbegle moguće negativne posledice po transplantacionu praksu, nameće se hipotetički nekoliko razmišljanja. Jedan od predloga bi bio da se pozove na primenu prethodnog zakona koji je bio na snazi do trenutka usvajanja novog. To bi bio prvi korak. Drugi korak je da se ponovo pristupi izradi teksta osporenih odredbi, sa jasnim rešenjem koje bi bilo transparentno i usklađeno, čime bi i potreba bilo kakve dalje inicijative pred Ustavnim sudom bila suvišna. To bi dalo i odgovor na pitanje da li je javna rasprava o ovom zakonu vođena na širokoj platformi i da li je zdravstveni sistem postojeća rešenja koja su sad osporena uspeo da približi građanima i stručnim krugovima. Čini se da taj posao traži više vremena. Do tada, posledice neustavnosti svakako ne bi trebalo da trpe pacijenti koji se nalaze na listama čekanja za organe. To bi bilo etički i pravno nedopustivo i time bi se napravila nova povreda Ustava. Stoga je iz osporenih odredbi potrebno zadržati izričit pristanak srodnika (to je inače deo drugog modela izričitog pristanka koji je već uveden u date zakone). Na taj način bi se popunila pravna praznina do izrade konačnog teksta osporenih odredbi. Praktično ona će nastati ukoliko se ne otkloni neustavnost, a odluka Ustavnog suda stupi na snagu.

Konkretan slučaj pokazuje svu važnost dobro uređenog regulatornog okvira transplantacije. Svaki nedostatak odredbi u pojedinostima u velikoj meri može da menja suštinu inače prihvatljive zakonodavne politike i ugrožava jedno od osnovnih ljudskih prava. Relevantno je i obaveštavanje javnosti o postojanju zakona koji na taj način tretira uzimanje delova ljudskog tela. Mere obezbeđenja služe da zaštite pravo na autonomiju u odlučivanju svakog pojedinca.

Regulatorni okvir oblasti transplantacije u Republici Srbiji više puta je bio predmet revizije, ali je u osnovi zadržao dosta starih odredbi. Rešenja nisu bila dovoljno dosledna, a stavovi prema modelima pretpostavljene nasuprot izričitoj saglasnosti nisu se dovoljno iskristalisali u javnoj raspravi prilikom donošenja zakona. Inicijativa za izmenu nekih članova zakona i ocenu ustavnosti poziva se na to da zakonsko rešenje povređuje osnovna prava garantovana ustavom i da ono pogoduje zloupotrebama i trgovini ljudskih organa, ćelija i tkiva. Ne može se reći

iz registra, ukoliko je promenjen stav, postoji samo obaveza obaveštavanja a ne traženja pristanka od rodbine. Code de la santé publique, Dernière modification: 2021-09-27, Chapitre II : Prélèvement sur une personne décédée. (Articles L1232-1 à L1232-6). V. novije podatke iz 2019, Marianne Rouet, *Post-mortem organ donation: your consent is presumed*, L'Agence de la biomédecine, Saint-Denis La Plaine, <https://leparticulier.lefigaro.fr/article/don-d-organes-post-mortem-votre-consentement-est-presume>, 12.09.2021.

da su ove tvrdnje osnovane. Naime, pojedinosti osporenih članova treba da se sagledaju u kontekstu podzakonskih akata koji po određenim pitanjima daju odgovore. Ukoliko je sa stanovišta inicijative sporan model pretpostavljenog pristanka, onda zahtev za promenom modela treba da se postavi kao predlog amandmana zakona ili donošenja novog zakona, a ne kao predmet ocene ustavnosti. Odluka Ustavnog suda može da bude povod da se zakon ponovo razmotri i da se vidi kojim putem treba usmeriti rešenja regulatornog okvira.⁴² Naime, činjenica je da je *opt out* model pretpostavljene saglasnosti u pravu Srbije nasleđen iz bivše države i da nikad nije bio doveden u pitanje. Ukoliko se to inicijativom i odlukom Ustavnog suda želi, onda to treba da bude deo široke javne rasprave na mnogo aktivniji način nego do sada. Bez obzira kakvo rešenje odnese prevagu, treba imati u vidu dobre primere iz uporednog prava, koja ova rešenja više ne posmatraju u toj meri suprotstavljenim, kako je to bilo u prošlosti. U svemu je veoma važno da se u javnosti izgradi afirmativan odnos prema davalatstvu i presađivanju organa, ćelija i tkiva, jer to predstavlja doprinos očuvanju života i zdravlja ljudi.

Kada je reč o mogućim zloupotrebama, na koje se takođe u inicijativi prigovara, treba imati u vidu da ih oblast zdravstvene regulative ne stavlja u prvi plan, niti je većina odnosa u transplantacionoj medicini predmet krivičnopravnih propisa. To je manji segment regulative i pravna zaštita je izričito sadržana u predmetnim zakonima. Tako, posebna odredba Zakona o presađivanju ljudskih organa propisuje zabranu trgovine ljudskim organima.⁴³ Pored toga, kaznene odredbe sadrže opise krivičnih dela koji obuhvataju različite postupke i povlače propisane sankcije.⁴⁴ Kažnjive su i radnje onoga ko nezakonito obavlja presađivanje organa.⁴⁵ Sa svoje strane,

⁴² Danijela Davidov-Kesar, „Zašto je zamrlo doniranje organa u Srbiji – Sudbina transplantacije organa u rukama poslanika“, *Dnevni list Politika*, 08.06.2021.

⁴³ V. član 39 Zakona o presađivanju ljudskih organa: „Zabranjena je trgovina ljudskim organima. Zdravstveni radnik koji učestvuje u postupku uzimanja, odnosno presađivanja ljudskih organa, ukoliko posumnja da je ljudski organ koji se uzima, odnosno presađuje predmet komercijalne trgovine, dužan je da odbije učešće u postupku uzimanja, odnosno presađivanja i da bez odlaganja, usmeno i pismeno obavesti nadležne državne organe i Upravu za biomedicinu. Pod trgovinom ljudskim organima u smislu ovog Zakona ne smatra se davanje naknade, kao ni plaćanje troškova uzimanja, odnosno darivanja ljudskih organa sa živog ili umrlog lica zbog presađivanja u telo drugog lica radi lečenja koje uključuje pripremu, obradu, očuvanje i distribuciju, u skladu sa zakonom.“

⁴⁴ V. član 51 Zakona o presađivanju ljudskih organa: „Ko uz bilo kakvu naknadu da svoj ljudski organ ili ljudski organ drugog lica radi presađivanja ili nudi svoj ili ljudski organ drugog lica uz naknadu radi presađivanja ili vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji ili posreduje na bilo koji drugi način u postupku presađivanja ljudskih organa ili učestvuje u postupku presađivanja ljudskih organa koji je predmet komercijalne trgovine, kazniće se zatvorom od dve do deset godina.“

⁴⁵ V. član 52 Zakona o presađivanju ljudskih organa: „Ko obavi presađivanje ljudskog organa ili učestvuje u postupku presađivanja ljudskog organa licu koje se usmeno ili u pismenom obliku

Krivični zakonik Srbije u grupi krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom posebno sankcioniše krivično delo pod nazivom trgovina ljudima, koja obuhvata trgovinu ljudskim organima i delovima tela.⁴⁶

ZAKLJUČAK

Razmatranje zakonodavnog rada na uređenju oblasti transplantacione medicine u pravu Srbije u jednom dužem periodu ukazuje kako na rezultate tako i na određene slabosti. Pravna analiza naglašava potrebu uspostavljanja sistemskih rešenja i standarda rada, posebno u propisivanju pod kojim uslovima prikupljanje i distribucija ljudskih organa (ćelija i tkiva) mogu biti jednaki i etički prihvatljivi za sve, pa i u slučaju *mortis causa* davalaštva. Model pretpostavljene saglasnosti ima kontinuitet primene u pravu Srbije. Problem je u tome što on nikada nije bio diskutovan u dovoljnoj meri. Podnosioci ustavne inicijative za taj model smatraju da krši ljudska prava. Pri takvom stanju stvari i tradiciji postojećih modela saglasnosti u uporednim pravnim sistemima, čini se da odluka Ustavnog suda RS ne bi mogla da ospori model kao takav, već samo da ukaže u čemu se sastoji neustavnost propisa koji taj model podržava. Model može biti promenjen samo kroz novu zakonodavnu proceduru i javnu raspravu, za šta izvesno nije dovoljan rok od šest meseci. Reč je o veoma osetljivoj materiji koja traži krajnje stručni pristup i naglašava potrebu kvalitetnog zakonodavnog okvira, ali isto tako i široko sprovedene javne rasprave, kako bi implementacija zakonskih rešenja bila podržana od svih aktera u transplantacionoj praksi. Pored toga, sa pravnog stanovišta treba jasno učiniti razliku u tome da ono što čini (ne)kvalitet propisa ne znači po automatizmu isto što i (ne)ustavnost propisa, te otuda iznetu

za života protivio darivanju ljudskih organa, odnosno licu čiji se član porodice ili drugo blisko lice u skladu sa ovim zakonom izričito usprotivio darivanju ljudskih organa, odnosno uzme ljudski organ ili učestvuje u uzimanju ljudskog organa od umrlog lica, koji se usmeno ili u pismenom obliku za života protivio darivanju ljudskih organa, odnosno licu čiji se član porodice ili drugo blisko lice u skladu sa ovim zakonom izričito usprotivilo darivanju ljudskih organa, odnosno učestvuje u uzimanju ljudskih organa od umrlog lica kod koga nije dijagnostikovana i utvrđena moždana smrt na način i u skladu sa ovim zakonom, kazniće se zatvorom od dve do deset godina.“

⁴⁶ Član 388 Krivičnog zakonika (*Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019). „Ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela, kazniće se zatvorom od tri do dvanaest godina.“

kvalifikaciju treba uvek da prati adekvatna i utemeljena argumentacija. Ostaje očekivanje da će objavljivanje obrazloženja sudske odluke nastalu situaciju pravno učiniti jasnijom.

Dr. HAJRIJA MUJOVIĆ
Principal Research Fellow
Institute of Social Sciences
Belgrade

PROBLEMS OF THE REGULATORY FRAMEWORK OF TRANSPLANTATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The state of regulations in the field of transplantation medicine when it comes to the Republic of Serbia has had various developmental stages in the past. The complexity of the matter, which is the subject of primarily legislative work, as well as the peculiarity of the approach to medical law, which was not sufficiently respected, sometimes led to difficulties in practice and inconsistencies in regulations. The moment that is perceived as very current at the moment is the recent decision of the Constitutional Court of Serbia which disputes the provisions of the law that speak of consent to donation *post mortem* when organs, cells and tissues are taken from the body of a deceased donor. views of the problems in the regulatory framework and the consequences that such a decision may have on the practice of transplantation medicine, which is very demanding and vital for the sick population. At the same time, the material regulations in the medical-legal sphere are observed in a short analysis. The procedural aspects of the decision of the RS Constitutional Court are not covered. From the legal point of view, the concluding part also draws attention to the importance of adopting quality legal solutions, as well as the seriousness of legal intervention in the sensitive area of medical practice, which consists of various procedures and acts of transplantation medicine.

Key words: transplantation, presumed consent, legislation, constitutional review

Literatura

- Božinović O., „Više od hiljadu ljudi u Srbiji čeka transplantaciju“, *Seriya Nove ekonomije – Zdravstveni sistem Srbije*, br. 63, Beograd, 2019.
- Čolaković M., „Pravo na odlučivanje o post mortem davanju dijelova tijela za transplantaciju – uporednopravni prikaz“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 2011.
- Davidov-Kesar D., „Zašto je zamrlo doniranje organa u Srbiji – Sudbina transplantacije organa u rukama poslanika“, *Dnevni list Politika*, 08.06.2021.
- Draškić M., „Transplantacija u Srbiji – Koji zakon važi?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. 53, br. 1, Beograd, 2005.

- Guillod O., Dumoulin J. F., *Definition de la mort et prelevement d'organes – Aspects constitutionnels, collaborateur scientifique*, The Institute of Health Law, Faculty of Law Collection no. 1 of the University of Neuchâtel, 1999.
- Klajn-Tatić V., „Neka medicinska, etička i pravna pitanja koja pokreće doktrina informisanome pristanku pacijenta na medicinsku intervenciju“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 4, Beograd, 1994.
- Krmpotic K., Isenor C., Beed S. „Deceased organ donation in Nova Scotia: presumed consent and system transformation“, *Health Manage Forum*, vol. 33, br. 5, California: Sage, 2020.
- Lederer S. E., *Flesh and Blood – Organ Transplantation and Blood Transfusion in 20th Century America*, Oxford University Press, 2008.
- Mujović Zornić H., „Donacija i transplantacija organa“, 2013, <http://www.ius.bg.ac.rs> › prof › materijali › dramar.
- Mujović H., „Pravna pitanja pretpostavljenog pristanka pacijenta“, *Aktuelnosti Medicinskog prava – teorija, praksa i zakonodavstvo* (ur. Hajrija Mujović), Institut društvenih nauka, Beograd, 2019.
- Neft H., „Reform des Transplantationsgesetzes – Weichenstellung für eine bessere Patientenversorgung?“, *Medizinrecht*, br. 31, Haidelberg, 2013.
- Radišić J., *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd 2008.
- Rouet M., *Post-mortem organ donation: your consent is presumed*, L'Agence de la biomédecine, Saint-Denis La Plaine, <https://leparticulier.lefigaro.fr/article/don-d-organes-post-mortem-votre-consentement-est-presume>.
- Rudge C. J., „Editorials Organ donation: opting in or opting out?“, *British Journal of General Practice*, National Clinical Director for Transplantation 2008 – 2011, Royal London Hospital, February 2018. <https://doi.org/10.3399/bjgp18X694445>.
- Tennankore K., Klarenbach S., Goldberg A., „Perspectives on Opt-Out Versus Opt-In Legislation for Deceased Organ Donation: An Opinion Piece“, *Canadian Journal of Kidney Health and Disease* no. 8, Ottawa, 2021.
- Vlaisavljević Ž., Janković S., Čulafić Đ., Petrović D., „Transplantacija kroz vekove“, *Medicinski časopis*, br. 2, Kragujevac, 2015.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 30.09.2021.

Prihvaćen: 20.10.2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD