**DAROVANJE ORGANOV PO SMRTI DAROVALCA: SISTEM DOMNEVNE PRIVOLITVE**

**(razprava)**

Jan Krajnik

Cerklje na Gorenjskem, 27. 12. 2022

KAZALO

[1. Uvod: temeljno o darovanju organov 5](#_Toc122985328)

[2. Sistemi ureditve darovanja organov umrlih darovalcev 6](#_Toc122985329)

[2.1. Sistem izrecne privolitve 6](#_Toc122985330)

[2.1.1. Splošno 6](#_Toc122985331)

[2.1.2. Sistem zahtevane prošnje 7](#_Toc122985332)

[2.1.3. Sistem zahtevanega odziva 9](#_Toc122985333)

[2.2. Sistem rutinskega reševanja 10](#_Toc122985334)

[2.3. Sistem domnevne privolitve 11](#_Toc122985335)

[3. Pregled ureditev v primerjalnem pravu 12](#_Toc122985336)

[4. Doktrina domnevne privolitve 13](#_Toc122985337)

[4.1. Vzroki za prehod iz sistema izrecne privolitve v sistem domnevne privolitve 13](#_Toc122985338)

[4.2. Predpostavke doktrine domnevne privolitve 14](#_Toc122985339)

[4.2.1. Mrtvi darovalec 14](#_Toc122985340)

[4.2.2. Privolitev: domneva privolitve oziroma odsotnost zavrnitve 17](#_Toc122985341)

[4.2.3. Sposobnost podati veljavno privolitev ali zavrnitev 19](#_Toc122985342)

[4.2.4. Objekt darovanja 20](#_Toc122985343)

[4.2.5. Prejemnik 21](#_Toc122985344)

[4.3. Izjeme od domnevne privolitve 21](#_Toc122985345)

[5. Etična (ne)sprejemljivost doktrine domnevne privolitve 21](#_Toc122985346)

[5.1. Argumenti utemeljiteljev doktrine 22](#_Toc122985347)

[5.2. Argumenti nasprotnikov doktrine 23](#_Toc122985348)

[5.3. *Gillova* različica argumenta manjšega števila napak 24](#_Toc122985349)

[6. Je sistem domnevne privolitve zares učinkovitejši? 25](#_Toc122985350)

[7. Ustavnopravna umestitev doktrine domnevne privolitve 27](#_Toc122985351)

[7.1. Sodna praksa in stališče ESČP 27](#_Toc122985352)

[7.2. Ustavnopravni razvoj na območju ZDA 30](#_Toc122985353)

[8. Slovenska ureditev 32](#_Toc122985354)

[8.1. Zgodovinski razvoj 32](#_Toc122985355)

[8.2. Veljavna ureditev 33](#_Toc122985356)

[8.2.1. Mrtvi darovalec 33](#_Toc122985357)

[8.2.2. Privolitev in domneva privolitve 35](#_Toc122985358)

[8.2.3. Sposobnost podati veljavno privolitev ali zavrnitev 37](#_Toc122985359)

[8.2.4. Objekt darovanja 39](#_Toc122985360)

[8.2.5. Prejemnik 39](#_Toc122985361)

[8.2.6. Dodatne predpostavke 40](#_Toc122985362)

[9. Sankcioniranje kršitev v sistemu domnevne privolitve 40](#_Toc122985363)

[9.1. Kazensko pravo 40](#_Toc122985364)

[9.2. Prekrškovno pravo 42](#_Toc122985365)

[9.3. Odškodninsko pravo 43](#_Toc122985366)

[10. Sklepno 45](#_Toc122985367)

[11. Literatura in viri 46](#_Toc122985368)

# Uvod: temeljno o darovanju organov

Vse od prve uspešne transplantacije (oz. presaditve) ledvice v letu 1954,[[1]](#footnote-1) ki nedvomno predstavlja pomembno prelomnico v razvoju sodobne medicine, so se postopki transplantacij povsem uveljavili in razvila se je posebna medicinska panoga, ki je danes izjemnega pomena. Po podatkih Globalnega observatorija za darovanje in transplantacije je bilo na svetovni ravni v letu 2020 izvedenih 129.681 presaditev organov, od tega največ presaditev ledvic in jeter.[[2]](#footnote-2) Porast postopkov transplantacij od svojih začetkov v petdesetih letih prejšnjega stoletja pa vse do danes je nujno vodil do porasta potrebe po organih, ki jih je mogoče za presaditve uporabiti.

Organe za namen transplantacij je mogoče pridobiti (le) z darovanjem organov. Ker gre za življenjsko pomembno, hkrati pa občutljivo problematiko, se ji je kmalu začelo posvečati tudi pravo in s ciljem varstva posameznikov postavilo določene zahteve, ki morajo biti za darovanje izpolnjene. Te so nekoliko razlikujejo glede na naravo darovanja, saj glede na časovni trenutek ločimo dve vrsti darovanja organov – darovanje organov za časa življenja in darovanje organov po smrti darovalca. Vseeno pa v jedru obeh vrst darovanja organov ostaja skupen ključni element oziroma zahteva – volja (privolitev) zadevnega darovalca. Ko gre za žive darovalce, je to predvsem posledica ustavno zagotovljene pravice do telesne celovitosti iz 35. člena Ustave Republike Slovenije. Vanjo drugim ni dovoljeno posegati brez privolitve nosilca pravice, torej vsakega človeka, v konkretnem primeru potencialnega darovalca. »Prisilno darovanje«,[[3]](#footnote-3) tj. prisilni odvzem organov človeku, tako ne bi bilo ustavno skladno. Poseganje v telo posameznika brez privolitve predstavlja tudi protipravno telesno poškodbo ustrezne stopnje (verjetno hudo ali celo posebno hudo telesno poškodbo), ki ob izkazani krivdni obliki storilca pomeni tudi kaznivo dejanje.

Pri umrlih darovalcih je drugače. S smrtjo posameznik izgubi pravno sposobnost in s tem ni več subjekt pravic, tudi človekovih pravic, zagotovljenih z Ustavo. Tako zahteve po privolitvi v posthumno darovanje organov ni mogoče izpeljevati iz telesne celovitosti in nedotakljivosti posameznika, pač pa iz pietete do umrlih, vseeno pa privolitev (čeprav se primerjalnopravno lahko pojavlja v različnih oblikah) ostaja v jedru ureditve darovanja organov tudi pri umrlih darovalcih.

Rastoči potrebi po organih za namen transplantacij v prejšnjih desetletjih darovanje organov ni moglo slediti. Privolitev kot temelji pogoj za veljavno opravljeno darovanje organov namreč temelji na prostovoljnosti in aktivni odločitvi posameznika, teh pa je bilo glede na potrebe premalo. Povedano drugače: povpraševanje po organih je bilo veliko, ponudba pa majhna. Vsi, ki bi presaditev organov potrebovali, do njih niso prišli, zaradi česar je mnogo ljudi, ki bi sicer lahko preživeli, umrlo, hkrati pa se je kljub načelni neodplačnosti darovanja organov razvil črni trg z organi. Mnogi avtorji[[4]](#footnote-4) so zato opozarjali na potrebne spremembe v zakonodaji, ki bi omogočile priskrbo večjega števila organov za transplantacije, saj bi le tako lahko rešili večje število ljudi, ki jih potrebuje.

Ker pri živih darovalcih sistema privolitve, kot je bil v veljavi do tedaj že v zvezi z ostalimi zdravstvenimi posegi, zaradi ustavnih jamstev ni bilo mogoče spreminjati, so se države osredotočile na darovanje organov umrlih darovalcev in poskušale z zakonodajnimi spremembami povečati količino organov, na voljo za postopke transplantacij. V nadaljevanju razprave se osredotočam na različne sisteme, ki jih poznamo v zvezi z ureditvijo darovanja organov po smrti darovalca, predvsem pa na poseben sistem domnevne privolitve, ki se je primerjalnopravno pojavil ravno z namenom premagovanja težav, povezanih s pomanjkanjem organov za transplantacije, in je dandanes vsaj v evropskem območju dokaj pogost, pa čeprav v določenih pogledih še vedno nekoliko pravno in etično sporen.

# Sistemi ureditve darovanja organov umrlih darovalcev

## Sistem izrecne privolitve

### Splošno

Kot je bilo poudarjeno že v uvodu, je v jedru sistemov ureditve darovanja organov institut privolitve in to velja tudi pri umrlih darovalcih. V sistemu izrecne privolitve (angl. *explicit consent, expressed consent*) mora potencialni darovalec že pred svojo smrtjo privoliti v darovanje, tj. odvzem organov iz njegovega telesa po svoji smrti. Privolitev mora biti izrecna in ne konkludentna – izražena mora biti navzven zaznavno, jasno in nedvoumno, biti mora svobodna in prava. V literaturi se omenja tudi izraz »*opt-in*« sistem, saj posameznik po svoji smrti v sistemu izrecne privolitve načeloma ni darovalec, razen če v to privoli. Oziroma drugače: v sistemu izrecne privolitve zakonodajalec postavlja domnevo, da posameznik ne želi posmrtno darovati svojih organov, to domnevo pa ovrže tako, da za časa življenja v darovanje po smrti privoli. Za sistem izrecne privolitve nekateri avtorji uporabljajo izraz »model darovanja« (angl. *donation model*), saj gre zgolj v primeru izrecne izjave volje posameznika darovati svoje organe po smrti za *darovanje* organov v pravem pomenu.

V čisti obliki sistema izrecne privolitve se torej že v času življenja zahteva privolitev potencialnega darovalca. Gre za t. i. trdni sistem (angl. »*strong« system*). Ponekod se pojavlja tudi t. i. šibki sistem (angl. *»weak« system*), pri katerem se še vedno zahteva izrecna privolitev, le da to ni privolitev samega potencialnega darovalca, pač pa njegovih bližnjih po njegovi smrti.[[5]](#footnote-5)

Sistem izrecne privolitve tako v svoji čisti obliki zahteva aktivno ravnanje potencialnega darovalca že za čas svojega življenja. Poznajo ga države, ki visoko cenijo posameznikovo avtonomijo pri odločanju o usodi lastnega telesa (ne le za časa življenja, pač pa tudi po smrti).[[6]](#footnote-6) Ravno zaradi omenjenega pa je z vidika pridobivanja organov za transplantacije takšen sistem najmanj učinkovit. Mnogi ljudje, sploh pa mladi, za časa življenja pač o teh vprašanjih ne razmišljajo, so pasivni, nemalo pa jih je z verskih, etičnih ali drugih osebnih razlogov do posmrtnega poseganja v telo odklonilnih. Tako sistem izrecne privolitve po eni strani močno varuje posameznikovo avtonomijo in telesno celovitost, po drugi strani pa ovira preskrbo s potrebnimi organi za presaditve, posledično pa celo reševanje življenj.

Nekatere države so poskušale sistem izrecne privolitve nekoliko prilagoditi, da bi s tem povečale količino darovanih organov. Tako sta se razvila sistem zahtevanega odziva in sistem zahtevane prošnje.

### Sistem zahtevane prošnje

V sistemu zahtevane prošnje (angl. *required request system*) imajo zdravstveni delavci obveznost, da paciente – po smrti pa njihove bližnje – zaprosijo za darovanje organov oziroma poizvejo, ali bi bili pripravljeni privoliti v posmrtno darovanje.[[7]](#footnote-7) Nekateri avtorji ta sistem poimenujejo tudi kot sistem rutinske poizvedbe (angl. *routine inquiry system*).[[8]](#footnote-8) Sistem se je razvil v Združenih državah Amerike (ZDA), kjer so z njim v posameznih zveznih državah poskušali rešiti težave v zvezi s pomanjkanjem organov. Leta 1985 je Oregon kot prva zvezna država sprejela zakon, ki je zdravstvenim delavcem predpisal obveznost prizadevati si za darovanje organov.[[9]](#footnote-9) Leta 1987 je sprememba *Uniform Anatomical Gift Act* uvedla sistem zahtevane prošnje na zvezni ravni.[[10]](#footnote-10) Zdravstveni delavci so bili z njim zavezani pacienta ob prihodu v bolnišnico vprašati o tem, ali je registriran kot darovalec organov. Če je bil odgovor pozitiven, so ga prosili za kopijo dokazila, če pa je bil negativen, so se z njim pogovorili o možnosti privolitve v posmrtno darovanje organov.

V začetku 90. let sta se razvili dve različici sistema zahtevane prošnje. Prva se je nanašala na ugotavljanje želja posameznika po smrti in niti ne pomeni več pravega sistema zahtevane prošnje, druga pa se je nanašala na pridobivanje privolitev bližnjih umrle osebe, zato gre za »šibki sistem« privolitve.[[11]](#footnote-11) *Veatch*[[12]](#footnote-12) poudarja, da privolitev družinskih članov v posmrtno darovanje organov zgodovinsko ni bila primarna, pač pa je bila uporabljena zgolj tedaj, ko jasno izražene volje umrlega ni bilo mogoče ugotoviti. Z vidika spoštovanja avtonomije posameznika razume preskok z zgolj alternative v dominantni in primarni mehanizem pridobivanja organov kot izrazito problematičnega.

Pričakovanja novega sistema so bila velika, izplen pa nič kaj boljši. V ameriški raziskavi leta 1995 je bilo ugotovljeno, da so bile družine potencialnih darovalcev kontaktirane (le) v 73 % primerih.[[13]](#footnote-13) *Kolber* išče razloge za takšno razhajanje med predvidenim in dejanskim predvsem v tem, da zdravstveni delavci družin, za katere menijo, da ne bodo privolile v darovanje, sploh ne kontaktirajo,[[14]](#footnote-14) *Fourie* pa dodaja, da zdravstveni delavci žalujoče bližnje nedavno umrlega neradi sprašujejo o usodi telesa njihovega ljubljenega.[[15]](#footnote-15)

Navedeno je verjetno razlog, da v novejšem *Revised Uniform Anatomical Gift Act* iz leta 2006 sistema zahtevane prošnje, kot ga je poznala različica iz leta 1987, ni več. Ostale so le še določbe glede obveznosti policistov, gasilcev, reševalcev in zdravstvenih delavcev, da v primeru smrti ali skorajšnje smrti opravijo »razumno iskanje« (angl. *reasonable search*) dokumentov, ki bi dokazovali privolitev ali zavrnitev darovanja. Vseeno pa tu ne gre več za sistem zahtevane prošnje, saj je pri njem ključen pogovor zdravstvenih delavcev s potencialnim darovalcem še v času njegovega življenja ali pa z njegovimi bližnjimi po smrti, kadar privolitve ali zavrnitve darovanja organov še nihče od njih ni dal. Iskanje dokazila že izražene volje temu ne ustreza.

Mnogo zveznih držav ZDA je po klavrnih rezultatih sistema zahtevane prošnje pozornost usmerilo v sistem zahtevanega odziva.

### Sistem zahtevanega odziva

Sistem zahtevanega odziva (angl. *required response system*; tudi *mandated choice*) je v diskurz o sistemih pridobivanja organov za namen transplantacij uvedel profesor medicinske etike na Univerzi v Georgetownu *Robert M. Veatch*. V svoji knjigi *Death, Dying, and the Biological Revolution* iz leta 1976[[16]](#footnote-16) je predlagal model, v katerem bi morali vsi posamezniki kot potencialni darovalci v določenem trenutku v svojem življenju odgovoriti na vprašanje, ali želijo po smrti darovati svoje organe. Po njegovem bi imeli na voljo tri možne odgovore: »da« (privolitev), »ne« (zavrnitev) in »ne vem« (ob smrti bi se štel za zavrnitev, a bi lahko nato privolitev podali bližnji). Pri odgovorim z »da« ali »ne« bi sistem lahko označili za »trdni sistem«, pri odgovoru z »ne vem« pa za »šibki sistem«. Ker je posmrtni odvzem organov v sistemu zahtevanega odziva mogoč le, kadar je posameznik podal privolitev, gre še vedno za sistem izrecne privolitve, le da je malenkost modificiran. Posamezniki bi svoj »odziv« podali pri državnem organu, ki bi ga evidentiral v računalniškem sistemu.[[17]](#footnote-17)

Posamezniki bi svojo odločitev oziroma »odziv« podali ob določenem trenutku oziroma dogodku v življenju. Ker gre za pomembno odločitev, ki ima lahko verske, etične in druge osebne razsežnosti, je primernejši trenutek po polnoletnosti, pa čeprav sposobnost odločanja o sebi (privolitvena sposobnost) načeloma ni (nujno) vezana na polnoletnost.[[18]](#footnote-18) *Veatch* kot najbolj očiten primer navaja trenutek pridobitve vozniškega dovoljenja.[[19]](#footnote-19) Druge možnosti so še pridobitev osebnih dokumentov, predložitev davčne napovedi, volitve ipd.[[20]](#footnote-20) Pomembno je predvsem, da se izbere tisti trenutek, ki bi zajel čim večje število odraslih prebivalcev, po možnosti pa bi se tudi ponavljal.[[21]](#footnote-21)

V sistemu zahtevanega odziva torej država od prebivalcev v določenem trenutku njihovega življenja zahteva odziv, tj. veljavno izjavo volje. S tem se izogne situacijam, ko ljudje, ki bi bili sicer pripravljeni darovati organe po svoji smrti, o tem vprašanju preprosto ne razmišljajo in privolitve izrecno in na predpisan način nikoli ne podajo. S tega vidika je sistem zahtevanega odziva učinkovitejši od klasičnega sistema izrecne privolitve, hkrati pa ohranja visoko stopnjo spoštovanja avtonomije posameznikov.[[22]](#footnote-22) Še več, zaradi organiziranosti podajanja »odziva« lahko država poskrbi za boljšo informiranost posameznikov pred sprejetjem odločitve, kar dodatno pripomore k zagotavljanju avtonomije posameznikov pri odločanju o takšnih osebnih vprašanjih. Kljub nedvomnim prednostim sistema zahtevanega odziva pa je treba ugotoviti, da se mnogo ljudi za darovanje organov iz kakršnih koli osebnih razlogov vseeno ne odloči.

## Sistem rutinskega reševanja

Težave s pridobivanjem organov v sistemu izrecne privolitve z vsemi podskupinami in različicami vred je spodbudil avtorje k iskanju novih rešitev. Tako sta pravnik *Jesse Dukeminier* in zdravnik *David Sanders* sta že leta 1968 predlagala uvedbo sistema rutinskega reševanja (angl. *routine salvaging system*).[[23]](#footnote-23) Danes ga v svoji skrajni različici avtorji razumejo kot sistem, v katerem se po smrti potencialnega darovalca njegovi organi lahko odvzamejo za presaditve ne glede na to, da v odvzem ni privolil oziroma tudi, če je odvzemu ugovarjal (in darovanje zavrnil!).[[24]](#footnote-24) Gre torej za sistem, v katerem posameznikovi samoodločba in avtonomija nista spoštovan ter privolitve za odvzem organov ni potrebno pridobiti, zato je že na ustavnopravni ravni izrazito problematičen.

Vendar pa *Dukeminier* in *Sanders* nista šla tako daleč. V svojem članku z naslovom *Organ Transplantation: A Proposal for Routine Salvaging of Cadaver Organs* sta izhajala iz naslednjih načel: (i) varovanje telesne integritete živih, (ii) reševanje človeških življenj kot temeljno načelo v medicinski etiki, (iii) spoštovanje razpolaganja posameznika s svojim telesom,[[25]](#footnote-25) (iv) zmanjšanje travmatičnih učinkov odvzema organov umrlega za njegove žalujoče bližnje in (v) spoštovanje verskih ugovorov. Sistem rutinskega reševanja, ki sta ga predlagala avtorja, je utemeljen na ideji, da mora pravo vedno favorizirati življenje, konkretno življenje tistega, ki potrebuje presaditev organov. Odvzem organov bi zato postal rutinski postopek, ki bi čim manj bremenil žalujoče bližnje umrlega, v skladu s predlogom avtorjev pa bi se pri njem upoštevalo voljo umrlega.[[26]](#footnote-26) Če je umrli ugovarjal odvzemu organov, bi se njegovo odločitev spoštovalo, enako pa bi se spoštovalo njegovo privolitev, pa čeprav bi njegovi bližnji ugovarjali. Če volje umrli ne bi izjavil, bi se upoštevalo ugovor njegovih bližnjih. Tako sta avtorja v bistvu predlagala sistem *opt-out*, tj. sistem domnevne privolitve.

## Sistem domnevne privolitve

Ker niti sistem izrecne privolitve niti sistem rutinskega reševanja v svoji skrajni obliki nista uspešno naslovila vseh težav, se je oblikoval nov sistem pridobivanja organov – sistem domnevne privolitve (angl. *presumed consent system*). Gre za vzpostavitev zakonske domneve (*praesumptio iuris*), da posamezniki soglašajo z darovanjem lastnih organov po smrti. Ob odsotnosti kakršne koli izjave volje potencialnih darovalcev glede darovanja organov se tako njihova privolitev domneva. Če pa posameznik pred smrtjo izjavi, da odvzema organov po smrti ne želi (tj. odvzem zavrne), se domneva ne vzpostavi in odvzem organov ni dovoljen. V literaturi se zato omenjata tudi izraz »*opt-out*« in *veto*, saj se domneva privolitve vzpostavi le ob odsotnosti zavrnitve. Glede na to, kdo lahko odvzem organov zavrne, spet lahko ločimo med t. i. trdnimi in šibkimi sistemi. V trdnih sistemih darovanje svojih organov po smrti zavrne sam potencialni darovalec za časa življenja s tem, da poda izjavo volje v obliki zavrnitve. Ponekod pa poznajo še šibki sistem, v katerem pa ob odsotnosti zavrnitve potencialnega darovalca domneva privolitve sicer velja, vendar pa jo lahko izpodbijejo tudi njegovi bližnji, tako da odvzem organov zavrnejo sami.

V sistemu domnevne privolitve gre v bistvu za kombinacijo prej analiziranih sistemov. Po eni strani se ohranja privolitev kot osrednji institut ureditve darovanja organov in s tem spoštovanje avtonomije ter volje posameznika, le da je sistem obrnjen in ne išče »pozitivne volje« posameznika, pač pa upošteva njegovo »negativno voljo« (tj. zavrnitev). Po drugi strani ima tudi elemente sistema rutinskega reševanja, saj iskanje in pridobivanje privolitve ni več naloga zdravstvenih delavcev, pač pa je breme aktivnega ravnanja v smeri preprečitve odvzema organov na posamezniku kot potencialnemu darovalcu ali, podredno, njegovih družinskih članih.

V naslednjih razdelkih bomo sistem domnevne privolitve podrobneje analizirali in kritično ovrednotili z različnih vidikov, pred tem pa si bomo zgolj na kratko ogledali primerjalnopravne trende ureditve darovanja organov, tj. predvsem katerih modelov se države danes najpogosteje poslužujejo.

# Pregled ureditev v primerjalnem pravu

Če pogledamo, katere sisteme države uporabljajo pri ureditvi darovanja organov po smrti, ugotovimo, da sta prisotna sistem izrecne privolitve in sistem domnevne privolitve, medtem ko se sistem rutinskega reševanja v primerjalnem pravu ne pojavlja.

Spodnja tabela prikazuje ureditve darovanja organov po smrti v državah članicah Evropske unije.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Sistem izrecne privolitve (*opt-in*)** | **Sistem domnevne privolitve (*opt-out*)** | **Mešani sistem** |
| Ciper, Danska, Nemčija, Irska, Litva, Romunija | Avstrija, Belgija, Bolgarija, Češka, Estonija, Finska, Francija, Grčija, Hrvaška, Italija, Latvija, Luksemburg, Madžarska, Malta, Nizozemska, Poljska, Portugalska, Slovaška, Španija, Švedska | Slovenija[[27]](#footnote-27) |

Tabela 1: Sistemi darovanja organov v državah članicah EU[[28]](#footnote-28)

Tabela jasno kaže na to, da v Evropi prevladuje sistem domnevne privolitve in takšni so tudi trendi. Nizozemska je leta 2018 sprejela zakon, s katerim so svojo ureditev s sistema izrecne privolitve spremenili v sistem domnevne privolitve. Podobno se je leta 2019 zgodilo v Združenem kraljestvu. Leta 2022 so švicarski državljani s 60-odstotno večino na referendumu podprli sistem domnevne privolitve.[[29]](#footnote-29) Na Irskem se obeta podobna sprememba.[[30]](#footnote-30) Drugače je v Nemčiji, kjer je bil leta 2020 zakon, ki bi uvedel sistem domnevne privolitve, v parlamentu zavrnjen, in to kljub večinski javnomnenjski podpori predlogu.[[31]](#footnote-31)

Izven Evrope je od sistema domnevne privolitve pogostejši sistem izrecne privolitve. Poznajo ga na primer Združene države Amerike, Avstralija, Nova Zelandija, Kanada, Mehika, Izrael, Južnoafriška republika, Tajska in Malezija.[[32]](#footnote-32) Sistem domnevne privolitve pa imajo na primer Čile, Argentina Kolumbija.[[33]](#footnote-33)

# Doktrina domnevne privolitve

## Vzroki za prehod iz sistema izrecne privolitve v sistem domnevne privolitve

Zgodovinsko je se je prvi razvil sistem izrecne privolitve, kar je posledica doktrine informirane privolitve, ki se je po svetu uveljavila za vse medicinske posege v telo posameznika, odvzem organov pa to nedvomno predstavlja. Predlogi odstopa od sistema izrecne privolitve v primerih darovanja organov po smrti so se začeli pojavljati že relativno zgodaj po odkritju postopkov presaditev. Spomnimo – prva presaditev je bila opravljena leta 1954, leta 1968 pa sta *Dukeminier* in *Sanders* že opozarjala na nezadostnost pravne ureditve darovanja organov po smrti, ki da preveč ovira pridobivanje organov in s tem reševanje življenj tistih, ki bi te organe nujno potrebovali.[[34]](#footnote-34)

Medicinska panoga transplantacij se sooča s hudim pomanjkanjem organov. V Združenih državah Amerike in Kanadi je pogostost odpovedi ledvic 140 do 160 ljudi na milijon prebivalcev na leto, medtem je količina organov, ki je na voljo od umrlih darovalcev, med 20 in 22 na milijon prebivalcev na leto. V Evropi je to razmerje 120–140 nasproti 14–21.[[35]](#footnote-35) V ZDA več kot 100.000 ljudi čaka na presaditev ledvic, med čakanjem pa povprečno vsak dan umre 33 ljudi.[[36]](#footnote-36)

In kakšni so podatki v Sloveniji? V letu 2020[[37]](#footnote-37) so na presaditev organa čakali 204 ljudje, med njimi jih je bilo na čakalnem seznamu največ za presaditev ledvice, in sicer 115 (kar predstavlja več kot polovico vseh potrebnih transplantacij). Čeprav se je v primerjavi z letom 2019 število čakajočih na seznamu zmanjšalo, pa trend skozi več let nakazuje na povečevanje števila ljudi, ki čakajo na presaditev organa. V letu 2020 je bilo od umrlih darovalcev za namen transplantacij pridobljeno 136 organov, največ ledvic (68). Gre skoraj za dvakrat nižjo številko od števila čakajočih na transplantacije.

S krizo pomanjkanja organov (angl. *organ shortage crisis*) se soočajo praktične vse države sveta in poskušajo najti rešitve, kako zagotoviti večje število organov za presaditve in tako rešiti življenja tistih, ki čakajo na transplantacijo. Sistem domnevne privolitve se med avtorji omenja kot ena pomembnejših rešitev. Razlog je v tem, da zdravstveni delavci ne rabijo iskati privolitve potencialnega darovalca ali njegovih bližnjih, pač pa umrlemu potencialnemu darovalcu zaradi domneve, da z odvzemom soglaša, lahko odvzamejo organe, potrebne za transplantacijo, če ni izkazane zavrnitve (*opt-out*). Če smo pri sistemu izrecne privolitve ugotavljali, da mnogo ljudi v času življenja o darovanju organov po smrti enostavno ne razmišlja in se zato o njem ne izjavi, pa čeprav mu načeloma ne nasprotuje, to pa ima za posledico manjše število privolitev, bo v sistemu domnevne privolitve veljalo ravno obratno – pasivnost ljudi bo vodila v manjše število zavrnitev, to pa seveda pomeni večje število razpoložljivih organov za odvzem in nadaljnje postopke transplantacij.

## Predpostavke doktrine domnevne privolitve

V tem razdelku si bomo ogledali predpostavke doktrine domnevne privolitve. Analiza bo usmerjena splošno, saj so predpostavke v državah, ki takšen sistem poznajo, podobne. Slovenska ureditev vključno s predpostavkami domnevne privolitve po našem pravu bo predstavljena kasneje v tej razpravi.

### Mrtvi darovalec

Prva predpostavka doktrine domnevne privolitve je smrt darovalca. Sistem domnevne privolitve je uporabljiv zgolj v primerih posmrtnega darovanja organov, saj bi v primeru darovanja organov živega darovalca sistem domnevne privolitve preveč posegel v avtonomijo in telesno celovitost posameznika kot ene temeljnih človekovih pravic, ki mu gredo.[[38]](#footnote-38) Zato je trenutek smrti tisti ključni trenutek, ko v državah, ki poznajo pri darovanju organov po smrti darovalca sistem domnevne privolitve, pride do prehoda iz sistema izrecne privolitve v sistem domnevne privolitve.

V anglosaškem svetu prvo predpostavko na podoben način opredeljuje t. i. *dead donor rule*, ki v svojem bistvu pomeni, da se lahko življenjsko pomembni organi (angl. *vital organs*) odvzamejo samo mrtvemu darovalcu (in nikoli živemu).[[39]](#footnote-39) Tako mora biti darovalec nujno razglašen za mrtvega, da so mu lahko odvzeti življenjsko pomembni organi. Takšno pravilo je skladno s temeljnim načelom medicinske etike, da zdravniki ne smejo namerno ubiti svojih pacientov. Odvzem življenjsko pomembnih organov bi povzročil smrt pacienta, zato *dead donor rule* takšen odvzem dovoljuje le pri umrlih darovalcih.

Kateri je torej relevantni trenutek smrti? Od 18. pa do sredine 20. stoletja je bila oseba razglašena za mrtvo, ko je njeno srce prenehalo biti in so pljuča prenehala delovati (kardiorespiratorna oziroma kardiopulmonalna definicija smrti).[[40]](#footnote-40) Zaradi razvoja tehnologije, ki je omogočila umetno vzdrževanje vitalnih funkcij, omenjena definicija smrti ni bila več zadostna.[[41]](#footnote-41) V letu 1968 je *ad hoc* odbor Harvardske medicinske šole na podlagi nevroloških funkcij postavil novo definicijo smrti – smrt so opredelili z *možgansko smrtjo* (angl. *brain death*). Ko oseba utrpi nepovratno prenehanje delovanja celotnih možganov, vključno z možganskim deblom, je mrtva.[[42]](#footnote-42) Ta standard je danes v primerjalnopravnih ureditvah široko sprejet. Večina držav ga zakonsko definira v posebnih zakonih s področja darovanja organov in transplantacij (tudi Slovenija), ZDA pa so ga na primer uvedle kot splošno opredelitev smrti in ne posebej vezano na darovanje organov.[[43]](#footnote-43),[[44]](#footnote-44)

Ne glede na splošno primerjalno sprejetost omenjene definicije smrti v pozitivnem pravu pa je ta pogosto predmet kritik. V začetku je bila kritizirana predvsem z vidika, da je bila takšna definicija smrti vzpostavljena prav za namen odvzema organov, kot so srce, pljuča in jetra, saj vse do odvzema potrebujejo obstoječ krvni obtok, da ne propadejo.[[45]](#footnote-45) Z moderno tehnologijo je mogoče vzdrževati človekove biološke funkcije (dihanje, kroženje krvi, uravnava temperature, metabolizem ipd.), zato možganska smrt v resnici ne pomeni nujno, da so takšne osebe zares »mrtve«.[[46]](#footnote-46) *Miller* in *Sade* poudarjata, da ob strogem upoštevanju *dead donor rule* življenjsko pomembnih organov darovalcem sploh ne bi bilo mogoče odvzeti.[[47]](#footnote-47) Ker osebe, ki se jih umetno vzdržuje pri življenju, kljub možganski smrti v resnici niso mrtve, se jim organov ne bi smelo odvzeti do odklopa z naprav, tedaj pa so življenjsko pomembni organi, kot sta srce in pljuča, že neuporabni za presaditve. Avtorja namesto fikcije, da je oseba z možgansko smrtjo mrtva, predlagata drugačen pristop. Menita, da ob izkazani veljavni izrecni privolitvi v posmrtno darovanje organov in ob izkazani veljavni odločitvi za prekinitev vzdrževanja pri življenju ni razlogov, da ne bi organov darovalcu odvzeli še pred odklopom od naprav.[[48]](#footnote-48) Če sprejmemo, da odklop od naprav povzroči smrt,[[49]](#footnote-49) in če je odklop imanenten, potem z vidika darovalca ni razlike, ali se organi odvzamejo pred ali po odklopu. Za prejemnike organov pa takšen pristop predstavlja veliko razliko, saj so organi, pridobljeni še pred odklopom, uporabljivi za presaditve.

Nekateri avtorji so zato predlagali vzpostavitev t. i. standarda višje možganske smrti (angl. *higher brain standard of death*). Za mrtve bi se v skladu s tem standardom štele osebe, ki so trajno izgubile zavest.[[50]](#footnote-50) Ni treba, da prenehajo delovati celotni možgani (kot pri prejšnjem standardu), in možgansko deblo je lahko še vedno dobro ohranjeno, prenehati pa mora vsaj del možganov – in to tisti del, v katerem so koncentrirani človekovi spomini, zavest, želje, prepričanja.[[51]](#footnote-51) Smrt celotnih možganov je v skladu s tem standardom zadosten dokaz človekove smrti, ni pa nujna, saj zadošča že smrt zgolj dela možganov, ki je nosilec omenjenih funkcij. Standard višje možganske smrti je v teoriji naleten na kritike. Kot najbolj sporna značilnost tega standarda je bilo izpostavljeno dejstvo, da bi osebe, ki bi jih razglasili za mrtve, še dihale.[[52]](#footnote-52) Osebe v vegetativnem stanju, ki so trajno nezavestne, bi se štele za mrtve, pa čeprav bi lahko dihale celo samostojno, tj. brez postopkov umetnega predihavanja.[[53]](#footnote-53) Opozarjalo se je tudi na nevarnost, da bi uvedba takšnega standarda sprožila negativno javno mnenje glede postopkov transplantacij, saj bi lahko javnost dobila občutek, da se z definicijo smrti manipulira zgolj za namene presaditvenih postopkov.[[54]](#footnote-54)

Ne glede na vse pomisleke danes v svetu prevladuje za namen opredelitve trenutka smrti standard možganske smrti. To je torej trenutek, po katerem je odvzem organov umrlemu darovalcu po sistemu domnevne privolitve šele zares mogoč oziroma dovoljen.

### Privolitev: domneva privolitve oziroma odsotnost zavrnitve

Druga predpostavka v sistemu domnevne privolitve je privolitev v obliki domneve privolitve. Privolitev v zdravstveni poseg je ena od osrednjih dogmatskih temeljev medicinskega prava in nedvomno pomembno opredeljuje odnos med zdravnikom in pacientom. V medicinskem pravu se je razvila doktrine informirane privolitve (angl. *informed consent*), ki v svojem bistvu pomeni, da ima pacient pravico, da se sam odloči o poteku svojega zdravljenja (tj. sam odloča o svojem telesu), da pa se lahko odloči, mora imeti vse relevantne informacije glede svojega zdravstvenega stanja in poteka zdravljenja, ki mu jih mora zdravnik posredovati.[[55]](#footnote-55) Pacient se torej informirano odloči o zdravstvenem posegu in vanj (izrecno) privoli ali pa ga zavrne. Informirana privolitev (tj. privolitev pacienta v zdravstveni poseg, podana po opravljeni zdravnikovi pojasnilni dolžnosti) je ključna predpostavka, da je zdravstveni poseg sploh lahko izveden. Če je zdravstveni poseg opravljen ob neobstoju privolitve pacienta ali celo kljub njegovi zavrnitvi, se poseg šteje za protipravno telesno poškodbo, ki lahko za seboj nosi odškodninske in kazenskopravne posledice. Ni torej mogoče dovolj poudariti, kako pomembno mesto ima informirana privolitev v sodobnem medicinskem pravu.

V ureditvi posmrtnega darovanja organov so mnoge države odstopile od sistema izrecne privolitve in uvedle sistem domnevne privolitve. Kot že omenjeno, to pomeni, da se ob smrti[[56]](#footnote-56) osebe domneva njena privolitev v posmrtno darovanje organov. Če se pred smrtjo oseba ni izrekla glede posmrtnega darovanja organov, *se ob smrti šteje*, da je v to privolila. Ko se aktivira domneva privolitve, je ta izenačena z izrecno privolitvijo, ki v medicinskem pravu velja sicer. To pomeni, da je zdravstveni poseg (konkretno odvzem organov) dopusten.

Domneva mora biti vzpostavljena z zakonom.

Domneva privolitve se vzpostavi zgolj ob odsotnosti zavrnitve potencialnega darovalca. Če za časa življenja posameznik poda izjavo volje v obliki zavrnitve odvzema lastnih organov po smrti, se njegova privolitev ne more domnevati, saj bi bilo to v nasprotju z navzven izkazanim dejstvom, da tega ne želi.[[57]](#footnote-57) Za časa življenja ima torej posameznik vedno možnost, da se vzpostavitvi domneve ob svoji smrti izogne (od tod izhajata za takšen sistem tudi izraza *opt-out* in *veto*). Zavrnitev je treba običajno podati na formaliziran način, z registracijo[[58]](#footnote-58) svoje volje pri posebnem organu.

Ko se enkrat domneva privolitve vzpostavi, pa se pojavi vprašanje, ali je izpodbojna ali neizpodbojna. To je odvisno od vloge, ki jo zakonodajalec nameni družinskim članom umrlega potencialnega darovalca.[[59]](#footnote-59) Tu je ključno razlikovanje med t. i. trdnimi sistemi (angl. »*strong system*«) in šibkimi sistemi (angl. »*weak system*«). V trdnih sistemih družinski člani nimajo nobene vloge, kar pomeni, da v primeru odsotnosti zavrnitve umrlega in posledične vzpostavitve domneve privolitve ta obvelja, saj družinski člani sami nimajo pravice zavrniti darovanje. V trdnih sistemih je torej domneva privolitve neizpodbojna (*praesumptio iure et de iure*). Drugače je v šibkih sistemih, v katerih imajo tudi družinski člani *pravico do zavrnitve*. Če umrli za časa svojega življenja ni podal zavrnitve, se domneva privolitve sicer vzpostavi, vendar pa lahko odvzem organov zavrnejo njegovi svojci in tako domnevo izpodbijejo. Splošno je mogoče ugotoviti, da so trdni sistemi v primerjalnem pravu redkejši[[60]](#footnote-60) in da države običajno (ene bolj, druge manj) upoštevajo tudi voljo družinskih članov umrlega. Praktična posledica tega razlikovanja je naslednja: v trdnih sistemih lahko, če ni nikjer izkazano, da je umrli darovanju organov nasprotoval, zdravnik takoj po smrti organe odvzame iz telesa umrlega, saj je domneva privolitve, ki se je vzpostavila, neizpodbojna. V šibkih sistemih tega ne sme storiti, saj mora počakati na odločitev svojcev umrlega. Šele ko se prepriča, da svojci odvzemu organov ne nasprotujejo in tako domneve privolitve ne bodo izpodbili, je mogoče nadaljnje postopanje.

Če je potencialni darovalec tekom življenja že podal privolitev v darovanje svojih organov po smrti, domneva privolitve ob smrti ni potrebna. Še več, glede na jasno izraženo voljo posameznika uporaba domneve niti ne bi bila dopustna. Družinski člani umrlega v takšnem primeru nimajo pravice zavrniti odvzem organov, saj bi bilo to v nasprotju z jasno in izrecno izraženo voljo umrlega ter bi pomenilo kršitev posameznikove avtonomije in samoodločbe. V svetu je sicer mogoče najti zakonodajne izjeme tudi v tem smislu (tj. šibki sistem izrecne privolitve), vendar pa so izjemno redki.[[61]](#footnote-61)

### Sposobnost podati veljavno privolitev ali zavrnitev

Tretja pomembna predpostavka je sposobnost podati veljavno privolitev oziroma zavrnitev (v slovenski zakonodaji se je uveljavil izraz »sposobnost odločati o sebi«). Ta pomeni sposobnost razumeti in zavedati se pomena in posledic svoje izjave volje. Običajno je opredeljena v splošni medicinski zakonodaji in ne posebej v zakonih, ki urejajo transplantacije in darovanje organov, čeprav tudi takšne možnosti ne gre *a priori* izključevati. Privolitvena oziroma zavrnitvena sposobnost je lahko vezana na določeno starost, lahko pa je odločitev, ali je določena oseba res sposobna razumeti pomen in posledice svojih odločitev, prepuščena presoji v posamičnem primeru, predvsem presoji zdravnika ali drugega zdravstvenega delavca.

Sistem domnevne privolitve je osnovan na *opt-out* podlagi, zato potencialni darovalec za časa življenja lahko prepreči posmrtni odvzem organov tako, da poda zavrnitveno izjavo. Zanjo mora imeti zakonsko predpisano privolitveno oziroma zavrnitveno sposobnost. Kadar je ta fiksno določena ob dopolnitvi določene starosti, lahko zavrnitev poda otrok, ki je dopolnil to starost. Kadar pa je treba sposobnost odločanja o sebi ugotavljati v konkretnem primeru, se to lahko izkaže kot posebej težavno. *Pierscionek* poudarja, da obstaja velika razlika med otrokovim razumevanjem, kakšne so posledice zdravstvenega posega, v katerega privoljuje, in razumevanjem pomena zavrnitve darovanja organov, ki vključuje tudi razumevanje zahtevnih (filozofskih) konceptov življenja in smrti.[[62]](#footnote-62)

Osebe, ki sposobnosti odločanja o sebi nimajo (to so otroci in osebe z motnjami v duševnem razvoju ali težavami v duševnem zdravju), same za časa življenja veljavne zavrnitve ne morejo podati, zato bi se v takšnih primerih privolitev vedno domnevala, kar pa se vsaj intuitivno zdi izrazito sporno. Mar ne bi morali ravno takšnih oseb še posebej ščititi pred posegi, ne pa jih le-tem še bolj izpostavljati? Še posebej glede na to, da jih sami ne morejo razumeti in zato oblikovati lastne volje v zvezi z njimi?

V zakonodajni praksi to dilemo nekatere države rešujejo s šibkim sistemom, ki končno odločitev o morebitni zavrnitvi prepušča staršu ali skrbniku, nekatere države (med njimi tudi Slovenija) pa v obupu iskanja ustreznejše rešitve tega težavnega etičnega vprašanja opuščajo sistem domnevne privolitve v celoti in se vračajo k sistemu izrecne privolitve, kakršnega poznajo v splošni medicinski zakonodaji za otroke ter osebe z motnjami v duševnem razvoju in težavami v duševnem zdravju. Kakor koli že, za takšne osebe izjavijo voljo (pa naj bo privolitev ali zavrnitev) starši ali skrbniki. Pri tem morajo upoštevati največje koristi teh oseb, kar pa je po njihovi smrti izjemno težko (če je sploh mogoče) opredeliti. Kaj je v večji otrokovi koristi[[63]](#footnote-63) ob njegovi smrti – to, da se mu odvzamejo organi, ali to, da se njegovo telo ohrani nedotaknjeno? Je sploh mogoče določiti, kakšna je otrokova korist po smrti?[[64]](#footnote-64) Sam menim, da je tudi po otrokovi smrti še vedno mogoče zasledovati njegovo korist, vendar pa objektivizirana presoja, kaj naj bi ta korist bila, ni več mogoča. Različna prepričanja ljudi nujno vodijo tudi v različna vrednotenja zastavljenega vprašanja, zato se zdi edina sprejemljiva razlaga v tem, da se odločitev povsem prepusti staršem ali skrbnikom. V njihovi domeni je, ali bodo kot največjo otrokovo korist prepoznali darovanje organov ali ne, in menim, da ni nobena od obeh možnosti pravilnejša od druge.

### Objekt darovanja

Nadaljnja predpostavka je objekt darovanja, tj. organ, ki se daruje. Pravo običajno ne določa, kateri organi se umrlemu darovalcu lahko odvzamejo, ampak dopušča odvzem katerega koli organa v telesu darovalca.[[65]](#footnote-65) Kateri organ se konkretno lahko odvzame in je primeren za postopek transplantacije, je predvsem vprašanje medicinske stroke.

Vseeno pa nekatere (redke) zakonodaje poznajo *restriktivni pristop k opredelitvi objekta darovanja* v sistemu domnevne privolitve.[[66]](#footnote-66) To pomeni, da sistem domnevne privolitve vežejo zgolj na pridobivanje določenih organov, medtem ko za vse ostale uporabljajo sistem izrecne privolitve. Takšen je primer singapurskega *Human Organ Transplant Act* iz leta 1987, ki uzakonja sistem domnevne privolitve (5. člen), vendar pa s tem, ko pojem »organ« opredeli (le) kot ledvico, področje uporabe zakona omeji zgolj na odvzem ledvic. Za pridobivanje drugih organov se uporablja splošna medicinska zakonodaja, pri kateri pa gre za sistem izrecne privolitve.[[67]](#footnote-67)

### Prejemnik

Zadnja od predpostavk je, da obstaja prejemnik organa, tj. oseba, ki potrebuje presaditev organa. Ker gre pri tem za medicinski poseg, mora prejemnik vanj privoliti, pri čemer pridejo v poštev vsa splošna pravila doktrine informirane privolitve in druga pravila medicinskega prava.

## Izjeme od domnevne privolitve

Domnevna privolitev je sicer vse bolj pogosta zakonodajna rešitev za težave v zvezi s pomanjkanjem organov za presaditve, vseeno pa se v določenih državah (še) ne pojavlja kot absolutni ukrep. Obstajajo določene izjeme, v katerih se ne uporabi sistem domnevne privolitve, pač pa se ohranja sistem izrecne privolitve. Primeri, ki se pojavljajo (nekatere med njimi smo že omenili), so na primer:

* otroci in ljudje z motnjami v duševnem razvoju in težavami v duševnem zdravju,
* ljudje nad določeno starostjo,
* ljudje določene veroizpovedi,
* ljudje, ki niso državljani in nimajo stalnega prebivališča na območju države,
* določeni organi,
* ipd.

# Etična (ne)sprejemljivost doktrine domnevne privolitve

Domnevna privolitev je poleg pravnih razsežnosti postala tudi predmet filozofskih razprav. V njih se kaže predvsem napetost med avtonomijo posameznika na eni strani in pozitivnimi posledicami darovanja organov za širšo družbo na drugi strani. V nadaljevanju si bomo ogledali argumente podpornikov in nasprotnikov doktrine domnevne privolitve, ki se nanašajo predvsem na etična vprašanja in dileme takšne ureditve.

## Argumenti utemeljiteljev doktrine

Sistem domnevne privolitve podpira utilitaristična etika, v skladu s katero je moralno tisto ravnanje, ki povzroči največ koristi za čim večje število ljudi.[[68]](#footnote-68) Temelji na primerjavi pozitivnih in negativnih učinkov posameznikovega ravnanja. Le-to je označeno za moralno pravilno in za posameznika predstavlja moralno obveznost takrat, ko prvi prevladajo nad drugimi.

Utemeljitelji sistema domnevne privolitve se v prvi vrsti sklicujejo na pomanjkanje organov za transplantacije in potrebo po njih za reševanje življenj. Rešitev omenjene težave predstavlja uvedba sistema domnevne privolitve, ki omogoča odvzem organov po smrti posameznikov ob odsotnosti izrecne in navzven zaznavne privolitve v odvzem. Podporniki menijo, da domnevna privolitev zaradi svojega potenciala pridobivati organe za transplantacije, ki rešujejo življenja, predstavlja »več dobrega«, hkrati pa velike škode pri odvzemu organov mrtvemu posamezniku ni,[[69]](#footnote-69) če pa že je, da koristi reševanja življenj pretehtajo.

Posebej se utemeljitelji doktrine domnevne privolitve posvečajo t. i. argumentu manjšega števila napak (angl. *fewer mistakes claim*). Ta izhaja iz meritev javnega mnenja o darovanju organov, ki praviloma kažejo na visoko stopnjo naklonjenosti ljudi do darovanja organov po svoji smrti. V Združenih državah Amerike se pogosto sklicujejo na eno od raziskav, ki je ugotovila, da je okoli 70 % Američanov naklonjenih darovanju svojih organov po smrti, okoli 30 % pa ne.[[70]](#footnote-70) Hkrati se je nujno zavedati, da število dejanskih darovanj organov niti približno ne doseže omenjene številke. Podporniki domnevne privolitve iz te številke napravijo sklep, da želje mnogih od teh 70 % ljudi niso spoštovane in ob smrti so pokopani, ne da bi jim bili odvzeti organi, ki so primerni za presaditev. V sistemu izrecne privolitve so zagotovo spoštovane vsaj želje tistih 30 % ljudi, ki darovanju organov po smrti nasprotujejo, sicer pa nekoliko več, saj je treba všteti še tiste, ki so svojo privolitev v darovanje izrecno podali. Za vse ostale, ki sicer ne nasprotujejo darovanju, a do odvzema organov ni prišlo, ker niso podali privolitve, velja, da je prišlo do napake – zmotnega ne-odvzema. Po drugi strani bi bile ob uvedbi domnevne privolitve zagotovo spoštovane želje vsaj 70 % ljudi (torej tistih, ki so že tako naklonjeni darovanju), sicer pa še nekoliko več, saj bodo vsaj najbolj zagreti nasprotniki darovanja nedvomno darovanje zavrnili in izkoristili t. i. *opt-out*. Do napake – zmotnega odvzema – bi prišlo zgolj pri tistih, ki darovanju niso naklonjeni, pa zavrnitve niso podali, to pa bo manj od 30 % ljudi. V sistemu domnevne privolitve do napak (zmotnih odvzemov) po mnenju podpornikov pride občutno manjkrat kot do napak (zmotnih ne-odvzemov) pride v sistemu izrecne privolitve. Tako sistem domnevne privolitve po mnenju podpornikov dosega spoštovanje želja večjega števila umrlih kot sistem izrecne privolitve.[[71]](#footnote-71)

Že takoj je treba omeniti na določene omejitve tega argumenta. Težava je predvsem v zanašanju na meritve javnega mnenja. Čeprav ankete običajno res kažejo na relativno visoko naklonjenost ljudi posmrtnemu darovanju organov, pa vsaj praktične izkušnje dejanskih darovanj kažejo nasprotno. Res da je razlogov za takšno odstopanje več, a vendarle lahko sproža pomisleke glede pravilnosti rezultatov anket. Poleg tega odgovori v anketi ne morejo pomeniti nespremenljivosti stališč ljudi, ko postajajo starejši, sploh pa tistih, ki se približujejo smrti. Omejenost argumenta je v tem, da je nujno vezan na podatek, da darovanje organov po smrti podpira več kot 50 % javnosti. Če bi se to razmerje spremenilo v drugo smer, bi se kaj hitro argument obrnil v prid nasprotnikom domnevne privolitve – če manj kot polovica ljudi podpira posmrtno darovanje organov, bo največ želja (torej več kot 50 %) spoštovanih, če je v veljavi sistem izrecne privolitve.

## Argumenti nasprotnikov doktrine

Glavni argument proti sistemu domnevne privolitve je, da predstavlja potencialno kršitev posameznikove avtonomije, predvsem njegovih želja o tem, kaj naj se zgodi z njegovim telesom po smrti.[[72]](#footnote-72) V sistemu domnevne privolitve se namreč lahko zgodi, da so odvzeti organi nekoga, ki tega ni želel, a svoje volje ni navzven izkazal (napaka zmotnega odvzema). Kot že omenjeno, podporniki domnevne privolitve tega sicer ne zanikajo, vendar pa menijo, da sistem domnevne privolitve povzroči manjše število napak kot sistem izrecne privolitve, kjer pa se lahko zgodi, da ne bodo odvzeti organi nekoga, ki je sicer želel darovati, a svoje volje ni izrazil (napaka zmotnega ne-odvzema).

Nasprotniki sistema domnevne privolitve sicer ne zanikajo, da je napak zmotnega odvzema v sistemih domnevne privolitve res manj kot napak zmotnega ne-odvzema v sistemih izrecne privolitve, vendar pa trdijo, da ta dva tipa napak (oziroma kršitev volje umrlega) nista moralno enakovredni. Po njihovem je poseg v posameznikovo telo v nasprotju z njegovo (pa čeprav neizraženo) voljo moralno hujši od ne-posega v posameznikovo telo v nasprotju z njegovo (spet neizraženo) voljo.[[73]](#footnote-73) Takšno moralno vrednotenje verjetno ustreza splošnemu občutku ljudi, saj kot moralno negativno običajno hitreje prepoznamo aktivno (storitev) kot pasivno ravnanje (opustitev). Ekonomska vedenjska teorija opisuje tendenco ljudi, da preferirajo in se posledično odločijo za opustitev v primerjavi z enakovredno storitvijo, kot t. i. »*omission bias*«,[[74]](#footnote-74) zgolj en korak pa je potreben do sklepa, da opustitev vrednotijo kot moralno manj problematično kot sicer enakovredno storitev.

Med nasprotniki se pojavlja tudi argument, da z vzpostavitvijo domnevne privolitve ne gre več za darovanje organov v pravem pomenu besede, pač pa za odvzem organov s prisilo.[[75]](#footnote-75)

Še dlje v argumentaciji gre *Veatch*, ki zastavi naslednje vprašanje: Ali želimo biti družba, ki zaznava dele telesna kot dejansko lastnino države, ki jo ta lahko vzame, ali pa je to nevarna napačna prednostna razvrstitev vrednot?[[76]](#footnote-76) Če si država lahko prilasti človeško telo, razen v primerih nasprotovanja posameznika ali njegovih bližnjih, kaj šele to nakazuje za druge, manj pomembne stvari, ki pripadajo posamezniku. Če je telo ključno za posameznikovo identiteto, mora imeti posameznik v družbi, ki vrednoti osebno integriteto in svobodo zelo visoko, popoln nadzor nad svojim telesom, in to ne le v času življenja, pač pa tudi določen čas po svoji smrti. Iz tega sledi, da je lahko uporaba njegovih organov po smrti zgolj njegov dar, nikakor pa (prisilni) odvzem.[[77]](#footnote-77)

Gre za tipičen argument libertarianistične politične filozofije, ki zavrača (pre)veliko vmešavanje države v življenja posameznikov in skladno s tem tudi poseganje v to, kaj se zgodi s posameznikovim telesom po njegovi smrti, sodi zgolj v sfero njegove svobodne odločitve. Prisvajanje njegovega telesa s strani države zato vidijo kot hud poseg v avtonomijo in svobodo.[[78]](#footnote-78)

## *Gillova* različica argumenta manjšega števila napak

Posebej zanimiva je *Gillova* različica argumenta manjšega števila napak, ki sodi med argumente utemeljiteljev doktrine domnevne privolitve, vendar jo obravnavam ločeno, saj v razpravo vnaša nove kategorije in razsežnosti.

Gill trdi, da sta zmotni odvzem organov (v sistemih domnevne privolitve) in zmotni ne-odvzem organov (v sistemih izrecne privolitve) enakovredna.[[79]](#footnote-79) To pojasni z natančnejšo analizo pojma človekove avtonomije, in sicer prek uvedbe dveh modelov avtonomije. Prvi je model neposeganja (angl. *non-interference model of autonomy*), v skladu s katerim je moralno napačno posegati v posameznikovo telo, razen če je posameznik v to izrecno privolil. Drugi je model spoštovanja želja (angl. *respect-for-wishes model of autonomy*), v skladu s katerim je treba s posameznikovim telesom ravnati v skladu z njegovimi željami. Ključno vprašanje je, kdaj je v veljavi kateri od obeh modelov. Model neposeganja se uporablja, kadar je posameznik pri polni zavesti – takrat lahko sklepamo, da ne želi nobenih posegov v njegovo telo, saj bi sicer to povedal. Nasprotno pa v primerih možganske smrti ni mogoče slediti modelu neposeganja. Posameznik tedaj ne more izraziti ničesar, vseeno pa njegovega telesa ni mogoče kar pustiti, kjer je. Določeno ravnanje s telesom je nujno (morda že sam premik telesa na drugo lokacijo, morda oživljanje, zdravljenje ipd.), z njim pa je treba ravnati v skladu z željami posameznika. Aktivira se torej model spoštovanja želja.[[80]](#footnote-80)

Kadar je posameznik živ in pri zavesti, obstajata dve možnosti: lahko posežemo v njegovo telo in tvegamo kršitev njegove avtonomije, lahko pa se vzdržimo posega in ne tvegamo, da bi kršili njegovo avtonomijo. Pri možgansko mrtvemu posamezniku to ne velja – ne glede na to, ali posežemo ali ne posežemo v njegovo telo, obstaja tveganje, da bo prišlo do kršitve njegove avtonomije. Zato je najboljša pot v tem, da se skuša slediti njegovim željam.[[81]](#footnote-81)

Če torej avtonomijo možgansko mrtvega posameznika spoštujemo preko modela spoštovanja želja, pa po *Gillu* to avtomatsko pomeni zavzemanje za tisti model darovanja organov, pri katerim pride do najmanjšega števila napak, to pa je, kot že prej pojasnjeno, model domnevne privolitve.[[82]](#footnote-82) Omenjeno tezo *Gill* slikovito ponazori s pravno ureditvijo dedovanja. Če posameznik umre z oporoko, se upošteva njegova v oporoki izražena volja. Če oporoke ni, dedujejo po zakonitem dedovanju njegovi bližnji. To je posledica dejstva, da se zakonodajalec pri vzpostavitvi zakonitih dednih redov skuša kar se da približati temu, kakršna bi bila poslednja volja zapustnika – če že ne v vseh, pa vsaj v večini primerov. Ponovno gre torej za argument najmanjšega številka napak.[[83]](#footnote-83)

# Je sistem domnevne privolitve zares učinkovitejši?

Eden od temeljnih argumentov za prehod iz sistema izrecne privolitve v sistem domnevne privolitve je povečanje števila pridobljenih organov. Ker se v sistemu domnevne privolitve umrlim lahko pod pogojem, da niso podali zavrnitve, odvzamejo organi tudi, če pred smrtjo niso podali privolitve, splošno prepričanje vodi do sklepa, da bo v sistemu domnevne privolitve razpoložljivih organov za presaditve več. V sistemu izrecne privolitve namreč obstaja problematično odstopanje med številom ljudi, ki so pripravljeni darovati organe po smrti, in številom ljudi, ki to resnično storijo. To je lahko preprosto posledica tega, da ljudje pozabijo izjaviti svojo voljo pred smrtjo ali pa jih smrt prehiti. Sistem domnevne privolitve ta problem razrešuje in takšnega odstopanja ne pozna – kdor pozabi podati privolitev, zaradi tega ne bo obravnavan drugače kot nekdo, ki privolitev poda. Takšni razmisleki na teoretski ravni vodijo do sklepa, da je sistem domnevne privolitve pri pridobivanju organov uspešnejši in učinkovitejši od sistema izrecne privolitve. Pa empirično to res drži?

Številne raziskave, ki so poskušale ugotoviti, kakšna je stopnja darovanja organov po smrti v sistemih domnevne privolitve v primerjavi s sistemi izrecne privolitve, so prišle do različnih rezultatov. To je posledica različne metodologije, različnih preiskovanih držav, ki so bile vzete v vzorec, in različnih analitičnih tehnik.[[84]](#footnote-84) V nadaljevanju bodo na kratko predstavljeni izsledki nekaj takšnih raziskav:

* *Shepherd*, *O'Carroll* in *Ferguson* so v svoji raziskavi ugotovili, da je v sistemu domnevne privolitve darovalcev organov bistveno več kot v sistemih izrecne privolitve.[[85]](#footnote-85) Prav tako so ugotovili višje stopnje transplantacij ledvic in jeter v sistemih domnevne privolitve kot v sistemih izrecne privolitve. Podobno je bilo opaziti tudi pri transplantacijah srca, vendar razlika ni bila tako občutna. Pri presaditvah pljuč je bila številka enaka v obeh sistemih.[[86]](#footnote-86)
* *Abadie* in *Gay* sta v svoji raziskavi ugotovila, da imajo države s sistemom domnevne privolitve, kadar se izloči vpliv drugih dejavnikov, 25–30 % višje stopnje darovanja organov kot države s sistemi izrecne privolitve.[[87]](#footnote-87)
* *Coppen*, *Friele*, *Marquet* in *Gevers* so v svoji raziskavi prišli do zaključka, da ni korelacije med sistemom darovanja organov in stopnjo darovanja.[[88]](#footnote-88) Tako države s sistemom izrecne privolitve kot države s sistemom domnevne privolitve imajo zelo različne stopnje darovanja organov, zato vzporednic niso mogli potegniti.
* *Rithalia* in sodelavci so v svojem pregledu literature ugotovili, da sistem domnevne privolitve vpliva na stopnjo darovanja organov v pozitivnem smislu, tj. da se stopnja darovanja organov z uvedbo sistema domnevne privolitve poveča. Vseeno pa so bili mnenja, da to ni edini dejavnik, ki vpliva na takšno povečanje.[[89]](#footnote-89)
* *Arshad*, *Andersen* in *Sharif* v svoji raziskavi niso zaznali statistično pomembne razlike med stopnjami umrlih darovalcev v sistemih izrecne privolitve in sistemih domnevne privolitve. V prvih je bilo na milijon prebivalcev ugotovljenih 15,4 umrlih darovalcev, v drugih pa 20,3, vendar pa razlika ni bila statistično pomembna.[[90]](#footnote-90)

# Ustavnopravna umestitev doktrine domnevne privolitve

Sistem domnevne privolitve, kot je bilo že ugotovljeno, nedvomno v določeni meri posega v posameznikovo avtonomijo. Zgoraj smo si že ogledali utemeljitve sistema na etični ravni, zdaj pa se spuščamo na ustavnopravno raven. Tu je sistem domnevne privolitve v potencialno napetem odnosu z nekaterimi človekovimi pravicami, predvsem z avtonomijo posameznika, svobodo odločati se o svojem telesu in o samem sebi ter navsezadnje z zasebnostjo. Gre za človekove pravice, ki so varovane tako v Sloveniji kot tudi praktično povsod po svetu. Varujejo jih ne le nacionalne ustave, pač pa tudi mednarodni dokumenti s področja varstva človekovih pravic – za nas je predvsem relevantna Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic (EKČP).

V Sloveniji do ustavnopravne presoje sistema domnevne privolitve z vidika človekovih pravic (še) ni prišlo. Za razvoj ustavnopravnih premislekov na področju darovanja organov v sistemu domnevne privolitve pa se je mogoče obrniti na sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), ki je nekaj zadev s tega področja že obravnavalo. Prav tako je zanimiv vpogled v ameriško sodno prakso in argumentacijo s tega področja, sploh glede na to, da Združene države Amerike celovito še niso prešle v sistem domnevne privolitve, pač pa so to storile le posamezne zvezne države, tam pa so bili ti zakoni izpodbijani ravno z vidika potencialne neskladnosti s človekovimi pravicami.

## Sodna praksa in stališče ESČP

Zadeve s področja posmrtnega darovanja organov so pred ESČP relativno nove. Ključni zadevi, ki bosta obravnavani v nadaljevanju, sta pred ESČP prišli v letih 2005 in 2008, razsojeni pa sta bili v letih 2014 in 2015. Zanimivo oba pritožnika prihajata z Latvije, obe zadevi pa se nanašata na vprašanje pravice svojcev umrlega zavrniti darovanje organov v sistemu domnevne privolitve, kakršen je tudi latvijski. V sodni praksi ESČP ni zaslediti zadeve, v kateri bi presojalo skladnost sistema domnevne privolitve kot takšnega s človekovimi pravicami, zagotovljenimi z EKČP. Presoja je bila tako doslej usmerjena v specifičen element znotraj »mehkih« sistemov domnevne privolitve – pravico svojcev umrlega, da zavrnejo darovanje (odvzem) njegovih organov.

V zadevi *Petrova proti Latviji*[[91]](#footnote-91) je sin pritožnice utrpel zelo hude telesne poškodbe v prometni nesreči in čez nekaj dni za njihovimi posledicami umrl. Bolnišnica je obvestila transplantacijski center, da gre za potencialnega darovalca, in opravljena je bila operacija, v kateri so mu odstranili ledvice in vranico. Njegova mati o tem posegu ni bila obveščena in je zanj izvedela šele čez 9 mesecev, ko je bila v okviru kazenskega postopka opravljena obdukcija.[[92]](#footnote-92) Pritožnica je po izkoriščenju vseh pravnih sredstev, ki so ji bili na voljo v Latviji, vložila pritožbo na ESČP in zatrjevala kršitev 8. člena EKČP, tj. kršitev pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja. Menila je, da je bilo s tem, ko so bili njenemu sinu odvzeti organi, ne da bi sama v to privolila, poseženo v njeno zasebno in družinsko življenje. Država je temu nasprotovala in zatrjevala, da so v sistemu domnevne privolitve določeni posegi v zasebno življenje dopustni, tudi sistem domnevne privolitve kot takšen pa je med evropskimi državami pogost. Res pa je, da evropskega konsenza na tem področju ni, kar državam daje široko polje proste presoje pri odločitvi, kateri sistem bodo uporabile. Nadalje je država zatrjevala še, da je bila dolžnost pritožnice, da obvesti o željah glede potencialnega darovanja organov, nacionalno pravo pa zdravnikov ne obvezuje, da poizvedujejo, ali obstaja kakšen ugovor zoper odvzem organov umrlega.

Sodišče je primer torej presojalo z vidika pravice do zasebnega in družinskega življenja (8. člen EKČP), ki posameznika varuje pred arbitrarnimi posegi s strani oblasti.[[93]](#footnote-93) Sodišče je iz dejstev, da pritožnica ni bila obveščena o odvzemu organov njenega sina in zato ni mogla uresničiti pravice privoliti ali zavrniti v odvzem organov, ki ji jo daje nacionalna zakonodaja, sklenilo, da je prišlo do posega v pravico do zasebnega življenja. Nato se je usmerilo v vprašanje, ali je bil poseg »v skladu s pravom« (angl. *in accordance with the law*). Sodišče je ugotovilo, da se pritožnica in država strinjata, da nacionalno pravo zagotavlja pravico svojcem, da odločijo o darovanju organov umrlega, ne strinjata pa se glede tega, komu pravo nalaga postopanje. Po mnenju pritožnice bi ji morali zdravstveni delavci zagotoviti možnost, da izjavi svoje želje, po mnenju države pa bi morala pritožnica sama aktivno sporočiti svoje želje. Njuno nestrinjanje tako ni glede pravice same, pač pa glede njene implementacije.

Ključno je bilo torej vprašanje kvalitete nacionalnega prava, tj. (i) ali je nacionalna zakonodaja formulirana zadosti natančno (angl. *with sufficient precision*) in (ii) ali zagotavlja ustrezno pravno varstvo pred arbitrarnostjo (angl. *adequate legal protection against arbitrariness*).[[94]](#footnote-94) Sodišče je na oboje odgovorilo negativno. V zvezi s prvim vidikom je Sodišče poudarilo, da že kasnejše spremembe latvijske zakonodaje kažejo priznanje, da takratna zakonodaja ni bila dovolj jasna, saj ni natančno določila obsega dolžnosti oziroma diskrecije zdravstvenih delavcev. Bilo je mnenja, da država nima zgolj dolžnosti spoštovati in uporabljati prava predvidljivo in konsistentno, pač pa mora zagotoviti tudi pravne in praktične pogoje za njegovo implementacijo. V konkretnem primeru je predpogoj za uresničitev pravice pritožnice v tem, da je obveščena, kako in kdaj svojo pravico sploh lahko uresniči. V konkretnih okoliščinah do tega ni prišlo, kar vzbuja vprašanja, kako sistem v praksi sploh (lahko) deluje. Kar se tiče drugega vidika, je Sodišče presodilo, da nacionalno pravo mehanizma za uresničitev pravice ni zagotavljalo, zato je ugotovilo kršitev 8. člena EKČP.

V zadevi *Elberte proti Latviji*[[95]](#footnote-95) je bilo dejansko stanje podobno. Pritožničin mož je umrl zaradi hudih poškodb v prometni nesreči. V bolnišnici je zdravnik v njegovem potnem listu potrdil, da umrli ni nikoli podal zavrnitve v zvezi z darovanjem organov, nato pa je mu odvzel del tkiva. Pritožnica (žena) je za to izvedela šele čez 2 leti v okviru kazenskega postopka, ki se je odprl v zvezi z nezakonitim odvzemanjem organov. Pred ESČP je zatrjevala kršitev pravice do zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena EKČP ter prepoved mučenja iz 3. člena EKČP.

V zvezi s kršitvijo 8. člena Konvencije je zavzelo podobno argumentacijo kot v zadevi *Petrova*. Bilo je mnenja, da odvzem tkiva, ne da bi o tem obvestili ženo umrlega in ji omogočili, da uresniči svojo zakonsko pravico, da privoli ali zavrne odvzem organov umrlega bližnjega, predstavlja poseg v pravico do zasebnega življenja. Ponovno je ugotovilo, da predmet spora ni v sami pravici, ki je v zakonodaji izjemno jasno opredeljena, pač pa v izvrševanju te pravice. Pritožnica je zatrjevala, da ni imela možnosti uresničiti svoje pravice, država pa je temu nasprotovala in menila, da bi morala sama aktivno pristopiti in izjaviti svojo voljo. Sodišče je ponovno opravilo test, na vprašanji, ali je nacionalna zakonodaja formulirana zadosti natančno in ali zagotavlja ustrezno pravno varstvo pred arbitrarnostjo, je odgovorilo negativno ter tako ugotovilo kršitev 8. člena EKČP.

Nadalje se je Sodišče posvetilo še zatrjevani kršitvi prepovedi mučenja iz 3. člena EKČP. Ta v zadevi *Petrova* ni bil predmet presoje ESČP. Pritožnica je zatrjevala nečloveško in ponižujoče ravnanje (angl. *inhuman and degrading treatment*), prepovedano s 3. členom, in sicer v tem, da je bilo tkivo njenega moža protipravno odstranjeno, da je imelo moženo truplo zvezane noge s črnim trakom, ona pa je to videla in ji je povzročilo trpljenje. Država je temu nasprotovala in menila, da pritožnica ni dokazala, da je zaradi odvzema tkiva umrlega moža brez njene privolitve res trpela. Sodišče je menilo, da imajo kršitve EKČP nedvomno lahko psihološke učinke na družinske člane, vendar pa je za ugotovitev kršitev 3. člena EKČP v korist družinskih članov treba ugotoviti določene posebne faktorje, npr. bližino družinske vezi, način, kako so se oblasti odzvale na poizvedbe družinskih članov ipd.[[96]](#footnote-96) V konkretnem primeru je bilo Sodišče mnenja, da je bila pritožnica dolgo časa v negotovosti glede usode svojega moža. Sprva ni bila obveščena o tem, da mu je bilo odvzeto tkivo, videla pa je zvezane noge na truplu, kar si je morala razlagati sama. Čez 2 leti so do nje kot posledica kazenskega postopka prišle informacije, da je bilo možu protipravno odvzeto tkivo. To so bile posebne okoliščine, ki so povzročile dodatno trpljenje pritožnice, to pa po mnenju ESČP ustreza ponižujočemu ravnanju, ki je prepovedano s 3. členom EKČP.

## Ustavnopravni razvoj na območju ZDA

Poleg že omenjenega sistema zahtevane prošnje je *Uniform Anatomical Gift Act* iz leta 1987 priporočil tudi sistem domnevne privolitve. Določal je namreč, da lahko mrliški oglednik dovoli odvzem delov telesa za namen transplantacije, če si je (med drugim) »razumno prizadeval« (angl. *made a reasonable effort*) najti zdravstveno dokumentacijo umrlega in obvestiti njegove bližnje o možnosti, da privolijo ali zavrnejo darovanje organov. Na začetku je le nekaj zveznih držav v svojo zakonodajo res prevzelo sistem domnevne privolitve in doseglo uspehe, kasneje pa je bilo takšnih kar dve tretjini.[[97]](#footnote-97)

S tem, ko so zvezne države sprejele sistem domnevne privolitve, so se začele tudi razprave o ustavnopravni ustreznosti takšnega sistema iz povsem konceptualnih razlogov, predvsem z vidika skladnosti z nekaterimi ustavnimi pravicami. V zgodnjih letih so bili zakoni zveznih držav, ki so uvajali sistem domnevne privolitve, potrjeni s strani sodišč,[[98]](#footnote-98) in še v 90. letih prejšnjega stoletja so sodišča soglasno potrjevala ustavnost takšnih zakonov.[[99]](#footnote-99) Nato pa se je situacija obrnila. Z zadevo *Brotherton v. Cleveland*[[100]](#footnote-100) so se razgalile mnoge dileme v zvezi z ustreznostjo sistema domnevne privolitve in čeprav odločitev sama ni problematizirala sistema domnevne privolitve kot takšnega, pač pa predvsem prakso neupoštevanja volje družinskih članov, je v nekem smislu pomenila začetek zatona sistema domnevne privolitve v ZDA. *Revised Uniform Anatomical Gift Act* iz leta 2006 je določbe o domnevni privolitvi odstanil.[[101]](#footnote-101)

Zadeve s področja posmrtnega darovanja organov, ki so prišle pred sodišča, je v Združenih državah Amerike vsebinsko mogoče uvrstiti v dva sklopa, ki predstavljata zatrjevane kršitve (ustavnih) pravic z odvzemom organov v sistemu domnevne privolitve. Prvi sklop se nanaša na premoženjski interes družine umrlega do njegovega telesa, drugi sklop pa na problematiko človekovih pravic zasebnosti, svobode in avtonomije.

Zadeve iz prvega sklopa vprašanja ne razjasnjujejo popolnoma, saj je v sodni praksi mogoče zaslediti nasprotujoča si stališča.[[102]](#footnote-102) V zadevi *Georgia Lions Eye Bank, Inc. v. Lavant[[103]](#footnote-103)* je mrliški oglednik odvzel tkivo umrlemu dojenčku, ne da bi o tem obvestil starša. Vrhovno sodišče zvezne države Georgie je ugotovilo, da *common law* sprva ni priznaval lastninske pravice svojcev do telesa umrlega, vendar pa je kasneje razvilo t. i. kvazi-lastninsko pravico, s katero se je zavarovalo interese družine do telesa umrlega. Vseeno pa je ta pravica popolna fikcija, ki ni povzdignjena na raven ustavnega varstva, zato je Vrhovno sodišče ni razsodilo v prid staršev. Nasprotno stališče je zavzelo Prizivno sodišče šestega okrožja v zadevi *Brotherton v. Cleveland*,[[104]](#footnote-104) v kateri je mrliški oglednik odvzel roženico truplu pritožničinega moža, saj ga bolnišnica ni obvestila o njeni zavrnitvi darovanja. Čeprav zvezna država formalno ni poznala kvazi-lastninske pravice do telesa, pa je sodišče iz mnogih zadev ugotovilo priznavanje pravice družine, da nemoteno posedujejo telo umrlega prek pokopom, iz tega pa je sodišče izpeljalo interes družine do telesa umrlega ter posledično tudi kršitev. Zanimivo vprašanje v zvezi s premoženjskim interesom družine do telesa je tudi vprašanje odškodnine v primerih kršitve, tj. kadar so organi umrlega odvzeti kljub nasprotovanju družinskih članov. Težava je predvsem v tem, kako določiti višino odškodnine, saj je vrednost delov človeškega telesa praktično nemogoče oceniti. S tem se je soočilo tudi pritožbeno sodišče v Georgii v zadevi *Bauer v. North Fulton Medical Center*, kjer je sodišče potrdilo kvazi-lastninsko pravico žene do telesa umrlega moža, nato pa se posvetilo vprašanju odškodnine. Ugotovilo je, da kvazi-lastninska pravica ni denarne narave, pač pa je omejena zgolj na zagotavljanje, da je s telesom ustrezno ravnano. Po mnenju sodišča žena nima denarnega interesa do telesa umrlega. Poleg tega bi bilo nemogoče ugotavljati finančno vrednost delov telesa oziroma zmanjšano finančno vrednost trupla zaradi odvzema nekaterih organov. Ker organi nimajo numerične vrednosti, sodišče pritožnici ni prisodilo odškodnine. Ocenilo je, da zadošča odškodnina zgolj za morebitne dodatne stroške, ki bi jih imela s pogrebom zaradi neželenega odvzema organov.

Drugi sklop se nanaša na zasebnost, avtonomijo in svobodo. V zadevi *State v. Powell*[[105]](#footnote-105) je bila dvema umrlima odvzeta roženica, ne da bi se o tem obvestilo njune družinske člane oziroma od njih pridobilo soglasje za odvzem. Ker s smrtjo posameznik ni več subjekt pravic, se Vrhovno sodišče zvezne države Floride ni osredotočilo na potencialne kršitve pravic obeh umrlih, pač pa specifično na pravice njunih družinskih članov. Pritožnika sta zatrjevala, da so bile s tem, ko je bila roženica umrlih odvzeta brez upoštevanja želja njunih družinskih članov, kršene pravice do zasebnosti, družine in vere ter svoboda odločanja. Sodišče temu ni sledilo in je bilo mnenja, da svoboda odločanja zajema zgolj obstoječa razmerja med živečimi ljudmi, medtem ko zatrjevani poseg v pokop umrle osebe ustavnega varstva ne daje. Poleg tega je sodišče zakon, ki je uvedel sistem domnevne privolitve, potrdilo kot takšnega, ki ima legitimen cilj – pridobivati roženico za povrnitev vida slepim osebam.

# Slovenska ureditev

Doslej smo si sistem domnevne privolitve ogledali doktrinarno in splošno, sedaj pa si ga bomo ogledali na primeru veljavne slovenske ureditve. Pred tem pa je nujno vpogledati še v zgodovinski razvoj zakonodaje s področja darovanja organov na Slovenskem.

## Zgodovinski razvoj

Prvi zakon na Slovenskem, ki je obravnaval področje darovanja organov, je bil Zakon o odvzemu in presaditvi delov človeškega telesa v zdravstvene namene (ZOPD)[[106]](#footnote-106) iz leta 1985. Zakon datira še v čas Jugoslavije, vendar pa je šlo za slovenski republiški zakon. V 4. členu je zakon določal sistem odvzemanja organov po smrti darovalca. Najprej je opredeljeval sistem izrecne privolitve, saj je določal, da se lahko deli telesa umrle osebe »odvzamejo za presaditev, če se je oseba opredelila kot dajalec delov telesa«. Nadalje je dodal temu še sistem domnevne privolitve, in sicer je določal, da se deli telesa umrlega »lahko odvzamejo za presaditev tudi od druge osebe, če temu ni izrecno nasprotovala in če temu izrecno ne nasprotujejo zakonec, polnoletni otrok ali starši umrle osebe.

Leta 2000 je bilo področje darovanja organov in presaditev reformirano s sprejemom novega Zakona o odvzemu in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja (ZOPDCT).[[107]](#footnote-107) Zakon je v 13. členu najprej uvajal sistem izrecne privolitve, saj je določal, da se deli človeškega telesa umrle osebe »smejo odvzeti zaradi presaditve, če je darovalec pred smrtjo v to privolil in je njegova pisna privolitev uradno evidentirana«. Nadalje pa je v 15. členu tej ureditvi dodal še sistem domnevne privolitve. Določal je namreč, da se deli telesa umrle osebe, ki je državljan Republike Slovenije oziroma ima v Republiki Sloveniji stalno prebivališče, »smejo odvzeti zaradi presaditve tudi v primeru, kadar oseba v to ni izrecno privolila, če odvzema ni izrecno prepovedala, razen če iz drugih okoliščin izhaja, da bi temu nasprotovala«. Šlo je za šibki sistem domnevne privolitve, saj je lahko oseba, ki je bila umrlemu blizu, odvzemu nasprotovala in odvzem v takšnem primeru ni bil več dopusten. Vseeno pa se je zakon za mladoletne osebe, ki niso pridobile popolne poslovne sposobnosti, in polnoletne osebe, ki jim je bila s sklepom sodišča odvzeta poslovna sposobnost, vrnil k sistemu izrecne privolitve. Opisana ureditev se s sprejemom nove zakonodaje leta 2015 ni bistveno spremenila, zato je na tem mestu vsebina zakona zgolj omenjena, natančneje pa bo analizirana v nadaljevanju v okviru pregleda veljavne slovenske ureditve darovanja organov po smrti.

## Veljavna ureditev

Leta 2015 je bil sprejet novi Zakon o pridobivanju in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja (ZPPDČT),[[108]](#footnote-108) ki predstavlja veljavno slovensko ureditev darovanja organov. Njenega preučevanja se bomo lotili skladno s predpostavkami sistema domnevne privolitve, kot smo jih že spoznali.

### Mrtvi darovalec

Prva predpostavka je, da mora iti za mrtvega darovalca. »Darovalec« je v skladu z 2. točko prvega odstavka 3. člena ZPPDČT opredeljen kot oseba, ki daruje del telesa, in sicer ne glede na to, ali do darovanja pride za časa življenja te osebe ali po njeni smrti. V pričujoči razpravi se omejujemo zgolj na slednji vidik. Ključno je torej, da je darovalec *mrtev*.

ZPPDČT v 10. členu določa, da se deli telesa umrlega lahko odvzamejo zaradi presaditve zgolj po smrti darovalca, smrt pa definira kot možgansko smrt ali smrt po dokončni zaustavitvi srca. Ta mora biti z gotovostjo ugotovljena po medicinskih merilih in na predpisan način. Oboje je natančno opredeljeno v Pravilniku o medicinskih merilih, načinu in postopku ugotavljanja možganske smrti ter sestavi komisije za ugotavljanje možganske smrti (v nadaljevanju: Pravilnik).[[109]](#footnote-109)

Medicinska merila za ugotavljanje možganske smrti natančno predpisuje Pravilnik. Ta določa, da se lahko postopek ugotavljanja možganske smrti začne pri osebi, ki ima klinično sliko apnoične neodzivne kome,[[110]](#footnote-110) vendar ne v določenih primerih iz 4. člena (npr. v primerih zastrupitev z alkoholom, primarne podhladitve, cirkulacijskega šoka). Možganska smrt je dokazana, če so dokazani natančno opredeljeni klinični znaki iz 6. člena Pravilnika.

Zakon in Pravilnik tudi natančno opisujeta postopek ugotavljanja možganske smrti. Možgansko smrt ugotavlja komisija za ugotavljanje smrti (v nadaljevanju: komisija), ki so sestavljata vsaj dva zdravnika (10. člen ZPPDČT). To zakonsko določbo nadalje konkretizira Pravilnik, ki določa, da komisijo sestavljata neodvisno drug od drugega dva zdravnika, in sicer:

* prvi član komisije: zdravnik specialist anesteziolog ali zdravnik specialist internist ali zdravnik specialist pediater, ki dela na področju intenzivne medicine in je izkušen v zdravljenju bolnikov s hudimi poškodbami možganov;
* drugi član komisije: zdravnik specialist nevrolog ali zdravnik specialist nevrokirurg ali zdravnik specialist z izkušnjami na področju intenzivne medicine in zdravljenja hudih poškodb možganov, in zdravnik, ki opravi instrumentalne preiskave.

Komisija opravi dva zaporedna klinična pregleda,[[111]](#footnote-111) pri čemer je za posamezne primere tudi natančno predpisan časovni presledek med pregledoma. Komisija nato odloči o možganski smrti. Odločitev mora biti soglasna, o njej pa se sestavi zapisnik. Za čas možganske smrti se šteje čas ugotovitve možganske smrti. Po tem mora zdravnik ustaviti vse terapevtske postopke, razen če je umrli potencialni darovalec organov. Takrat so morda nujni za vzdrževanje organov v stanju, potrebnem za uspešno opravljen transplantacijski postopek.

12. člen Pravilnika jasno izraža dejstvo, da je smrt darovalca nujna predpostavka za darovanje organov. Do ugotovitve možganske smrti namreč bolnika »ni mogoče obravnavati kot možnega dajalca delov telesa za presaditev«. Ker do ugotovitve možganske smrti bolnik dejansko in pravno še ne velja za umrlega, je živ, na živem človeku pa odvzem organov po sistemu domnevne privolitve ni dopusten.

Darovalec je vsaka mrtva oseba, ki se ji odvzamejo organi. Omeniti pa je treba še posebno kategorijo »mrtvega darovalca«, in sicer mrtvi splavljeni zarodek. Odvzem delov telesa mrtvega splavljenega zarodka namreč ZPPDČT posebej ureja v 14. členu. Pri tem ZPPDČT ne problematizira z vprašanjem, ali je mrtvi splavljeni zarodek že na pojmovni ravni sploh mogoče šteti za darovalca. Ker je v slovenskem pravnem redu prevladujoče stališče, da človek pravno subjektiviteto pridobi z rojstvom, se zarodek ne šteje za pravni subjekt, tj. ne more biti subjekt pravic in obveznosti. ZPPDČT v 3. členu darovalca opredeljuje kot osebo, ki daruje del telesa, zarodek pa sploh ni oseba v pravu. Tako ga ni mogoče šteti kot darovalca. Kljub temu je neizpodbitno dejstvo, da zakon omogoča darovanje delov telesa mrtvega splavljenega zarodka. Tako se kot najboljša rešitev pojavlja stališče, da se za darovalko šteje ženska, ki je zarodek nosila. Zarodek je bil namreč del njenega telesa, torej del njene osebe. Ker nikoli ni postal pravni subjekt, se pravno od nje nikoli ni ločil, zato ga kljub fizični ločitvi lahko štejemo za (zgolj) *de iure* del nosečnice, njo pa s tem za darovalko.

### Privolitev in domneva privolitve

Zgoraj smo slovenski sistem opredelili kot mešani, čeprav ga v literaturi običajno opredeljujejo kot klasični sistem domnevne privolitve.[[112]](#footnote-112) To je posledica posebne zakonske formulacije slovenske ureditve, ki namiguje vsebovanje tako sistema izrecne privolitve kot sistema domnevne privolitve, čeprav se to že na pojmovni ravni zdi težko mogoče.

Slovenska ureditev temelji na privolitvi kot osrednjem institutu medicinskega prava.[[113]](#footnote-113) Gre za izrecno privolitev pacienta v medicinske posege in odvzem organov v tem smislu ni nikakršna izjema. Iz tega izhaja tudi ZPPDČT, ki v 11. členu določa, da lahko vsakdo, ki je sposoben samostojno odločati o zdravljenju,[[114]](#footnote-114) za časa svojega življenja pisno privoli v darovanje ali nasprotuje darovanju delov telesa po smrti (t. i. opredelitev). Opredelitev lahko poda pri Javnem zavodu Republike Slovenije za presaditve organov in tkiv Slovenija-transplant, izbranem osebnem zdravniku ali pred pooblaščeno osebo organa ali organizacije, s katero Slovenija-transplant sklene dogovor za zbiranje opredelitev, in sicer pisno na posebnem obrazcu[[115]](#footnote-115) ali elektronsko. Izjemoma se lahko poda tudi ustno v prisotnosti izbranega osebnega zdravnika in dveh polnoletnih prič, ki nato opredelitev zapišejo v obliki obrazca ter ga podpišejo, obenem pa navedejo še, zakaj opredelitev ni mogla biti podana pisno. Opredelitev je mogoče kadar koli preklicati, in sicer na enak način, kot je mogoče podati opredelitev.

Če posameznik v skladu z zgornjimi pravili poda privolitev v darovanje delov telesa po smrti, se umrlemu lahko po smrti deli telesa tudi odvzamejo. O tem se mora pred odvzemom obvestiti eno od oseb, ki do bile umrlemu blizu, če so te osebe dosegljive (12. člen ZPPDČT). To so: zakonec ali zunajzakonski partner, starši, stari starši, polnoletni otroci, vnuki, bratje in sestre ter osebe, ki so bile z umrlim v zaupnem razmerju in to lastnost vsaj verjetno izkažejo.[[116]](#footnote-116) To, da je treba ena od teh oseb obvestiti o odvzemu, pa ne pomeni, da ta oseba lahko z odvzemom soglaša ali nasprotuje.[[117]](#footnote-117) Privolitve umrlega o posmrtnem darovanju organov ne more več spremeniti, zato gre za trdni sistem izrecne privolitve.

Sistem izrecne privolitve je poleg v omenjenih primerih, ko oseba poda privolitev, določen tudi v primerih mladoletnih oseb, ki še niso pridobile popolne poslovne sposobnosti, in polnoletnih oseb, ki so bile postavljene pod skrbništvo (15. člen ZPPDČT).[[118]](#footnote-118) Poleg tega je sistem izrecne privolitve predviden tudi za darovanje delov telesa mrtvega splavljenega zarodka, saj je za odvzem nujna privolitev ženske, ki je zarodek nosila (tj. darovalke, kot ugotovljeno zgoraj) (14. člen ZPPDČT).

Poleg opisanega odvzema delov telesa po predhodni pisni privolitvi, kar ustreza sistemu izrecne privolitve, pa slovenska zakonodaja v 13. členu pozna še odvzem delov telesa brez predhodne opredelitve. V prvem odstavku 13. člena je določeno, da se lahko deli telesa umrlega, ki je državljan Republike Slovenije in ima v Republiki Sloveniji stalno prebivališče, odvzamejo tudi, kadar umrli ni podal opredelitve. To v slovensko ureditev vnaša sistem domnevne privolitve, saj je odvzem organov mogoč kljub temu, da umrli pred smrtjo svoje volje glede darovanja organov ni podal, torej navkljub odsotnosti izrecne privolitve v odvzem organov. Gre za šibki sistem domnevne privolitve, saj v skladu z drugim odstavkom 13. člena odvzem delov telesa ni mogoč in se ne opravi, če oseba, ki je umrlemu blizu,[[119]](#footnote-119) temu nasprotuje. Zdravstveni delavci morajo poiskati vsaj eno od teh oseb, jo obvestiti o nameravanem odvzemu organov in njeni pravici, da odvzemu nasprotuje (ga zavrne), nato pa ji dati razumen čas, da se odloči. Zakon torej nalaga zdravstvenim delavcem iskanje vsaj ene osebe in prepoveduje odvzem organov, ne da bi se pred tem obrnili vsaj na enega bližnjega umrlega.

Zanimivo je zgoraj analizirani šibki sistem domnevne privolitve v veljavi zgolj za umrle, ki so državljani Republike Slovenije in imajo v Republiki Sloveniji stalno prebivališče (kumulativno morata biti izpolnjena oba pogoja). Za tiste umrle, ki niso državljani Republike Slovenije ali tu nimajo stalnega prebivališča, je v veljavi sistem izrecne privolitve.

### Sposobnost podati veljavno privolitev ali zavrnitev

Veljavno privolitev oziroma zavrnitev zdravstvenih posegov, kamor odvzem delov telesa nedvomno sodi, lahko v skladu s splošnimi pravili medicinskega prava poda zgolj oseba, ki je sposobna odločati o sebi. Že 11. člen ZPPDČT, ki ureja opredelitev (privolitev ali zavrnitev) v zvezi z darovanjem organov po smrti, veže opredelitev na osebe, so sposobne samostojno odločati o zdravljenju. Zakon tako napotuje na splošnejši predpis, to pa je Zakon o pacientovih pravicah (ZPacP).[[120]](#footnote-120) Ta opredeljuje sposobnost odločanja o sebi kot sposobnost pacienta, da samostojno uveljavlja pravice iz ZPacP, predvsem odloča o izvedbi medicinskega posega (privolitev, zavrnitev, preklic zavrnitve ali privolitve). Pacient je sposoben odločanja o sebi, če je glede na starost, zrelost, zdravstveno stanje ali druge osebne okoliščine sposoben razumeti pomen in posledice uveljavljanja pravic iz tega zakona.[[121]](#footnote-121)

Pridobitev sposobnosti odločanja o sebi po ZPacP ni rigidno vezana na določeno starostno mejo, pač pa je ključno izpolnjevanje vsebinskih meril iz same opredelitve. Zakon vseeno določa starostno mejo 15 let, vendar pa je ta zgolj orientacijske narave. Šteje se, da otrok do 15. leta ni sposoben odločanja o sebi, otrok, ki je dopolnil 15 let, pa je sposoben odločanja o sebi. V obeh primerih pa lahko zdravnik glede na otrokovo zrelost v konkretnem primeru oceni, da otrok bodisi je bodisi ni sposoben odločanja o sebi.[[122]](#footnote-122) Poleg otrok sposobnosti odločanja o sebi v skladu z ZPacP nimajo tudi pacienti s težavami v duševnem zdravju ali pacienti, pri katerih je kakšen drug vzrok, ki vpliva na zmožnost razsojanja.[[123]](#footnote-123) V primerih, ko oseba nima sposobnosti odločanja o sebi in tako ne more privoliti v zdravstveni poseg, to lahko stori zakoniti zastopnik (pri otrocih so to običajno starši, pri osebah s težavami v duševnem zdravju pa skrbniki).

Če to splošno ureditev medicinskega prava apliciramo na področje darovanja organov, ugotovimo, da opredelitev v zvezi z darovanjem delov telesa po smrti lahko poda vsakdo, ki je sposoben odločati o sebi, tj. vsaka odrasla oseba, razen tista s težavami v duševnem zdravju, običajno pa tudi otroci nad 15. letom starosti, izjemoma pa tudi otroci do 15. leta. V situaciji, ko oseba, ki je sposobna odločati o sebi, poda opredelitev (privolitev ali zavrnitev), dilem ni. Njena opredelitev se brez izjem spoštuje. Če je privolila v darovanje, se odvzem organov lahko opravi; če je darovanju nasprotovala, odvzem organov ni dopusten.

Zanimivejša je situacija, kadar oseba opredelitve ni podala in je potencialno mogoč odvzem organov v okviru sistema domnevne privolitve. V takšni situaciji bi pričakovali zrcalno podobo, po kateri je odvzem organov mogoč pri vseh osebah, ki so sposobne odločati o sebi. Te osebe so namreč sposobne privoliti v darovanje organov, zakon pa privolitev (pač) domneva, namesto da bi jo zahteval kot izrecno podano. Deloma takšno sklepanje drži, vendar pa ZPPDČT v teh situacijah vseeno odstopi od klasične ureditve in pristopi bolj restriktivno. To je verjetno posledica ocene, da privolitve in domneve privolitve vseeno ne gre povsem enačiti.

Odvzem organov po sistemu domnevne privolitve je tako mogoč zgolj pri osebah, ki so sposobne odločati o sebi, a še to ne pri vseh. ZPPDČT v 15. členu izključuje iz sistema domnevne privolitve (i) mladoletne osebe, ki (še) niso pridobile popolne poslovne sposobnosti, in (ii) polnoletne osebe, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost.

Mladoletne osebe, ki niso pridobile popolne poslovne sposobnosti, predstavljajo širšo kategorijo kot otroci, ki niso sposobni odločanja o sebi v skladu z ZPacP. Mladoletne osebe so otroci v skladu s 5. členom Družinskega zakonika (DZ),[[124]](#footnote-124) torej osebe, ki še niso dopolnile 18 let, razen če so že prej dobile popolno poslovno sposobnost. Le-to je mogoče pred 18. letom starosti pridobiti zgolj, če otrok sklene zakonsko zvezo ali če mu jo prizna sodišče v primeru, ko postane roditelj (tj. dobi otroka). Otroci, ki so sicer po ZPacP že sposobni odločati o sebi in zato sposobni podati privolitev v zdravstveni poseg (tudi v darovanje organov po smrti), so zaradi svoje mladoletnosti izključeni iz sistema domnevne privolitve. Kljub temu da privolitev v darovanje organov po smrti že lahko podajo, pa odvzem organov ob odsotnosti opredelitve (privolitve ali zavrnitve) v zvezi z darovanjem ne bo dopusten. Namesto sistema domnevne privolitve se je zakonodajalec v vseh primerih mladoletnih oseb vrnil k sistemu izrecne privolitve. Za otroke, ki niso sposobni odločati o sebi, privolitev lahko poda zakoniti zastopnik (starš ali skrbnik), za otroke, ki so že sposobni odločati o sebi v skladu z ZPacP, pa zadošča privolitev v skladu z določbami ZPPDČT.[[125]](#footnote-125)

Iz sistema domnevne privolitve je zakonodajalec izključil tudi polnoletne osebe, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost (15. člen ZPPDČT). Danes sicer ne govorimo več o odvzemu poslovne sposobnosti, pač pa o postavitvi odrasle osebe pod skrbništvo.[[126]](#footnote-126) Izključitev takšnih oseb je povsem skladna s splošnimi pravili medicinskega prava. Takšne osebe namreč tudi privolitve v zdravstveni poseg (vključno z darovanjem organov po smrti) ne morejo podati, zato se privolitev tudi domnevati ne more. Zakonodajalec se tudi pri tej kategoriji oseb vrača k sistemu izrecne privolitve, in sicer je odvzem organov mogoč zgolj, če privolitev poda zakoniti zastopnik.

### Objekt darovanja

Objekt darovanja so organi umrlega. Za razliko od darovanja živega darovalca, kjer ZPPDČT izrecno omejuje darovanje na »dele telesa, ki se obnavljajo«, pa kakšne podobne formulacije pri darovanju organov umrlega ni zaslediti. ZPPDČT v 10. členu govori zgolj o »delih telesa«. Tako lahko sklepamo, da slovenska zakonodaja ne pozna restriktivnega pristopa, ki bi darovanje omejeval zgolj na določene organe oziroma dele telesa, pač pa omogoča odvzem katerega koli dela telesa. To je pri umrlih darovalcih nenazadnje tudi najbolj smiselno.

Pri darovanju delov telesa mrtvega splavljenega zarodka so objekt darovanja tudi deli telesa zarodka, pa čeprav je darovalka ženska, ki ga nosila, in zarodek ni več fizično del nje.

### Prejemnik

Darovanje organov mora imeti tudi prejemnika teh organov. To pove že 10. člen ZPPDČT, ki določa, da se deli telesa umrlega lahko odvzamejo *zaradi presaditve* po smrti darovalca. Ker se lahko odvzamejo zgolj zaradi presaditve, to namiguje, da mora obstajati prejemnik organov, tj. nekdo, na katerem bo izveden transplantacijski postopek s pomočjo teh odvzetih organov.

### Dodatne predpostavke

Načeloma se z omenjenimi petimi predpostavkami aktivira sistem domnevne privolitve in je odvzem organov mogoč. Vseeno pa v določenih izjemnih primerih ZPPDČT zahteva še dodatno predpostavko. Če iz okoliščin, ki so povzročile smrt, izhaja, da bo zahtevana sodna obdukcija, se odvzem lahko opravi samo z dovoljenjem preiskovalnega sodnika (16. člen). Vse ostale predpostavke morajo biti seveda prav tako izpolnjene.

Pri darovanju delov telesa mrtvega splavljenega zarodka ZPPDČT določa še dodatno predpostavko, in sicer odobritev Komisije za medicinsko etiko pri Ministrstvu za zdravje (14. člen ZPPDČT).

# Sankcioniranje kršitev v sistemu domnevne privolitve

Kadar pride do kršitev predpisov, pravo predvideva sankcioniranje in tudi na področju pridobivanja organov za presaditve ni nič drugače. V sistemu domnevne privolitve si je sicer kršitve morda težje zamisliti, vendar nedvomno so mogoče. V sistemih izrecne privolitve se kršitev najpogosteje pokaže v nespoštovanju zahteve po privolitvi. Tako zdravnik, ki osebi odvzame organ, čeprav v odvzem ni privolila, v sistemu izrecne privolitve krši predpis in je lahko za to kršitev odgovoren na področju več različnih pravnih panog. Ker je v sistemu domnevne privolitve odvzem organov mogoč v odsotnosti privolitve, v omenjenem primeru ne gre več za kršitev. Vendar pa slovenska ureditev sprejema šibki sistem domnevne privolitve, ki zahteva tudi upoštevanje volje družinskih članov umrlega. Tako gre v primeru odvzema organa umrlega, ne da bi se prej posvetovali z njegovimi družinskimi člani[[127]](#footnote-127) o tem, ali morda nasprotujejo odvzemu, prav tako za kršitev, kot je šlo v zgornjem primeru. V nadaljevanju bo pozornost posvečena sankcioniranju takšnih primerov v slovenskem pravu z vidika treh pravnih panog, in sicer kazenskega, prekrškovnega in odškodninskega prava.

## Kazensko pravo

V 181. členu Kazenski zakonik (KZ-1)[[128]](#footnote-128) določa kaznivo dejanje nedovoljene presaditve delov človeškega telesa in spremembo človeškega genoma. Zaporna kazen od šestih mesecev do petih let je predpisana za vsakogar, ki v nasprotju s predpisi s področja pridobivanja in presaditve delov človeškega telesa zaradi zdravljenja (med drugim) živemu ali mrtvemu človeku odvzame del človeškega telesa zaradi presaditve ali drugih namenov (prvi odstavek 181. člena KZ-1). Omeniti velja, da je bila inkriminacija 181. člena nedavno močno spremenjena.

Kaznivo dejanje ima blanketno oblikovano dispozicijo, saj le-ta opredeljuje izvršitveno ravnanje storilca prek blanketno izpolnitvenih norm – storilec mora kršiti predpis s področja pridobivanja in presaditve delov človeškega telesa zaradi zdravljenja. Glavni blanketno izpolnitveni akt je ZPPDČT, pomembni pa so tudi pravilniki, sprejeti na njegovi podlagi. Tako odvzem delov človeškega telesa, ki krši določbe teh predpisov, že izpolnjuje zakonske znake kaznivega dejanja iz 181. člena.

Teorija je že v zvezi z inkriminacijo v formulaciji, kakršna je bila pred spremembo, poudarjala izjemno težavno določitev kazenskopravno zavarovane dobrine te inkriminacije.[[129]](#footnote-129) Verjetno najpravilnejše je stališče, da je inkriminacija dobrinsko mešana in poleg osebnih dobrin (telesna celovitost živega darovalca) varuje tudi javne dobrine oziroma dobrine splošnosti (javno zdravje, zaupanje javnosti v zdravstveni sistem, v primeru umrlega darovalca pa tudi pieteta).

V primerih, kadar storilec odvzame organ mrtvemu darovalcu v nasprotju s predpisi (npr. ne da bi se posvetoval vsaj z enim družinskim članom umrlega ali pa bi organ odvzem navkljub nasprotovanju družinskih članov), je kaznivo dejanje 181. člena izpolnjeno. Obenem bi bilo lahko izpolnjeno tudi kaznivo dejanje skrunitve trupla iz 313. člena KZ-1, v skladu s katerim se z zaporom do dveh let kaznuje, kdor (med drugim) neupravičeno poškoduje, uniči ali kako drugače oskruni truplo ali posmrtne ostanke. Veliki znanstveni komentar posebnega dela KZ-1 v zvezi z vprašanjem steka med obema kaznivima dejanjema ni zavzel končnega stališča, je pa vsaj nakazal, da bi bilo mogoče kaznivo dejanje iz 181. člena šteti za kvalificirano kaznivo dejanje glede na skrunitev trupla, kar bi pomenilo, da bi storilec v primeru izpolnitve zakonskih znakov obeh inkriminacij odgovarjal zgolj za kaznivo dejanje nedovoljene presaditve delov človeškega telesa (navidezni idealni stek).

Kaznovalni okvir je postrožen, če je storilec dejanje izvršil z zlorabo svojega položaja (tu zakon gotovo cilja na zdravnike kot posebno skupino[[130]](#footnote-130)) ali v hudodelski združbi.

V četrtem in petem odstavku 181. člena KZ-1 so urejene hujše posledice v obliki posebno hude telesne poškodbe ter smrti. To je relevantno zgolj v primerih živih darovalcev, v primerih mrtvih darovalcev pa so ti tako ali tako že mrtvi in s sicer protipravnim odvzemom organov nobena od teh posledic ne more nastati.

Pomembno je omeniti izjemen pomen časovne točke smrti. Kot že omenjeno, je to točka, ko sistem izrecne privolitve preide v sistem domnevne privolitve, hkrati pa je ta točka tudi kazenskopravno izjemno relevantna. Če se odvzame organ nekomu, ki še ni mrtev, brez njegove privolitve, gre za protipraven poseg v njegovo telo in zato za takšno ali drugačno obliko telesne poškodbe, hkrati pa je izpolnjeno tudi kaznivo dejanje iz 181. člena (v zvezi z živimi darovalci). Če še ni ugotovljena možganska smrt, darovalcu pač ni mogoče odvzeti organov po sistemu domnevne privolitve, zato bi bil vsak poseg v njegovo telo brez izrecne privolitve protipraven. Tu se lahko odprejo vprašanja zmot – namreč če je zdravnik, ki odvzema organ, zmotno prepričan, da je darovalec mrtev in zato ne potrebuje njegove privolitve, kar se kasneje izkaže za napačno, bi lahko njegovo kaznivost izključilo sklicevanje na opravičljivo dejansko zmoto.

## Prekrškovno pravo

ZPPDČT v 46. členu vsebuje tudi kazenske določbe prekrškovne narave. Kljub temu pa med njimi ni najti takšnih, ki bi se nanašale na protipraven odvzem organov po smrti darovalca oziroma na kršitve pri odvzemanju organov.

Z vidika sankcioniranja kršitev v sistemu izrecne privolitve je mogoče uporabiti splošnejše prekrškovne določbe ZPacP. Ta v 86. členu določa prekršek za izvedbo medicinskega posega ali drugega dejanja v postopkih zdravljenja in rehabilitacije brez privolitve pacienta. Sem nedvomno sodijo tudi postopki odvzema delov telesa za namen presaditev. Zakon določa globo v višini od 4.100 do 100.000 evrov za pravno osebo, ki opravlja zdravstveno dejavnost, ali zdravstvenega delavca, ki opravlja zdravstveno dejavnost (na podlagi koncesije ali brez nje), in globo v višini od 100 do 2.000 evrov za odgovorno osebo pravne osebe. Kot omenjeno, pa gre zgolj za sankcioniranje kršitev v sistemu izrecne privolitve.

Prekrškov za kršitve v sistemu domnevne privolitve ni opaziti. To je po svoje presenetljivo, saj so tudi v sistemu domnevne privolitve, pa čeprav ni zahteve po privolitvi umrlega, saj se ta domneva, kršitve mogoče. Predvsem si jih je enostavno zamisliti v primerih, ko je odvzem organov umrlega opravljen, ne da bi se o tem obvestilo in povprašalo za želje njegove družinske člane, ki imajo v šibkih sistemih domnevne privolitve, kakršen je tudi slovenski, pravico zavrniti darovanje in ga s tem popolnoma blokirati. Nenazadnje je tudi pregled zadev pred ESČP pokazal primere prav takšnih kršitev.

Ta praznina je še bolj presenetljiva v luči dejstva, da je še prejšnji zakon, ZOPDCT, prekrškovne določbe tovrstne narave vseboval. 23. člen ZOPDCT je namreč kot prekršek opredeljeval (tudi) odvzem delov telesa zaradi presaditve iz telesa umrle osebe, kljub temu da darovalec v to ni pisno privolil ali če najbližji svojci ob seznanitvi, da je umrla oseba darovalec, odvzemu izrecno nasprotujejo ali če je oseba, ki je umrlemu blizu, odvzemu nasprotovala. Pravna oseba je bila za takšen prekršek sankcionirana z denarno kaznijo od 500.000 do 5,000.000 tolarjev, zakon pa je določal denarno kazen tudi za odgovorno osebo pravne osebe in za zdravnika posameznika, ki samostojno opravlja dejavnost in izvrši zgornji prekršek.

Razlog za odsotnost prekrškovnih sankcij lahko iščemo v široki zasnovanosti kaznivega dejanja iz 181. člena KZ-1. Ker je kaznivo dejanje blanketno oblikovano, avtomatsko zajema tudi vse kršitve ZPPDČT, tudi tiste, ki se nanašajo na odvzem organov po smrti darovalca v sistemu domnevne privolitve. Tako bo zelo hitro izpolnjeno kaznivo dejanje nedovoljene presaditve delov človeškega telesa in spremembe človeškega genoma, zato prekrškovne določbe niti niso potrebne. V skladu z 11.a členom Zakona o prekrških (ZP-1),[[131]](#footnote-131) ki ureja razmerje med prekrškom in kaznivim dejanjem, ima kaznivo dejanje, ki izpolnjuje tudi znake prekrška, prednost pred prekrškom,[[132]](#footnote-132) zaradi česar prekrški, ki se v vsem ujemajo s kaznivim dejanjem, niso ne kriminalitetnopolitično smiselni ne zaželeni z vidika kazenskopravnega načela *ultima ratio*.

## Odškodninsko pravo

Tudi v sistemu domnevne privolitve je mogoča aktivacija odškodninske odgovornosti, če pride do odvzema organ v nasprotju s predpisi. Odškodninska odgovornost, kot je opredeljuje Obligacijski zakonik (OZ),[[133]](#footnote-133) je podana, če so izpolnjene štiri predpostavke, in sicer: (i) protipravno ravnanje, (ii) škoda, (iii) vzročna zveza med protipravnim ravnanjem in škodo ter (iv) krivda.

Vsaka kršitev predpisov predstavlja protipravno ravnanje v smislu prve predpostavke odškodninske odgovornosti. Tudi neposreden odvzem organov umrlega na podlagi domnevne privolitve, ne da bi se posvetovali z vsaj enim družinskim članom umrlega, predstavlja kršitev zakona in s tem protipravno ravnanje.

Najbolj zanimivo vprašanje je vprašanje pravno priznane škode. Predmet odškodninske odgovornosti je namreč zgolj tista škoda, ki je pravo priznava kot priznano škodo. To je lahko premoženjska škoda (zmanjšanje premoženja oz. navadna škoda in preprečitev povečanja premoženja oz. izgubljeni dobiček) ali nepremoženjska škoda (telesne bolečine, duševne bolečine, strah in okrnitev ugleda pravne osebe).[[134]](#footnote-134) V primeru, da zdravnik v sistemu domnevne privolitve odvzame organ umrlemu, ne da bi povprašal vsaj enega družinskega člana o njegovih željah, je vprašanje, kakšna škoda sploh nastane. Iti mora za škodo, ki so jo utrpeli družinski člani, saj umrlemu sploh ne more nastati pravno priznana škoda. Poleg tega družinski člani ne bi mogli zahtevati povrnitve škode, ki je nastala umrlemu – zahtevajo lahko le povrnitev škode, ki je nastala njim samim. Vprašanje, kakšna pravno priznana škoda družinskim članom sploh nastane, je izjemno težavno. V zvezi z nepremoženjsko škodo je očitno, da družinskim članom ne nastanejo telesne bolečine, prav tako ne strah. Duševne bolečine bi si sicer lahko zamislili, vendar pa so pravno priznane zgolj tiste oblike, ki so taksativno navedene v 179. členu OZ. Te se večinoma nanašajo na nekaj, kar je oškodovanec neposredno utrpel sam,[[135]](#footnote-135) kot posredna škoda pa je priznana le smrt bližnjega, ki ni ustrezna, saj je sporna kršitev opravljena po njegovi smrti – ob odvzemanju organov že umrlemu. Tako se nakazuje sklep, da pravno priznane nepremoženjske škode družinski člani zaradi zgoraj opisane kršitve sploh ne utrpijo. Kako pa je s premoženjsko škodo? Na prvi pogled se zdi premoženjska škoda zaradi kršitve dolžnosti posvetovati se z vsaj enim družinskim članom glede odvzema organov umrlemu malo verjetna, vendar ni čisto tako. Predstavljati si je mogoče, da si družinski člani želijo truplo umrlega bližnjega ohraniti nedotaknjenega in takšnega tudi pokopati. V primeru odvzema organov, ne da bi bil kakšen od družinskih članov kontaktiran in obveščen o odvzemu, ki neposredno posega v telo umrlega, bo truplo lahko skaženo oziroma po izgledu vsaj nekoliko drugačno. Če bi družinski člani želeli takšno spremembo videza za namen pogreba odpraviti, bi jim lahko nastali določeni finančni stroški, ti pa nedvomno predstavljajo zmanjšanje premoženja (navadno škodo) kot pravno priznano obliko premoženjske škode.

Med protipravnim ravnanjem (kršitvijo predpisa) in pravno priznano škodo mora obstajati vzročna zveza, tj. da ravno protipravno ravnanje povzroči škodo. Protipraven odvzem organa, ki poseže v telo umrlega in spremeni njegov videz, je nedvomno vzročno povezana s stroški odprave takšne spremembe v videzu in takšne vzročne zveze gotovo ne bo težko dokazovati.

Zadnja predpostavka odškodninske odgovornosti je krivda. Ta je lahko tako v obliki naklepa kot malomarnosti. V slovenskem odškodninskem pravu se, ko so prve tri predpostavke odškodninske odgovornosti dokazane, krivda (malomarnost) domneva, zato se aktivira obrnjeno dokazno breme. Povzročitelj škode mora dokazovati, da ni kriv in posledično ni odškodninsko odgovoren.

# Sklepno

Transplantacijska panoga je znotraj medicinske dejavnosti izjemnega pomena in postaja še pomembnejša. Njena šibkost je njena odvisnost od preskrbe z organi, ki nikakor ne uspe slediti potrebi po njih. Vpogled v statistiko pokaže, da mnogo ljudi čaka na presaditev organa, a organov, ki bi bili na voljo, enostavno ni. Tako mnogo ljudi celo umre, čakajoč na transplantacijo, a je zaradi pomanjkanja organov ne dočaka.

Pridobivanje organov za presaditve je vezano na darovanje organov, tj. odločitev posameznika, da daruje svoj organ oziroma organe za namen presaditev. Kot vsak drug medicinski poseg, kar tudi odvzem organov nedvomno je, pa je vezan na etične in pravne premisleke o privolitvi. Poseganje v telo posameznika brez privolitve je namreč protipravno in predstavlja celo kaznivo dejanje.

Ob rastoči potrebi po organih na eni strani in pravni ureditvi, ki zaradi stroge zahteve po privolitvi organov ni bila zmožna zagotavljati, so nastali razmisleki o novih ureditvah darovanja organov. Spremembe zahteve po privolitvi pri živih darovalcih ni bilo mogoče spreminjati, paradigma pa se je začela spreminjati pri darovanju organov po smrti, kjer je bilo manevrskega prostora več. Tako sta se že znotraj sistema izrecne privolitve razvila sistem zahtevane prošnje in sistem zahtevanega odziva, nato pa izven sistema izrecne privolitve še radikalni sistem rutinskega reševanja in v pričujoči razpravi analizirani sistem domnevne privolitve. Slednji se je v mnogih državah, predvsem na evropski celini, tudi uveljavil kot temeljni model darovanja organov po smrti darovalca.

Doktrino domnevne privolitve, ki se je razvila, smo si ogledali iz več zornih kotov. Najprej je bila analizirana doktrinarno prek predpostavk doktrine domnevne privolitve. Te so: (i) mrtvi darovalec, (ii) domneva privolitve oziroma odsotnost zavrnitve, (iii) sposobnost podati veljavno privolitev ali zavrnitev, (iv) objekt darovanja in (v) prejemnik. Nato je bila doktrina analizirana z etične perspektive, predstavljeni pa so bili argumenti tako podpornikov kot nasprotnikov doktrine. Nadalje je bil predstavljen ustavnopravni razvoj pogledov na sistem domnevne privolitve. V Sloveniji se s temi vprašanji ustavnosodna praksa še ni srečala, obstaja pa nekaj sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice. Ilustrativno je bil predstavljen še razvoj sodne prakse na območju ZDA. Nato je bila pozornost preusmerjena na konkretno slovensko ureditev. Po kratkem zgodovinskem pregledu ureditve na tem področju je bila podrobno preučena veljavna slovenska ureditev, kakršno določa Zakon o pridobivanju in presaditvi delov človeškega telesa zaradi zdravljenja. Končno so bili predstavljeni še možni načini sankcioniranja kršitev, ki se lahko pojavijo v sistemu domnevne privolitve, in sicer na področjih kazenskega, prekrškovnega in odškodninskega prava.

Doktrina domnevne privolitve je v evropskem prostoru že ustaljena in v bližnji prihodnosti sprememb v smislu odmika od tega sistema ni pričakovati. Prej nasprotno, v zadnjem času vse več evropskih držav, ki so do sedaj poznale sistem izrecne privolitve, prehaja na sistem domnevne privolitve. Švica in Združeno kraljestvo sta zgolj dva od več primerov.

Čeprav sistem domnevne privolitve ni nujno razrešil vseh težav, ki jih pomanjkanje organov za presaditve povzroča transplantacijski panogi in zdravstvu kot takšnemu, pa k rešitvi situacije nedvomno prispeva, zato ga je mogoče oceniti pa pozitiven korak v smeri preskrbe z organi, ki so tako nujno potrebni za reševanje življenj drugih. Pri tem se je pomembno zavedati, da etično ni povsem nesporen, in to upoštevati tako pri ustvarjanju zakonodajnih rešitev kot v praksi. Le tako bo mogoče kar najbolje uskladiti interese in vrednote, s tem pa ustvariti sistem, ki pomaga pri reševanju življenj in pri tem kar najmanj posega v sfero posameznika.

# Literatura in viri

ABADIE, Alberto, GAY, Sebastien. The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross-country study. *Journal of Health Economics*, 2006, letn. 25, št. 4, str. 599–620.

ABOUNA, G. M. Organ Shortage Crisis: Problems and Possible Solutions. *Transplantation Proceedings*, 2008, letn. 40, št. 1, str. 34 –38.

ARSHAD, Adam, ANDERSON, Benjamin, SHARIF, Adnan. Comparison of organ donation and transplantation rates between opt-out and opt-in systems. *Kidney International*, 2019, letn. 95, št. 6, str. 1453–1460.

AVSEC, Danica, UŠTAR, Barbara, ŠIMENC, Jana, GADŽIJEV, Andrej, ČEBULC, Gorazd, JAKOVAC, Jože. *Daj življenju priložnost. Donorska in transplantacijska dejavnost v Sloveniji v letu 2020*. Ljubljana: Zavod RS za presaditve organov in tkiv Slovenija-transplant, 2021.

COPPEN, Remco, FRIELE, Roland D., MARQUET, Richard L., GEVERS, Sjef K. M. Opting-out systems: no guarantee for higher donation rates. *Transplant International*, 2005, letn. 18, št. 11, str. 1275–1279.

DELMONICO, F. L. The Concept of Death and Deceased Organ Donation. *International Journal of Organ Transplantation Medicine*, 2010, letn. 1, št. 1, str. 15–20.

DUKEMINIER, Jesse, SANDERS, David. Organ Transplantation: A Proposal for Routine Salvaging of Cadaver Organs. *The New England Journal of Medicine*, 1968, letn. 279, št. 8, str. 413–419.

ETHEREDGE, Harriet Rosanne. Assessing Global Organ Donation Policies: Opt-In vs Opt-Out. *Risk Management and Healthcare Policy*, 2021, letn. 14, str. 1985–1998.

FOURIE, Etienne Jean. *An Analysis of the Doctrine of Presumed Consent and the Principles of Required Response and Required Request in Organ Procurement*. Pretoria: Faculty of Law, University of Pretoria, 2005.

GILL, Michael B. Presumed Consent, Autonomy, and Organ Donation. *Journal of Medicine and Philosophy*, 2004, letn. 29, št. 1, str. 37–59.

KOLBER, Adam. A Matter of Priority: Transplanting Organs Preferentially to Registered Donors. *Rutgers Law Review*, 2003, letn. 5, št. 3, str. 671–739.

KOROŠEC, Damjan. Nedovoljena presaditev delov človeškega telesa in sprememba človeškega genoma: 181. člen. V: Korošec, D., Filipčič, K., Zdolšek, S. (ur.), *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*, knjiga 2. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta, 2019.

LIDDY, Maryellen. The »New Body Snatchers«: Analyzing the Effect of Presumed Consent Organ Donations Laws on Privacy, Autonomy, and Liberty. *Fordham Urban Law Journal*, 2001, letn. 28, št. 3, str. 815–853.

MILLER, Franklin G., SADE, Robert M. Consequences of the Dead Donor Rule. *The Annals of Thoracic Surgery*, 2014, letn. 97, št. 4, str. 1131–1132.

MILLER, Franklin G., TRUOG, Robert D., BROCK, Dan W. Moral Fictions and Medical Ethics. *Bioethics*, 2010b, letn. 24, št. 9, str. 453–460.

MILLER, Franklin G., TRUOG, Robert D., BROCK, Dan W. The Dead Donor Rule: Can It Withstand Critical Scrutiny? *Journal of Medicine and Philosophy*, 2010a, letn. 35, št. 3, str. 299–312.

NORDHAM, Kristen D., NINOKAWA, Scott. The history of organ transplantation. *Proceedings (Baylor University Medical Center)*, 2021, letn. 35, št. 1, str. 124–128.

ORENTLICHER, David. Presumed Consent to Organ Donation: Its Rise and Fall in the United States. *Rutgers Law Review*, 2009, letn. 61, št. 2, str. 295–331.

PIERSCIONEK, Barbara K. What is presumed when we presume consent? *BMC Medical Ethics*, 2008, letn. 9, št. 1, str. 8.

PRABHU, Pradeep Kumar. Is presumed consent an ethically accpetable way of obtaining organs for transplant? *Journal of Intensive Care Society*, 2019, letn. 20, št. 2, str. 92–97.

RITHALIA, Amber, MCDAID, Catriona, SUEKARRAN, Sara, MYERS, Lindsey, SOWDEN, Amanda. Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review. *British Medical Journal*, 2009, letn. 338, št. 7689, str. 284–287.

SADE, Robert M. Brain Death, Cardiac Death, and the Dead Donor Rule. *The Journal of the South Carolina Medical Association*, 2011, letn. 107, št. 4, str. 146–149.

SARBEY, Ben. Definitions of death: brain death and what matters in a person. *Journal of Law and Biosciences*, 2016, letn. 3, št. 3, str. 743–753.

SHAPIRO, Anna K., DEPERGOLA II, Peter A. Presumed consent and priority allocation systems for organ donation legislation in the United States: Making the moral case. *Online Journal of Health Ethics*, 2020, letn. 16, št. 2, str. 1–5.

SHEPHERD, Lee, O'CARROLL, Ronan, FERGUSON, Eamonn. An international comparison of deceased and living organ donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study. *BMC Medicine*, 2014, letn. 12, št. 1, str. 131–144.

SIMINOFF, Laura, ARNOLD, Robert M., CAPLAN, Arthur L., VIRNIG, Beth A. Public Policy Governing Organ and Tissue Procurement in the United States Results from the National Organ and Tissue Procurement Study. *Annals of Internal Medicine*, 1995, letn. 123, št. 1, str. 10–17.

STRUDER, Martin R. The Doctrine of Informed Consent: Protecting the Patient's Right to Make Informed Health Care Decisions. *Montana Law Review*, 1987, letn. 48, št. 1, str. 85–100.

VANEGAS, Jairo, VASQUEZ, Fabian, VILLALON, Marcelo. Ethical Dilemmas Related to Presumed Consent (opt-out). *International Journal of Bioethics and Health Policy*, 2016, str. 16–22.

VEATCH, Robert M. *Death, Dying, and the Biological Revolution: Our Last Quest for Responsibility*. Ponatis. New Haven and London: Yale University Press, 1989.

WHETSTINE, Leslie M. The History od the Definition(s) of Death: From the 18th Century to the 20th Century. V: Crippen, D. W. (ur.), *End-of-Life Communination in the ICU: A Global Perspective*. New York: Springer, 2008.

ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. *Civilno medicinsko pravo: izbrane teme*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2018.

1. Že pred tem so bile uspešno izvedene presaditve kože, ne pa notranjega organa. Glej Nordham, Ninokawa, str. 125. [↑](#footnote-ref-1)
2. Glej <https://www.transplant-observatory.org/2020-international-activities-report/> [dostopno: 14. 9. 2022]. [↑](#footnote-ref-2)
3. V navednicah zato, ker pojem darovanja vsebuje element prostovoljnosti, s tega vidika pa se zdi izraz »prisilno darovanje« protisloven. [↑](#footnote-ref-3)
4. Na primer Dukeminier, Sanders, str. 418–419. [↑](#footnote-ref-4)
5. Žnidaršič Skubic, str. 152. [↑](#footnote-ref-5)
6. Prav tam. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fourie, str. 27–28. [↑](#footnote-ref-7)
8. Veatch, str. 215. [↑](#footnote-ref-8)
9. Kolber, str. 685. [↑](#footnote-ref-9)
10. Oddelek 5(a) se je glasil: »*On or before admission to a hospital, or as soon as possible thereafter, a person designated by the hospital shall ask each patient who is at least [18] years of age: “Are you an organ or tissue donor?” If the answer is affirmative the person shall request a copy of the document of gift. If the answer is negative or there is no answer and the attending physician consents, the person designated shall discuss with the patient the option to make or refuse to make an anatomical gift. […]*« [↑](#footnote-ref-10)
11. Prav tam. [↑](#footnote-ref-11)
12. Veatch, str. 215. [↑](#footnote-ref-12)
13. Siminoff, Arnold in dr., str. 10. [↑](#footnote-ref-13)
14. Kolber, str. 686. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fourie, str. 102. [↑](#footnote-ref-15)
16. Glej ponatis: Veatch, str. 216. [↑](#footnote-ref-16)
17. Prav tam. [↑](#footnote-ref-17)
18. Običajno je postavljena nižje. V Sloveniji je postavljena starostna meja 15 let, ki pa je zgolj orientacijske narave in povsem mogoče je, da bo imel otrok, mlajši od 15 let, sposobnost odločanja o sebi. Glej drugi odstavek 35. člena Zakona o pacientovih pravicah (ZPacP; Uradni list RS, št. 15/08, 55/17, 177/20 in 100/22 – ZNUZSZS): »*Šteje se, da otrok do 15. leta starosti ni sposoben privolitve, razen če zdravnik glede na otrokovo zrelost oceni, da je za to sposoben, pri čemer se glede okoliščin, ki govorijo o sposobnosti odločanja o sebi, praviloma posvetuje s starši oziroma skrbnikom. […]*« [↑](#footnote-ref-18)
19. Veatch, str. 216. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fourie, str. 97. [↑](#footnote-ref-20)
21. Prav tam. [↑](#footnote-ref-21)
22. Fourie, str. 27. [↑](#footnote-ref-22)
23. Dukeminier, Sanders, str. 413 in nasl. [↑](#footnote-ref-23)
24. Fourie, str. 25. [↑](#footnote-ref-24)
25. S tem avtorja nista mislila na razpolaganje v pozitivnem (privolitev v darovanje) in negativnem smislu (zavrnitev darovanja), pač pa sta utemeljevala zgolj pozitivni vidik. V *common law* tedaj namreč sodišča niso dopuščala darovanja svojega telesa po smrti v medicinske namene, saj je zavzemala stališče, da ob smrti posameznik ni lastnik svojega telesa in z njim ne more razpolagati. Oziroma z besedami Lord Justice Kay-a: »*It is quite clearly the law of this country that there can be no property in the dead body of a human being.*« Telo umrlega je šlo njegovim otrokom in vdovi oziroma vdovcu. Glej Dukeminier, Sanders, str. 413–414. [↑](#footnote-ref-25)
26. Dukeminier, Sanders, str. 418. [↑](#footnote-ref-26)
27. V nadaljevanju bo slovenska ureditev natančneje predstavljena in jasno bo, zakaj je Slovenijo mogoče uvrstiti v mešani sistem. [↑](#footnote-ref-27)
28. Tabela je pripravljena na podlagi analize o ureditvah darovanja organov po smrti v državah članicah Evropske unije, pripravljene za potrebe Evropskega parlamenta leta 2020, ter posodobljena z novejšimi podatki. Vir: <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649363/EPRS\_BRI(2020)649363\_EN.pdf> [dostopno: 24. 9. 2022] [↑](#footnote-ref-28)
29. <https://www.swissinfo.ch/eng/voters-weigh-up-ethical-aspects-of-organ-donation/47584662> [dostopno: 24. 9. 2022] [↑](#footnote-ref-29)
30. <https://www.irishtimes.com/news/health/opt-out-organ-donation-bill-to-go-to-cabinet-next-year-says-donnelly-1.4765582> [dostopno: 24. 9. 2022] [↑](#footnote-ref-30)
31. <https://www.politico.eu/article/german-lawmakers-nix-opt-out-organ-donation-proposal/> [dostopno: 24. 9. 2022] [↑](#footnote-ref-31)
32. Glej Arshad, Anderson, Sharif, str. 1455 in Etheredge, str. 1990. [↑](#footnote-ref-32)
33. Prav tam. [↑](#footnote-ref-33)
34. Glej Dukeminier, Sanders, str. 413. [↑](#footnote-ref-34)
35. Abouna, str. 34. [↑](#footnote-ref-35)
36. <https://oversight.house.gov/legislation/hearings/the-urgent-need-to-reform-the-organ-transplantation-system-to-secure-more> [dostopno: 24. 9. 2022] [↑](#footnote-ref-36)
37. Podatke povzemam iz zbornika *Daj življenju priložnost - Donorska in transplantacijska dejavnost v Sloveniji v letu 2020.* [↑](#footnote-ref-37)
38. Odvzem organa živemu človeku brez izrecne privolitve bi ob ustrezno izkazani krivdi pomenil tudi kaznivo dejanje telesne poškodbe ustrezne stopnje, v primeru smrti pa tudi uboja ali povzročitve smrt iz malomarnosti. [↑](#footnote-ref-38)
39. Miller in dr., 2010a, str. 301. [↑](#footnote-ref-39)
40. Whenstine, str. 65. [↑](#footnote-ref-40)
41. Žnidaršič Skubic, str. 149. [↑](#footnote-ref-41)
42. Prav tam. Glej tudi Delmonico, str. 16. [↑](#footnote-ref-42)
43. Prav tam. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ameriški zvezni *Uniform Determination of Death Act* je smrt opredelil takole: »*An individual who has sustained either: (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead.*« [↑](#footnote-ref-44)
45. Žnidaršič Skubic, str. 150. [↑](#footnote-ref-45)
46. Miller in dr., 2010a, str. 301. [↑](#footnote-ref-46)
47. Miller, Sade, str. 1131–1132. [↑](#footnote-ref-47)
48. Prav tam. [↑](#footnote-ref-48)
49. In to je ena od glavnih konceptualnih novosti, ki jo predlagata. V ZDA sodna praksa namreč trenutno sprejema stališče, da odklop pacienta od naprav, ki ga ohranjajo pri življenju, ne pomeni, da je zdravnik smrt povzročil (angl. *cause death*), pač pa da je pacientu omogočil umreti (angl. *allow to die*). To stališče je v literaturi pogosto kritizirano. Glej Miller in dr., 2010b, str. 456. [↑](#footnote-ref-49)
50. Sade, str. 148. [↑](#footnote-ref-50)
51. Sarbey, str. 748. [↑](#footnote-ref-51)
52. Sade, str. 148. [↑](#footnote-ref-52)
53. Prav tam. [↑](#footnote-ref-53)
54. Glej Žnidaršič Skubic, str. 151. [↑](#footnote-ref-54)
55. Glej razvoj doktrine informirane privolitve npr. v Struder, str. 86 in nasl. [↑](#footnote-ref-55)
56. To je eno od dveh možnih stališč. Po tukaj zastopanem stališču se domneva privolitve vzpostavi šele ob smrti, tj. v trenutku smrti, in sicer zgolj, če oseba pred smrtjo ni podala zavrnitve. Če jo je podala, se domneva privolitve ob smrti sploh ne more vzpostaviti. Drugačno stališče na primer zastopa Liddy (str. 818), ki meni, da podaja zavrnitve v času življenja izpodbije domnevo privolitve. To stališče izhaja iz predpostavke, da se domneva aktivira že prej – za časa življenja posameznika – in velja vse dokler ni izpodbita z zavrnitvijo oziroma dokler posameznik ne umre (kadar je ne izpodbije). Če sprejmemo takšno stališče, je treba določiti še, kdaj se domneva vzpostavi. To je odvisno od zakonodajne ureditve posamezne države. Če odvzem organov po sistemu domnevne privolitve omogoča že za otroke ne glede na starost, potem se domneva vzpostavi že ob rojstvu. Če nasprotno odvzem organov po sistemu domnevne privolitve omogoča šele od kasnejše starosti, običajno od polnoletnosti naprej, pa se domneva vzpostavi od tega trenutka. Ker učinek domnevne privolitve pri darovanju organov po smrti v vsakem primeru nastopi šele po smrti, se obe stališči v praktičnih učinkih niti ne razlikujeta. [↑](#footnote-ref-56)
57. Za razlago tega stališča glej zgornjo opombo. [↑](#footnote-ref-57)
58. Fourie, str. 61. [↑](#footnote-ref-58)
59. Kdo so družinski člani, ki imajo lahko vpliv na darovanje organov umrlega, se odloči vsak posamezni zakonodajalec. Običajno so to zakonec, otroci, starši, lahko pa se zakonodajalec odloči podeliti pravico zavrnitve tudi oddaljenejšim sorodnikom. [↑](#footnote-ref-59)
60. Takšen primer je npr. Avstrija. Glej 5. člen avstrijskega *Organtransplantationsgesetz*. [↑](#footnote-ref-60)
61. Žnidaršič Skubic, str. 153. [↑](#footnote-ref-61)
62. Pierscionek. [↑](#footnote-ref-62)
63. Za otroke je splošno sprejeto načelo otrokove največje koristi. Vrhovno sodišče Republike Slovenije ga je v zadevi Sodba II Ips 494/93 z dne 28. 10. 1993 razložilo takole: »Pravilna uporaba pravnega standarda "koristi otroka" narekuje vsestranski preizkus pogojev za zdravo rast, skladen osebnostni razvoj in usposodobitev za samostojno življenje in delo otrok, vključno s pogoji, da starši izpolnjujejo svojo dolžno skrb za življenje in zdravje otrok in njihovo vzgojo za delovne člane družbene skupnosti.« [↑](#footnote-ref-63)
64. V smislu opredelitve Vrhovnega sodišča bi se nakazovala celo razlaga, da načelo otrokove največje koristi po otrokovi smrti nima več vsebine. [↑](#footnote-ref-64)
65. Drugače je pri darovanju organov živega darovalca, kjer je po naravi stvari nujno odvzem organov omejiti na življenjsko nepomembne organe, saj bi bilo v nasprotnem primeru ogroženo življenje darovalca. [↑](#footnote-ref-65)
66. Fourie, str. 75. [↑](#footnote-ref-66)
67. Prav tam. [↑](#footnote-ref-67)
68. Vanegas in dr., , str. 19. [↑](#footnote-ref-68)
69. Shapiro, DePergola II, str. 4. [↑](#footnote-ref-69)
70. Gill, str. 40. [↑](#footnote-ref-70)
71. Gill, str. 39. [↑](#footnote-ref-71)
72. Prabhu, str. 94. [↑](#footnote-ref-72)
73. Prav tam. [↑](#footnote-ref-73)
74. Ritov, Baron, str. 169. [↑](#footnote-ref-74)
75. Prabhu, str. 94. [↑](#footnote-ref-75)
76. Veach, str. 213. [↑](#footnote-ref-76)
77. Prav tam. [↑](#footnote-ref-77)
78. Shapiro, DePergola II, str. 3. [↑](#footnote-ref-78)
79. Gill, str. 44. [↑](#footnote-ref-79)
80. Prav tam, str. 44–45. [↑](#footnote-ref-80)
81. Prav tam, str. 45. [↑](#footnote-ref-81)
82. Prav tam. [↑](#footnote-ref-82)
83. Prav tam, str. 46. [↑](#footnote-ref-83)
84. Arshad, Anderson, Sharif, str. 1455. [↑](#footnote-ref-84)
85. Shepherd in dr., str. 7. [↑](#footnote-ref-85)
86. Prav tam, str. 9–10. [↑](#footnote-ref-86)
87. Abadie in Gay, str. 610. [↑](#footnote-ref-87)
88. Coppen in dr., str. 1277. [↑](#footnote-ref-88)
89. Rithalia in dr., str. 286. [↑](#footnote-ref-89)
90. Arshad, Andersen, Sharif, str. 1456. [↑](#footnote-ref-90)
91. *Petrova v. Latvia*, št. 4605/05, z dne 24. 6. 2014. [↑](#footnote-ref-91)
92. Prav tam, §§ 6–12. [↑](#footnote-ref-92)
93. Prav tam, §85. [↑](#footnote-ref-93)
94. Prav tam, §90. [↑](#footnote-ref-94)
95. *Elberte v. Latvia*, št. 61243/08, z dne 13. 1. 2015. Zanimivo je to, da je bila zadeva razsojena zgolj 6 mesecev po zadevi *Petrova proti Latviji*, odločal pa je praktični identičen senat (zamenjal se je zgolj en sodnik). Tudi Latvija je imela ista zastopnika. [↑](#footnote-ref-95)
96. Prav tam, §137. [↑](#footnote-ref-96)
97. Orentlicher, str. 300. [↑](#footnote-ref-97)
98. Glej analizo sodne prakse v nadaljevanju. [↑](#footnote-ref-98)
99. Orentlicher, str. 305. [↑](#footnote-ref-99)
100. Glej analizo v nadaljevanju. [↑](#footnote-ref-100)
101. Orentlicher, str. 307. Za razpravo o tem, zakaj v ZDA sistem domnevne privolitve ni uspel, glej Orentlicher, str. 308–329. [↑](#footnote-ref-101)
102. Vsebino teh zadev povzemam po analizi v Liddy, str. 829–832. [↑](#footnote-ref-102)
103. 335 S.E.2d 127 (Ga. 1985). [↑](#footnote-ref-103)
104. 923 F.2d 477 (6th Cir. 1991). [↑](#footnote-ref-104)
105. 497 So. 2d 1188 (1986). [↑](#footnote-ref-105)
106. Uradni list SRS, št. 42/85 z dne 21. 12. 1985. [↑](#footnote-ref-106)
107. Uradni list RS, št. 12/00 in 56/15 – ZPPDČT. [↑](#footnote-ref-107)
108. Uradni list RS, št. 56/15 in 186/21 – KZ-1I. [↑](#footnote-ref-108)
109. Uradni list RS, št. 70/01 in 56/15 – ZPPDČT. [↑](#footnote-ref-109)
110. To je stanje globoke nezavesti, ko oseba ne kaže spontanih dihalnih gibov in ima ugasle reflekse možganskega debla (3. člen Pravilnika). [↑](#footnote-ref-110)
111. 8. člen Pravilnika. [↑](#footnote-ref-111)
112. Glej npr. Kolber, str. 689, ki Slovenijo uvršča v sistem domnevne privolitve. [↑](#footnote-ref-112)
113. Žnidaršič Skubic, str. 53. [↑](#footnote-ref-113)
114. Več o tem, kdo to je, glej v analizi naslednje predpostavke. [↑](#footnote-ref-114)
115. Tretji odstavek 11. člena ZPPDČT natančno predpisuje vsebino obrazca. Vsebovati mora: (i) identiteto posameznika, ki podaja opredelitev, (ii) identiteto prič v primeru ustne opredelitve, (iii) identiteta osebe, pred katero se podaja opredelitev, (iv) vsebina opredelitve, (v) pojasnilo o pomenu darovanja po smrti, (vi) pojasnilo, da je mogoče opredelitev kadar koli preklicati, (vii) datum opredelitve, (viii) podpis osebe, ki daje opredelitev, (ix) druge zakonske sestavine. [↑](#footnote-ref-115)
116. 21. točka prvega odstavka 3. člena ZPPDČT. [↑](#footnote-ref-116)
117. Žnidaršič Skubic, str. 153. [↑](#footnote-ref-117)
118. Več o tem v nadaljevanju. [↑](#footnote-ref-118)
119. Za katalog oseb glej zgoraj. [↑](#footnote-ref-119)
120. Uradni list RS, št. 15/08, 55/17, 177/20 in 100/22 – ZNUZSZS. [↑](#footnote-ref-120)
121. Glej 19. točko prvega odstavka 2. člena ZPacP. [↑](#footnote-ref-121)
122. Glej 35. člen ZPacP. [↑](#footnote-ref-122)
123. Glej 37. člen ZPacP. [↑](#footnote-ref-123)
124. Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US in 94/22 – odl. US. [↑](#footnote-ref-124)
125. Glej 15. člen ZPPDČT. [↑](#footnote-ref-125)
126. 262. člen DZ. Sodišče pod skrbništvo postavi odraslo osebo, ki zaradi motnje v duševnem razvoju ali težav v duševnem zdravju ali drugega vzroka, ki vpliva na zmožnost razsojanja, sama brez škode zase ni sposobna poskrbeti za svoje pravice in koristi. [↑](#footnote-ref-126)
127. Slovenska zakonodaja zahteva iskanje mnenja vsaj enega družinskega člana. [↑](#footnote-ref-127)
128. Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21 in 105/22 – ZZNŠPP. [↑](#footnote-ref-128)
129. Korošec, str. 126–128. [↑](#footnote-ref-129)
130. Prejšnja inkriminacija 181. člena se je celo nanašala izključno na zdravnike in je v tem smislu štela za posebno kaznivo dejanje glede na storilca (pravi *delictum proprium*). [↑](#footnote-ref-130)
131. Uradni list RS, št. 29/11 – uradno prečiščeno besedilo, 21/13, 111/13, 74/14 – odl. US, 92/14 – odl. US, 32/16, 15/17 – odl. US, 73/19 – odl. US, 175/20 – ZIUOPDVE in 5/21 – odl. US. [↑](#footnote-ref-131)
132. Če se začne kazenski postopek zaradi kaznivega dejanja, ki ima tudi znake prekrška, se postopek o prekršku ne more začeti do pravnomočnega končanja kazenskega postopka, če se je že začel, pa se mora prekiniti. Če je v kazenskem postopku storilec pravnomočno obsojen, se prekrškovni postopek ne nadaljuje. Glej 11.a člen ZP-1. [↑](#footnote-ref-132)
133. Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631. [↑](#footnote-ref-133)
134. Glej 132. člen OZ. [↑](#footnote-ref-134)
135. Na primer skaženost, zmanjšanje življenjske aktivnosti, razžalitev dobrega imena itd. [↑](#footnote-ref-135)