



Warszawa, 19-01-2024 r.

**BIURO
RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH**

**Zespół Prawa Administracyjnego
i Gospodarczego**

V.566.1.2024.AM

**Pani Dyrektor
Anna Skowrońska-Kotra
Departament Prawny
Ministerstwo Zdrowia
via ePUAP**

Szanowna Pani Dyrektor,

Do Rzecznika Praw Obywatelskich wpływają wnioski obywateli postulujących dokonanie zmian w przepisach z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tj. Dz.U. z 2023 r., poz. 1185; dalej: ustawa o pobieraniu) w zakresie zmiany przyjętego przez ustawodawcę domniemania zgody osoby zmarłej na pobranie tkanek i narządów. W szczególności wskazują oni, iż brak uzyskania swobodnej i świadomej zgody dawcy jest niezgodny z regulacjami Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. z 2009 r., nr 203, poz.1569).

Stosownie do ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2023 r. poz. 1058), Rzecznik nie posiada prawa inicjatywy prawodawczej. Niemniej analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wpłynęła na powzięcie wątpliwości co do kompletności polskiego unormowania.

W odniesieniu do powyższego pragnę zasygnalizować, że w ustawodawstwach europejskich występują generalnie dwa sposoby uregulowania zgody na pobranie tkanek lub narządów *ex mortuo*. Wyrażna, stanowcza zgoda wymagana jest w tzw.

modelu amerykańsko-kanadyjskim. System ten zwany jest *opting in*. Zgodnie z tą koncepcją warunkiem pobrania *ex mortuo* będzie wyrażenie przez przyszłego dawcę zgody na pobranie po jego śmierci tkanek lub narządów z jego zwłok. Zgoda na pobranie organu musi być wyrażona przed śmiercią oraz w sposób wyraźny, czyli w formie pisemnej lub ustnej w obecności świadków. W przypadku braku pisemnego oświadczenia czy deklaracji w podanych wyżej formach pozostaje jeszcze możliwość ustalania w drodze stosownych procedur rzeczywistej woli zmarłego lub też możliwość pobrania *ex mortuo* po uzyskaniu zgody od najbliższej rodziny. System ten przyjęty został w USA, Danii, Grecji, Szwecji, Norwegii, Szwajcarii oraz Wielkiej Brytanii.

Domniemaną zgodę na pobranie komórek, narządów po śmierci przyjmuje tzw. model francuski *opting out*. Domniemywamy, że osoba wyraziłaby zgodę na pobranie, dopóki nie zostanie udowodnione, że wyraziła ona sprzeciw na eksplantację swoich narządów po śmierci (domniemanie obalalne). Negatywną przesłankę pobrania będzie stanowił więc jedynie wyraźny sprzeciw wyrażony za życia w przewidzianej przez prawo formie. O ile nie ma takiego sprzeciwu, przyjmuje się, że osoba taka wyraziłaby zgodę na pobranie i traktuje się ją jako potencjalnego dawcę. Niewyrażenie sprzeciwu będzie zatem równoznaczne z udzieleniem zgody. Takie uregulowanie obowiązuje w Austrii, Finlandii, Belgii, Francji, Włoszech i Portugalii (zob. R. Kędziora, *Problem zgody na pobranie organu [w:] Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009).

W Polsce przyjęta została konstrukcja zgody domniemanej. Rozwiązanie to – jak podnosi się w doktrynie – jest zgodne z zaleceniami Rady Europy (Rezolucja Rady Europy Nr 29 z 11 maja 1978 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw związanych z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich komórek, tkanek i narządów w art. 10 wymaga, by pobieranie organów *ex mortuo* odbywało się z uwzględnieniem wyrażonego za życia wyraźnego lub domniemanego sprzeciwu).

Z kolei w odpowiedzi na interpelację nr 28897 Pani Poseł Urszuli Pasławskiej w sprawie uzupełnienia funkcjonalności konta w serwisie pacjent.gov.pl o możliwość wpisania zgody na transplantację narządów ówczesny Wiceminister Zdrowia, Pan Sławomir Gadomski wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami pobrania komórek, tkanek bądź narządów w celu ich przeszczepienia od osoby zmarłej można dokonać, jeżeli sprzeciw osoby zmarłej nie widnieje w Centralnym Rejestrze Sprzeciwów, bądź nie został wyrażony w formie pisemnego oświadczenia lub w formie oświadczenia ustnego, złożonego w obecności dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego, o czym mowa w art. 6 ust. 1-3 ww. ustawy o pobieraniu. Jednocześnie

podniósł, że na gruncie obowiązujących regulacji prawnych wola rodziny zmarłego nie powinna wpływać na legalność pobrania. **Przyjęta praktyka wskazuje jednak, iż w przypadku braku potwierdzonego sprzeciwu osoby zmarłej, przeprowadzana jest rozmowa z rodziną, celem uzyskania informacji o ewentualnym sprzeciwie osoby zmarłej wyrażonym ustnie** oraz w celu zebrania, niezwykle istotnego w medycynie transplantacyjnej, wywiadu medycznego. **Celem rozmowy z rodziną nie powinno być zatem uzyskanie jej zgody na pobranie narządów, a jedynie ustalenie jaka była wola osoby zmarłej.** Brak potwierdzonego sprzeciwu osoby zmarłej, nie sprzeciwu asekuracyjnie wyrażonego przez bliskich zmarłego, umożliwia przeprowadzenie zgodnego z prawem pobrania komórek, tkanek bądź narządów (zob. odpowiedź na interpelację z dnia 10 grudnia 2021 r., znak: OITK.050.30.2021.MWS).

Jednocześnie w swym orzecznictwie, Europejski Trybunał Praw Człowieka uznaje, że osobom bliskim zmarłych ze względu na kult pamięci osób zmarłych przysługują własne prawa podmiotowe podlegające ochronie konwencyjnej (w tym prawo do poszanowania życia prywatnego określone w art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz. U. z 1993 r., nr 61 poz. 284).

Przykładowo w wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r. dotyczącym ochrony praw członków rodziny zmarłego w związku z pobraniem tkanek ze zwłok ludzkich bez zgody i wiedzy członków najbliższej rodziny (sprawa nr 61243/08 *Elberte przeciwko Łotwie*) Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał, że „(...) poszanowanie godności ludzkiej stanowi istotę Konwencji. Traktowanie jest uznawane za „poniżające” w rozumieniu art. 3 Konwencji między innymi wówczas, gdy upokarza jednostkę, okazując brak poszanowania dla godności człowieka. Cierpienie skarżącej zostało spowodowane nie tylko naruszeniem jej praw jako bliskiego członka rodziny zmarłego i późniejszą niepewnością tego, jakie czynności zostały przeprowadzone w instytucie medycyny sądowej, lecz także inwazyjnym charakterem czynności przeprowadzonych na zwłokach jej męża oraz na bólu, jakiego skarżąca w tej mierze doznała jako członek najbliższej rodziny”.

Orzeczenie to, dotyczące co prawda nieco odmiennego stanu prawnego (mimo istniejących przepisów prawa krajowego skarżąca nie została zapytana o wyrażenie zgody na donację), wskazuje jednak w sposób oczywisty, że osobom bliskim zmarłego przysługują konwencyjne prawa podmiotowe podlegające ochronie. W konsekwencji do tych osób znajduje także zastosowanie art. 13 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Stanowi on, że każdy, czyje prawa i

wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące funkcje publiczne.

Ochrona prawna kultu osoby zmarłej jest udzielana także na gruncie polskiego prawa karnego i cywilnego.

Truizmem jest stwierdzenie, że nie istnieje bezdyskusyjne rozstrzygnięcie problemu, kto ma uprawnienie do decydowania o losach martwego ciała. Niemniej w kontekście transplantacji *ex mortuo*, biorąc pod uwagę przyjętą praktykę rozmowy z rodziną osoby zmarłej, być może celowe – ze względu na niską świadomość społeczną dotyczącą transplantacji – byłoby prawne uregulowanie włączenia rodziny w proces decyzyjny o donacji organów zmarłego krewnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, działając z upoważnienia Rzecznika Praw Obywatelskich, na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1058), zwracam się z uprzejmą prośbą o przedstawienie stanowiska resortu w powyższym zakresie.

Z wyrazami szacunku

Piotr Mierzejewski

Dyrektor Zespołu

/-wydano i podpisano elektronicznie/

Do wiadomości: Wnioskodawca