

зованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 листопада 2011 року за касаційною скаргою прокурора вирок Ворошиловського районного суду м. Донецька від 17 лютого 2011 року скасовано, а справу направлено на новий судовий розгляд у зв'язку з істотним порушенням вимог кримінально-процесуального закону, передбаченого п. 2 ч. 2 ст. 370 КПК – винесенням вироку незаконним складом суду. В Ухвалі зазначено, що суддя, яка розглядала справу по суті та постановила обвинувальний вирок, під час досудового слідства по цій справі вирішувала питання про обрання щодо засудженого запобіжного заходу у виді взяття під варту. Це обставина, що виключає участь судді в розгляді справи, передбачена п. 2-1 ч. 1 ст. 54 КПК 1960 р., згідно якого суддя не може брати участі у розгляді кримінальної справи, якщо він під час досудового розслідування справи вирішував питання, зокрема, щодо обрання, зміни чи скасування запобіжних заходів [4].

КПК 2012 р. вирішення питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема і запобіжних заходів, віднесено до повноважень слідчого судді, який за своїм статусом є суддею місцевого чи апеляційного суду. Слідчий суддя не звільняється від виконання обов'язків судді, проте здійснення ним повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення.

Із зазначеного слідує, що слідчий суддя може здійснювати повноваження судді, але не у тих кримінальних провадженнях, у яких він брав участь під час досудового розслідування (ч. 1 ст. 76 КПК 2012 р.).

Із визначенням законності складу суду пов'язана також і вимога незмінності складу суду (ст. 319 КПК 2012 р.).

У частині 2 статті 370 КПК 1960 р. винесення вироку незаконним складом суду (п. 2) та порушення вимоги Кодексу, яка встановлює незмінність складу суду (п. 13), зазначалась у різних пунктах. Проте у судовій практиці інколи порушення вимоги незмінності складу суду розглядалось як винесення вироку незаконним складом суду [5].

У статті 412 КПК 2012 р., яка передбачає істотні порушення вимог кримінального процесуального закону, не зазначається окремим пунктом порушення вимоги незмінності складу суду. Можна стверджувати, що таке порушення свідчить про незаконність складу суду і охоплюється пунктом 2 частини 2 статті 412 КПК 2012 р.

Враховуючи викладене, можна сформулювати наступне визначення поняття законного складу суду у кримінальному провадженні. Законним є склад суду, який сформований згідно з вимогами кримінального процесуального закону щодо кількості суддів, з дотриманням процедури визначення судді (колегії суддів) для конкретного судового провадження, з урахуванням відповідності суддів їх статусу та спеціальним вказівкам закону щодо якостей судді, а також за відсутності обставин, що виключають участь судді у кримінальному провадженні чи порушують правила недопустимості повторної участі судді в кримінальному провадженні й незмінності складу суду.

1. Загальна декларація прав людини 1948 року / Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с. 2. Войнарівич А. Б. Участь народу в здійсненні правосуддя у кримінальних справах за законодавством України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А. Б. Войнарівич. – К., 2012. – 19 с. 3. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/1659508> 4. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/19509391> 5. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/342291> 6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. Ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004 7. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. За заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – Вид. четверте, перероблене та доповнене. – К.: "Юрисконсульт", КНТ. – 2007. – 896 с. 8. Маляренко В. Т. Позитиви і негативи суду присяжних / Кримінальний процес України: Стан та перспективи розвитку : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл.: Вибрані наукові праці. – К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2004. – 600 с. 9. Михеєнко М. М. Від суду шефенського до суду присяжних / Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні : Вибрані твори. – Юрінком Інтер, 1999. – 240 с. 10. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 року / Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992. – 200 с. 11. Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затверджене Радою суддів України від 26 листопада 2010 року № 30 за погодженням з Державною судовою адміністрацією України [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.court.gov.ua/969076/Ppasds1/> 12. Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-XII [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3723-12> 13. Про державну службу : Закон України від 17 листопада 2011 року № 4050-VI [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4050-17> 14. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 року № 2453-VI [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17> 15. Яновська О. Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства : монографія / О. Г. Яновська. – К.: Прецедент, 2011. – 303 с.

Надійшла до редколегії 16.04.12

А. Мусієнко, канд. юрид. наук, доц.

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИЛУЧЕННЯ ДОНОРСЬКИХ ОРГАНІВ ТА ТКАНИН ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Статтю присвячено узагальненим результатам дослідження теоретичних питань правового регулювання вилучення донорських органів та тканин людини.

Ключові слова: реципієнт; донор; трансплантація; вилучення донорського органу; згода на вилучення.

Статья посвящена обобщенным результатам исследования теоретических вопросов правового регулирования изъятия донорских органов и тканей человека.

Ключевые слова: реципиент; донор; трансплантация; изъятие донорского органа; согласие на изъятие.

The article deals with the general findings of the study of theoretical issues of legal regulation of withdrawal of donor organs and tissues of man.

Keywords: Recipient, donor, transplant, donor organ removal; consent to remove.

Неможливо заперечувати той факт, що подальший цивілізований розвиток України можливий лише за умови визнання та підтримки пріоритетності прав людини, як найвищої державної та соціальної цінності. Тому, фундаментом при ухваленні нормативно-правових актів в галузі трансплантології стала ст. 3 Конституції України, що дозволило успішно вирішити

нові для України правові та морально-етичні питання і гарантувати дотримання основних прав і свобод людини. Але практика показала, що в правовому забезпеченні національної трансплантології залишилось місце і для дискусії. Однією з невирішених проблем сучасної трансплантології є дефіцит донорських органів [1], а його головною причиною вважають чинну юридичну

модель отримання дозволу особи на вилучення донорського органу – презумпцію незгоди. Тому, останнім часом активізувалось обговорення цієї проблеми та посилюються заклики змінити чинну норму.

Теоретична основа дослідження представлена науковими працями таких відомих вчених, як А. Вилкс, В.А. Глушков, Я. Дрогоць, О.А. Кустова, М.Н. Малеїна, Н.А. Маргацкая, В.С. Овчинский, Н.В. Павлова, А.П. Соловьев, П. Холлендер, Т.О. Фабрика, О.С. Якименко та ін.

Не зменшуючи теоретичної значущості праць згаданих науковців, нажалі доводиться констатувати недостатній ступінь сучасного дослідження цього питання. При надзвичайній гостроті цієї прикладної проблеми, сьогодні ще не сформований ефективний варіант її вирішення.

Метою цієї статті є узагальнення результатів теоретичних досліджень актуальних аспектів правового регулювання вилучення донорських органів та тканин людини.

Якісно новим етапом правової регламентації трансплантації органів та тканин в Україні став 1999 р., коли 16 липня Верховною Радою України був прийнятий Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" (далі – Закон). Даний Закон, як сказано у його преамбулі, "... з урахуванням сучасного стану науки і рекомендацій Всесвітньої Організації Охорони здоров'я визначає порядок і умови застосування трансплантації як спеціального методу лікування, забезпечує додержання в Україні прав людини та захист людської гідності при застосуванні трансплантації та здійсненні іншої, пов'язаної з нею діяльності." [2].

Розділ IV Закону регламентує вилучення анатомічних матеріалів у померлих осіб. Вилученню трансплантату, відповідно до ст. 15 Закону, передують констатація факту смерті і юридичне визнання особи померлою, на основі фіксації "смерть мозку", відповідно до затверджених діагностичних критеріїв та процедури констатації смерті мозку [3].

Проте, основна дискусія розгорнулася навколо ст. 16 Закону, яка визначає умови та порядок вилучення анатомічних матеріалів у померлих осіб для трансплантації. Складність проблеми полягає в тому, що необхідно врахувати вибір особи за життя та гарантувати право на її тілесну недоторканість після смерті. Але з іншого боку турбуючись про мертвих, не варто забувати про живих, яким мертвий може послужити своєю останньою великою службою, залишивши їм свій ще живий орган [4].

В світовій практиці успішно застосовуються дві основні юридичні моделі, які регулюють процедуру отримання згоди на вилучення анатомічного матеріалу – "презумпція незгоди" і "презумпція згоди". "Презумпція незгоди" (ця юридична модель прийнята в Україні) в ст. 16 Закону визначена як право кожної повнолітньої дієздатної особи дати письмову згоду або незгоду стати донором анатомічних матеріалів у разі своєї смерті. За відсутності такої заяви анатомічні матеріали у померлої повнолітньої дієздатної особи можуть бути взяті за згодою подружжя або родичів, які проживали з нею до смерті... [5].

Відповідно, презумпція згоди на вилучення трансплантатів не вимагає дозволу самого донора або його законних представників, якщо за життя він не робив заяв в яких би заперечував проти таких дій. Прикладом може бути Закон РФ "О трансплантации органов и (или) тканей человека" в якому ст. 8 має відповідну назву – "Презумпция согласия на изъятие органов и (или) тканей", та передбачає, що "изъятие органов и (или) тканей у трупа не допускается, если учреждение здравоохранения на момент изъятия поставлено в известность о том, что при жизни данное лицо либо его близкие родственники или законный представитель заявили о

своем несогласии на изъятие его органов и (или) тканей после смерти..." [6].

Прихильники змін чинного законодавства вважають, що в основі вирішення цієї проблеми є обрання іншої моделі отримання згоди на вилучення – у випадку України це зміна презумпції незгоди на презумпцію згоди. Але в світовій практиці успішно застосовуються обидві юридичні моделі отримання згоди. Наприклад, презумпція незгоди діє в Канаді, США, Германії, Франції, а презумпція згоди – Білорусії, РФ.

З позиції права людини на життя, "презумпція згоди" на вилучення анатомічного матеріалу, позбавляє особу її виключного права вирішувати долю свого фізичного тіла [7], крім того, така юридична модель може сприяти процесу криміналізації трансплантології в Україні. Але одночасно, "презумпція згоди" більш ефективно стосовно максимальної кількості потенційно можливих вилучень трансплантатів.

У випадку застосування протилежної моделі ("презумпції незгоди"), право особи на тілесну недоторканість після смерті, за відсутності її волевиявлення, зобов'язує отримувати згоду визначених осіб на вилучення донорського матеріалу [8].

Порівняльний аналіз ефективності цих юридичних моделей на основі статистичних даних трансплантацій органів і тканин в різних країнах, не свідчить про значну перевагу "презумпції згоди". Наприклад, в Австрії, де діє "презумпція згоди", кількість вилучених у донорів після смерті органів становило 28,2 – 34,2 на мільйон населення, у той час як у США – країні з протилежним підходом ("презумпція незгоди") ця цифра складає 21,2 – 22,4 [9]. Однак, якщо презумпція згоди результативніша за кількістю вилучених трансплантатів, то презумпція незгоди більш ефективно реалізує право особи на життя і тілесну недоторканість та запобігає криміналізації трансплантології.

В Російському законодавстві закріплена презумпція згоди, яка позитивно оцінюється вченими, проте деякі дослідники вказують на нагальну необхідність запровадження механізму фіксації негативного ставлення особи до можливого вилучення органів і тканин після смерті [10]. Очевидно, що за своїм змістом цей документ може називатись "картка відмови від донорства" та сприятиме реалізації права особи на тілесну недоторканість після смерті.

Отже, наведені аргументи переконливо демонструють, що на кількість донорського матеріалу та трансплантацій юридична модель отримання згоди донора принципово не впливає, але очевидно є інші чинники, які не можна ігнорувати.

Так, деякі науковці вважають, що на кількість донорів значною мірою впливає суспільна думка і чим більш негативно ставиться суспільство до трансплантації органів і тканин, тим складніше трансплантологам отримати згоду на вилучення органів [11]. На ситуацію в Україні з органом донорством негативно впливають тотальна недовіра населення, що зумовлено відсутністю державної пропаганди трансплантології як історичної гордості крани, а в свідомості нації сформовано її кримінальний образ [12].

Очевидно, що до такої складної ситуації з донорським матеріалом призводить непрозорість та низька ефективність державної політики в галузі трансплантології. Цю тезу підтверджують емпіричні дані, які автор отримав в результаті проведеного статистичного спостереження. Крім того, опитування фахівців практичної охорони здоров'я та працівників МВС показало наявність і інших, не менш значимих факторів, що впливають на ситуацію. Найчастіше респонденти називали

такі фактори, як наявність "тіньових" схем роботи медичних установ, відсутність належної роз'яснювальної роботи медичних установ про правильне донорство (пожертвування органів), відсутність системи заохочення фізичних осіб за добровільне пожертвування органів, невіра людей в справедливу медичну допомогу, недостатній розвиток в суспільстві принципів гуманізму, а також практики добровільних пожертвувань, що в комплексі зумовлює нинішнє негативне становище.

Зрештою, на думку автора, Україна ще просто не готова до запровадження "презумпції згоди". В умовах масштабної недовіри населення зміна юридичної моделі не буде сприйнята позитивно, якщо спочатку не усунути вищевказані негативні фактори і не змінити суспільні налаштування. Отже, не менш важливим є створення дієвих механізмів впливу на громадськість в питанні вилучення органів і тканин у донора-трупа. На думку автора, позитивні результати могла б дати ефективна державна програма розвитку трансплантології з обов'язковим формуванням позитивної громадської думки.

Таким чином, презумпція незгоди закріплена в національному законодавстві, на думку автора, є абсолютно виправданою з позиції права особи на життя і тілесну недоторканість, що гарантовано Конституцією України. Дана юридична модель дозволяє реалізувати право особи на визначення долі власного тіла і фізичну недоторканість після смерті, а також знижує потенційну можливість криміналізації трансплантології. Статистичні дані про кількість вилучених трансплантатів, які свідчать на користь презумпції згоди, не можуть бути переконливим аргументом, оскільки головним для України, як правової держави, є забезпечення та дотримання прав людини та захист людської гідності при застосуванні трансплантації та здійсненні іншої, пов'язаної з нею діяльності [13].

Але для вирішення питання дефіциту донорського матеріалу необхідно вживати негайних та рішучих дій. Для цього, на думку автора, чинне законодавство України все ж вимагає певних змін, але таких які б визначили процедуру отримання та фіксації згоди особи на вилучення анатомічного матеріалу. Так, ст. 16 Закону передбачає потенційну можливість кожної особи заявити про свою згоду або незгоду стати донором анатомічних матеріалів у разі своєї смерті, проте, механізм фіксації цієї згоди не передбачений. Тому, в більшості випадків трансплантологи змушені отримувати згоду на вилучення анатомічного матеріалу у рідних померлої особи, оскільки за життя людина як правило не залишає задокументованої згоди бути донором після смерті. Треба надати особі можливість самій вирішувати це питання, щоб унеможливити зловживання. Одним з варіантів вирішення цієї проблеми автор вважає запровадження такого документа як "картка донора", в якому б фіксувалась згода особи на донорство. Важливо також передбачити потенційну можливість донора скасовувати свою згоду на донорство в разі зміни рішення.

"Картка донора", законодавче запровадження якої стало б новелою для України, давно застосовується в багатьох країнах, що дало їм змогу накопичити практичний досвід ефективного правового регулювання трансплантології та зняти проблему дефіциту донорського матеріалу. Тому автор вважає, що вивчення такого досвіду та запозичення деяких елементів такого правового регулювання могло б позитивно вплинути на розвиток української трансплантології.

Наприклад, в законодавстві Ізраїлю в січні 2010 року набула чинності норма у відповідності з якою особи, що

надають згоду підписуючи "картку донора", отримують право на позачергову допомогу в разі, якщо вони самі будуть потребувати трансплантологічної операції як реципієнти. Крім того, подібні преференції надаються і їх найближчим родичам [14]. Очевидно, що запровадження подібної норми в національному законодавстві може сприяти значному покращенню ситуації з донорськими органами в Україні.

За результатами проведеного дослідження автор дійшов певних висновків:

Аналіз існуючих публікацій переконливо свідчить про наявність серйозного дефіциту донорських органів в Україні;

Проведене автором статистичне спостереження показало, що основною причини дефіциту донорського матеріалу в Україні є здебільшого непрозорість та низька ефективність державної політики в галузі трансплантології, а не юридична модель отримання згоди на вилучення.

Відсутність масштабної та ефективної державної політики з пропаганди, популяризації та розвитку трансплантології призвело до недовіри населення. Зайвим буде казати, що отримати згоду донора на вилучення анатомічного матеріалу без покращення іміджу трансплантології буде не просто.

Очевидно, що наявність тієї чи іншої юридичної моделі в законодавстві будь-якої країни суттєво не впливає на кількість донорів та трансплантацій оскільки, "презумпція згоди" за кількості вилучених органів не демонструє значної переваги. Виходячи з беззаперечності пріоритету прав людини, зокрема права людини на життя та тілесну недоторканість, авторська позиція полягає в необхідності внесення змін до чинного законодавства, з метою удосконалення механізму фіксації згоди потенційного донора. Документальним підтвердженням згоди може стати "картка донора".

Втілення всіх новацій необхідно реалізувати з урахуванням зарубіжного досвіду проведення таких змін.

На думку автора, такі комплексні дії покращать ситуацію з донорським матеріалом та дозволять запобігти криміналізації національної трансплантології.

1. Денисов В.К. Трансплантология в XXI веке. Итоги первого десятилетия / В.К. Денисов // Медицина сьогодні і завтра. – 2011. – №1–2 (50–51). – С. 67. 2. Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" // ВВР. – 1999. – №41. – Ст. 377. 3. Про затвердження нормативно-правових документів з питань трансплантації. МОЗ України Наказ №226 від 25.09.2000 // Офіційний вісник України – 2000. – № 42. – стор. 304, стаття 1804. 4. Ковалев М.И. Генетика человека и его права (юридические, социальные и медицинские проблемы) / М.И. Ковалев // Гос. и право. – 1994. – №1. – С. 21. 5. Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" // ВВР. – 1999. – №41. – Ст. 377. 6. Закон РФ "О трансплантации органов и (или) тканей человека" // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 1993. – № 2. – ст. 62. 7. Кальченко Н.В. Права человека и гражданина на жизнь и его гарантии в Российской Федерации: Автореф. дис. канд. юрид. наук. СПб., 1995. С. 14. 8. Малеина М.Н. Право индивида на физическую (телесную) неприкосновенность / М.Н. Малеина // Гос. и право. – 1993. – №4. – С. 104 – 105. 9. Трансплантология. Руководство / под ред. акад. В.И.Шумакова. – М., 1995. – С. 13. 10. Дземешкевич С.Л., Богорад И.В. Паратрансплантологические проблемы: биозтика, религия, право. / С.Л. Дземешкевич, И.В. Богорад // Трансплантология и искусственные органы. – 1994. – № 1. – С.6. 11. Бокерия Л.А., Каабак М.М., Мовсесян Р.А., и др. Этическая и юридическая проблемы органного донорства – кто вправе распоряжаться органами человека после его смерти? / Л.А. Бокерия, М.М. Каабак, Р.А. Мовсесян, и др. //Анналы хирургии. – 1997. – №5. – С. 27 – 28. 12. Сагатович В.А. Быть или не быть – вот в чем вопрос. / В.А. Сагатович //Трансплантология. – 2002. – Том 3. – №1. – С. 107. 13. Закон України "Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людини" // ВВР. – 1999. – №41. – Ст. 377. 14. Navalkishor Udgiri, Amanpreet Oberoi, Randeep Kashyap, Karthik Raghavan, Venkata Kella. A new law for allocation of donor organs in Israel // The Lancet. Vol. 376 # 9737. p. 231. July 24, 2010.