

Лука Баїуран, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

Стефан Самарџић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

ПРИСТАНАК ЛИЦА ДА БУДЕ ДОНОР ОРГАНА НАКОН СМРТИ У СРПСКОМ ПРАВУ¹

Сажетак: Трансплантација органа представља често једини начин за ефикасно лечење неких болести. Према садашњем законском решењу, да би се орган умрлог лица могао користити за presaђивање, неопходно је да је умрли за живог за то дао писмени пристанак (модел прејостављене забране). Под одређеним условима, њај пристанак могу да дају и блиски сродници умрлог ако се он за живог није томе изричито успрошвио. Оваквим законским решењем не врши се ефикасна алокација оскудног добра, и стварају се велики друштвени прошекови. Када би законодавац уместо овог модела прихватио модел прејостављене сагласности, створила би се прва прејоставка за ефикаснију алокацију и повећање друштвеног блаостања. У првом делу рада представља се правни оквир за донирање органа у Републици Србији. У другом делу се образлаже проблем недовољне понуде органа. Трећи део рада говори о покушајима да се подигне ниво понуде органа кроз промоцију трансплантације. У четвртом делу пореде се ефекти различитих правних решења, и то модела прејостављене сагласности и прејостављене забране. Пети део анализира кривичноправну заштити у области трансплантације органа и њене ефекте на остепенцијалне доноре.

Кључне речи: трансплантација, presaђивање органа, модел прејостављене забране, модел прејостављене сагласности, кривично право, кривична дела

¹ Рад је настао као резултат рада на пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“, бр. 17097, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Увод

Бројни су случајеви у којима пресађивање органа нема адекватну алтернативу када је лечење у питању. Најбољи доказ су бубрежни болесници с обзиром на то да се за њихово дијализирање издваја четвртина укупних издатака за здравство у Србији.² Медицинска наука је одавно заузела став да је трансплантација бубрега много ефикаснији метод лечења од хемодијализе. Трансплантацијом се, за разлику од хемодијализе постиже потпуна психофизичка рехабилитација пацијента. Са друге стране, веома је висока смртност код пацијената који се налазе на хемодијализи. Према неким подацима, сваке године у Србији умре њих око 400.³ Хемодијализа је и веома скуп поступак, који кошта око 16 хиљада евра годишње по пацијенту, до год је пацијент жив. Лечење пацијента трансплантацијом у првој години кошта од 16 до 20 хиљада евра, с тим да сваке наредне године цена трансплантације опада, и у петој години она је сведена на свега 20% од почетне цифре.⁴

Ово су неки од аргумената који говоре у прилог трансплантацији органа у односу на друге видове лечења. Међутим, проблем је што у реалном животу нема довољно органа који се могу пресадити пацијентима.

Предмет изучавања ће бити прописи којима се регулишу могућности здравствених установа у Републици Србији да узимају органе умрлих лица ради пресађивања. Нови Закон о трансплантацији органа је донет 2009. године. Ипак, овим није решен проблем великог броја пацијената којима је потребан орган, јер број давалаца тренутно ни изблиза не може да подмири укупне друштвене потребе. Економским речником, тражња за органима је већа од њихове понуде.

Право ствара систем подстицаја, који утичу на понашање људи. Економска анализа права претпоставља да је циљ права у овом случају да омогући ефикасну алокацију органа за пресађивање који су на располагању, самим тим и максимизацију укупног благостања у друштву. Циљ рада је дакле да покуша да пронађе и предложи правно решење којим би се повећала ефикасност алокације у области трансплантације органа и благостање у друштву, као и да учини осврт на кривичноправну заштиту у овој деликатној области како би се смањило простор за злоупотребе и цео поступак учинио безбеднијим, што би у крајњем такође требало да има позитиван утицај на промоцију трансплантације.

² Интервју са др Зораном Ковачевићем, начелником нефрологије ВМА, http://www.srbijazatransplantaciju.com/ekonomska_isplativost.html, приступљено 4. новембра 2013. године

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

Прописи ће бити тумачени са медицинско-, економско- и кривично-правног аспекта. Остали аспекти (етички, религијски, социјални, психолошки и др.) ће овом приликом бити изостављени.

Према постојећем законском решењу, од умрлог лица се може узети орган за пресађивање само уколико је за живота дао изричит пристанак. Изузетно, са умрлог лица које за живота није дало пристанак може се узети орган ако се са тим сагласе чланови породице, осим у случају да је умрло лице за живота изричито забранило узимање. Оваквим решењем стварају се изузетно високи трошкови потенцијалним донорима, који надмашују њихове користи од донирања. Због тога они нису довољно мотивисани да пристану на донирање органа, па друштвене потребе по том питању остају незадовољене. Када би уместо овог решења било прописано да је узимање органа од умрлих лица у циљу пресађивања допуштено уколико се умрли за живота није томе противио, повећао би се број потенцијалних донора, чиме би се створио основ да се на најједноставнији и најјефтинији начин превазиђе или бар смањи перманентни недостатак органа за пресађивање.

1. Донирање органа према постојећим законским решењима у Србији

У Србији је од 1981. године био на снази републички *Закон о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења*⁵. Њиме је било прописано да делови тела са умрлог лица могу да се узму ради пресађивања ако се умрло лице за живота није противило, односно ако се томе није изричито успротивио родитељ, брачни друг или пунолетно дете умрлог.⁶ Решење које је овим Законом у Србији било усвојено се у теорији назива „модел претпостављене сагласности“ – сагласност се подразумева, ако је лице није експлицитном изјавом воље ускратило. Треба истаћи да се овим решењем не задире у лично право умрлог лица на телесни интегритет јер узимање органа и даље зависи од његове воље, већ се само прописује специфична форма давања његове сагласности.

Од 1990. године био је на снази савезни *Закон о узимању и пресађивању делова људског тела*⁷. И овим је законом било прописано да се људски органи могу узимати од умрлог лица ако је то медицински

⁵ Закон о узимању и пресађивању делова људског тела у сврху лечења, („Сл. Гласник - СРС“ бр. 22/81)

⁶ *Ibid.*, члан 4.

⁷ Закон о узимању и пресађивању делова људског тела, („Сл. лист СФРЈ, бр. 63/90 и 22/91 - испр, Сл. лист СРЈ, бр. 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94 и 28/96 и Сл. Гласник РС, бр. 101/2005 - др. закон.); у даљем тексту: Савезни закон.

оправдано.⁸ Свако лице је могло да да писмену изјаву да се изричито противи давању делова тела за пресађивање, а то је могао да учини и његов родитељ, односно старатељ.⁹ Дакле, Савезни закон није одступио од модела претпостављене сагласности усвојеног 1981. године.

Од 2009. године у Србији, уместо дотадашњег Савезног закона, важи нови републички *Закон о трансплантацији орџана*¹⁰. За разлику од претходног прописа, нови Закон је заузео много ригиднији став када је у питању узимање орџана од умрлог лица. Према новом законском решењу, пресађивање орџана обавља се само ако је пунолетни пословно способни давалац пре пресађивања, као израз слободне воље, дао писмени пристапак за пресађивање орџана.¹¹ Писмени пристапак се даје према строго прописаној процедури.¹² Уколико умрло лице није дало пристапак за живота (али није ни изричито, писмено или усмено забранило узимање својих орџана), пристапак може дати породица.¹³ Дакле, новим законским решењем, уместо модела претпостављене сагласности, уведен је „модел претпостављене забране“, чиме је узимање орџана знатно отежано.¹⁴

Чињеница је да је због оваког законског решења вишак тражње орџана за трансплантацију над понудом већи него што би могао бити. Када је понуда неког добра мања од тражње, у тржишним условима ће доћи до повећавања цене тог добра све до момента док се понуда и тражња не поклопе.¹⁵ Дакле, понуда и тражња ће се изједначити кроз механизам цена, стварањем тржишне равнотеже. Међутим, пошто у Србији људски орџани не могу бити предмет трговине, проблем њихове несташнице (недовољне понуде) се не може решити у међусобном односу тржишних сила. Понуда остаје недовољна, тако да постоји вишак тражње који се манифестује као перманентна несташница орџана за пресађивање.

⁸ чланови 2 и 3 Савезног закона.

⁹ члан 7 Савезног закона.

¹⁰ Закон о трансплантацији орџана, (*Сл. гласник РС* бр. 72/2009); у даљем тексту: Закон.

¹¹ члан 21 Закона.

¹² Основне смернице које су дате у Закону, разрађене су у више подзаконских аката које је донело Министарство здравља, који су објављени у *Сл. гласник РС* бр. 89/2012.

¹³ чланови 55 и 56 Закона.

¹⁴ Тренутно је у процедури Предлог измена и допуна Закона о трансплантацији, који је предложио Републички фонд за здравствено осигурање (РФЗО). Суштина предлога је да се постојећи модел претпостављене забране замени моделом претпостављене сагласности. Предлог измена и допуна могуће је пронаћи на званичном сајту РФЗО. <http://stari.rfzo.rs/download/zakoni/Zakon%20o%20izmeni%20transplantacije-predlog.pdf>, приступљено 11. децембра 2013. године.

¹⁵ О понуди и тражњи орџана за трансплантацију, више код Bilgel, Filat 2011, *“The Law and Economics of Organ Procurement”* (PhD thesis). Erasmus Universiteit, Rotterdam, pp. 2-10.

Ово су услови који погодују успостављању црног тржишта органа, због чега је адекватно постављена кривичноправна заштита, а још више кривичноправна реакција на конкретне појавне облике криминалитета у овој области од пресудног значаја.

Када се добра алоцирају на тржишту, њих присвајају они који су спремни да за њих највише и плате¹⁶. Када је тржиште суспендовано као што је то овде случај, неопходно је успоставити механизам за рационасиња потреба. Овај механизам има за циљ да обезбеди да органи који су на располагању буду алоцирани примаоцима према медицинским (а не тржишним) критеријумима¹⁷. Закон је прописао да се ради обезбеђења доступности органа и правичности поступка трансплантације, за пацијенте код којих постоји медицинска оправданост за трансплантацију, сачињава јединствена републичка листа чекања за примаоце органа.¹⁸ Ову листу сачињава и води Управа за биомедицину.¹⁹ Пресађивање органа врши се према републичком програму трансплантације.²⁰

Ни један механизам рационасиња потреба не даје ефикасан резултат, па тако ни овај. Са једне стране генерише релативно високе трошкове, а са друге стране не отклања несташнице које постоје.

Треба на овом месту напоменути и да овакав систем представља подстицај људима за чињење различитих законом недозвољених радњи, што је појава која се у економији назива „трагање за рентом“. Сачињавањем јединствене републичке листе чекања за примаоце органа, односно остављањем простора за дискреционо одлучивање о приоритету у добијању органа, широм су отворена врата за коруптивно деловање. Што је понуда органа мања, а положај пацијената који чекају пресађивање тежи, они имају јачи мотив да покушају да изнађу решење којим ће доћи до органа мимо легалних токова²¹, било путем стварања црног тржишта, било давањем мита лицима која „примењујући медицинске критеријуме“ одређују приоритете²², а у крајњем случају може доћи и до отимања органа живим људима.²³

¹⁶ Ово се назива *селективна функција тржишта*.

¹⁷ Начело доступности и забране дискриминације, члан 7 Закона.

¹⁸ члан 23 став 1 Закона.

¹⁹ члан 23 став 3 Закона.

²⁰ члан 23 став 4 Закона предвиђа да Програм доноси министар.

²¹ О неким кривичноправним аспектима проблема видети: Дракић Драгиша 2013, „Биомедицинска технологија, етика и кривично право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 47, бр. 2/2103, стр. 303-314.

²² Више о корупцији у здравству видети: Беговић Борис, 2007, *Економска анализа корупције*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 449-470.

²³ Јавности је најпознатији случај „жута кућа“. Случај се односи на отмицу здравих људи - на Косову и Метохији од стране терориста током 90-их година, којима су касније вађени органи ради продаје на црном тржишту. Извештај г. Дика Мартија (*Dick Marty*) Парламентарној

Познати су случајеви масовних отимања органа од живих људи као што је случај „жуте куће“ на Косову и Метохији, што би требало да је утицало на законописце да се озбиљно позабаве постављањем оквира кривичноправне заштите у области пресађивања органа. Чини се да ипак није било тако.

Због свега наведеног, може се закључити да постојећа законска решења у највећем делу не одговарају потребама друштва. Задатак науке у том смислу је да законодавцу предложи решења која ће довести до ефикаснијег резултата.

2. Проблем недовољне понуде

Да би се постојећи проблем недовољне понуде органа за трансплантацију превазишао, потребно је утврдити узроке који су довели до такве ситуације. У том смислу, економска анализа права посматра појединца и начин на који он доноси своје одлуке,²⁴ да би се на основу добијених сазнања могао конструисати правни оквир који ће омогућити ефикаснију алокацију ресурса.

Једно од основних претпоставки неокласичне економије је да људи доносе одлуке о некој акцији на основу поређења трошкова и корисности које производи. Циљ појединца је да што више увећа (максимизује) стање сопствене корисности, односно да максимално умањи (минимизује) сопствене трошкове. Када дакле појединац доноси одлуку да ли ће бити донор органа или не, он (несвесно) пореди трошкове и користи од те акције. Шта су трошкови, а шта користи од донирања органа?

Корисност

Корисност (*utility*) представља субјективну меру среће и задовољства услед предузимања неке економске активности. Циљ појединца је максимизација стања сопствене користи, односно сопственог благостања. Законом о трансплантацији органа изричито је прописано да се донирање врши без икакве финансијске надокнаде, у складу са начелом солидарности и добровољности. Било какво плаћање донору осим оног које се односи на неке „нужне трошкове“²⁵ је противзаконито, па чак представља и битно обележје кривичних дела предвиђених у овом Закону. Из овога произилази да корисност коју донори остварују пристанком на евентуалну трансплантацију на-

скупштине Савета Европе под ознаком *AS/Jur (2010) 46 / 12 December 2010 / Ajdoc46 2010*.-
http://assembly.coe.int/ASP/APFeatures_Manager/defaultArtSiteView.asp?ID =964, приступљено 9.
децембра 2013. године.

²⁴ Јовановић Александра 2008, *Теоријске основе економске анализе њрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 22.

²⁵ Члан 18 Закона.

кон смрти може бити искључиво нематеријална. Дакле, у питању је сатисфакција, субјективни осећај задовољства да ће након смрти донора, његов орган бити употребљен за лечење другог, њему непознатог лица. Да би потенцијални давалац донео одлуку да постане донор, маргинална корист коју му та активност доноси мора бити већа од његових маргиналних трошкова.

Трошкови

Размена ресурса, односно права на ресурсима није бесплатна. Приликом размене, настају трансакциони трошкови. То су трошкови које је потребно учинити да би до размене дошло. Сваки грађанин, приликом доношења одлуке о давању органа, сусреће се са овим трошковима. Да би се правне норме сагледале у реалном амбијенту, неопходно је у анализу укључити постојање трансакционих трошкова.

Прва врста трансакционих трошкова настаје услед *несавршене информисаности* потенцијалних донора. Велики је број питања на које мало који појединац (а посебно лаик за медицину) има прецизан одговор. Које су последице евентуалног давања сагласности за донирање органа? Да ли ће некоме због чињенице да је донор бити ускраћена адекватна медицинска помоћ у случају да му је живот угрожен, а све да би се спасио нечији други? Да ли је донор заиста мртав у моменту када наступи мождана смрт, и ако јесте како му онда функционишу други органи? Да ли лекари могу са стопроцентном сигурношћу да утврде да ли је наступила мождана смрт, и постоји ли могућност за грешку? Постоји ли шанса да се опорави/спаси лице коме је констатована мождана смрт? Да ли ће орган заиста бити пресађен ономе коме је најпотребнији, или ономе који је у дослуху са лекари-ма? Која је процедура давања сагласности? У којој конкретној установи могу се може дати сагласност да се постхумно узму органи ради пресађивања, ком лицу и у које време?

Ово је случај постојања *асиметрије информација*. Велики је број информација које су неопходне да би појединац могао донети одлуку, а које поседује веома мали број лица. Због непостојања потпуне информисаности субјеката, постоји одређени степен неизвесности везано за последице које могу наступити услед одлуке да субјект постане донор.

Законом је прописано да давалац има право да добије информације које су од значаја за донирање, али ово се односи на лица која су већ започела поступак давања сагласности. Највећи број грађана, због непоседовања ових информација, неће ни доћи у прилику да разговара са надлежним здравственим радницима о овим питањима.

Проблем везан за несавршену информисаност је и *ограничена рационалности* субјеката. Сазнавање информација генерише трошкове. Они су

спремни да улажу напор за сазнавањем нових информација све док процењују да ће им оне донети већу маргиналну корист од маргиналних трошкова. Међутим, можда и највећа баријера за донирање органа представља управо одбијање људи да уопште размишља о сопственој смрти,²⁶ због чега нису заинтересовани ни да се информишу о проблему.

Друђа врста џрошкова настаје као резултат ангажовања ресурса да би потенцијални донор могао да да пристанак на трансплантацију. Долазак до овлашћене здравствене установе и читава процедура око давања пристанка, можда не значи директни финансијски издатак донора, али свакако производи опортунитетни трошак у смислу потрошеног времена које је могло бити искоришћено на други начин.

Колико је неопходно водити рачуна о овој врсти трошкова, најбоље илуструје пример добровољних даваоца крви. Према подацима које су аутори добили у Заводу за трансфузију крви Војводине, у току 2012. године у Војводини је 48,5% крви дато у објектима здравствених установа, а 51,5% на терену. Дакле, велики је број давалаца који крв дају захваљујући чињеници да су радници Завода стигли директно до њих. Питање је да ли би они били спремни да потроше своје ресурсе када ова могућност не би постојала. Овако, Завод за трансфузију је практично минимизовао ове трошкове даваоца.

У Закону је изричито прописано да даваоци немају право на финансијску надокнаду јер је донирање органа добровољно, али имају право *на надокнаду нужних џрошкова*. Врсту и висину нужних трошкова требало би према слову закона да пропише министар.²⁷ Ауторима није познато да је у моменту писања овог рада такав правилник донет. Ипак, тешко да се правилником могу предвидети сви трошкови трансакције који у пракси могу настати. Због тога има основа да се одреди паушални износ који би представљао неку врсту дневнице, односно накнаде донору за време које је издвојио да би испунио процедуру везану за давање пристанка.

Однос џрошкова и корисносђи

Оцену да су трошкови донирања за већину грађана Србије у овом моменту већи од корисности, веома је лако дати. Од скоро шест милиона пунолетних грађана Србије²⁸, тек нешто више од 70.000 људи одлучило је да

²⁶ Исто мишљење и код: Cohen, L.R. 1989, "Increasing the supply of transplant organs: the virtues of a futures market." *George Washington Law Review*, Vol. 58 No.1, pp. 10-11.

²⁷ члан 18 Закона.

²⁸ Републички завод за статистику, Попис становништва, домаћинства и станова 2011. у Републици Србији, стр. 27. Ово је број становника у Републици Србији, без АП Косово и Метохија.

донира органе,²⁹ што је тек нешто мало више од 1%. За разлику од њих, скоро 99% пунолетних грађана је остало изван овог процеса. За њих можемо рећи да им донирање органа доноси мању маргиналну корист од маргиналних трошкова. Ово је један од разлога због кога је понуда органа мања од тражње.³⁰

Постоји неколико решења којима се може повећати понуда. Први начин који би могао да се помене је тржишни, односно увођење материјалних подстицаја донорима које је сада Законом забрањено. Пошто би се овим решењем променила читава идеја и концепт постојећег Закона, оно неће бити предмет анализе у овом раду.³¹

3. Промоција трансплантације

Решење проблема недовољне понуде којем се у овом моменту приступа јесте промоција трансплантације. Постоји више субјеката који учествују у кампањи промоције. Што се тиче државе, прописана је обавеза Управе за биомедицину да учествује у поступку промоције трансплантације. Донет је и Национални програм за трансплантацију и завештање органа, па је на основу њега покренута кампања за подршку програму трансплантације. Поред државних органа, у промоцију трансплантације укључила су се и многобројна приватна лица и организације.

Циљ свих кампања за промоцију трансплантације, било јавних било приватних, јесте повећање броја донора. Различито осмишљеним промотивним кампањама се управо покушава утицати на користи и трошкове потенцијалних донора који су наведени у претходном поглављу.

Са једне стране, покушава се развити свест грађана о потреби да се одлуче за донирање. Ово развијање свести у економском смислу није ништа друго него повећање нематеријалне користи грађанима од одлуке да постану донори.

Са друге стране, асиметрија информација покушава се превазићи едукацијом потенцијалних донора. На различитим местима грађанима се нуде

²⁹ Званични интернет сајт Војномедицинске академије, <http://www.vma.mod.gov.rs/sr/specijalnosti/centri/Centar-za-transplantaciju-solidnih-organa/program-zavestanja-organa#.UnfeDHC-lss>; приступљено 4. новембра 2013. године; Интересантно питање за истраживање би било колико је од тих људи који су узели донорске картице у пријатељским или родбинским везама са лицем којем је ова врста помоћи потребна, да би се видео степен исцрпљености овог „басена“ донора.

³⁰ Ово наравно није једини разлог, али је свакако прва. Од великог је значаја и начин организације система за трансплантацију органа, обучености и оспособљености лекара, техничке опремљености службе здравствене заштите итд.

³¹ Постоје бројни други радови на ову тему. Види нпр. Clay, M. and Block W., 2002, “A Free Market for Human Organs. The Journal of Social”, *Political and Economic Studies*, No.27, pp. 227-236; Cohen, L.R., op. cit. pp. 1-51.

информације које не поседују, а које су им потребне да би се одлучили за донирање. Трошак информисања је дакле на државним органима и оним приватним субјектима који врше промоцију, а не на донорима.

Изузетно рестриктиван Закон није чак оставио могућност да се смање трошкови давањем пристањака на трансплантацију на терену. Према слову закона, пристањак се може дати само у одговарајућим установама, и то код изабраног лекара, у филијали Републичког завода за здравствено осигурање, у Управи за биомедицину и у здравственој установи која обавља послове трансплантације. Није дакле остављена могућност различитим активистима да на терену узимају пристањак од потенцијалних донора, као што је то случај са добровољним давањем крви. Разуме се да би овлашћења оваквих „аквизитера трансплантације“ на терену морала бити стриктно регулисана. Они би морали бити снабдевени одговарајућим документима и потврдама, на основу којих би потенцијални донори могли да се увере да није реч о каквој злоупотреби. Од користи би могло бити и да се грађани претходним контактом са рецимо Управом за биомедицину унапред договоре о посети ових лица.

Није лако дати оцену ефикасности ових кампања. Са једне стране, сигурно да је дошло до повећања индивидуалне користи од донирања код неких давалаца, као и до смањивања информационих трошкова, без чега се један број оних 70.000 донора не би одлучио на донирање. Ипак, право је питање колика је цена коју су држава и приватни субјекти платили за вођење различитих промотивних кампања. Колика год цена да је плаћена, резултат је изузетно лош. Тек нешто више од 1% пунолетних грађана који су потписали пристањак на донацију далеко је испод потреба оболелих који чекају пресађивање.

Поставља се питање да ли проблем уопште може да се реши на овај начин? Ако је до сада ангажованим ресурсима добијен пристањак тек 1% пунолетне популације, колико је још додатних средстава потребно уложити у кампању да би број оних који потпишу пристањак био довољан за покривање тражње?

4. Поређење економских ефеката различитих правних решења

Правним правилима које доносе органи јавне власти врши се иницијална алокација права међу субјектима. Различита правна правила имају различите економске ефекте. Изучавање ових ефеката управо је задатак економске анализе права.

Правна теорија познаје више модела допустивог узимања делова тела од умрлих давалаца.³² У овом раду биће поређена само два најважнија.

³² Ficher Gerfried, Lilie Hans, 1999. *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, Köln, p.130. Наведено према: Радишић Јаков, 2004. *Медицинско право*, Факултет за пословно право, Београд, стр. 112-114.

Према моделу претпостављене забране, неопходно је постојање изричите сагласности умрлог лица да би се извршила трансплантација. Узимање органа од умрлог лица је начелно забрањено, али га лице за живота може одобрити. Ово је модел за који се одлучио и српски законодавац, а заступљен је између осталих и у енглеском, немачком, швајцарском и турском праву.³³ Овај модел даје најужи круг потенцијалних давалаца. У случају да Закон оставља могућност породици умрлог да изјави пристанак, број донора се може проширити.

Модел претпостављене сагласности дозвољава узимање органа умрлог лица ради пресађивања само под условом да се то лице није за живота експлицитно успротивило. Ово је модел који је прихваћен у законодавствима Шпаније, Аустрије, Белгије³⁴, Хрватске³⁵, Велса³⁶ и других земаља, а налазио се и у нашем ранијим законима из 1981. и 1990. године.

Какви су економски резултати ових законских решења? У претходном излагању показано је да постојеће законско решење у Србији генерише високе трансакционе трошкове. Оно што Коузова теорема имплицитно сугерише је да у условима високих трансакционих трошкова, ефикасност зависи од законске, а не од тржишне алокације ресурса.³⁷

Модел којим се начелно дозвољава узимање органа са умрлог лица управо омогућава ефикаснију алокацију права и повећање укупног друштвеног благостања. Да би се ова тврдња доказала, биће коришћен Калдор-Хикс компензациони тест. Компензациони тест испитује који је однос губитка благостања једних субјеката услед (законске) реалокације права, у односу на добитке које имају остали субјекти.

Свака законска промена права доноси штету једним лицима, док друга доноси корист. Увођењем модела претпостављене сагласности, избегли би се трансакциони трошкови везани за давање пристанка за донирање, чиме би се отклонила прва баријера која је узроковала ниску понуду. Већ је више пута емпиријски доказано да овакво правно решење ствара основу за повећање понуде органа за пресађивање.³⁸ У земљама које су

³³ Ficher G., Lilie H., p.130. Наведено према: Радишић Ј, *op.cit.*, стр. 113.

³⁴ Pattinson Shaun D., 2011, *Medical Law and Etic*, Sweet and Maxwell, London (UK), p. 474.

³⁵ Bušić Mirela, 2011, „Darivanje i presađivanje organa – 'Hrvatski model'“, *Medix*, Vol.17, No.92/93, str. 144-148.

³⁶ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2354150/Organ-donation-Welsh-Assembly-means-body-parts-used-unless-person-opts-out.html>, приступљено сајту 9. децембра 2013. године.

³⁷ Schäfer, Hans-Bernd and Ott, Claus 2004, “*The Economic Analysis of Civil Law*”, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK, Northampton MA, USA, p. 403.

³⁸ Neto, G.B., Campelo K.A., and da Silva N.E., 2007, „The Impact of Presumed Consent Law on Organ Donation: An Empirical Analysis from Quantile Regression for Longitudinal

усвојиле модел претпостављене сагласности, број донора на милион становника је два до три пута већи него у земљама које имају модел претпостављене забране.³⁹

Први добитници у случају повећања понуде су свакако болесници који чекају трансплантацију. Пошто ће се повећати број пацијената којима је пресађен орган, њихова ће се патња смањити, а животни век продужити. Затим, добитник је (формално) Републички фонд за здравствено осигурање, из чијих средстава се финансира здравствена заштита осигураника у Србији. Међутим, преко Фонда су добитници и сви његови осигураници, јер средства која су до тада издвајана за лечење болесника који чекају трансплантацију могу бити искоришћена за повећање нивоа здравствене заштите осталих осигураника.

Какви су трошкови које генерише ова реалокација? У суштини веома мали. Лице којем је утврђена мождана смрт, ни на који начин више не може бити враћено у живот. Дакле, стање његове корисности у том моменту више не може бити умањено. Такође, трансакциони трошкови који се односе на промотивне кампање и на давање сагласности за донирање нестају. Законодавац има легитимно право да прихвати став медицинске науке да узимањем органа од умрлог лица⁴⁰ његов живот не може бити угрожен, те да у циљу максимизације укупног друштвеног благостања, односно минимизације друштвених трошкова донесе ефикасније законско решење. Ипак, уколико постоје грађани који из различитих етичких, религијских или неких трећих разлога не желе да дозволе узимање органа са својих тела након смрти, могу изјавом воље у прописаној процедури то да спрече. Давање овакве изјаве изазваће одређене трансакционе трошкове (сличне онима које данас имају донори када дају изјаву), и ово су једини трансакциони трошкови који су везани за сазнавање става потенцијалних донора.⁴¹

Дакле, увођењем модела претпостављене сагласности, већи број субјеката дошао би у бољи положај, док би губици осталих („нето-губитника“) били занемариво мали. Примењујући Калдор-Хикс компензациони тест, може се констатовати да модел претпостављене сагласности предста-

Data“, *Working paper 0501072*, University of California, Berkeley Program in Law & Economics; Johnson, E.J. and D.G. Goldstein, 2004, “Defaults and donation decisions”, *Transplantation*, Vol.78, No.12, pp. 1713-1716; Abadie, A. and Gay, S., 2006, “The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: a cross-country study”, *Journal of Health Economics*, Vol.25, No. 4, pp. 599-620.

³⁹ Breyer, F. and Kliemt H. 2007, “The Shortage of Human Organs: Causes, Consequences and Remedies”, *Analyse & Kritik*, No.29, p. 199.

⁴⁰ Радишић, Ј., *op.cit.*, стр. 110-112.

⁴¹ У земљама у којима је усвојен модел претпостављене сагласности, број лица која су се изјаснила да не дозвољавају пресађивање после смрти је екстремно низак. Breyer, F. and Kliemt H., *op.cit.*, p. 199.

вља решење којим се права ефикасније алоцирају у односу на модел претпостављене забране. Ефикасан правни систем чини претпоставку економског раста, а државе које нису способне да превазиђу неефикасне правне структуре, трпе економске проблеме и заостају.⁴² Прихватањем новог законског решења које је предложио РФЗО, мање ефикасна правила била би замењена ефикаснијим, чиме би се створила претпоставка за увећање друштвеног благостања.

Осим утицаја анализираних фактора који кроз један од два поменута модела утичу на одлуку грађана да постану потенцијални донори, свесни деликатности питања која се јављају као дилеме, изнећемо у најкраћем и какву то сигурност потенцијалним донорима пружа постојећи Закон. Који су то страхови грађана од потписивања донаторске картице и какве су то друге гаранције које лице очекује од правног система како би одлучило да постане потенцијални донор?

5. Кривичноправна заштита у области трансплантације органа

Сматрамо да је у циљу промоције трансплантације од високог значаја да Закон прецизно одговори на, у најмању руку разумљиве страхове грађана у погледу заштите сопственог живота, односно бојазан потенцијалног донора да ли ће му у критичном тренутку бити пружена одговарајућа медицинска заштита. Даље од тога, поучени језивим примерима из скорије прошлости, сматрамо да је од највишег значаја питање заштите од насилног отимања органа, односно заштите живота донора који би могао бити угрожен како би се дошло до органа потенцијално одговарајућег донора. Напослетку, у циљу задовољења алтруистичких и хуманих мотива потенцијалног донора, одговарајућа кривичноправна заштита би морала бити пружена и забрани трговине односно стицања било какве материјалне користи од поступка трансплантације.

Као циљ овог рада одредили смо допринос адекватнијим законским решењима која би повећала свест грађана о потреби да постану донори и која би на бољи начин промовисала трансплантацију органа уопште. У том смислу учинићемо веома кратак искључиво критички осврт на кривична дела предвиђена важећим Законом о трансплантацији органа, покушати да сагледамо адекватност кривичноправне заштите у овој области и евентуално дамо предлоге за побољшања.

Закон о трансплантацији органа предвиђа три кривична дела. Прво кривично дело⁴³ инкриминише присиљавање другог лица да мимо своје

⁴² Schäfer, H. and Ott, C., *op.cit.*, p. 410.

⁴³ члан 78 Закона.

воље да писмени пристањак за давање органа, било за живота када је за довршено кривично дело неопходно да на основу таквог пристањка заиста и дође до узимања органа, било после своје смрти, када је дело довршено самим давањем пристањка. Радња кривичног дела формулисана као *присиљавање* другог да да пристањак није језички нити логички одговарајућа неким од предвиђених начина извршења као што су *довођење у заблуду или одржавање у заблуди*, а занимљиво је законопишчево разумевање српског језика да је *давањем новца или друге користи* могуће неког *присилили* на давање пристањка. Уколико неко ради новчане или друге користи да пристањак за давање органа, тада он није присиљен, већ пристањак даје зарад новца или друге користи. И поред неспретног израза, чини се да је неспорна намера законописца да инкриминацијом спречи да се лица у тешкој материјалној ситуацији доводе у ситуацију да продају делове свог тела. Сматрамо да је овај случај заправо већ покривен кроз адекватну формулацију *злоупотребом њешких прилика другој*.

Па ипак, остаје потпуно нејасан, сматрамо и немогућ део одредбе који осим *давања новца или друге користи*, предвиђа *присиљавање* неког лица да да пристањак *примањем новца* од њега. Због логичке неодрживости, ово сматрамо омашком хипернормативистички занесеног законописца по угледу на биће кривичног дела *Трговина људима* из члана 388 Кривичног законика⁴⁴, чија формулација међународноправног порекла, носи собом све потешкоће оваквих трансплантата у кривичном праву.

Сматрамо да би, осим изостављања поменутих сувишних и логички неодрживих делова ове одредбе, *de lege ferenda* глагол *присили* требало заменити глаголом *наведе* или другим одговарајућим глаголом који не би био неспојив са неким од начина извршења. Како сва три кривична дела имају исте квалификоване облике, напослетку ћемо учинити њихов сумарни преглед.

Другим кривичним делом пружа се заштита забрани трговине и са њом повезаних активности. Постојање *накнаде* за сваку од предвиђених радњи извршења, било да је она обележје бића кривичног дела или да комерцијални карактер произилази из природе саме радње, конститутивни је елемент овог кривичног дела.⁴⁵ Као једну од радњи извршења овог кривичног дела Закон предвиђа и *нуђење свој или орѓана другој лица уз накнаду ради трансплантације*. Одредба члана 81 Закона, у 4. тачки првог става предвиђа прекршај чија радња се састоји у *олашавању одно-*

⁴⁴ Кривични законик ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013);

⁴⁵ Ипак, осим давања уз накнаду наводи се и продаја, што сматрамо својеврсним плеоназмом.

сно рекламирању давања органа са или без давања новчане накнаде или друге материјалне или нематеријалне користи у средствима јавног информисања, као и на другим носиоцима ојасних попука, односно на било који други начин. Отуда долазимо до најасног закључка да када се свој или орган другог лица нуди уз накнаду тада лице врши кривично дело, а када се иста радња предузме према ширем, практично неограниченом кругу лица путем средстава јавног информисања, тада то остаје само прекршај.⁴⁶

Изостанак пристанка лица у поступку пресађивања органа, кључни је елемент трећег кривичног дела⁴⁷ предвиђеног Законом о трансплантацији органа. Све радње осим прве без сумње се односе на изостанак пристанка донора, док се из формулације „ко обави пресађивање или учествује у пресађивању органа лицу које није дало писмени пристојанак за пресађивање органа“, може закључити да се ради о изостанку пристанка примаоца. Чини се да у пракси много ређе можемо очекивати ситуацију да неко другоме пресађује донирани орган без пристанка тог лица који прима орган. Независно од тога, сматрамо да се овде свакако мора инкриминисати изостанак пристанка донора, што не искључује да изостанак пристанка примаоца такође буде једно од алтернативно прописаних обележја овог кривичног дела. Строго језичко тумачење ове одредбе не дозвољава овакву могућност. Ипак мишљења смо да овде треба прибећи телеолошком и системском тумачењу и узети да се ова норма односи и на изостанак пристанка донора. Уколико не бисмо тако поступили пресађивање органа без пристанка донора, практично отимање органа од живог лица, ког се потенцијални доноси вероватно понајвише прибојавају остало би ван кривичноправне заштите, што је правни бесмисао.

Осим неспретне формулације, остаје спорно питање односа овог кривичног дела и прекршаја предвиђеног тачком 16 става 1 члана 81. Наиме, уколико бисмо прихватили да је законописац као кривично дело желео предвидети само ситуацију када се неком примаоцу без његове сагласности пресађује орган, тада би обрнута ситуација узимања неком лицу органа без његовог пристанка остала само прекршај предвиђен наведеном одредбом⁴⁸, што сматрамо неприхватљивим.

⁴⁶ Иако се радња извршења овог кривичног дела не односи на постхумно узимање органа које је предмет овог рада, због релативне целовитости анализе кривичноправне заштите износимо своја запажања.

⁴⁷ члан 80 Закона

⁴⁸ Одговорност одговорног лица и здравственог радника за наведени прекршај предвиђена је другим односно трећим ставом члана 81. Одговорност за прекршаје примарно је дефинисана кроз прописивање одговорности правног лица – здравствене установе. Однос између наведеног прекршаја и кривичног дела из члана 80, чија је

Потпуно неуобичајено је да се за све основне, квалификоване и посебне облике сва три кривична дела користе идентични казнени распони. Такође, крајње је ретко да се у кривичном законодавству прописује само посебни минимум на ниској граници од три године, што оставља превелик распон казне за учиниоца који неко од дела учини према малолетнику. Даље, за наступање *смрти даваоца орџана* као тежу последицу која се може приписати *нехајћу учиниоца* Закон предвиђа неуобичајено високу казну затвора од најмање десет година. На овај начин је нехатно проузроковање смрти готово изједначено са делом тешког убиства извршеног разуме се са умишљајем, а чини га тежим од обичног умишљајног убиства, иако није предвиђена могућност изрицања казне затвора од тридесет до четрдесет година.

Сви поменути недостаци, чак идентичне формулације, стил и номотехника, ако се склапање бића ових кривичних дела тако може означити симптоматично су једнаки са стилем законописца Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње⁴⁹ усвојеног на истом заседању Народне скупштине. Казнене одредбе овог закона предмет су другог чланка.⁵⁰

Управо овакав став законописца и непрепознавање критичних тачака у поступку трансплантације указује да је изостала озбиљност потребна у овој деликатној области, а нарочито посвећеност изградњи кривичноправне заштите која је од пресудног значаја за формирање осећаја сигурности и личне безбедности потенцијалних донора, па тако и од великог утицаја на промоцију трансплантације.

Изнети оквири кривичноправне заштите дају још један аргумент против модела претпостављене забране. Једноставно, заинтересовани појединци имају исувише јак (природан) мотив да избегну законске прописе, да би максимизовали сопствену корист. Из тог разлога, законодавац је принуђен да нерационалан пропис додатно осигурава кривичноправном заштитом. Оправданост прописивања кривичних дела у овој области није спорна, али начин њихове формулације, усклађеност са општим делом Законика и основним кривичном законодавством, као и увек када се доноси норма којом се одређује кривично дело мора бити до краја прецизно, доречено и далековидо како би се избегли проблеми у примени закона. Осим кривичних

формулација спорна, још више добија на значају имајући у виду одговорност правних лица за кривична дела.

⁴⁹ Закон о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње („Службени гласник РС“, бр. 72/2009), у даљем тексту: Закон о БМПО.

⁵⁰ вид. Самарцић, С. 2013. „Кривичноправни аспекти асистираних репродукција у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2013, стр. 493-512, нарочито од стр. 501 надаље.

норми, цео Закон може се „похвалити“ хиперпродукцијом норми, прописивањем обавезне форме давања сагласности, вођења јединствене евиденције итд.

Прихватањем модела претпостављене сагласности престала би потреба за једним бројем кривичних дела. Заштита добара била би организована на ефикаснији начин од кривичноправне репресије, која је увек скупа, а чији су стварни домашаји ограниченим великим бројем фактора на које је веома тешко утицати.

Закључна разматрања

Лечење болесника ствара изузетно високе друштвене трошкове. Немогућност да се обезбеде довољне количине органа за лечење трансплантацијом повећава трошкове здравствене заштите, као и материјалне и нематеријалне трошкове пацијената који чекају трансплантацију.

Задатак правног система је да омогући ефикасну алокацију добара која стоје на располагању ради повећања укупног благостања у друштву. Постојећи правни систем не представља ефикасан оквир за алоцирање органа умрлих лица који се могу искористити за лечење болесника.

Закон о трансплантацији органа РС из 2009. године прихватио је модел претпостављене забране донирања органа. Од умрлог лица се може узети орган за пресађивање само уколико је за живота дао изричит пристанак. Пристанак могу дати и чланови породице умрлог лица, ако се умрли за живота није томе изричито успротивио.

Давање пристанка генерише високе трошкове, који су за већину људи много већи од (искључиво нематеријалне) користи коју они стичу због чињенице да су се регистровани као донори. Из тог разлога се мали број њих одлучује да изјави пристанак да им се орани после смрти могу користити за пресађивање. Због недовољне понуде органа за трансплантацију друштвени трошкови који се односе на лечење пацијената су изузетно високи.

Уколико би био прихваћен Предлог измена и допуна Закона о трансплантацији који је предложио Републички фонд за здравствено осигурање, а којим се предлаже увођење модела претпостављене сагласности уместо претпостављене забране, створила би се претпоставка да се постојећи ресурси искористе на ефикаснији начин, а то би даље значило повећање укупног благостања у друштву.

*Luka Baturan, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

*Stefan SamardŒić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Consent on Cadaveric Organ Donation in Serbian Law

Abstract: *Organ transplantation often presents the only way for efficient treatment of various diseases. According to current legal regulations, in order to use an organ of a deceased person for transplantation, it is necessary that the decedent gave written consent („opting out model”) before death. Under certain circumstances, that consent could be given by close relatives of the decedent, in case that the decedent had not previously explicitly declared that he was against it. These legal regulations do not ensure efficient allocation of scarce goods but they create great social costs. If a legislator accepted “opting in model”, the basic assumption for efficient allocation and increase of social welfare would be provided.*

The first part of the paper presents the legal framework for organ donation in the Republic of Serbia. The problem of insufficient supply of organs is elaborated in the second part. The third part of the paper contains attempts to increase the level of supply of organs through the promotion of transplantation. In the fourth part of the paper, the effects of different legal solutions are compared, and those are opt-in and opt-out models. The fifth section offers an analysis of criminal-law protection in the area of organ transplantation and its effects on potential organ donors.

Key words: *organ transplantation, opting out model, opting in model, criminal law, crimes*