

СТРУЧНИ РАД / *EXPERT PAPER*

Примљен: децембар 2015.

Received: December 2015.

Љубана Кандић

Студент II циклуса студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

О МОЖДАНОЈ СМРТИ

Мождана смрт представља губитак и престанак свих можданих функција. Изворно је медицински појам, али изазива интересовање и у области религије, која још увијек није заузела став прихвата ли је или не, и права, које је у законским текстовима прихвата. Прије мождане, егзистирала је срчана смрт која је означавала смрт лица у тренутку престанка срчаних и плућних функција. Занимање за мождану смрт појачано је све већим бројем оних којима је потребна трансплантација органа, а проблем настаје због недовољно правно регулисаних поступака трансплантације и донирања органа. И поред жеље законодавца да ова питања регулише законима и правилницима, велики број питања остаје без одговора. За нека од њих, правна теорија налази бројне алтернативе, судска пракса постаје немоћна, а законодавац треба имати на уму да правне празнине, посебно нејасноће и простор за арбитрерност, кога овдје има на претек, себи не смије дозволити.

Кључне ријечи: Мождана смрт; Срчана смрт; Трансплантација; Донирање органа.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Живот и смрт, појмови су који се међусобно искључују, али ипак тако блиски да их раздваја само танка линија. Али ко је тај ко има право да ту линију оштро и јасно повуче и под којим условима то може учинити? Љекар је, у великом броју случајева, тај који има ексклузивно право да прогласи некога мртвим, али је питање на основу којих параметара то чини. Раније је тренутак смрти био тренутак када срце

Љубана Кандић, ljubana_bn@hotmail.com.

престане да куца. Данас, усљед многобројних потреба, и смрт је претрпјела извијесне корекције, тако да је постала актуелна мождана смрт. Шта је мождана смрт, који су услови потребни за њено наступање, какве посљедице и могућности рађа, зашто је важна и за медицину, али и за право које ју је законски уобличио, питања су којима ће бити посвећена пажња у наставку рада.

2. ШТА ЈЕ МОЖДАНА СМРТ?

Мождана смрт је релативно нов појам који је изњедрила медицина, за потребе трансплантације.¹ У случајевима такве смрти, органи су очувани у најбољем могућем стању и тиме су шансе за успјешну трансплантацију велике. До педесетих година прошлог вијека, мртав је био онај коме је престала срчана, а са њом и плућна функција, и такав критеријум смрти називао се *кардиореспираторни критеријум*.²

У посљедње вријеме, ствари су се промијениле па данас особа може бити проглашена мртвом иако јој срце куца. За то су заслужни нови критеријуми мождане смрти, а један од њих је и харвардски.³

„Харвардски критеријуми су операционално дефинисали мождану смрт као понашање које указује на немање свести о спољашњим надражајима, недостатак телесних покрета, немање спонтаног дисања, недостатак рефлекса и два изоелектрична (скоро равна) електроенцефалограма (ЕЕГ) у току 24 сата. Ови критеријуми захтевају губитак практично сваке мождане активности (укључујући и активност можданог стабла, и стога престанак дисања).“⁴

Други критеријум смрти је *когнитивни*, према коме би мртва особа била она која више нема својства која су је чинила особом, а то су разум, памћење, способност дјелања и самосвијест.⁵ Овај критеријум био је најповољнији за трансплантацију јер је могао да обезбиједи највиши степен очуваности органа намијењених донирању.

Трећи критеријум смрти је *критеријум иреверзибилности*, према коме је мртав онај коме је несвјесност иреверзибилна.⁶

¹ Трансплантација која подразумијева узимање органа и ткива од тек преминулог лица назива се кадаверична трансплантација. Вид. М. Чолаковић, „Право на одлучивање о *post mortem* давању дијелова тијела за трансплантацију (упоредноправни приказ)“, *Правни живот* 9/2011, 409.

² А. Џонсон, М. Зиглер, В. Винслејд, *Клиничка етика*, Службени гласник 2008, 67.

³ У питању су критеријуми који су представљени у „Харвардском извјештају о можданој смрти“ из 1968. године.

⁴ Г. Пенс, *Класични случајеви из медицинске етике*, Службени гласник, Београд 2007, 93.

⁵ *Ibid.*

⁶ На примјер, када трајно вегетативно стање буде дужи од годину дана. *Ibid.*

Који ће од ових критеријума бити прихваћен, на вољи је сваког законодавца понаособ „јер смрт особе наступа после оног тренутка кад се стварно мисли и законски кодифицира да је наступила“.⁷

На основу овлашћења датих Законом о трансплантацији људских органа⁸ и Законом о трансплантацији људских ткива и ћелија,⁹ министар здравља и социјалне заштите Републике Српске је донио два правилника,¹⁰ којима се прихвата концепт мождане смрти и утврђују услови за њено проглашење. У оба ова правна акта, у члану 2, наводи се да мождана смрт представља потпуни и неповратни престанак свих можданих функција (можданог стабла и хемисфера мозга).

2.1. Мождана смрт – *pro et contra*

Који год од претходно наведених критеријума да се узме у обзир, важно је разумјети да смрт, сама по себи, представља процес који рађа читав низ посљедица. Прије свега, потребно је испоштовати обичаје попут сахрањивања. Посматрано из правног угла, настају многобројне насљедноправне посљедице, али и са аспекта медицине, мождана смрт нуди могућност за донирање и трансплантацију органа. Управо та мождана смрт ствара и много сумње и недоумице па се поставља питање да ли преовлађују аргументи за њу или против ње.

Мождана смрт је највише олакшица донијела у области медицине, која ју је, могло би се рећи, по својој мјери скројила. „Медицини је био потребан нови критеријум смрти, посебно *смрти мозга*, да би се одредило кад органи за пресађивање могу да буду узети из још увек живог тела.“¹¹

На такав начин, мождано мртва особа постаје одличан извор органа за трансплантацију, те је видљиво да је медицина стала на страну која је за мождану смрт. Као даљи аргумент наводи се чињеница да проглашавање особе мождано мртвом доводи до смањења болничких трошкова, који би могли, заједно са узалудним лијечењем, ићи у недоглед. Некада је то члановима породице олакшање, посебно у времену сиромаштва и неимаштине, какво је данашње. Помоћу таквог појма мождане смрти, чланови по-

⁷ Т. Матулић, „Биомедицинска и биоетичка расправа о људској смрти – II део“, *Обновљени живот* 3/2000, 337.

⁸ Закон о трансплантацији људских органа, *Службени гласник РС*, бр. 14/10.

⁹ Закон о трансплантацији људских ткива и ћелија, *Службени гласник РС*, бр. 14/10.

¹⁰ Правилник о начину и медицинским критеријумима за утврђивање мождане смрти код даваоца људских органа, *Службени гласник РС*, бр. 65/10, и Правилник о начину и медицинским критеријумима за утврђивање мождане смрти код даваоца људских ткива и ћелија, *Службени гласник РС*, бр. 65/10.

¹¹ Г. Пенс, 93.

родице се могу охрабрити чињеницом да ће органи њиховог ближњег помоћи ономе коме је та помоћ потребна и коме ће такав орган бити дониран.

С друге стране, налазе се аргументи *против* мождане смрти. Прије свега, овакав критеријум смрти, улива неповјерење сродницима пацијента. Они постају сумњичави, мислећи да љекар и медицинско особље нису урадили све што је било у њиховој моћи и да су прерано дигли руке од онога кога проглашавају мртвим. „... Треба знати да функција кичмене мождине може да се одржава и код мождане смрти, и пацијент може да показује рефлексе екстремитета, чак и гibaња тела, што може да изазове конфузију и код лекара и код родбине оболелогa.“¹²

Стална преиспитивања иду и ка томе да ли проглашење мождане смрти и донирања органа има криминалну позадину као и да ли је, из тог или неког другог разлога, љекар смрт „убрзао“. Тако на примјер, да ли је зарад трансплантације и помоћи једном пацијенту, љекар убрзао смрт другог пацијента и на такав начин га жртвовао.¹³ Позитивноправни прописи предвиђају да љекар који учествује у процесу узимања и уграђивања органа од умрлог лица односно трансплантације не може учествовати у раду комисије (од три љекара)¹⁴ која констатује мождану смрт.¹⁵ Ово правило представља нешто налик установи изузећа која постоји у процесном праву. Међутим, нико не гарантује да ти љекари неће на други начин дјеловати удружено и тиме изиграти законско правило. Све те недоумице довеле су до тога да се и данас води битка под насловом „мождана смрт – да или не?“

У вези са темом мождане смрти, потребно је сагледати и став Цркве. „Појам мождане смрти је сасвим новог датума тако да није логично тражити конкретан одговор у Православном Предању или код Светих отаца. Званично, Православна Црква није заузела одређен став, а можда и није целисходно да се изјашњава о теми која још увек није сасвим дефинисана. Православна Црква, међутим, као и народни осећај, прихвата трансплантацију органа, како од живих, тако и од мртвих давалаца. То представља посредно признање мождане смрти као коначне смрти.“¹⁶

3. МОЖДАНА СМРТ И ДОНИРАЊЕ ОРГАНА

Једна од могућности које нуди мождана смрт је донирање органа. Још увијек није дефинисано шта је по својој правној природи дони-

¹² Г. Папагеоргију, „Мождана смрт“, *Богословље* LXVI 1-2(2007), 66.

¹³ Незванична истраживања су показала да мождано мртва особа, у случају да се њени органи донирају, може спасити седам других живота.

¹⁴ Закон о трансплантацији људских органа, чл. 37, ст. 1 и 3.

¹⁵ Закон о трансплантацији људских ткива и ћелија, чл. 37, ст. 1 и 3.

¹⁶ Г. Папагеоргију, 67.

рање органа. Сâм назив указује на сличност са поклањањем, тачније уговором о поклону.¹⁷ Проблем настаје када се приступи изучавању уговора о поклону јер он није регулисан позитивноправним прописима.¹⁸ Али тумачењем норми које се односе на уговор о поклону, очигледно је да се оне не могу примијенити на донирање органа (правила о опозивању и побијању),¹⁹ те се може закључити да би донирање органа могло бити представљено као имовинскоправни посао посебне врсте – *sui generis*.²⁰ Иако донирање има своју уговорну позадину, не може се сматрати класичним уговором правног промета јер у себи садржи етичке састојке, милосрђе и давање.²¹

На тему донирања органа, надовезује се и питање донорских картица. Донорска картица представља картицу коју даје Координациони центар и здравствена установа потенцијалном даваоцу, а у којој је евидентиран његов пристанак на узимање органа, ткива и ћелија у случају његове смрти.²² Такво лице мора бити евидентирано и у Јединственом регистру давалаца људских органа.²³ Ова картица није обавезна већ је слободна воља појединца да ли ће завјештати своје органе за случај смрти или не. „... Општепознато је да су људи углавном несклони да завештају своје органе за случај смрти. Разлози за то устезање су разноврсни и бројни: негирање смрти; страх да лекари неће учинити све што могу да спасу живот пацијента који је донор, како би искористили његове органе; верска уверења која се противе донирању органа; осећање гађења према наруживању сопственог тела итд.“²⁴

Донорска картица није сама по себи довољна да се, након смрти, приступи узимању органа ради трансплантације у сврху лијечења. Ако је лице посједовало донорску картицу, могуће је да је за живота

¹⁷ Чак се у америчком праву акт који регулише ово питање зове Једнообразни закон о анатомском поклону. М. Чолаковић, 413.

¹⁸ На њега се примјењују и даље предратна правна правила на основу Закона о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације, од 23. октобра 1946. године.

¹⁹ Вид. В. Клајн-Татић, „Легитимност донорства људских органа на комерцијалној основи“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 121.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Донација и трансплантација органа, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/h.tijovic.transplantacija.pdf>, 6. новембар 2014.

²² Закон о трансплантацији људских органа, и Закон о трансплантацији људских ткива и ћелија, чл. 39.

²³ У питању је такозвани *opt-in* систем.

²⁴ М. Драшкић, „Трансплантација у Србији – који закон важи?“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2005, 177.

промијенило свој став те се мора, поводом тога, обавити разговор са чланом породице и тек након што се добије његов писани пристанак приступити поступку узимања органа.²⁵

Међутим, законодавац дозвољава да се узимању органа приступи и онда када умрли није посједовао донорску картицу јер се прихвата правило „претпостављеног пристанка“.²⁶ То, у ствари, значи да се може приступити узимању органа од умрле особе само ако се она томе није изричито противила за живота.²⁷ Једини услов је да се добијени писани пристанак члана породице.²⁸

Слично је и у француском праву, гдје је законска претпоставка да је лице сагласно да се његови органи узму за случај његове смрти, осим ако се томе није изричито противило, али му се пружа могућност да се обрати Националном аутоматизованом регистру негативном изјавом и тиме онемогући поступак узимања органа. Тиме, истовремено онемогућује и своје сроднике да донесу другачију одлуку.²⁹ И то је такозвани *opt-out* систем.

Проблем код „претпостављеног пристанка“ и давања сагласности чланова породице може настати уколико између самих чланова породице постоји несагласност. Прецизније, који члан породице, односно чији пристанак ће се сматрати релевантним да би се на основу њега приступило узимању органа односно трансплантацији? Законодавац у том погледу не говори ништа већ само наводи ко се подразумијева под „чланом породице“,³⁰ и захтјева испуњење једног услова који се на тог члана односи – члан породице мора бити пунољетан.³¹ На први поглед,

²⁵ Закон о трансплантацији људских органа, чл. 43.

²⁶ За разлику од нашег рјешења, велики број америчких држава прихвата такозвани „обавезан избор“, што значи да лице мора бити евидентирано као давалац или као, условно речено, недвалац и мимо његове воље се не може ићи. Вид. Г. Пенс, 561.

За разлику од Републике Српске, Федерација Босне и Херцеговине прихвата систем изричите сагласности. Вид. Закон о трансплантацији органа и ткива у циљу лијечења, *Службене новине ФБиХ*, бр. 78/09, чл. 30.

²⁷ У том случају, треба водити рачуна да се саставе одговарајући тимови људови који ће поштовати строге критеријуме о томе како се утврђује жељдана смрт, да се избјегне упадање у нову замку – да се проглашавају мртвим особе које нису ни жељдано мртве само ради добијања органа. Вид. Б. Иванчић-Качер, „Правни промет људским органима“, *Правни живот* 9/2012, 465.

²⁸ Закон о трансплантацији људских органа, чл. 38.

²⁹ М. Драшкић, 179.

³⁰ Чланови породице су брачни, односно ванбрачни партнери, сродници у правој линији без обзира на степен сродства, у побочној линији закључно са другим степеном сродства, усвојилац, усвојеник и старалац. Вид. Закон о трансплантацији људских органа, чл. 3њ.

³¹ Занимљиво је рјешење њемачког законодавца који тражи да су сродник који даје пристанак и умрли одржавали лични контакт прије смрти у трајању од најмање двије године. Вид. М. Чолаковић, 416.

јасно је да би сагласност припадника ближег законског реда искључивала потребу за давањем сагласности припадника даљих законских редова, али проблем може представљати ситуација у којој се припадници истог законског реда не усагласе. На примјер, ако је деветнаестогодишњи младић страдао у саобраћајној несрећи, није се изричито противио узимању органа за случај смрти, и отац је дао пристанак за узимање синовљевих органа, а мајка се томе противи. Чију вољу испоштовати?

Пошто закон о томе ћути, треба се окренути рјешењима које нуди правна теорија. Тако је установљен аргумент *favor vitae*,³² према коме треба ићи у корист животу и дати превагу чињеници да је потреба за спасавањем једног живота јача од негативне изјаве члана породице, те би се, у конкретном случају, испоштовала воља оца. Чак и да је отац дао негативну изјаву, заједно са мајком, овај аргумент би поново ишао против њихове воље. То, у ствари, значи да, колико год сродника било против узимања органа умрлога, правна теорија својим аргументом *favor vitae* надглашава све њих.³³ Да ли је то заиста право?

Чак и законодавац само помиње писани пристанак члана породице, као да и он сам стаје на страну тога да се неће прихватити негативна изјава сродника и да се, идући том логиком, треба испитивати сваки наредни сродник док се не нађе онај који ће одобрити узимање органа и то писано констатовати. Чак и ако се такав сродник не нађе, правна теорија је пронашла рјешење које њој, а можда и још неким, одговара. Све то отвара питање какве су злоупотребе могуће и да ли вриједи жртвовати једног зарад њих седам или не „зато што нико не може да спаси некога, само Христос спасава, са овом победом након смрти“.³⁴

4. ЗАКЉУЧАК

Проучавање мождане смрти захтијева интердисциплинарни приступ. Иако је прије свега медицински појам, овакво поимање смрти рађа далекосежне посљедице и у другим областима. Религија, медицина и право генерално су прихватиле мождану смрт као коначну, али примарно питање је да ли је мождана смрт заиста смрт. Ако је пацијент мртав онда када наступи иреверзибилни губитак свих можданих функција, како се може десити да му срце и даље куца, а центар за рад срца се налази у

³² М. Драшкић, 180.

³³ То би значило да одржавање живота, као више вриједно добро има предност над мање вриједним добром попут права умрлог на тјелесни интегритет. Вид. Ј. Радишић, *Медицинско право*, Београд 2008, 132.

³⁴ То је један од занимљивих одговора на ову дилему, коју је, у својој бесједи 2002. године у Атини, о проблему „мождане смрти“ истакао свештеник Константин. ΜΕΤΑΜΟΣΧΕΥΣΗ ΖΩΤΙΚΩΝ ΟΡΓΑΝΩΝ, <http://www.floga.gr/50/01/02/2001-2/200202280102.asp>, 4. октобар 2013.

дијелу мозга односно у продуженој мождини.³⁵ Да ли за мождану смрт и њено дефинисање, с правом можемо кривити медицину која није успјела да до краја истражи област људског мозга, јер можда је управо то медицинско неистраживање разлог зашто живог оглашавамо мртвим. Можда постоје неке мождане функције које садашњој медицини нису познате, а које не дозвољавају да се човјек прогласи мртвим.

Велики проблем представља и недовољна информисаност грађана о једној од могућности које нуди мождана смрт, а то је донирање органа. Да ли ико од грађана, осим оних који су проучавали Закон о трансплантацији људских органа и Закон о трансплантацији људских ткива и ћелија, зна за „претпостављени пристанак“ и чињеницу да се, осим у случају њиховог изричитог неслагања за живота, њихови органи могу узети за потребе трансплантације у сврху лијечења. За то се може окривити и правни аргумент *favor vitae*, који увијек доноси користи ономе коме је орган потребан и медицинском особљу које на такав начин зарађује плату, а заобилази вољу чланова породице умрлога. Злоупотребе које рађа ова могућност нису довољно истражене, али је исто тако недовољно познато да и орган који буде дониран и трансплантиран, има „ограничен рок трајања“, јер га тијело примаоца одбацује након извијесног времена. Да ли се онда исплати жртвовати једног човјека, коме срце куца, али је мождано мртав, да би други човјек само мало дуже од њега живио?

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Драшкић, Марија, „Трансплантација у Србији – који закон важи?“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2005;
2. Иванчић-Качер, Бланка, „Правни промет људским органима“, *Правни живот* 9/2012;
3. Клајн-Татић, Весна, „Легитимност донорства људских органа на комерцијалној основи“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008;
4. Матулић, Тончи, „Биомедицинска и биоетичка расправа о људској смрти – II дио“, *Обновљени живот* 3/2000;
5. Папагеоргију, Георгије, „Мождана смрт“, *Богословље* 1-2/2007;
6. Пенс, Грегори, *Класични случајеви из медицинске етике*, Службени гласник, Београд 2007;
7. Радишић, Јаков, *Медицинско право*, Београд 2008;

³⁵ Предавање доц. др Стаменка Шушака, кардиохирурга и члана Синодске комисије СПЦ на првом састанку Међуправославне комисије за проучавање биоетике, <http://www.eparhija-backa.rs/sites/default/files/users/user6/novosti/2011/05/dr%20Susak%20o%20problemu%20mozdane%20smrti.pdf>, 25. јануар 2014.

8. Чолаковић, Маја, „Право на одлучивање о *post mortem* давању дијелова тијела за трансплантацију (упоредноправни приказ)“, *Правни живот* 9/2011;
9. Џонсон, Алберт, Зиглер, Марк, Винслејд, Вилијем, *Клиничка етика*, Службени гласник, Београд 2008.

Правни прописи

1. Закон о трансплантацији људских органа, *Службени гласник РС*, бр. 14/10;
2. Закон о трансплантацији људских ткива и ћелија, *Службени гласник РС*, бр. 14/10;
3. Закон о трансплантацији органа и ткива у циљу лијечења, *Службене новине ФБиХ*, бр. 78/09;
4. Правилник о начину и медицинским критеријумима за утврђивање мождане смрти код даваоца људских органа, *Службени гласник РС*, бр. 65/10;
5. Правилник о начину и медицинским критеријумима за утврђивање мождане смрти код даваоца људских ткива и ћелија, *Службени гласник РС*, бр. 65/10.

Интернет извори

1. Донација и трансплантација органа, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/h.mujevic.transplantacija.pdf>;
2. ΜΕΤΑΜΟΣΧΕΥΣΗ ΖΩΤΙΚΩΝ ΟΡΓΑΝΩΝ, <http://www.floga.gr/50/01/02/2001-2/200202280102.asp>;
3. Предавање доцента др Стаменка Шушака, кардиохирурга и члана Синодске комисије СПЦ на првом састанку Међуправославне комисије за проучавање биоетике, <http://www.eparhija-backa.rs/sites/default/files/users/user6/novosti/2011/05/dr%20Susak%20o%20problem%20mozdane%20smrti.pdf>.

Ljubana Kandić

Faculty of Law, University of Belgrade

Student master programme

ON BRAIN DEATH

Summary

Brain death is loss and end of brain function. Originally a medical term, it has also attracted a lot of attention in religion, which remains indecisive on whether this type of death can be accepted or not and in the field of law where brain death is recognized as such. The concept of cardiac death (which means that person is dead when heart and breathing functions end) long preceded

the concept of brain death. Rising interest in brain death is caused by growing number of people who need organ transplantation, but insufficiently regulated procedure of organ donation and transplantation lead to a number of problems. Despite legislator's desire to regulate this matter, there are a lot of uncertainties. In addressing these issues, legal theory is managing to find some alternatives, but recent case law has shown inability to cope with the problem. This should serve as a warning to the legislator that legal gaps, uncertainties and space for arbitrariness left by the statutes, which here abound, cannot be afforded.

Key words: *Brain death; Cardiac death; Transplantation; Donation.*