

# Актуальні проблеми гарантій

## дотримання прав людини, пов'язаних з трансплантацією органів і тканин



**І. І. Котюк**

*доктор юридичних наук, професор, Київський національний університет імені Тараса Шевченка*



**А. В. Мусієнко**

*кандидат юридичних наук, доцент, Київська державна академія водного транспорту імені гетьмана П. Конашевича-Сагайдачного*

*Статтю присвячено узагальненим результатам дослідження теоретичних питань забезпечення гарантій дотримання прав людини, пов'язаних з трансплантацією органів і тканин. Зазначено, що деякі проблеми сьогодні не тільки остаточно не вирішені, а й набули особливої актуальності.*

**Ключові слова:** *реципієнт, евтаназія, поховання, донорські органи, трансплантація, донор.*

**З**гідно зі статтею 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищими соціальними цінностями. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення цих прав і свобод є її головним обов'язком [1].

Очевидним є й те, що зі смертю людини її майнові та немайнові права потребують особливого правового захисту, проте життєві реалії свідчать про факти грубого порушення цих прав.

Так, звичними для України стали скандальні повідомлення про незаконні, пов'язані з процесами комерціалізації та етичної деформації суспільства вилучення в медичних закладах анатомічних матеріалів з тіл померлих осіб [2]. Аналітичними матеріалами авторитетних європейських видань привертається увага до того, що ця діяльність набула транснаціонального характеру [3]. Загальновідомою стала й злочинна комерціалізація відносин, пов'язаних з похованням та похоронною справою та ін. [4].

Усі ці факти є окремими проявами нехтування правом померлих осіб на належне ставлення до них після смерті, що свідчить про актуальність юридичного дослідження цих проблем та вироблення на цій основі відповідних рекомендацій, спрямованих на приведення цих відносин у відповідність з конституційними принципами. А найбільш гострими їх складовими є питання, пов'язані з правом особи на гідну смерть та на забезпечення реалізації її волевиявлення про належне ставлення до її тіла після смерті.

Окремі аспекти цієї проблеми досліджувались в роботах таких відомих вчених, як В. О. Глушков, І. І. Горелік, І. М. Даньшин, О. М. Джужа, А. Ф. Зелінський, А. П. Закалюк,

О. М. Костенко та ін., але не зменшуючи наукової значимості досліджень вказаних авторів, слід зазначити, що деякі питання сьогодні не тільки остаточно не вирішені, а й набули особливої актуальності.

Метою нашої статті є дослідження теоретичних аспектів проблеми гарантій дотримання прав людини і громадянина, захисту честі та гідності особи після її смерті.

Слід зазначити, що проблема гарантування права особи на гідну смерть насамперед пов'язана з забезпеченням її медичною допомогою сучасного рівня. Особливо це стосується невиліковних хворих у термінальній стадії, коли людині можна допомогти лише шляхом полегшення її страждань.

У давні часи, коли рівень розвитку медицини не давав змоги полегшити страждання таких пацієнтів, практикували евтаназію, тобто навмисне прискорення смерті або умертвіння невиліковно хворого з метою припинення його страждань. Проте сучасне законодавство більшості розвинених країн її забороняє. Заборонена вона і в Україні [5, ст. 52]. А для забезпечення права особи на гідну смерть стрімко розвивається новітня медична галузь – паліативна медицина, яка стверджує життя і розглядає смерть як нормальний процес, не прискорюючи і не стримуючи її. Вона зорієнтована насамперед на забезпечення зменшення болю та інших негативних симптомів, а також на поєднання психологічних й духовних аспектів догляду за хворими. Вона пропонує систему заходів підтримки у прагненні хворих жити активним життям до кінця, що почасти сприяє й реалізації їх мрій і на одужання. Паліативна допомога надається у спеціальних медичних установах – хоспісах, розвиток яких, забезпечення їх правовою та фінансовою підтримкою сприяло б її доступності [6].

Водночас розширення можливостей трансплантації органів і тканин та комерціалізація медичних послуг і, зокрема, потреба для цього у донорських органах, виявляють велику кількість прихильників саме евтаназії.

Що ж до вилучення для трансплантації органів і тканин після смерті людини, то ці питання регламентовані Законом «Про поховання та похоронну справу» (далі – Закон), згідно з яким «усі громадяни мають право на поховання їхнього тіла та волевиявлення про належне ставлення до тіла після смерті» (ст. 6). Таке волевиявлення визначається як «бажання, виражене в усній (у присутності свідків) або в письмовій формі, завірній в установленому законодавством порядку» (ст. 2). Воно може бути виражене у: згоді чи незгоді на проведення патолого-анатомічного розтину; згоді чи незгоді на вилучення органів та/або тканин тіла; побажанні бути похованим у певному місці, за певними звичаями, поруч з раніше померлими чи бути підданим кремації; дорученні виконати своє волевиявлення певній особі; іншому дорученні, що не суперечить законодавству (ст. 6) [7].

Проте логічний аналіз цих положень дає підстави для серйозних роздумів.

Зокрема, те, що «усі громадяни мають право на поховання їхнього тіла», на перший погляд, є закономірним і правильним. Та все ж поняття «поховання» і «гідне поховання» – не одне і те ж. А з огляду на це постає питання, якщо згідно з Конституцією України людина є найвищою соціальною цінністю, то з урахуванням цього вона має право на поховання чи на гідне поховання?

Крім того, за буквального тлумачення цієї норми право на поховання їхнього тіла мають лише громадяни, а іноземці та особи без громадянства – ні. Але ж згідно зі ст. 26 Конституції України «Іноземці та особи без громадянства,

що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України».

Що ж до наданого Законом права на «волевиявлення про належне ставлення до тіла після смерті», то воно найменше викликає подив. Адже за буквального тлумачення цієї норми права на належне ставлення до неї та до її тіла після смерті людина не має. Вона має лише право на «волевиявлення про належне ставлення до тіла після смерті». Тобто зі змісту Закону випливає, що за відсутності такого волевиявлення з тілом людини після її смерті можна поводитись як заманеться.

Крім того, аналіз зазначених положень дає підстави для висновку, що процедурні питання, пов'язані з реалізацією волевиявлення особи і, зокрема, щодо патолого-анатомічного розтину її тіла та вилучення органів та/або тканин тіла після смерті, крім того, що таке волевиявлення має бути «виражене в усній (у присутності свідків) або в письмовій формі, завірній в установленому законодавством порядку», по суті, залишаються поза правовою регламентацією.

Адже, по-перше, таке належним чином оформлене волевиявлення, обов'язкова наявність якого чинним законодавством не передбачена, із зрозумілих причин, як правило, відсутнє.

По-друге, якщо згідно з ч. 4 ст. 6 Закону «Дії щодо тіла померлого повинні здійснюватися в повній відповідності з волевиявленням померлого, якщо не виникли обставини, за яких виконання волевиявлення померлого неможливе», то питання, які це обставини і яким чином їх настання має офіційно підтверджуватись, законодавством України не визначене.

По-третє, якщо згідно з ч. 5 ст. 6 Закону «У разі якщо відсутнє волевиявлення померлого, вилучення органів та/або тканин тіла здійснюється з дозволу чоловіка, дружини, близьких родичів або іншої особи, яка взяла на себе зобов'язання поховати померлого та має відповідне свідоцтво про смерть» [7, ст. 6], то процедура документування та отримання волевиявлення таких осіб законодавством України також не визначена.

По-четверте, якщо згідно з ч. 2 ст. 6 Закону контроль за виконанням волевиявлення громадян про належне ставлення до їхнього тіла після смерті в частині щодо згоди на проведення патолого-анатомічного розтину і вилучення органів та/або тканин тіла покладено на відповідні органи виконавчої влади та виконавчі органи місцевих рад у межах їх повноважень, то виявляється, що крім цієї декларативної норми, будь-які процесуальні правила щодо форм та процедури такого контролю законодавством не передбачені. Не випадково, що він фактично і не здійснюється.

Що ж до приватного контролю зацікавлених осіб у цих питаннях, то він законодавством не передбачений взагалі. Адже згідно з п. 1.5 Додатку № 2 до Правил проведення судово-медичної експертизи (дослідження) трупів в бюро судово-медичної експертизи допуск родичів та інших осіб до трупосховища і кімнати, у якій проводиться туалет та одягання трупа, заборонений [9]. Як наслідок, здійснити його практично неможливо.

Тобто забезпечення волевиявлення особи на належне ставлення до її тіла після смерті забезпечується лише морально-етичними орієнтирами осіб, які здійснюють цю діяльність. І хоча зазначені якості цих осіб сумніву не підлягають, все ж з практичного погляду вони є надто сумнівним засобом забезпечення волевиявлення померлих.

Отже, правова регламентація зазначених відносин потребує негайного приведення у відповідність з Конституцією України та Основами законодавства про охорону здоров'я. А чинна практика, яка фактично склалася щодо контролю за виконанням волевиявлення громадян про належне ставлення до їхнього тіла після смерті, яка хоча й спирається на певні етичні пояснення, має бути змінена і повинна передбачати реальні прийнятні механізми державного та приватного контролю.

Особливої уваги заслуговують і правові аспекти проблеми вилучення донорських органів. Як відомо, у світовій практиці трансплантології проблема ця є не новою, проте в Україні вона нещодавно загострилась.

Згідно з частиною 3 статті 28 Конституції України жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідям. А якщо так, то згоду на вилучення донорських органів як за життя, так і після смерті, може надати лише кожен особисто, а не особи, яким надано право на поховання померлого. Саме тому згідно з чинним законодавством в Україні діє «презумпція незгоди», тобто за відсутності належно оформленої персональної згоди на це відповідної особи, вилучення її органів для донорських потреб є недопустимим. Передавання цього права будь-кому, в т. ч. й родичам, Конституцією не передбачене.

Водночас, всупереч Конституції, з метою обійти ці конституційні принципи, ч. 5 ст. 6 Закону передбачено, що «у разі якщо відсутнє волевиявлення померлого, вилучення органів та/або тканин тіла здійснюється з дозволу чоловіка, дружини, близьких родичів або іншої особи, яка взяла на себе зобов'язання поховати померлого та має відповідне свідоцтво про смерть» [7, ст. 6].

Більше того, розвиток трансплантології та почасти злочинна її комерціалізація підштовхують до активізації дій зацікавлених осіб, які, обґрунтовуючи свою позицію зрозумілою потребою «покращення ситуації з донорським матеріалом», виступають з пропозицією заміни «з практичних міркувань» презумпції незгоди на презумпцію згоди, що нібито «відповідає духовній та громадській ментальності нашого суспільства».

Саме з такою ініціативою виступило МОЗ України. Заступник міністра охорони здоров'я О. Толстанов обґрунтовує її тим, що ст. 16 Закону України «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів», згідно з якою після констатації факту смерті мозку, лише найближчі родичі донора можуть дозволити приймати рішення, забирати орган у померлого чи ні, є «не зовсім гуманною». Зокрема, він зазначає: «Це морально важко: уявіть, батькам щойно повідомили страшну новину про те, що вони втратили сина чи доньку, і їм потрібно в такому стані приймати рішення – погоджуватись на донорство органів чи не погоджуватись. Якщо ж врахувати, що у цьому стані їм ще потрібно заповнити ряд документів, то донори, як правило, до цього не доживають»\*.

Тобто, на думку ініціаторів цієї ідеї, «гуманнішим» буде правило, згідно з яким доля тіла померлого покладатиметься виключно на совість трансплантологів. А що стосується відповідності цих пропозицій духовній та громадській ментальності нашого суспільства, то перш ніж її оцінювати, з цього приводу варто було б спочатку провести всеукраїнське консультативне опитування громадян України.

І хоча у світовій практиці застосовуються обидва варіанти отримання згоди на вилучення анатомічного матеріалу, «презумпція незгоди», що передбачена національним законодавством, є виправданою як з урахуванням норм Конституції, так і права особи на належне ставлення до її тіла після смерті. Заміна ж її на «презумпцію згоди» в умовах сучасної моральної кризи в українському суспільстві та процвітання «чорної трансплантології» не сприятимуть підвищенню довіри до національної трансплантології, а лише погіршуватимуть у ній криміногенну ситуацію, учасники якої з цією метою активізують і пропаганду необхідності проведення еутаназії.

Отже, єдине, що заслуговує на увагу у зазначених ініціативах МОЗ, це організація завчасного отримання в осіб, які досягли 16 років, добровільної згоди на використання їхніх органів для трансплантації після їх смерті. А те, що трансплантологи не можуть таку згоду отримати, то, можливо, ними для цього докладаються недостатні зусилля і, насамперед, визначаються умови, на яких вона могла б бути отримана, вигідні лише для них самих.

Саме тому духовній та громадській ментальності нашого суспільства більше відповідало б, з одного боку, збереження «презумпції незгоди», а, з іншого – запровадження відповідної процедури та умов отримання такої добровільної згоди і механізму державного й приватного контролю за належною її реалізацією.

З урахуванням викладеного, відносно, пов'язані з реалізацією конституційного принципу, згідно з яким «Кожен має право на повагу до його гідності» (ст. 28), необхідно привести у відповідність до норм Конституції України, відповідно до яких «Права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними. Конституційні права

\* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art\\_id=246819518](http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=246819518)



і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод» (ст. 22). «Ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. Жодна людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідкам» (ст. 28). «Кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність» (ст. 29). «Конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України» (ст. 64). Кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей» (ст. 68) [1].

А з урахуванням цих принципів слід визнати, що:

1. Пропаганда еутаназії, з одного боку, є неетичною, а з іншого – такою, що суперечить Конституції та законодавству України і має бути заборонена. Як альтернатива еутаназії заслуговують підтримки пропаганда та розвиток паліативної медицини.

2. Конституційний принцип, згідно з яким кожен має право на повагу до його гідності, стосується кожного як за життя, так і після смерті.

3. Стаття 6 Закону «Про поховання та похоронну справу», згідно з якою «усі громадяни мають право на поховання

їхнього тіла», має бути уточнена і сформульована так: «Кожен має право на гідне поховання його тіла».

4. Положення ст. 6 Закону «Про поховання та похоронну справу», згідно з яким «усі громадяни мають право на... волевиявлення про належне ставлення до тіла після смерті», суперечить Конституції України, згідно з якою кожен має право на належне ставлення до нього і до його тіла як за життя, так і після смерті і ніхто не вправі посягати на це право, а тому має бути сформульоване так: «кожен має право на належне ставлення до його тіла після смерті».

5. Лише кожен особисто у визначений законом спосіб може висловити своє волевиявлення й щодо особливого ставлення до його тіла як за життя, так і після смерті, в т. ч.: на вилучення донорських органів; згоди чи незгоди на проведення патолого-анатомічного розтину; згоди чи незгоди на вилучення органів та/або тканин тіла чи вчинити будь-яке інше доручення, що не суперечить законодавству.

6. Потреби у донорських органах, а відповідно їх вилучення як за життя, так і після смерті, потребують організації та вироблення належної правової процедури завчасного отримання в осіб, які досягли 16 років, добровільної згоди на використання їхніх органів для трансплантації як за життя, так і після їх смерті.

7. Зазначені відносини потребують запровадження відповідної правової процедури механізму державного й приватного контролю за належною їх реалізацією.

## Список використаної літератури

1. Конституція України : Закон від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : за станом на 15 трав. 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
2. *Кваснишин О.* На Івано-Франківщині викрили «чорних трансплантологів» [Електронний ресурс] / Оксана Кваснишин // Факти ICTV. – Режим доступу : <http://fakty.ictv.ua/ua/index/read-news/id/1451898>

3. M. Keller and M. Grill. 42.90 Euros Per Arm: Inside a Creepy Global Body Parts Business [Електронний ресурс] / Martina Keller and Markus Grill // Spiegel online international. – August 28. – 2009. – Режим доступу : <http://www.spiegel.de/international/europe/42-90-euros-per-arm-inside-a-creepy-global-body-parts-business-a-645375.html>
4. Єрьоміна С. Лікарі, міліція, морги і кладовища дружно нагрівають руки на смертях українців [Електронний ресурс] / Світлана Єрьоміна // ТСН. – 30 серпня. – Режим доступу : <http://tsn.ua/article/print/groshi/z-kiyan-derut-tisyachi-griven-za-mertvih-rodichiv-pohovati-mercya-v-kiyevi-koshtuye-vid-10-tisyach-griven.html>
5. Основи законодавства України про охорону здоров'я // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – С. 19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2801-12/page2>
6. Див. докладніше : Котюк І. І, Мусієнко А. В. Альтернатива евтаназії – паліативна медицина / Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 3 (16). – С. 23-29.
7. Закон України «Про поховання та похоронну справу» / Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 7. – Ст. 47 (Зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1102-15>

Стаття надійшла до редакції: 23.04.2015.

## Actual problems of human rights safeguards associated with transplantation of organs and tissues

I. I. Kotyuk, A. V. Musienko

*The article is devoted to theoretical studies summarized results of guaranteeing human rights related to the transplantation of organs and tissues. It is noted that some problems today not only finally resolved, but also acquired special urgency.*

**Keywords:** recipient, euthanasia, burial, donor organs, transplantation, donor.

*Received:* 23.04.2015.

## Проблемы гарантий соблюдения прав человека, связанных с трансплантацией органов и тканей

И. И. Котюк, А. В. Мусиенко

*Статья посвящена обобщенным результатам исследования теоретических вопросов обеспечения гарантий соблюдения прав человека, связанных с трансплантацией органов и тканей. Отмечено, что некоторые проблемы сегодня не только окончательно не решены, но и приобрели особую актуальность.*

**Ключевые слова:** реципиент, эвтаназия захоронения, донорские органы, трансплантация, донор.

*Получено:* 23.04.2015.