

Rafał Dubowski¹

Non omnis moriar. Pobranie narządów zmarłego do przeszczepu w prawie hiszpańskim na tle prawa polskiego

W podziękowaniu Tym, którzy już za życia mi swe serca oddają.

Według danych za rok 2013 Hiszpania, po raz 23 z rzędu, zajmuje pierwsze miejsce na świecie pod względem liczby zmarłych dawców przypadających na jeden milion mieszkańców². Nie bez powodu zatem model hiszpański w dziedzinie transplantacji jest doceniany i rekomendowany przez liczne instytucje międzynarodowe³. Nie tylko okoliczności

¹ Mgr, Białystok.

² W Hiszpanii na 1 mln mieszkańców przypada 35,3 zmarłych dawców, w całej Unii Europejskiej 19,5 zaś w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej 25,8 natomiast w Polsce 15,5, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/09/01/actualidad/1409568553_370842.html Szczegółowe dane za rok 2013, zob. Newsletter 2014 (hiszpańskiej) Narodowej Organizacji ds. Przeszczepów (nazwa oryginalna: Organización Nacional de Trasplante), <http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%202014.pdf> Biuletyn Poltransplantu jako wskaźnik liczby dawców na jeden milion mieszkańców w Polsce podaje 15,4. Zob. http://www.poltransplant.pl/Download/Biuletyn2014/Biuletyn_2014_web.pdf

³ Rekomendacji takich udzieliła Komisja Ekspertów Rady Europy. Ponadto model hiszpański uzyskał rekomendację na posiedzeniu delegatów państw członkowskim UE nt. donacji i transplantacji organów i tkanek (grudzień 1993 r.). Dodatkowo zob. informacje i wypowiedzi prasowe: *W 2010 Parlament Europejski poparł niemal jednogłośnie nową dyrektywę dotyczącą transplantacji, wzorowaną na modelu hiszpańskim*, <http://www.rp.pl/artukul/482098.html?print=tak>; *W polskiej transplantologii oparliśmy się o model hiszpański, oceniany jak najefektywniejszy w Europie – mówił Roman Danielewicz, dyrektor Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego ds. Transplantacji „Poltransplant” – I przynosi to coraz lepsze efekty, których już zaczynają nam zazdrościć w Europie – dodawał*, <http://www.termedia.pl/Polska-transplantologia-odbija-sie-od-dna,4979.html>

te stanowią niewątpliwą zachętę do podjęcia badań nad hiszpańskim prawem transplantacyjnym, ale również fakt, iż jest to temat nieobecny w naszym piśmiennictwie prawniczym. Posługując się terminologią podróżniczą, jest to obszar dziewiczy, na którym brak przetartych szlaków. Siłą rzeczy zatem, „wyprawa” ta obarczona jest ryzykiem, które jednak, w mojej ocenie, warto podjąć. Porównując hiszpańskie i polskie rozwiązania, chciałbym odpowiedzieć na pytanie: czy i jak prawo polskie realizuje założenia przyjęte w stawianym za wzór modelu hiszpańskim? Z uwagi na dopuszczalne ramy niniejszego opracowania, zakres przedstawionej analizy zostanie ograniczony do aspektów związanych z pobieraniem organów od zmarłego dawcy⁴, z wyłączeniem kwestii związanych z odpowiedzialnością za naruszenia w tej materii⁵.

⁴ Przeszczepy dokonywane są również *ex vivo*, tj. od żywego dawcy. Mogą one obejmować także komórki i tkanki, nie tylko zaś całe organy. Więcej o rodzajach przeszczepów i historii dokonań w tej dziedzinie zob. np.: Z. Religa, *Zarys kardiologii*, Warszawa 1993; R. Tokarczyk, *Zarys regulacji transplantacji organów ludzkich*, RPEiS 2000, nr 1, s. 15-18; Tegoż, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Kraków 2002, s. 213–232; D. Rodríguez-Arias, *Muerte cerebral y trasplantes de órganos. Aspectos internacionales y éticos*, Salamanca-Paryż 2008, s. 73–107; E. M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 25–36; S. Sterkowicz, *Historia pierwszych transplantacji serca w Polsce*, „Kardiologia i Torakochirurgia Polska” 2009, nr 3, s. 313 i n.; J. Sobczak, *Przeszczepianie narządów i komórek krwiotwórczych – rys historyczny*, „Nowiny Lekarskie” 2011, nr 2, s. 157–161; A. Breczko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 348–365; L. Mucha-Smejda, *Rodziny przeszczep nerki - dar życia i miłości*, „Przegląd Urologiczny” 2013, nr 5, s. 22 i n.; Poza tym na funkcjonowanie i efektywność modelu transplantacyjnego duży wpływ ma tzw. koordynacja przeszczepu, czyli najogólniej mówiąc cały proces obejmujący organizację przeszczepu, a zatem pobranie organu (ew. tkanek czy komórek), jego przechowywanie i konserwowanie, transport, właściwy wybór biorcy, zapewniający największe szanse na powodzenie zabiegu i sam zabieg przeszczepu. Jednym z kluczowych elementów koordynacji jest przepływ informacji pomiędzy jednostkami, które dysponują materiałem przeznaczonym do przeszczepu, a jednostkami, które opiekują się potencjalnymi biorcami.

⁵ Co do zasady, zostało pominięte zagadnienie odpowiedzialności za naruszenia w zakresie pobierania organów od zmarłego dawcy. W zależności od charakteru naruszenia i okoliczności w grę może wchodzić odpowiedzialność, np. karna, cywilna bądź dyscyplinarna. Jak zostanie w drodze wyjątku pokazane niżej, naruszenia w tej materii mogą wiązać się w prawie hiszpańskim również z sankcjami administracyjnymi. Uznałem, że jest to zagadnienie tak szerokie, że mogłoby zostać ujęte nawet w odrębną monografię, a próby skrótkowego przedstawienia tej problematyki siłą rzeczy musiałyby wiązać się ze zbyt dużymi uproszczeniami. W zakresie prawa polskiego

1. Pojęcie narządu

W prawie hiszpańskim pojęcie organu zostało określone w Dekrecie Królewskim z 28 grudnia 2012 r. regulującym pobieranie, użycie kliniczne organów ludzkich przeznaczonych do przeszczepu, koordynację terytorialną z nimi związaną oraz ustalającym wymogi jakości i bezpieczeństwa (dalej: dekret z 2012 r.)⁶. W myśl jego postanowień, organem jest wyodrębniona część ciała ludzkiego, złożona z różnych tkanek, która utrzymuje swoją strukturę, ukrwienie i zdolność rozwijania funkcji fizjologicznych na wysokim poziomie autonomii i samowystarczalności. W tym znaczeniu organami będą: nerki, serce, płuca, wątroba, trzustka, jelito i inne części ciała ludzkiego, spełniające podobne kryteria, które mogą zostać pobrane i przeszczepione według aktualnego stanu wiedzy i technologii. Według prawa hiszpańskiego organem jest również część organu, użyta w tym samym celu co cały organ, utrzymująca wymogi struktury i unaczynienia. Na potrzeby dekretu z 2012 r. za organy uważa się także unaczynione tkanki złożone⁷. Artykuł 2 pkt 9 polskiej ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów⁸ jako narząd określa wyodrębnioną i istotną część ludzkiego ciała, zbudowaną z różnych tkanek, zdolną do utrzymywania swojej struktury, ukrwienia i możliwości pełnienia autonomicznych funkcji fizjologicznych. Wydaje się, że również w świetle prawa polskiego część narządu, jeśli nie spełnia kryteriów uznania jej za tkankę, powinna być traktowana tak jak cały narząd⁹. Z racji tego, że dekret z 2012 r. posługuje się terminem „organ” (*órgano*), zaś polska ustawa transplantacyjna terminem „narząd” – oba określenia będą stosowane zamiennie.

zob. np. E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 305–327; J. Duda, *Cywilnoprawna problematyka transplantacji medycznej*, Warszawa 2011; J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty karnoprawne*, Kraków 2004. Ostatnia publikacja co prawda odnosi się do poprzedniego stanu prawnego, jednak pokazuje złożony charakter zagadnienia odpowiedzialności karnej w omawianym zakresie.

⁶ *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado) nr 313 z 29 grudnia 2012 r.

⁷ Artykuł 3 ust. 19 dekretu z 2012 r.

⁸ Ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.), dalej: polska ustawa transplantacyjna.

⁹ Tkanka to zespół komórek o wyspecjalizowanych funkcjach powiązanych ze sobą substancją międzykomórkową (art. 2 ust. 1 pkt 15 polskiej ustawy transplantacyjnej).

2. Zasada poszanowania praw osoby oraz norm etycznych

Jedną z podstawowych zasad, na której opiera się prawo transplantacyjne Królestwa Hiszpanii jest zasada poszanowania fundamentalnych praw osoby oraz norm etycznych dotyczących praktyki medycznej i badań biomedycznych. *Expressis verbis* znalazła ona wyraz w art. 4 ust. 1 dekretu z 2012 r. Chociaż w polskiej ustawie transplantacyjnej brak jest analogicznego przepisu, to jednak nie uprawnia to do stwierdzenia, że polskie prawodawstwo nie respektuje tejsze zasady. Można ją bez najmniejszych problemów zrekonstruować w szczególności z przepisów konstytucyjnych¹⁰, przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry¹¹ oraz przepisów ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹². Zasada ta jest na tyle ogólna, że jej znaczenie w kontekście pobierania organów od zmarłego dawcy może przybliżyć tylko dalsza analiza rozwiązań normatywnych.

3. Zgoda dawcy na pobranie organów

Standardem przyjętym w obu państwach jest dobrowolność dawstwa. Dotyczy to także donacji pośmiertnej. Niemniej jednak pojęcie dobrowolności dawstwa *post mortem* nie jest pozbawione dwuznaczności. W tym zakresie mogą zostać przyjęte dwa modele rozwiązań prawnych: system zgody wyraźnej albo system zgody domniemanej¹³.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹¹ Zob. np. art. 4: „lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością” (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm.).

¹² Zob. np. art. 8 zd. 2: „przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych osoby wykonujące zawód medyczny kierują się zasadami etyki zawodowej określonymi przez właściwe samorzady zawodów medycznych”. Zob. również art. 20 ust. 1: „pacjent ma prawo do poszanowania intymności i godności, w szczególności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych”, a także ust. 2 zd. 1: „prawo do poszanowania godności obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności” (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 159 ze zm.).

¹³ A. Brezcko, *Podmiotowość prawna...*, s. 369; A. López-Navidad, J. Kulisevsky, F. Caballero, *El Donante de órganos y Tejidos: Evaluación y Manejo*, Barcelona 1997, s. 24; B. Chazan, *Transplantacja komórek, tkanek i narządów w świetle obowiązującego prawa na tle rozwiązań przyjętych przez Radę Europy i ustawodawstwa innych krajów*, „Palestra” 1998, nr 5–6, s. 55–56; B. Dobrowolska, *Próby komercjalizacji idei transplantacyjnej w świetle rozstrzygnięć w prawie międzynarodowym*, „Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu” 2011, nr 2, s. 100. W. Załuski wskazuje również na system

W tym pierwszym zgoda na pośmiertne pobranie organów powinna zostać wyrażona wprost, w sposób niebudzący wątpliwości. W systemie zgody domniemanej zaś brak wyrażonego za życia sprzeciwu jest równoznaczny ze zgodą. Zarówno w ustawodawstwie polskim jak i hiszpańskim przyjęto ten drugi model¹⁴. Polska ustawa transplantacyjna przewiduje, że sprzeciw może być wyrażony, a także następnie cofnięty w następujących formach:

- 1) poprzez wpis w centralnym rejestrze sprzeciwów;
- 2) poprzez pisemne oświadczenie opatrzone własnoręcznym podpisem;
- 3) poprzez ustne oświadczenie złożone w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzone¹⁵.

Zadaniem lekarza zamierzającego dokonać pobrania lub osoby przez niego upoważnionej jest sprawdzenie, czy istnieje odpowiedni wpis w centralnym rejestrze, prowadzonym przez „Poltransplant”¹⁶. Weryfikacja przeprowadzana jest drogą telefoniczną, faksem lub za pośrednictwem poczty elektronicznej. Następnie kierowane jest pisemne zapytanie, w celu otrzymania potwierdzenia uzyskanych wcześniej

obowiązkowego wyboru. Organy mogą być pobrane od zmarłego do przeszczepu zawsze i tylko wtedy, gdy za życia wprost wyraził na to zgodę, przy czym każdy człowiek ma prawny obowiązek sformułowania wyraźnej zgody lub sprzeciwu. Zob. W. Załuski, *Czy słuszna jest zasada domniemanej zgody na pobieranie narządów od pacjentów?*, „Prawo i Więź” 2014, nr 3, s. 39. Z punktu widzenia przedstawionych tutaj rozważań system obowiązkowego wyboru jest traktowany jako podtyp systemu zgody wyraźnej.

¹⁴ Nie sposób nie zauważyć, iż system zgody domniemanej został pomyślany tak, aby maksymalnie zwiększyć liczbę dawców. Bo czy większość z nas w ogóle zastanawia się nad pośmiertnym oddaniem organów? Gdyby dopuszczalność pobrania narządów zależała od zgody wyrażonej wprost, pewnie wielu przeszczepów by nie wykonano. Z drugiej strony, czy etyczne jest zakładanie, że ktoś wyraził zgodę na pobranie organów, jeśli w życiu nigdy się nad tym nie zastanawiał? Być może rozwiązaniem tego etycznego dylematu jest system zgody wyraźnej połączony z prawnym obowiązkiem sformułowania za życia wyraźnej zgody lub sprzeciwu. Zob. rozważania w tym zakresie: W. Załuski, *Czy słuszna...*, s. 38 i n. Syntetycznie o stanowisku wybranych religii na temat transplantacji i zgody na pobranie organów zob. np.: A. Breczko, *Podmiotowość prawna...*, s. 355–359; D. Tykwińska-Rutkowska, *Transplantacja. Studium z prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 52–58.

¹⁵ Artykuł 6 ust. 1 oraz ust. 4 polskiej ustawy transplantacyjnej.

¹⁶ Por. art. 7 ust. 6–7 polskiej ustawy transplantacyjnej. Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do spraw Transplantacji „Poltransplant” utworzono na mocy art. 38 polskiej ustawy transplantacyjnej.

informacji. Potwierdzenie udzielane jest w formie wydruku komputerowego opatrzonego podpisem dyrektora „Poltransplantu”¹⁷. Żaden przepis wprost nie nakłada na lekarza zamierzającego dokonać pobrania obowiązku ustalenia, czy zmarły wyraził swoją wolę w inny niż poprzez wpis w centralnym rejestrze sposób. Jednak mimo to celowe wydaje się szerokie traktowanie obowiązku określonego w art. 7 ust. 6.

W Hiszpanii natomiast, w związku z zamiarem pobrania organów od zmarłego dawcy, osoba odpowiedzialna za koordynację szpitalną w zakresie przeszczepów lub osoba, której powierzono to zadanie, wykonuje czynności sprawdzające mające na celu ustalenie woli zmarłego. Obejmują one:

- 1) sprawdzenie, czy dawca wyjawiał swoją wolę któremuś z członków rodziny;
- 2) sprawdzenie, czy dawca wyjawiał swoją wolę specjalistom, którzy opiekowali się nim w placówce medycznej poprzez ustalenie, czy istnieje odpowiednia adnotacja w historii leczenia uczyniona przez specjalistę;
- 3) sprawdzenie dokumentów i rzeczy osobistych, które zmarły miał przy sobie;
- 4) sprawdzenie, czy dawca wyjawiał swoją wolę za pomocą innych środków prawem przewidzianych¹⁸.

W zakresie pkt 4 należałoby mieć na uwadze art. 11 ustawy z 14 listopada 2002 r. o autonomii pacjenta oraz o prawach i obowiązkach w zakresie informacji i dokumentacji medycznej¹⁹. Przewiduje on możliwość sporządzenia Testamentu Życia zawierającego dyspozycje dotyczące opieki medycznej i leczenia, które będą miały zastosowanie w przypadku, gdy dana osoba znajdzie się w stanie uniemożliwiającym ich osobiste zakomunikowanie. Dyspozycje te mogą dotyczyć również pośmiertnego przeznaczenia ciała lub organów. Zgłaszane są one do rejestrów prowadzonych przez poszczególne Wspólnoty Autonomiczne

¹⁷ Por. § 6 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze (Dz. U. Nr 228, poz. 1671).

¹⁸ Artykuł 9 lit. b dekrety z 2012 r.

¹⁹ *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado) nr 274 z 15 listopada 2002 r.

i jednocześnie ewidencjonowane na szczeblu centralnym w Narodowym Rejestrze Testamentów Życia²⁰.

Z punktu widzenia prawa hiszpańskiego, zgoda najbliższych nie ma żadnego znaczenia, niemniej jednak w praktyce klinicznej raczej nie przystępuje się do pobrania organów bez zgody rodziny²¹. W świetle takich przypadków wskazuje się, że należałoby przyjąć, że nie chodzi tu o zgodę *sensu stricto*, lecz o wykładnię woli zmarłego dokonywaną przez jego rodzinę²². Również według naszego prawodawstwa zgoda rodziny zmarłego jest irrelevantna. Jednak, co do zasady, lekarze udzielają najbliższym informacji o zgonie oraz o zamiarze pobrania organów. W szczególności chcą się dowiedzieć, czy zmarły nie pozostawił piśmennego oświadczenia lub nie wyraził swojej woli w obecności dwóch świadków²³. W praktyce klinicznej, również w Polsce, w przypadku braku zgody rodziny na pobranie organów, najczęściej odstępuje się od zamiaru dokonania tej czynności²⁴.

Według prawa hiszpańskiego sprzeciw może być częściowy²⁵. Oznacza to, że sprzeciw może odnosić się do wszystkich organów lub tylko do niektórych. W polskich regulacjach prawnych brak jest analogicznych rozwiązań. Ani ustawy, ani rozporządzenia wykonawcze nie odnoszą się do instytucji sprzeciwu częściowego. Również dostępny na stronie „Poltransplantu” formularz sprzeciwu nie uwzględnia takiej możliwości²⁶. Niemniej jednak wnioskuje się *a maiori ad minus* – wydaje

²⁰ W oryginale *Registro nacional de instrucciones previas*. Określenie „testament życia” (*testamento vital*) jest określeniem używanym potocznie. Jednak tłumaczenie *instrucción previa* jako „testament życia” wydaje mi się najbardziej znośne dla polskojęzycznego odbiorcy i zarazem najlepiej oddaje istotę hiszpańskojęzycznego terminu.

²¹ R. Teijeira, *Aspectos legales del trasplante y donación*, „Anales del Sistema Sanitario de Navarra” 2006, suplement 2, s. 30; F. Redondo García, *El expediente de extracción de órganos de donantes vivos*, w: J.L. Vázquez Sotelo (red.), *Rigor doctrinal y practica forense. Liber amicorum*, Barcelona 2009, s. 844.

²² A. López-Navidad, J. Kulisevsky, F. Caballero, *El Donante...*, s. 24.

²³ Informacja na stronie internetowej Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego do spraw Transplantacji „Poltransplant”, http://www.poltransplant.org.pl/QA.html#Czy_lekarze_powinni_skontaktowac_sie_z_rodzina

²⁴ M. Sych, *Etyczne aspekty pobierania narządów do przeszczepów*, „Polski Przegląd Chirurgiczny” 1992, nr 3, s. 191–209; Cz. Żaba, P. Świdorski, Z. Żaba, M. Grześkowiak, *Prawno-medyczne aspekty pobierania narządów ze zwłok*, „Nowiny Lekarskie” 2009, nr 2, s. 161.

²⁵ Artykuł 9 ust. 1 lit. a dekretu z 2012 r.

²⁶ Zob. http://www.poltransplant.org.pl/form_main.html

się, że nie ma przeszkód, aby sprzeciw dotyczył tylko wybranych narządów. Komu wolno sprzeciwić się pobraniu wszystkich organów, temu wolno wyrazić sprzeciw na pobranie tylko niektórych. O ile pewne trudności techniczne mogłyby wiązać się ze zgłoszeniem takiego sprzeciwu do Centralnego Rejestru, o tyle wydaje się, że akceptacja stosownego oświadczenia pisemnego, względnie złożonego ustnie i potwierdzonego przez świadków, nie powinna budzić wątpliwości²⁷.

W Polsce za osobę małoletnią lub inną, nieposiadającą pełnej zdolności do czynności prawnych, sprzeciw może wyrazić za ich życia przedstawiciel ustawowy²⁸. Analogiczne rozwiązanie przyjmuje się w systemie prawa hiszpańskiego²⁹. Pewną modyfikację tej zasady obserwujemy w prawie polskim. I tak, małoletni powyżej 16 roku życia może wyrazić sprzeciw samodzielnie. Będzie on skuteczny pomimo odmiennej woli przedstawiciela ustawowego³⁰. Dodatkowo, o zgłoszeniu sprzeciwu przez przedstawiciela ustawowego zawiadamia się osobę, której wpis dotyczy, po ukończeniu przez nią 16 roku życia oraz po osiągnięciu przez nią pełnoletności informując jednocześnie o możliwości jego cofnięcia. Brak odpowiedzi na zawiadomienie w terminie 30 dni oznacza jego potwierdzenie. O skutku tym informuje się osobę zawiadamianą³¹.

Kolejną interesującą nas kwestią jest możliwość wyrażenia zgody na pobranie organów po śmierci, wszak polska ustawa transplantacyjna zawiera rozwiązania wyłącznie dotyczące instytucji sprzeciwu. Zagadnienie to nie budzi wątpliwości na gruncie prawa hiszpańskiego. W art. 9 ust. 1 lit. a dekretu z 2012 r. wprost mówi się nie tylko o możliwości wyrażenia zgody, lecz podkreśla się, że może to być, analogicznie jak sprzeciw, zgoda częściowa. Jeśli chodzi o prawo polskie, należy przyjąć, że brak normy zakazującej wyrażenia zgody na pobranie organów *post mortem*, czyni taką zgodę prawnie dopuszczalną. W odróżnieniu od sprzeciwu może ona zostać wyrażona w każdej formie. W praktyce zachęca się zaś do sporządzenia oświadczenia woli i noszenia go wraz z dokumentami osobistymi³².

²⁷ Por. L. Kubicki, *Prawo medyczne*, Wrocław 2003, s. 53.

²⁸ Zob. art. 5 ust. 2 polskiej ustawy transplantacyjnej.

²⁹ Por. art. 9 ust. 1 lit. a dekretu z 2012 r.

³⁰ Zob. art. 5 ust. 3 oraz art. 6 ust. 3 polskiej ustawy transplantacyjnej.

³¹ Zob. § 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze (Dz. U. Nr 228, poz. 1671).

³² Wzór takiego oświadczenia woli zob. <http://www.poltransplant.org.pl/ow.html>

Istnieją jednak sytuacje, gdy zgoda (wyrażna albo domniemana) osoby uprawnionej na pobranie organów nie będzie wystarczająca. Gdy mamy do czynienia ze śmiercią, której okoliczności mogą budzić wątpliwości co do jej naturalnego przebiegu, zgodę na pobranie organów musi wyrazić właściwy organ prowadzący sprawę. Zgodnie z polską ustawą transplantacyjną, jeśli podejrzewa się, że zgon nastąpił w wyniku czynu zabronionego, który jest przestępstwem, pobrania organów można dokonać po uzyskaniu od właściwego prokuratora informacji, że nie zgłasza on sprzeciwu, a w przypadku, gdy postępowanie jest prowadzone przeciwko nieletniemu, po uzyskaniu stanowiska sądu rodzinnego³³. W Hiszpanii zaś, przed pobraniem organów uzyskuje się zgodę sędziego prowadzącego sprawę, który po uprzednim raporcie lekarza sądowego udzieli jej zawsze, jeżeli nie utrudni to prowadzenia sprawy karnej³⁴.

4. Stwierdzenie zgonu

Fundamentalną zasadą dotyczącą pobierania organów od zmarłego dawcy, w sposób oczywisty respektowaną przez systemy prawne obydwu państw, jest obowiązek stwierdzenia śmierci dawcy sposób pewny. We wstępie do załącznika do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu czytamy: „Śmierć jest zjawiskiem zdysocjowanym. Oznacza to, że śmierć ogarnia tkanki i układy w różnym czasie (...) Zatem niektóre funkcje ustroju lub ich części mogą utrzymywać się przez pewien czas w oderwaniu od innych, wcześniej obumarłych”³⁵. Właśnie to medyczne rozumienie śmierci stanowi etyczne, a następnie znajdujące wyraz w prawie stanowionym, uzasadnienie dopuszczalności pobierania organów. Według prawa polskiego i hiszpańskiego śmierć może zostać stwierdzona w oparciu o kryteria dwojakiiego rodzaju:

- a) kryteria neurologiczne;
- b) kryteria krążeniowo-oddechowe³⁶.

³³ Por. art. 8 ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej.

³⁴ Por. art. 9 ust. 5 dekretu z 2012 r.

³⁵ Obwieszczenie Ministra Zdrowia z 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M.P. Nr 46, poz. 547).

³⁶ Zob. art. 9 ust. 2 dekretu z 2012 r. oraz pkt 1 załącznika nr 1 do tego dekretu, a także art. 9 ust. 1 oraz 9a ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej.

Stwierdzenie śmierci w oparciu o kryteria neurologiczne polega na stwierdzeniu trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Mowa wtedy o tzw. śmierci mózgowej³⁷. Gdy mówimy o stwierdzeniu śmierci za pomocą kryteriów krążeniowo-oddechowych, rozumiemy wtedy, że stwierdzone powinno zostać nieodwracalne ustanie krążenia i oddechu.

4.1. Śmierć mózgowa

Według polskiej ustawy transplantacyjnej śmierć mózgu stwierdzana jest jednomyślnie przez komisję złożoną z trzech lekarzy, posiadających specjalizację. W zespole tym co najmniej jeden z lekarzy musi być specjalistą w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jeden specjalistą w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii³⁸. W prawie hiszpańskim również wymaga się, aby śmierć mózgowa została stwierdzona komisyjnie przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje. Dokument stwierdzający zgon zostaje podpisany przez trzech lekarzy, spośród których powinni znaleźć się neurolog lub neurochirurg oraz przełożony lub zastępca personelu jednostki medycznej, w której znajduje się pacjent³⁹. Zarówno w Polsce, jak i w Hiszpanii zastrzega się, że osoby te nie mogą wchodzić w skład zespołu dokonującego pobrania organu oraz przeszczepu⁴⁰.

Procedury stwierdzania śmierci mózgowej dość precyzyjnie zostały określone w załączniku do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 2007 r.

³⁷ O kształtowaniu się pojęcia śmierci mózgowej i samej śmierci mózgowej zob. D. Rodríguez-Arias, *Muerte cerebral...*, s. 197–319; W. Kania, *Kryterium śmierci mózgowej w perspektywie historycznej*, „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 2007, nr 2, s. 350 i n.; K. Sobczak, A. Janaszczyk, *Kontrowersje wokół neurologicznego kryterium śmierci mózgu*, „Forum Medycyny Rodzinnej” 2012, nr 4, s. 182 i n. Krytycznie na temat śmierci mózgowej jako kryterium śmierci człowieka zob. J.M. Norkowski, *Medycyna na krawędzi. Ewolucja definicji śmierci człowieka w kontekście transplantacji narządów*, Radom 2011. Syntetycznie o podejściu wybranych religii do zagadnienia transplantacji i problemu śmierci mózgowej zob. np. A. Breczko, *Podmiotowość prawna...*, s. 355–359.

³⁸ Por. art. 9 ust. 4 polskiej ustawy transplantacyjnej.

³⁹ Artykuł 9 ust. 2 oraz 4 dekretu z 2012 r., a także art. 5 ust. 1 ustawa z 27 października 1979 r. o pobieraniu i transplantacji organów (*Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos*), Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 266 z 6 listopada 1979 r., dalej: hiszpańska ustawa transplantacyjna.

⁴⁰ Por. art. 9 ust. 6 polskiej ustawy transplantacyjnej oraz art. 9 ust. 2 oraz 4 dekretu z 2012 r., a także art. 5 ust. 1 hiszpańskiej ustawy transplantacyjnej.

oraz załączniku nr 1 do dekretu z 2012 r. Mając na uwadze ograniczone ramy niniejszego opracowania, szczegółowe ich omówienie wydaje się niemożliwe. Ponadto wiązałyby się to z koniecznością przytaczania dużej ilości terminów medycznych, co tylko komplikowałoby zagadnienie. W związku z tym ograniczę się do wskazania podstawowych elementów konstytutywnych oraz kilku charakterystycznych różnic pomiędzy rozwiązaniami hiszpańskimi i polskimi.

Co do zasady, procedura stwierdzania śmierci mózgu oparta jest na co najmniej dwóch seriach klinicznych badań podstawowych, weryfikujących czynności pnia mózgu oraz trwałość bezdechu. Każda seria badań zostaje wykonana, w zależności od przypadku, w określonych odstępach czasu. Załącznik nr 1 do dekretu z 2012 r., w odróżnieniu od swojego polskiego odpowiednika, nie mówi o konieczności przeprowadzenia, trwającej określony czas, obserwacji wstępnej przed przystąpieniem do pierwszej serii badań⁴¹. W sytuacjach szczególnie skomplikowanych, gdy postawienie diagnozy jest utrudnione, wykonuje się dodatkowe badania instrumentalne. Są to badania dwójakiego rodzaju:

- 1) badania, które sprawdzają funkcje neuronalne:
 - a) elektroencefalografia (EEG),
 - b) badanie potencjałów wywołanych;
- 2) oraz badania, które sprawdzają mózgowy przepływ krwi.

Wspomniane okresy obserwacji pomiędzy seriami badań podstawowych mogą ulec skróceniu w zależności od wyników przeprowadzonych badań instrumentalnych. Istotną różnicą jest to, że w Polsce nie przewiduje się możliwości stwierdzenia śmierci mózgowej na potrzeby pobrania organów u noworodka do 7 dnia życia. W Hiszpanii natomiast nie tylko taka możliwość istnieje, ale organy można pobrać nawet od noworodków urodzonych przed zakładanym terminem i to po okresie 48-godzinnej obserwacji, która może ulec skróceniu w zależności od wyników badań instrumentalnych. Ponadto, okres obserwacji może nawet zostać

⁴¹ Według załącznika do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 2007 r. w przypadku pierwotnych uszkodzeń mózgu czas obserwacji wstępnej powinien wynosić co najmniej 6 godzin. W przypadku uszkodzeń wtórnych, spowodowanych między innymi takimi czynnikami jak niedotlenienie, udar niedokrwieny mózgu, zatrzymanie krążenia, hipoglikemia i inne, czas ten powinien wynosić co najmniej 12 godzin. Czas obserwacji wstępnej u dzieci w przedziale wiekowym do 2 lat powinien być zawsze dłuższy niż 12 godzin.

całkowicie pominięty, jeśli zostanie wykonane badanie potwierdzające w sposób pewny brak krążenia mózgowego⁴².

Utrzymanie prawidłowej ciepłoty ciała diagnozowanego pacjenta jest szczególnie ważne, gdyż sama hipotermia, gdy temperatura waha się między 20, a 28 stopniami – może dawać objawy zbliżone do śmierci mózgowej⁴³. W tym zakresie jednak hiszpański załącznik nr 1 do dekretu z 2012 r. nieco inaczej określa wartość temperatury ciała, jaką powinien posiadać diagnozowany pacjent. W Polsce wymaga się, aby w każdym przypadku, bez wyjątku, wynosiła ona 35 stopni Celsjusza bądź więcej. Co prawda, w załączniku nr 1 do dekretu z 2012, podobnie zaleca się, aby temperatura ciała pozostawała wyższa niż 35 stopni Celsjusza, to jednak temperatura wyższa od 32 stopni i mniejsza (równa) 35 stopni, według rozwiązań hiszpańskich, zasadniczo nie stanowi przeszkody diagnostycznej. Jedynie w przypadku dzieci do 24 miesiąca życia temperatura ciała powinna wynosić zawsze więcej niż 35 stopni⁴⁴.

Uznaje się, że niektóre objawy, chociaż mogą sprawiać wrażenie, że człowiek pozostaje nadal żywy, nie wykluczają postawienia diagnozy śmierci mózgowej. Mogą one przybierać bardzo drastyczną postać i w istocie mogą budzić wątpliwości co do tego, czy mamy do czynienia ze zmarłym czy wciąż żywym człowiekiem? Tego rodzaju okoliczności zostały uwzględnione w obu analizowanych załącznikach. W załączniku nr 1 do dekretu opisane zostały dość ogólnie i stwierdza się tam, że występowanie spontanicznej lub stymulowanej aktywności ruchowej pochodzącej z rdzenia kręgowego nie wyklucza śmierci mózgu⁴⁵. Bardziej wyczerpujący obraz zjawiska dają nam sytuacje wskazane w załączniku do obwieszczenia MZ z 2007 r. I tak śmierci mózgowej nie wykluczają:

- 1) subtelne, okresowe i rytmiczne ruchy mięśni twarzy. Podaje się, iż to zjawisko może wynikać z odnerwienia mięśni w obszarze unerwianym przez nerw VII;
- 2) zgięciowe ruchy palców dłoni;
- 3) toniczne odruchy szyjne — ruchy szyi, złożone ruchy kończyn inne niż patologiczne zgięcie lub wyprost. Zgięcie tułowia, dowolny obrót głowy oraz przywodzenie w stawach ramiennych

⁴² Ust. 2.7 lit. c załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

⁴³ D. Escudero, *La muerte encefálica. Exploración clínica y métodos diagnósticos instrumentales*, w: R. Matesanz (red.), *El modelo español de coordinación y trasplantes*, Madryt 2008, s. 122–123.

⁴⁴ Ustęp 2.2. lit b pkt 3 załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

⁴⁵ Ustęp 2.2. lit. d załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

- ze zgięciem w stawach łokciowych. Takie ruchy zdarzają się czasem podczas testu bezdechu lub po stwierdzeniu śmierci mózgu i odłączeniu respiratora. Mogą one przybierać dramatyczną formę (tzw. objaw Łazarza);
- 4) inne ruchy tułowia, obejmujące asymetryczne ustawienie tułowia z odgięciem głowy do tyłu, zachowane głębokie i powierzchowne odruchy skórne brzuszne;
 - 5) zachowane odruchy ścięgniste, objaw trójzgięcia (w stawie biodrowym, kolanowym i skokowym, np. podczas wywoływania objawu Babińskiego);
 - 6) naprzemienne ruchy zgięciowe i wyprostne palców stóp (objaw falujących palców stóp) lub zgięcie palców stóp po opukiwaniu stopy, dodatni objaw Babińskiego;
 - 7) odruch polegający na nawróceniu i wyproście kończyny górnej.

4.2. Nieodwracalne zatrzymanie krążenia

Procedury stwierdzania śmierci na skutek nieodwracalnego zatrzymania oddechu zostały określone w załączniku do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia⁴⁶ oraz załączniku nr 1 do dekretu z 2012 r. Również w tym miejscu niecelowe będzie szczegółowe omawianie tych procedur, dlatego wskazane zostaną tylko ich główne cechy charakterystyczne. W Polsce i Hiszpanii diagnoza śmierci w oparciu o kryteria krążeniowe opiera się na stwierdzeniu ustania krążenia i spontanicznego oddychania, które trwa nie mniej niż 5 minut. Okres ten jest liczony od zakończenia bezskutecznej resuscytacji krążeniowo-oddechowej. Jeśli lekarz stwierdzi, że według wskazań medycznych resuscytacja nie zakończy się przeżyciem można bezpośrednio przejść do odmierzenia wymaganego okresu. W hiszpańskim dokumencie wskazuje się dość ogólnie, że czas trwania resuscytacji zależy od wieku oraz okoliczności, które wywołały ustanie czynności krążeniowo-oddechowych, a w każdym przypadku należy postępować zgodnie ze wskazaniami protokołów zaawansowanej reanimacji sercowo-płucnej, które publikują właściwe społeczności naukowe⁴⁷. Ustanie krążenia stwierdza się zaś, wykazując, że wystąpiła przynajmniej jedna ze wskazanych okoliczności:

⁴⁶ Obwieszczenie Ministra Zdrowia z 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M.P. Nr 59, poz. 784).

⁴⁷ Ustęp 3.1. lit. b pkt 1 załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

1) asystolia ciągła na wykresie EKG (*asistolia en un trazado electrocardiográfico continuo*); 2) brak przepływu krwi w badaniu inwazyjnym ciśnienia tętniczego (*ausencia de flujo sanguíneo en la monitorización invasiva de la presión arterial*); 3) brak przepływu krwi w aortach w badaniu echokardiograficznym (*ausencia de flujo aórtico en un ecocardiograma*)⁴⁸. Ponadto, jeśli pozwala na to stan wiedzy i postęp techniczny, można wykonać innego rodzaju badanie instrumentalne, zawsze kiedy daje ono gwarancję prawidłowej diagnozy⁴⁹. Natomiast w załączniku do obwieszczenia MZ z 2010 r. podaje się szczegółowo, że w czasie resuscytacji krążeniowo-oddechowej, prowadzonej zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, powinna zostać stwierdzona asystolia lub rozkojarzenie elektromechaniczne trwające co najmniej 20 minut, a w przypadku dzieci do lat 2 – trwające co najmniej 45 minut. Dodatkowo wymaga się, aby w tym okresie nie zostało stwierdzone występowanie spontanicznej fali tętna na tętnicach szyjnych i udowych. W załączniku do obwieszczenia MZ z 2010 r. wskazano również, że wystąpienie migotania komór lub spontanicznej fali tętna na tętnicach szyjnych lub udowych, w okresie trwającej co najmniej 5 minut obserwacji, skutkuje tym, że wymagany okres resuscytacji i obserwacji liczony jest od początku.

Zgon na skutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia stwierdzany jest przez jednego lekarza, niewchodzącego w skład zespołu dokonującego pobrania organu lub przeszczepu⁵⁰. W Polsce wymaga się dodatkowo, aby lekarz stwierdzający zgon oparł się na opinii dwóch lekarzy posiadających specjalizację w jednej z następujących dziedzin: anestezyjologii i intensywnej terapii, medycyny ratunkowej, kardiologii, kardiologii dziecięcej lub chorób wewnętrznych. Jeśli lekarz stwierdzający zgon jest specjalistą w którejkolwiek z tych dziedzin, opiera się on wówczas na opinii tylko jednego lekarza⁵¹.

⁴⁸ Ustęp 3.1. lit. c załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

⁴⁹ Ustęp 3.1. zd. ostatnie załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

⁵⁰ Por. art. 9 ust. 3 dekretu z 2012 r. oraz art. 9a ust. 2 polskiej ustawy transplantacyjnej.

⁵¹ Zob. pkt IV załącznika do obwieszczenia MZ z 2010 r.

5. Rekompensata za dawstwo

W Polsce i Hiszpanii dawstwo organów jest nieodpłatne⁵². Polska ustawa transplantacyjna ujmuje to zagadnienie dość szeroko i w myśl jej postanowień za pobrane od dawcy narządy nie tylko nie można żądać, ale także przyjmować zapłaty oraz innej korzyści majątkowej lub osobistej⁵³. Zapłatą nie jest i nie stanowi korzyści majątkowej lub osobistej zwrot kosztów pobrania, przechowywania, przetwarzania, sterylizacji, dystrybucji i przeszczepiania organów⁵⁴.

Prawo hiszpańskie również dąży do eliminacji motywu zysku w dziedzinie donacji i wprowadza zasadę nieodpłatności i altruistycznego dawstwa, w taki sposób, aby nie było możliwe uzyskanie kompensacji ekonomicznej lub osobistej za dawstwo jakiegokolwiek części ciała ludzkiego. Zabronione jest także publikowanie wszelkiego rodzaju ogłoszeń o sprzedaży lub kupnie organów⁵⁵.

Ciekawy problem obserwujemy na gruncie hiszpańskiego kodeksu karnego⁵⁶. Ustawa organiczna z 22 czerwca 2010 r. wprowadziła do kodeksu karnego art. 156 bis dotyczący handlu organami ludzkimi⁵⁷. Hiszpański kodeks karny penalizuje następujące zachowania: niezgodne z prawem pobieranie, handel i przeszczep organów. Dodatkowo zabronione jest promowanie, wspieranie i ułatwianie tych działań, w tym publikowanie ogłoszeń obejmujących swą treścią możliwość niezgodnego z prawem pobrania, handlu lub przeszczepu⁵⁸. Organ musi być cudzy.

⁵² Jest to reguła funkcjonująca w wielu państwach zarówno w zakresie pobrania organów *ex vivo*, jak i *post mortem*. Wyjątkiem tutaj jest np. Iran, gdzie od 1988 r. wypłacane są rekompensaty dawcom nerek, ujętym w specjalnym rejestrze. Wprowadzenie tych rozwiązań przyczyniło się do zlikwidowania w 1999 r. listy osób oczekujących na przeszczep tego organu. Zob. B. Dobrowolska, *Próby komercjalizacji...*, s. 100.

⁵³ Artykuł 3 ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej.

⁵⁴ Artykuł 3 ust. 2 polskiej ustawy transplantacyjnej.

⁵⁵ Zob. art. 6 hiszpańskiej ustawy transplantacyjnej, a także art. 4 ust. 2 oraz art. 7 dekretu z 2012 r.

⁵⁶ *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ustawa organiczna z 23 listopada 1995 r. – Kodeks karny, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 281 z 24 listopada 1995 r. ze zm.

⁵⁷ *La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ustawa z 22 czerwca 2010 r. zmieniająca ustawę organiczną z 23 listopada 1995 r. – Kodeks karny, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 152 z 23 czerwca 2010 r.

⁵⁸ Por. art. 156 bis hiszpańskiego kodeksu karnego. Dodatkowo: L.M. Puente Aba, *La protección frente al tráfico de órganos su reflejo en el Código Penal español*, „Revista de derecho y proceso penal” 2011, nr 26, s. 135–152.

Oznacza to, że karze nie podlega osoba, od której ten organ pobrano⁵⁹. Tym samym, również sprzedaż własnego organu nie będzie wiązała się z sankcją karną⁶⁰. Co jednak najistotniejsze, z uwagi na to, że omawiany przepis znajduje się w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko zdrowiu, jako wadę tej regulacji wskazuje się, że nie będzie miał on zastosowania do organów pochodzących od zmarłego dawcy⁶¹. W tym zakresie będą miały zastosowanie natomiast sankcje administracyjne (kary pieniężne). Dekret z 2012 r. wprowadza trzy kategorie naruszeń: 1) bardzo ciężkie; 2) ciężkie; 3) oraz lekkie. W zależności od charakteru naruszenia przewidziane są kary pieniężne w różnej wysokości. Do bardzo ciężkich naruszeń zalicza się m.in.: 1) wykonywanie jakiegokolwiek czynności określonej dekretem z 2012 r. bez poszanowania zasady dobrowolności, altruizmu, braku zysku i nieodpłatności; 2) zamieszczanie ogłoszeń o pozyskaniu lub dostępności organu, oferując lub żądając za niego rekompensatę. Pośród ciężkich naruszeń natomiast znajduje się zamieszczanie ogłoszeń o pozyskaniu organów na rzecz określonych osób, placówek medycznych, instytucji, fundacji lub przedsiębiorstw oraz zamieszczanie ogłoszeń wprowadzających w błąd co do pozyskiwania i wykorzystania organów ludzkich⁶².

Odmienne: polskie przepisy karne będą obejmowały także handel organami ze zwłok. Artykuł 44 ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej stanowi: „kto, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, nabywa lub zbywa cudzą komórkę, tkankę lub narząd, pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów, pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat”. Również rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu organu w celu jego przeszczepienia, w myśl prawa polskiego będzie penalizowane niezależnie od tego, czy organ pochodzi od żywego dawcy czy też ze zwłok⁶³.

⁵⁹ L.M. Puente Aba, *La protección...*

⁶⁰ M. G. Tomillo, *Comentario al Código Penal*, Valladolid 2010, s. 619.

⁶¹ Zob. M. G. Tomillo, *Comentario...*, s. 618; L.M. Puente Aba, *La protección...*, s. 135–152.

⁶² Por. art. 33 ust. 1 oraz art. 34 dekretu z 2012 r.

⁶³ Por. art. 43 polskiej ustawy transplantacyjnej.

6. Anonimowość dawstwa

Prawo hiszpańskie dąży do stworzenia takich warunków w procesie pobierania organów od zmarłego, aby nie było możliwe ujawnienie jakiegokolwiek informacji, która pozwalałaby zidentyfikować dawcę lub biorcę organu⁶⁴. W przypadku zmarłego dawcy jego rodzina nie może poznać tożsamości biorcy i jego rodziny. I na odwrót, biorca i jego rodzina nie mogą poznać tożsamości dawcy i jego rodziny⁶⁵. Regulacje te stanowią realizację i rozwinięcie określonego w art. 10 ust. 3 ustawy z 25 kwietnia o służbie zdrowia⁶⁶, prawa do poufności w zakresie korzystania ze świadczeń zdrowotnych. Ponadto, informacje dotyczące dawcy i biorcy podlegają ochronie przewidzianej w ustawie organicznej z 13 grudnia 1999 r. o ochronie danych osobowych⁶⁷, ustawie z 14 listopada 2002 r. o autonomii pacjenta oraz o prawach i obowiązkach w zakresie informacji i dokumentacji medycznej⁶⁸. Podobne rozwiązania zawiera art. 19 polskiej ustawy transplantacyjnej, który przewiduje, że dane osobowe potencjalnego dawcy, dawcy, potencjalnego biorcy i biorcy są objęte tajemnicą i podlegają ochronie na podstawie przepisów o tajemnicy zawodowej i służbowej oraz na podstawie przepisów dotyczących dokumentacji medycznej prowadzonej przez podmioty lecznicze.

⁶⁴ Chodzi tu o możliwość identyfikacji dawcy lub biorcy przez osoby postronne. W celu ochrony zdrowia żywych dawców i biorców, z poszanowaniem przepisów dotyczących ochrony danych osobowych, w Hiszpanii działa system identyfikacji dawców i biorców. Zob. art. 22 dekretu z 2012 r. Uwagi te dotyczą także regulacji polskich. W Polsce istnieje np. rejestr przeszczepień, w którym znajdują się informacje dotyczące biorcy; rozporządzenie Ministra Zdrowia z 2 kwietnia 2010 r. określa sposób tworzenia niepowtarzalnego oznakowania umożliwiającego identyfikację dawcy komórek, tkanek lub narządów, oraz sposób oznaczania komórek, tkanek lub narządów, za pomocą tego oznakowania (Dz. U. Nr 75, poz. 486).

⁶⁵ Por. art. 5 ust. 1 i 2 dekretu z 2012 r.

⁶⁶ *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 102 z 29 kwietnia 1986 r. ze zm.

⁶⁷ *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 298 z 14 grudnia 1999 r. ze zm.

⁶⁸ *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 274 z 15 listopada 2002 r. ze zm.

7. Podmioty dokonujące czynności pobrania organów

Zgodnie z polskim prawem pobranie narządów do przeszczepu może być prowadzone wyłącznie w podmiotach leczniczych dysponujących oddziałem chirurgicznym i salą operacyjną. Nie muszą one posiadać dodatkowego pozwolenia ministra właściwego do spraw zdrowia, jak np. podmioty lecznicze dokonujące transplantacji⁶⁹. Pobrania organów w celu przeszczepu może dokonać:

- 1) lekarz specjalista w następujących podstawowych dziedzinach medycyny:
 - a) chirurgii ogólnej lub
 - b) chirurgii dziecięcej, lub
 - c) kardiochirurgii, lub
 - d) chirurgii klatki piersiowej, lub
 - e) urologii;
- 2) lekarz specjalista w dziedzinie transplantologii klinicznej posiadający specjalizację w co najmniej jednej z ww. dziedzin;
- 3) lekarz odbywający specjalizację w wymienionych wyżej dziedzinach, upoważniony przez lekarza, o którym mowa w punkcie 2 i dokonujący tych czynności pod jego nadzorem⁷⁰.

W prawie hiszpańskim kwestia kręgu podmiotów uprawnionych do pobierania organów od zmarłego dawcy przedstawia się nieco inaczej. Instytucjonalnie umocowane do tego są placówki medyczne posiadające zezwolenie odpowiedniego organu właściwej wspólnoty autonomicznej, tworzącej Królestwo Hiszpanii⁷¹. W tym zakresie prawo ogólnopństwowe określa tylko pewne ramy działalności placówek medycznych tego rodzaju. Powinny one m.in.:

⁶⁹ Zob. art. 36 ust. 1 i 1a polskiej ustawy transplantacyjnej oraz § 10 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 4 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 213, poz. 1656). W rozporządzeniu tym jest mowa o „zakładach opieki zdrowotnej”, niemniej jednak ustawa o działalności leczniczej z 15 kwietnia 2011 zastąpiła pojęcie zakładu opieki zdrowotnej, także w polskiej ustawie transplantacyjnej – szerszym pojęciem podmiotu leczniczego (Dz. U. Nr 112, poz. 654 ze zm.). Wynika z tego, że również na gruncie rozporządzenia określenie „zakład opieki zdrowotnej” powinniśmy interpretować jako „podmiot leczniczy”.

⁷⁰ Zob. § 4 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 4 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 213, poz. 1656).

⁷¹ Zob. art. 11 ust. 1 dekretu z 2012 r.

- 1) posiadać wykwalifikowany personel medyczny i środki techniczne, pozwalające stwierdzać zgon zgodnie z przepisami dekretu;
- 2) dysponować środkami niezbędnymi do poprawnej selekcji, oceny, charakteryzacji medycznej i utrzymania żywotności organów dawcy;
- 3) posiadać sprzęt medyczny i inne środki, niezbędne do prawidłowego pobrania organów zgodnie z akceptowanymi w tej dziedzinie standardami, według najlepszych praktyk medycznych;
- 4) być w stanie przechować surowicę dawcy przez okres co najmniej 10 lat, na wypadek kontroli biologicznej;
- 5) dysponować personelem oraz środkami niezbędnymi do restauracji ciała zmarłego po pobraniu organów;
- 6) spełniać warunki w zakresie poufności i ochrony danych osobowych⁷².

Ponadto wymaga się, aby wniosek o autoryzowanie placówki zawierał co najmniej:

- 1) imiona i nazwiska odpowiedzialnych za proces pobierania organów oraz imię i nazwisko osoby odpowiedzialnej za szpitalną koordynację przeszczepów;
- 2) szczegółowe sprawozdanie dotyczące środków ludzkich i materialnych oraz procedur postępowania, które placówka ma do swojej dyspozycji⁷³.

Udzielane zezwolenie jest czasowe. Może zostać przedłużone, po uprzednim stwierdzeniu, że nadal istnieją okoliczności, które istniały w chwili jego wydania. Nigdy nie jest ono przedłużane automatycznie⁷⁴. O każdej istotnej zmianie okoliczności, mających znaczenie dla autoryzacji placówki, powinien zostać powiadomiony odpowiedni organ wspólnoty autonomicznej, który może wygasić udzielone zezwolenie lub zmodyfikować jego zakres⁷⁵. Informacje dotyczące autoryzowanych placówek gromadzone są w centralnych rejestrach⁷⁶.

⁷² Zob. art. 11 ust. 2 dekretu z 2012 r.

⁷³ Artykuł 11 ust. 3 dekretu z 2012 r.

⁷⁴ Zob. art. 11 ust. 5 dekretu z 2012 r.

⁷⁵ Zob. art. 11 ust. 6 dekretu z 2012 r.

⁷⁶ Zob. art. 11 ust. 7 oraz art. 30 dekretu z 2012 r.

8. Podsumowanie

Przeprowadzone przeze mnie badania prowadzą do wniosku, że regulacje polskie i hiszpańskie, chociaż wykazują pewne odmienności, zostały oparte na tych samych zasadach przewodnich. Tym samym można stwierdzić, że prawo polskie w zakresie dotyczącym pobierania organów zmarłego do przeszczepu znacząco nie odbiega od rekomendowanego modelu hiszpańskiego. Oczywiście przedstawione opracowanie nie wyczerpuje całkowicie zagadnienia. Przeciwnie, może prowokować kolejne, bardziej wnikliwe pytania. Jednak pomimo tego wydaje się, że wspólne ramy, kierunki oraz cele – polskich i hiszpańskich rozwiązań prawnych – są w tym miejscu wystarczająco dostrzegalne.

Streszczenie

W artykule autor porusza zagadnienia dotyczące prawnych aspektów pobrania organów od zmarłego. Porównując rozwiązania hiszpańskie i polskie dąży on do udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy i jak prawo polskie realizuje założenia przyjęte w rekomendowanym przez instytucje międzynarodowe modelu hiszpańskim? Po przedstawieniu różnych aspektów analizowanego zagadnienia, reasumując stwierdza, że regulacje polskie i hiszpańskie, chociaż wykazują pewne odmienności, zostały oparte na tych samych zasadach przewodnich.

Słowa kluczowe: Polska, Hiszpania, transplantacja, pobranie organów, zmarły dawca.

Abstract

The article presents an analysis of Polish and Spanish legal issues concerning procurement of organs from deceased donors for transplantation. The aim is to answer the question: what are the differences and similarities between both legal systems? The study includes: ascertainment of brain death and death based on cardio-respiratory criteria; the procedures related to the consent of being a donor after death, rules of the anonymity of donation and provisions relating to the financial compensation. The article also presents terms and conditions for medical staff and health care units procuring organs from deceased donors. The author

concludes his study with the statement that Polish and Spanish law are based on the same principles to the analysed extent.

Keywords: Polish and Spanish law, transplantation, deceased donors, procurement of organs.