

Śmierć osobnicza (mózgowa) jako przesłanka dopuszczalności przeszczepu *ex mortuo*

1. Pojęcie i znaczenie transplantacji – zagadnienia podstawowe

Problematyka przeszczepów *ex mortuo* jest współcześnie jednym z ważniejszych zagadnień poruszanych zarówno przez przedstawicieli zawodów prawniczych, jak i osoby wykonujące zawód medyczny. Nie należy pomijać cywilnoprawnego aspektu transplantacji organów, bowiem zagadnienie to wiąże się nie tylko z rozpowszechnioną praktyką, jaką jest przeszczepianie narządów, stanowiące zabieg medyczny niejednokrotnie ratujący zdrowie lub życie pacjenta we wszystkich krajach rozwiniętych. Niewątpliwie, popularyzacja przeszczepów będących rewolucją w naukach medycznych wymusiła wprowadzenie regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie. Wynika to z tego, że przeszczepy muszą być zgodne nie tylko z wiedzą medyczną, ale także z przepisami prawa. Aby w pełni zobrazować zagadnienie, jakim jest śmierć mózgowa, która stanowi przesłankę dopuszczalności przeszczepu *ex mortuo*, w pierwszej kolejności należy podjąć próbę zdefiniowania pojęcia „transplantacja”.

Termin transplantacja powstał z połączenia dwóch łacińskich terminów: *trans* w znaczeniu za, poza, z tamtej strony oraz *plantatio*, czyli sadzenie roślin, gdzie *plant* oznacza roślinę, latorośl. Etymologicznie termin ten wywodzi się z języka łacińskiego od czasownika

transplantare, który oznacza czynność polegającą na szczepieniu czy przesadzeniu¹. Zdaniem R. Górala transplantacja jest to wykonywanie operacyjne przemieszczenia tkanki lub całego narządu (przeszczepu), w przypadku określonych stanów chorobowych, z jednego miejsca w drugie u tego samego człowieka lub od jednego człowieka (dawcy) do drugiego (biorcy), które ma na celu uzupełnienie ubytku lub przywrócenie czynności². Zgodnie z definicją zawartą w *Małej encyklopedii medycyny* transplantacja organów powinna być rozumiana jako metoda leczenia polegająca na wyrównywaniu ubytku w organizmie człowieka poprzez przeniesienie tkanki, narządu lub umieszczenie martwego substratu w celu ratowania życia człowieka lub usprawnienia czynności jego organizmu³. Należy podkreślić, że w piśmiennictwie medycznym możemy znaleźć wiele innych definicji, jednakże wyżej wymienione, zdaniem autora artykułu, najlepiej oddają sens tegoż terminu.

W naukach medycznych dokonuje się licznych podziałów i szczegółowych opisów terminu transplantacja ze względu na odrębne rodzaje. R. Kubiak dokonuje klasyfikacji transplantacji, wyróżniając w stworzonym przez siebie katalogu podział transplantacji: a) ze względu na zgodność genetyczną przeszczepianego materiału; b) ze względu na miejsce, w którym umieszczany jest implantowany materiał; c) ze względu na rodzaje wszczepianego materiału; d) ze względu na źródło pochodzenia materiału⁴. E.M. Guzik-Makaruk rozszerza wskazany katalog, wyróżniając następujące rodzaje transplantacji: a) ze względu na posiadanie funkcji regeneracyjnych przeszczepianych organów, tkanek i komórek; b) ze względu na funkcję transplantatu; c) ze względu na przedmiot transplantacji⁵.

Podkreślenia wymagają klasyfikacje wyróżniające różne kategorie transplantacji. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na

¹ E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym. Studium porównawcze*, Białystok 2008, s. 29.

² J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty prawnokarne*, Kraków 2004, s. 18.

³ E.M. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 29-30.

⁴ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 522-523.

⁵ E.M. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 30-32.

kryterium zgodności genetycznej przeszczepianego materiału, którego określenie pozwala na wyróżnienie czterech rodzajów transplantacji: a) transplantację autogeniczną (określaną także jako autochtoniczna, autologiczna lub autotransplantacja) – ma ona miejsce wtedy, gdy jednostka, u której wykonywany jest przeszczep, jednocześnie jest dawcą i biorcą (np. transplantacja skóry, kości, naczyń krwionośnych); b) transplantację syngeniczną (określaną także jako syngenetyczna, izogeniczna, izologiczna lub izotransplantacja), która występuje przy genetycznie identycznych dawcach i biorcach (bliźnięta jednojajowe); c) transplantację alogeniczną (określaną także jako alogenetyczna, homogeniczna, homologiczna lub homotransplantacja) – kiedy dawca i biorca są genetycznie różnymi osobnikami, należą jednak do tego samego gatunku (np. transplantacja nerek, serca lub wątroby pochodzących od innego człowieka); d) transplantację ksenogeniczną (utożsamianą z transplantacją ksenogenetyczną, heterogeniczną, heterologiczną, heterotransplantacją lub ksenotransplantacją) – gdy dawca i biorca należą do odmiennych gatunków (przeszczep materiału pochodzącego od zwierząt)⁶. Zgodnie ze statystyką prowadzoną przez Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do Spraw Transplantacji „Poltransplant”⁷ w 2015 r. na terenie Polski doszło do największej liczby przeszczepów o charakterze alogenicznym.

Ze względu na miejsca, w którym umieszczany jest implantowany materiał, można wskazać transplantację: a) ortotopową, gdy przeszczepiany narząd umieszczany jest w ciele biorcy w tym samym miejscu, skąd został uprzednio usunięty chory narząd (np. zastawki serca); b) heterotopową, gdy narząd implantowany zostaje umieszczony w innym położeniu anatomicznym (np. transplantacja trzustki)⁸; c) izotopową, gdy występuje zgodność tkankowa (histologiczna) oraz zgodność miejsca przeszczepienia (np. alogeniczna transplantacja nerki)⁹. Biorąc pod uwagę rodzaj wszczepianego materiału,

⁶ Ibidem, s. 31.

⁷ Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do Spraw Transplantacji „Poltransplant”, <http://www.poltransplant.org.pl/statystyka_2015.html> [dostęp: 30.03.2016].

⁸ R. Kubiak, op. cit., s. 522.

⁹ E.M. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 31.

można wskazać: a) transplantację biowitalną, polegającą na implantacji żywego narządu, który po zabiegu podejmuje swe fizjologiczne działanie; b) transplantację biostatyczną, polegającą na wykorzystaniu specjalnie spreparowanego materiału (np. martwe tkanki ludzkie)¹⁰. Ze względu na posiadanie funkcji regeneracyjnych przeszczepianych organów, tkanek i komórek wyróżniamy: a) transplantację organów regenerujących się (np. szpik kostny); b) transplantację organów nieposiadających zdolności regeneracji (np. nerka)¹¹. Ze względu na funkcję transplantatu (przeszczepu) możemy wyróżnić: a) transplantację alowitalną, gdy zadaniem przeszczepionego organu lub tkanki jest uzyskanie pełnej funkcjonalnej zdolności i żywotności w organizmie, do którego transplantat został przeniesiony; b) transplantację alostatyczną, której celem jest mechaniczne i ograniczone w czasie utrzymanie funkcji przeszczepionego organu lub tkanki; c) transplantację subsydiarną (pomocniczą), gdy transplantat wspomaga niepełnowartościowy organ biorcy; d) transplantację substytutową, gdy przeszczepiony organ ma w pełni zastąpić niezdolny do wykonywania swoich funkcji narząd biorcy¹². Biorąc pod uwagę przedmiot transplantacji, wyróżniamy: a) transplantację organów (np. nerki, serca, płuca, wątroba, trzustka, jelita); b) transplantację tkanek (np. szpiku kostnego); c) transplantację komórek (np. komórek krwiotwórczych)¹³.

Najistotniejszy z punktu widzenia prawa podział występuje ze względu na kryterium źródła pochodzenia materiału, w ramach którego wyróżniamy: a) transplantację *ex mortuo* (ze zwłok); b) transplantację *ex vivo* (od żywego dawcy)¹⁴. Wyróżnienie tego podziału jest istotne, ponieważ ustawodawca przewidział dodatkowe rozwiązania prawne w postaci katalogu warunków, które dla obu rodzajów transplantacji są odmienne i decydują o legalności dokonania przeszczepu.

¹⁰ R. Kubiak, op. cit., s. 522-523.

¹¹ E.M. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 32.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, s. 31.

¹⁴ R. Kubiak, op. cit., s. 523.

Obecnie rozwiązania transplantacji w Polsce zostały uregulowane Ustawą z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów¹⁵. Regulacja została pozytywnie przyjęta zarówno w środowisku prawniczym, jak i medycznym. Obowiązujący akt prawny wskazuje odpowiednie procedury bezpieczeństwa, które mają zapewnić ochronę dóbr dawcy i biorcy oraz przejrzystość całego systemu.

2. Rodzaje śmierci i ich znaczenie dla dopuszczalności przeszczepu *ex mortuo*

Zgodnie z poglądem wyrażonym w literaturze śmierć jest to nieodwracalne ustanie wszystkich czynności ustroju oraz procesów przemiany materii we wszystkich jego komórkach¹⁶. Zdaniem T. Marcinkowskiego śmierć ustroju to nieodwracalne ustanie jego czynności, zwłaszcza czynności mózgu, który integruje funkcje całego organizmu¹⁷. Z inicjatywy Komisji Medycyny Sądowej śmierć określono jako całkowite i nieodwracalne ustanie czynności mózgu. Definicja z 8 grudnia 1975 r. – jak zauważa T. Marcinkowski – różni się od klasycznej definicji, która przyjmowała miano definitywnego ustania prac układu krążenia¹⁸. W dalszej części niniejszego opracowania zostanie wskazana ewolucja postrzegania śmierci na gruncie medycznym, ale także prawnym. Zgodzić się należy z B. Popielskim, że śmierć ustroju nie jest zjawiskiem jednolitym i równoczesnym. Z tego też względu istotne i konieczne jest wyodrębnienie poszczególnych etapów występujących przy procesie umierania. Są to: a) agonia (*vita reducta, vita minima*); b) śmierć kliniczna (*mors clinica*); c) śmierć mózgowa (*mors cerebralis*); d) śmierć biologiczna (*mors biologica*)¹⁹.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 793 ze zm. (dalej: ustawa o przeszczepach).

¹⁶ A. Jakliński, Z. Marek, *Medycyna sądowa dla prawników*, Kraków 1999, s. 228.

¹⁷ T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Szczytno 2010, s. 128.

¹⁸ *Ibidem*, s. 134.

¹⁹ J. Duda, *op. cit.*, s. 88.

Agonia jest okresem umierania, który poprzedza śmierć kliniczną i charakteryzuje się znacznym osłabieniem płuc i serca (*vita reducta*). W przypadku gdy proces ten nie zostanie przerwany, dokonuje się stopniowe wygaszenie procesów życiowych (letarg), które w ostateczności stają się niepostrzegalne zmysłowo (*vita minima*)²⁰. Śmierć kliniczna jest etapem procesu umierania charakteryzującym się ustaniem czynności krążenia i oddychania, a ponadto przypisane są jej konkretne objawy, jak m.in.: zmniejszone napięcie tkanek, zwłaszcza mięśni, bierne ułożenie ciała, brak świadomości i odruchów, brak ruchów oddechowych, brak tętna i tonów serca, bladłość powiek, ochłodzenie ciała²¹. Warto zaznaczyć, że wskazane wyżej objawy nie oznaczają, iż mamy do czynienia ze zgonem, a co więcej, podobne objawy mogą występować w przypadku śmierci pozornej. Należy zwrócić uwagę, że J. Wróbel utożsamia śmierć kliniczną ze śmiercią pozorną²², jednak na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto stanowisko T. Marcinkowskiego, zgodnie z którym śmierć pozorna stanowi odrębny stan. Śmierć pozorna to stan, w którym czynności układów krążenia i oddychania wprawdzie nie ustają, ale przebiegają na bardzo niskim poziomie, jednakże są wystarczające do zachowania życia²³. Natomiast śmierć biologiczna charakteryzuje się nieodwracalnymi zmianami w narządach ważnych dla życia, a zwłaszcza w tkance mózgowej²⁴. W deklaracji z 13-14 czerwca 1968 r. Rada Międzynarodowych Organizacji Nauk Medycznych stworzyła kryteria całkowitego i nieodwracalnego wygaśnięcia funkcji mózgowych, do których należą: 1. całkowita utrata świadomości oraz czynności czuciowych i ruchowych; 2. zupełny zanik odruchów i całkowita atonia mięśni; 3. zatrzymanie oddechu; 4. załamanie się ciśnienia tętniczego z chwilą zaprzestania sztucznego podtrzymywania; 5. całkowicie linearny zapis elektroencefalograficzny otrzymany w warunkach dających pełne gwarancje technicznej sprawności aparatury; 6. niepoberanie tlenu przez tkankę

²⁰ Ibidem, s. 89.

²¹ T. Marcinkowski, op. cit., s. 129-130.

²² J. Duda, op. cit., s. 89.

²³ T. Marcinkowski, op. cit., s. 130.

²⁴ Ibidem, s. 132.

mózgową, co świadczy o tym, że nie odbywa się już w niej przemiana materii; 7. ustanie przepływu krwi przez mózg, tj. brak perfuzji mózgu, czyli blokada naczyniowa mózgu²⁵.

Nadmienić należy, że kryteria określone w punktach 1-4 nie mogą być brane pod uwagę u małych dzieci i osób będących w stanie hipotermii lub ostrego zatrucia, natomiast punkt 6 jest efektem zaostżenia kryteriów, zaś punkt 7 wynika z możliwości zastosowanie badania angiograficznego. W przypadkach gdy zostały stwierdzone wyżej wymienione objawy, zespół lekarzy jest upoważniony do ustalenia stanu *umownej śmierci*, czyli *deanimacji*, tj. do uznania danej osoby za zmarłą²⁶. Warto nadmienić, że mózg, płuca i serce uważane są za przedstonki śmierci (*atria mortis*), w związku z czym wyróżnia się: a) śmierć mózgową, gdy porażeniu lub zniszczeniu ulegają dwa ośrodki: oddechowy i krążenia, które znajdują się w mózgowiu; b) śmierć płucną, gdy zaburzenia czynności płuc doprowadzają do niedotlenienia krwi i nagromadzenia się w niej nadmiaru dwutlenku węgla; c) śmierć sercową, czyli spowodowaną uszkodzeniem mięśnia sercowego lub układu przewodzącego wewnętrznego, który znajduje się w sercu²⁷.

Na gruncie polskiego ustawodawstwa największą problematykę stanowi śmierć mózgowa (osobnicza) i śmierć w skutek nieodwracalnego ustania krążenia, o których będzie mowa w dalszej części rozważań.

3. Śmierć osobnicza (mózgowa)

Śmierć osobnicza (mózgowa) jest z pewnością zagadnieniem kontrowersyjnym i budzącym wiele wątpliwości na gruncie prawa oraz etyki zawodu lekarza. Warto zwrócić uwagę na to, że w przypadku śmierci osobniczej dochodzi do całkowitego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu, ale z drugiej strony – pomimo uznania,

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem, s. 133.

że człowiek nie żyje – inne układy i narządy wciąż funkcjonują albo ich funkcjonowanie jest podtrzymywane sztucznie. W związku z tym takie kryterium ułatwia rozwiązanie wielu dylematów związanych z obowiązkiem prowadzenia reanimacji, ale z drugiej strony może być traktowane jako zaniechanie udzielenia pomocy, co może się wiązać z odpowiedzialnością karną lekarzy. Zagadnienie to wywołuje wiele niepewności w społeczeństwie ze względu na to, że zgon jest trudny do zaaprobowania, jeśli część układów człowieka wciąż funkcjonuje. Ponadto rodzą się wątpliwości związane z brakiem zaufania do obowiązujących kryteriów śmierci mózgowej i przede wszystkim z możliwymi nadużyciami, np. w celach komercyjnych²⁸. Punktem wyjścia dla rozważań o śmierci osobniczej (mózgowej) jest art. 9 ust. 1 ustawy o przeszczepach, który przewiduje pobranie komórek, tkanek i narządów w celu przeprowadzenia przeszczepu po stwierdzeniu trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Podkreślenia wymaga to, że w aktualnym stanie prawnym ustawodawca formułuje niejako odmienną definicję śmierci mózgowej niż ustawa transplantacyjna z 1995 r. W poprzednim stanie prawnym, zgodnie z art. 7 ust. 1, pobieranie komórek, tkanek i narządów do przeszczepów było dopuszczalne po stwierdzeniu trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu. Przyjmowano wówczas, że funkcjonowanie pnia mózgu jest jednoznaczne ze śmiercią całego mózgu, a tym samym ze śmiercią człowieka jako całości²⁹. Śmierć mózgową określa się na podstawie wytycznych w sprawie kryteriów i sposobów stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu, ustalonych przez specjalistów z dziedziny anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii, neurochirurgii oraz medycyny sądowej w drodze obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r.³⁰

Aktualne rozwiązanie występujące w polskim prawodawstwie, choć jest podobne do większości rozwiązań europejskich, to i tak związane jest z falą krytyki zarówno w literaturze prawniczej, jak i medycznej. Uzasadnieniem dla wprowadzenia nowej definicji

²⁸ R. Kubiak, op. cit., s. 524-525.

²⁹ Ibidem, s. 525.

³⁰ M.P. nr 46, poz. 547.

śmierci mózgowej mają być występujące w diagnostyce trudne przypadki medyczne, kiedy kliniczne objawy trwałego uszkodzenia pnia mózgu nie muszą wskazywać na nieodwracalne uszkodzenie całego mózgu. W takich sytuacjach prowadzone są dodatkowe badania instrumentalne, a kryterium ustania czynności całego mózgu jest zasadniejsze i bardziej ugruntowane z medycznego punktu widzenia³¹. Obecne uregulowania dotyczące śmierci mózgowej budzą wiele zastrzeżeń natury prawnej. Spowodowane jest to licznymi zarzutami związanymi z ich niekonstytucyjnością. Kryteria i sposoby stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu zostały uregulowane w akcie prawnym, który nie stanowi źródła prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: Konstytucja RP)³², tj. w obwieszczeniu, a ponadto może być ono swobodnie modyfikowane w zależności od wytycznych wydanych przez ministra zdrowia. Zgodzić się należy z tezą, że takie rozwiązanie prawne nie gwarantuje poczucia bezpieczeństwa i stabilizacji unormowania powyższego zagadnienia. Nowa definicja śmierci osobniczej z pewnością stwarza możliwość swobodnego interpretowania kryteriów śmierci, np. zawężająco, gdy przyjmie się za takie kryterium ustanie funkcji pnia mózgu, jak i szeroko. Zasadne wydaje się stanowisko R. Kubiaka, poparte argumentacją E.M. Guzik-Makaruk, że wobec obecnie obowiązującego uregulowania można podnieść zarzut niezgodności z art. 38 Konstytucji RP, bowiem jest mu przypisana duża swoboda we wskazaniu, kiedy kończy się życie, co tym samym narusza zasadę ochrony życia w aspekcie konstytucyjnym³³. Wątpliwe wydaje się, czy obwieszczenie nie wprowadza nowych treści normatywnych w stosunku do regulacji ustawy, określając sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu poprzez normy abstrakcyjno-generalne. Wątpliwość ta została wyrażona także przez Rzecznika Praw Obywatelskich w postaci pytania, czy tak ważna materia powinna znajdować swoje uregulowanie w obwieszczeniu, czy nie

³¹ R. Kubiak, op. cit., s. 526.

³² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

³³ R. Kubiak, op. cit., s. 526.

powinna raczej być ona zastrzeżona wyłącznie dla ustawy³⁴. W orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 stycznia 1997 r.³⁵ przyjęto, że treść obwieszczenia nie może wybiegać poza odzwierciedlenie obowiązującego ustawodawstwa, w przeciwnym wypadku oznaczałoby to, że organ państwowy samoistnie ustanowił normę prawną, i to pretendującą do rangi ustawy.

Odwołując się do definicji śmierci osobniczej (mózgowej), podkreślić należy, że w medycynie sądowej wskazuje się, iż następuje ona w wyniku niedotlenienia mózgowia. W pierwszym etapie tego procesu mamy do czynienia z tzw. odkorowaniem, czyli ustaniem czynności psychicznych (utrata świadomości, pamięci), drugim jest odmóżdzenie objawiające się ustaniem niezależnych od woli czynności regulujących. Całkowite i nieodwracalne odmóżdzenie stanowi o śmierci osobniczej, a tym samym o całkowitym i nieodwracalnym ustaniu czynności mózgu³⁶. Należy zgodzić się z T. Marcinkowskim, który zauważa, że diagnostyka śmierci doznała ewolucji i przewartościowań, przechodząc kolejne etapy: a) od śmierci całego człowieka do śmierci człowieka jako całości w wyniku definitywnego ustania krążenia krwi (definicja klasyczna); b) od śmierci człowieka jako całości w wyniku ustania krążenia krwi do śmierci całego mózgu (tzw. nowa definicja); c) od śmierci całego mózgu do śmierci mózgu jako całości w wyniku śmierci pnia mózgowego (tzw. nowa zmodyfikowana definicja)³⁷.

W aktualnym stanie prawnym odzwierciedlona została przez ustawodawcę tzw. nowa definicja, zgodnie z którą na gruncie obowiązującej ustawy o przeszczepach przyjmuje się, że dla ustalenia zgonu konieczne jest stwierdzenie nieodwracalnego ustania funkcji mózgu, niekoniecznie zaś zaprzestania funkcjonowania innych układów, bowiem śmierć mózgu jest jednoznaczna ze śmiercią człowieka

³⁴ Rzecznik Praw Obywatelskich <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MZ_ws_kryteriow_i_sposobu_stwierdzenia_trwalego_nieodwracalnego_ustania_czynnosci_mozgu.pdf> [dostęp: 30.03.2016].

³⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 stycznia 1997 r., OTK ZU 1997, nr 1, s. 12-13.

³⁶ R. Kubiak, op. cit., s. 526.

³⁷ T. Marcinkowski, op. cit., s. 133.

jako całości³⁸. Ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania nie jest możliwe opisanie dokładnych technicznych wytycznych co do sposobu badań. Nie zostaną omówione wskazówki i uwagi dla Komisji ds. orzekania o śmierci osobniczej. Jednakże zgodnie z przywołanym obwieszczeniem ministra zdrowia rozpoznanie śmierci mózgu opiera się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji i zostało określone w ramach dwuetapowego postępowania kwalifikacyjnego, obejmującego: a) wysunięcie podejrzenia śmierci mózgu – etap ten obejmuje określone stwierdzenia oraz wykluczenia; b) wykonanie badań potwierdzających śmierć mózgu – etap ten obejmuje wykonanie badań potwierdzających wystąpienie śmierci mózgu, opis szczególnych procedur i metodyki wykonania określonych czynności³⁹.

W przypadku śmierci mózgowej metodyka ustalenia ustania czynności mózgu jest unormowana w art. 9 ust. 4 ustawy o przeszczepach, zgodnie z którym stwierdzenia tego faktu dokonuje jednomyślnie trzyosobowa komisja, w skład której wchodzi lekarze posiadający określoną specjalizację. W komisji powinien być co najmniej jeden specjalista w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jeden specjalista w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii. Ponadto w literaturze podkreśla się, iż skład komisji powinien być dodatkowo uzupełniony o lekarza specjalistę w dziedzinie medycyny sądowej. Warto nadmienić, że rozwiązanie prawne z art. 9 ust. 6 ustawy o przeszczepach – zgodnie z którym dla zachowania obiektywizmu i wykluczenia jakichkolwiek nadużyć, wśród członków komisji nie mogą znajdować się osoby, które następnie będą uczestniczyły w procedurze pobierania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów – jest spójne z art. 16 protokołu dodatkowego z 2002 r. do Konwencji bioetycznej⁴⁰. Podmiotem kompetentnym do powołania komisji i wyznaczenia jej przewodniczącego jest kierownik podmiotu leczniczego lub osoba przez niego upoważniona. Komisja jest obowiązana sporządzić protokół postępowania diagnostycznego śmierci mózgu oraz protokół,

³⁸ R. Kubiak, op. cit., s. 526.

³⁹ Ibidem, s. 529.

⁴⁰ Ibidem, s. 528.

który potwierdza zgon danej osoby. Przywoływane obwieszczenie ministra zdrowia zawiera wzory takich dokumentów, zamieszczone jako załączniki⁴¹. W konkluzji powyższych rozważań, aprobując zdanie R. Kubiaka, należy stwierdzić, że ustawodawca powinien bardziej wyraźnie zaakcentować, jaki moment jest miarodajny dla ustalenia zgonu⁴². Wskazana jest tu analiza ustaleń europejskich, które – jak się zdaje – proponują rozsądniejsze rozwiązania.

4. Śmierć mózgowa a śmierć wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia

W piśmiennictwie medycznym niejednokrotnie opisywane są przypadki, kiedy następuje nieodwracalne ustanie pracy serca, ale nie występuje jeszcze śmierć mózgowa – w związku z takimi sytuacjami ustawa transplantacyjna została znowelizowana 15 września 2009 r. poprzez dodanie art. 9a, zgodnie z którym pobieranie komórek, tkanek lub narządów do przeszczepienia jest dopuszczalne po stwierdzeniu zgonu wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia. W dotychczasowym stanie prawnym rozwiązanie to było całkowicie odmienne niż stanowisko doktryny, która reprezentowała pogląd, że w takich sytuacjach niedopuszczalna jest eksplantacja, ponieważ uszkodzone serce pacjenta może zostać przeszczepione, a tym samym pacjent może nadal żyć⁴³.

W tym miejscu istotne jest ponowne przywołanie klasycznej definicji śmierci, w której czynnikiem kwalifikującym jest ostateczne ustanie krążenia krwi – definicja ta miała i ma wciąż uzasadnione zastosowanie, chyba że mamy do czynienia ze śmiercią mózgu, a wtedy stosujemy tzw. nową definicję śmierci⁴⁴. Obowiązkiwanie dwóch definicji śmierci na gruncie polskiego ustawodawstwa przysparza wiele problemów natury prawnej i etycznej, czego skutkiem może być

⁴¹ Ibidem, s. 528-530.

⁴² Ibidem, s. 527.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ T. Marcinkowski, op. cit., s. 136.

mniejsza liczba przeszczepów *ex mortuo*. Należy nadmienić, że kryteria i sposób stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia zostały ogłoszone w drodze obwieszczenia ministra zdrowia z 9 sierpnia 2010 r.⁴⁵

Ze względu na to, że ustawodawca w art. 9 ustawy o przeszczepach stanowi o śmierci mózgowej, nie ulega wątpliwości, że wprowadzony nowelizacją art. 9a traktuje o innym momencie stwierdzenia zgonu. W literaturze przedmiotu można znaleźć stanowisko, zgodnie z którym stwierdzenie zgonu wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia odnosi się do tzw. definicji klasycznej, która akcentowała właśnie nieodwracalne ustanie krążenia krwi⁴⁶. Przyjmując nieco odmienne stanowisko, należałoby zgodzić się ze zdaniem T. Marcinkowskiego, według którego diagnostyka śmierci człowieka w ujęciu definicji klasycznej opiera się wyłącznie na typowych objawach klinicznych ustania funkcji serca, a co za tym idzie, nie są wymagane dla potwierdzenia ustania krążenia krwi takie badania⁴⁷.

W związku z umiejscowieniem śmierci mózgowej w art. 9 ustawy o przeszczepach i śmierci w wyniku nieodwracalnego zatrzymania krążenia w art. 9a tej ustawy powstaje problem prawny dotyczący interpretacji tych przepisów. Zgodnie z § 10 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków pobierania komórek, tkanek i narządów „Narządy od potencjalnych dawców, u których stwierdzono śmierć mózgu albo nieodwracalne zatrzymanie krążenia, mogą być pobierane w celu przeszczepienia [...]”⁴⁸. Należy domniemywać, że ustawodawca, używając alternatywy rozłącznej „albo”, stanowi, że w tym przypadku musi dojść do jednego z tych rodzajów śmierci. Bardziej celowym rozwiązaniem – przywołując stanowisko R. Kubiaka – byłoby wyraźne opowiedzenie się za którąś z definicji śmierci albo precyzyjniejsze skonstruowanie istniejącej regulacji⁴⁹. Warto zwrócić uwagę na to, że w przypadku

⁴⁵ M.P. nr 59, poz. 784.

⁴⁶ R. Kubiak, op. cit., s. 527.

⁴⁷ T. Marcinkowski, op. cit., s. 136.

⁴⁸ Dz.U. nr 213, poz. 1656.

⁴⁹ R. Kubiak, op. cit., s. 528.

śmierci wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia ustawodawca nie określił w ustawie kolegiąlnego podmiotu, który miałby ustalić tę okoliczność – stwierdza się jedynie w art. 9a ust. 2 ustawy o przeszczepach, iż zgon powinien zostać stwierdzony przez lekarza. Jednakże zastosowano ten sam środek zabezpieczający co w przypadku śmierci mózgowej: lekarz nie może po stwierdzeniu zgonu uczestniczyć w pobieraniu i przeszczepianiu materiału eksplantowanego⁵⁰. Podobnie jak w przypadku śmierci mózgowej, minister zdrowia w drodze obwieszczenia określił metodykę postępowania oraz kryteria ustalenia nieodwracalnego ustania krążenia, a ponadto zawarł w nim wskazówki odnośnie do procedury stosowanej w przypadkach szczególnych. Warto zauważyć, że dopiero w obwieszczeniu jest mowa o tym, iż lekarz stwierdzający zgon musi zasięgnąć opinii u innych lekarzy posiadających tytuł specjalisty w dziedzinach określonych w obwieszczeniu, np. medycyny ratunkowej. Wzór protokołu i stosownej dokumentacji stanowi załącznik od obwieszczenia, co dowodzi, że czynności lekarza i jego ustalenia muszą być obligatoryjnie udokumentowane⁵¹. Można się pokusić o wniosek *de lege ferenda*, iż należałoby ujednoclić kryteria i sposoby ustalania śmierci dla obu przypadków, tj. dla śmierci mózgu i śmierci wskutek nieodwracalnego ustania krążenia, albo przynajmniej określić wspólne dla nich punkty, tj. metodykę pracy.

Konkludując rozważania tej części opracowania, nie sposób nie zgodzić się z uwagami T. Marcinkowskiego, że ani śmierć człowieka na podstawie kryterium krążeniowego nie oznacza, iż z jej nastąpieniem wszystkie tkanki i komórki są martwe, ani śmierć człowieka opierająca się na kryterium śmierci mózgu jako całości nie oznacza, iż z chwilą jej nastąpienia wszystkie części mózgu i jego komórki są już martwe⁵². W sposób uzasadniony wyodrębnia się te dwie postacie śmierci i wystąpienie choćby jednej z nich jest wystarczające do wdrożenia procesu transplantacji.

⁵⁰ Ibidem, s. 530.

⁵¹ Ibidem.

⁵² T. Marcinkowski, op. cit., s. 136.

Podsumowanie

Wyżej poczynione rozważania dotyczące śmierci mózgowej jako przesłanki dopuszczalności przeszczepu *ex mortuo* wskazują w sposób jednoznaczny na brak spójności przepisów, a przede wszystkim na wadliwe rozwiązania prawne, czyli ogłoszenie kryteriów i sposobów stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu w drodze obwieszczenia, co skutkuje zarzutem niekonstytucyjności. Warto podkreślić, że celem niniejszego opracowania nie było omówienie przebiegu procedury ustalenia, iż doszło do śmierci mózgowej, ale jedynie zasygnalizowanie problemu, że śmierć osobnicza jako kluczowa przesłanka przeszczepu *ex mortuo* pociąga za sobą wiele niespójności i wątpliwości już nie tylko natury prawnej, ale także medycznej i, co ważniejsze, społecznej.

Na kilka słów zasługują także pozostałe przesłanki dopuszczalności przeszczepu *ex mortuo*, a mianowicie zgoda domniemana dawcy i zasięgnięcie przez lekarza informacji, czy nie został zgłoszony sprzeciw w formie określonej w art. 5 lub w trybie przewidzianym w art. 8 ustawy o przeszczepach. Pierwsza przesłanka polega na tym, że jeżeli osoba zmarła za życia nie wyraziła sprzeciwu, to dopuszczalne jest w świetle prawa pobranie od niej komórek, tkanek i narządów do celów wymienionych w art. 2 ustawy o przeszczepach⁵³. Problematyka tej przesłanki jest tak szeroka, że mogłaby się stać przedmiotem odrębnego opracowania. Druga przesłanka sprowadza się do wątpliwości dotyczącej decyzji ostatecznej, wydanej na podstawie kryterium medycznego, zasadności podejrzenia czynu zabronionego, kryterium czasowego etc.

Specyfika przepisów transplantacyjnych i społeczny kontekst tego zjawiska wysuwa na pierwszy plan potrzebę edukowania społeczeństwa, którego efektem byłoby przekonanie większej liczby Polaków do niewyrażania sprzeciwu na pobieranie komórek, tkanek lub narządów po ich śmierci i tym samym ratowania życia innym. Niepokojący wydaje się fakt, że – zgodnie ze statystyką

⁵³ J. Duda, op. cit., s. 61.

Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego do Spraw Transplantacji „Poltransplant”⁵⁴ – w roku 2015, w porównaniu z rokiem 2014, liczba przeszczepów zdecydowanie spadła, z 1531 do 1432 zabiegów, ale nie z powodów mniejszej liczby chorych, tylko dawców.

Brain death as a condition of admissibility of *ex mortuo* transplant

Summary

The article discusses the issues of the ontogenetic (brain) death as the condition for the admissibility of *ex mortuo* transplant. In the first place, the basic issues have been discussed related to the concept of transplantation; an attempt has been made to collect and describe specific types of transplant occurring in medical literature. Further, the theme of death and its types in the context of transplantation have been elaborated on. The author highlighted a difference – present in the doctrine – of identifying clinical and apparent death, as well as presented an artificial division – visible in the literature – of death because of the organ, i.e. brain, lungs and heart. The main point is the issue of the brain (ontogenetic) death. The social, medical and legal concerns with respect to this premise have been indicated. There is also a description of the methodology of work with determination of brain death. The author has also paid attention to the change in the definitions on the basis of the existing transplant law. The question of death being the result of the irreversible cardiac arrest has been also raised. The summary collects the issues thoroughly discussed in the work and mentions other premises for the admissibility of *ex mortuo* transplant.

⁵⁴ Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do Spraw Transplantacji „Poltransplant”, <http://www.poltransplant.org.pl/statystyka_2015.html> [dostęp: 30.03.2016].