

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

Právnická fakulta

DIPLOMOVÁ PRÁCE

**Transplantační zákon; etické a právní aspekty. Teorie
a praxe v České republice v komparaci s právní
úpravou ve Spolkové republice Německo**

Lucie Jirmářová

Vedoucí diplomové práce: prof. JUDr. Dagmar Císařová, DrSc.

Katedra trestního práva

Centrum zdravotnického práva

Datum vypracování práce: červen 2013

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne.....

Podpis:

Poděkování

Ráda bych na tomto místě poděkovala prof. JUDr. Dagmar Císařová, DrSc. za odborné vedení a pomoc při zpracování diplomové práce. Za všeobecnou podporu děkuji také rodině a svému nejbližšímu okolí.

Obsah

| | |
|---|----|
| Úvod..... | 6 |
| 1. Prameny právní úpravy transplantací v České republice..... | 8 |
| 1.1. Mezinárodní prameny | 8 |
| 1.2. Vnitrostátní prameny..... | 12 |
| 2. Transplantační zákon..... | 15 |
| 2.1. Odběr orgánů od zemřelých dárců (ex mortuo)..... | 16 |
| 2.1.1. Model předpokládaného souhlasu (opt-out model) a jeho aplikace v České republice | 17 |
| 2.1.2. Model presumovaného nesouhlasu (opt-in model) na příkladu SRN..... | 25 |
| 2.1.3. Shrnutí problematiky darování ex mortuo | 28 |
| 2.2. Odběr orgánů od žijících dárců (ex vivo) | 32 |
| 2.2.1. Podmínky přípustnosti odběru orgánů od žijících dárců a problematika s tím související | 32 |
| 2.2.2. Zásada léčebného přínosu pro příjemce..... | 33 |
| 2.2.3. Princip subsidiarity | 35 |
| 2.2.4. Informovaný souhlas dárce | 36 |
| 2.2.5. Vymezení okruhu možných příjemců, komparace s právní úpravou SRN... .. | 41 |
| 2.3. Alokace darovaných orgánů a tkání mezi příjemce | 44 |
| 2.3.1. Princip medicínské naléhavosti a rovnosti – jeho etické a právní aspekty..... | 44 |
| 2.3.2. Instituce zajišťující proces transplantací..... | 44 |
| 2.3.3. Alokační pravidla..... | 47 |
| 2.3.4. Komparace s právní úpravou SRN – inspirace pro ČR? | 48 |
| 3. Trestní odpovědnost zdravotnických pracovníků v souvislosti s odběrem orgánů (tkání) a výkonem transplantací..... | 50 |
| 3.1. Vznik trestní odpovědnosti | 51 |
| 3.2. Trestné činy spojené s výkonem transplantací..... | 54 |
| 3.3. Okolnosti vylučující protiprávnost..... | 56 |
| 3.4. Trestní odpovědnost poskytovatelů zdravotních služeb jako právnických osob v souvislosti s odběrem orgánů a výkonem transplantací..... | 58 |
| 4. Zákaz finančního prospěchu a obchodování s lidskými orgány a tkáněmi | 61 |

| | |
|---|----|
| 4.1. Právní úprava de lege lata | 61 |
| 4.1.1. Problematika právní povahy oddělených částí těla..... | 61 |
| 4.1.2. Zákaz finančního prospěchu | 62 |
| 4.2. Právní úprava de lege ferenda – etické, právní a ekonomické aspekty spojené s případnou legalizací prodeje orgánů..... | 65 |
| Závěr | 72 |
| Použitá literatura | 74 |
| Přílohy..... | 83 |
| Abstrakt..... | 85 |

Úvod

Otázka dárcovství a transplantací orgánů a tkání představuje stále aktuální téma, protože se dotýká, a v budoucnu se může dotýkat, stále větší části obyvatelstva. I v současné době se o této problematice živě diskutuje, a to nejen v České republice, kde v uplynulých letech probíhala diskuse o změně stávajícího transplantačního zákona, ale i v jiných státech. Klíčový problém této problematiky představuje nedostatek orgánů pro příjemce, který se stále nedaří vyřešit. Na tento problém navazují další negativní efekty, mezi něž patří rozšiřování transplantační turistiky, černého obchodování s orgány a nekalé praktiky při vytváření čekacích listin a upřednostňování některých příjemců. Česká republika a Spolková republika Německo se s otázkou transplantací ve svých právních úpravách vypořádávají různě, na což jsem chtěla poukázat i v této diplomové práci. Uvedenou problematiku lze rozdělit na otázku dárcovství orgánů žijícími dárci a posmrtné dárcovství.

Téma transplantačního zákona a otázek s tím související jsem si vybrala z důvodu, že se této problematice v právní oblasti zatím nevěnuje až tak velká pozornost a nejde ani o příliš rozvinuté odvětví medicínského práva, přestože jde o otázku, která se dotýká života a zdraví velkého počtu lidí a současně i otázky jejich autonomního rozhodování. Proto jsem se v této diplomové práci také zaměřila na komparaci s německou právní úpravou, neboť ve Spolkové republice Německo jde o rozvinuté právní odvětví s dlouholetou tradicí, jemuž se věnuje mnoho uznávaných odborníků z oboru práva, medicíny i ekonomie. Uvedenou problematiku jsem navíc měla možnost přímo konzultovat s profesorem Ulrichem Schrothem, který působí na Ludwig-Maximilians-Universität v Mnichově, kde jsem měla možnost rok studovat a navštěvovat jeho semináře, a je uznávanou kapacitou v oblasti medicínského práva, zejména v oblasti transplantačního zákona. Za velmi inspirativní považuji jeho práci *Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland*¹ a také práci *Organlebenspende in Europa*.²

¹*Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland*, in: *Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, hrsg. von DUTTGE, Gunnar, DOCHOW, Carsten, WASCHKEWITZ, Marc-Alexander, WEBER, Alexandra Kristina, Universitätsverlag Göttingen, 2009, S. 1-14.

²SCHROTH, Ulrich, GUTMANN, Thomas.: *Organlebenspende in Europa*, Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin, Springer, 2002, 291 S.

Cílem mé diplomové práce je především zhodnotit současnou právní úpravu odběrů orgánů a tkání v České republice. Druhým cílem je komparace s právní úpravou ve Spolkové republice Německo a poukázání na hlavní problémy, ať už etické či právní, které v souvislosti s transplantacemi vyvstávají. Dalším cílem této diplomové práce je shrnutí, jak jsou právě tyto problémy a nedostatky řešeny v české a německé právní úpravě, a kterou z těchto úprav lze považovat za vhodnější řešení, či zda by bylo na místě přijmout zcela jinou úpravu. Za velmi kontroverzní považuji zejména otázku legalizace obchodování s orgány, jíž se v této diplomové práci zabývám jednak z hlediska úpravy *de lege lata*, a jednak i z hlediska úpravy *de lege ferenda*.

Práce je členěna do čtyř kapitol, z nichž první se zabývá shrnutím základních vnitrostátních i mezinárodních pramenů, které se na oblast transplantací přímo vztahují. Druhá kapitola se věnuje transplantačnímu zákonu v České republice. V její první podkapitole řeším otázku posmrtného darování orgánů a tkání a její právní úpravu v českém a německém transplantačním zákonu. Druhá podkapitola popisuje českou právní úpravu darování orgánů žijícími dárci a dále odchylky, které ohledně této otázky vykazuje úprava německého transplantačního zákona. Třetí podkapitola se zabývá alokací orgánů a tkání mezi příjemce a systémem přerozdělování. Třetí kapitola obsahuje úpravu trestní odpovědnosti zdravotnických pracovníků a poskytovatelů zdravotních služeb, která může vzniknout v souvislosti s prováděním transplantací. Čtvrtá kapitola pak popisuje problematiku zákazu finančního prospěchu a obchodování s orgány a tkáněmi a jejich jednotlivé aspekty.

Má diplomová práce vychází z právního stavu účinného ke dni 1.června 2013.

1. **Prameny právní úpravy transplantací v České republice**

Medicínské právo, jehož součástí je i oblast transplantací, není samostatným právním odvětvím a jeho úpravu nacházíme například v právu správním, trestním, občanském nebo pracovním. Problematika transplantací je upravena vedle vnitrostátních právních předpisů právem Evropské unie a dále řadou mezinárodních smluv, kterými je Česká republika, jako člen mezinárodního společenství, vázána. V následujících odstavcích bych ráda pro přehled zmínila alespoň nejdůležitější prameny, které se na oblast transplantací vztahují.

1.1. **Mezinárodní prameny**

Otázkou transplantací se zabývala, a v současné době stále zabývá, řada mezinárodních organizací jako například Rada Evropy, Světová zdravotnická organizace nebo instituce Evropské unie, které se snaží najít řešení pro zásadní problém, který provází transplantace téměř od počátku svého vzniku, a tím je nedostatek orgánů. Vývoj v medicíně po druhé světové válce přispěl k rozšíření možností transplantací, a to zejména tím, že byly objeveny nové technologie a postupy, které vedly k lepšímu přijímání transplantovaných orgánů pacienty.³ To mělo za následek zvýšení poptávky po orgánech, která však začala převyšovat množství orgánů nabízených od dárců. Lidské orgány a tkáně se staly velmi ceněnými komoditami a v rámci zdravotnických systémů je nebylo možné zajistit pro všechny pacienty, kteří je potřebovali. To bylo impulsem k vytvoření černého trhu s lidskými orgány a později také ke vzniku tzv. transplantační turistiky, kdy lidé cestovali za účelem získání potřebného orgánu do jiných zemí, zejména do Indie nebo Číny.⁴ Problémy s nedostatkem orgánů přetrvávají dodnes a množství dokumentů, které mezinárodní organizace v souvislosti s transplantacemi připravují, dokazuje, že jde stále o velmi aktuální téma.⁵

³ Rezoluce WHA63.22 přijatá 63. Světovým zdravotnickým shromážděním dne 21. května 2010: Vůdčí principy Světové zdravotnické organizace pro oblast transplantací (Resolution WHA63.22 adopted by the Sixty-third World Health Assembly on 21 May 2010: WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation), dostupná z WWW: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf.

⁴ Rezoluce WHA63.22 přijatá 63. Světovým zdravotnickým shromážděním dne 21. května 2010: Vůdčí principy Světové zdravotnické organizace pro oblast transplantací (Resolution WHA63.22 adopted by the Sixty-third World Health Assembly on 21 May 2010: WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation), dostupná z WWW: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf.

⁵ Např. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/53/EU ze dne 7. července 2010 o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci, výše zmiňované Vůdčí principy Světové zdravotnické organizace pro oblast transplantací přijaté v roce 2010 nebo Istanbulská deklarace o nezákonném obchodu s orgány a transplantační turistice (The Istanbul Declaration on Organ Trafficking and Transplant Tourism) z roku 2008.

Právě z důvodu vytvoření mezinárodního nelegálního trhu s lidskými orgány a rozšiřujícího se trendu cestování do zahraničí za účelem získání orgánů, vznikla potřeba řešit tyto skutečnosti nejen vnitrostátními právními předpisy, ale také na mezinárodní úrovni. Cílem mezinárodních organizací bylo nejprve zajistit ve všech členských státech určitý minimální standard ochrany práv a svobod člověka, který například zahrnuje ochranu integrity jednotlivce, respektování důstojnosti člověka nebo právo na soukromí.⁶ Později se mezinárodní organizace blíže zabývaly specifitějšími otázkami ochrany základních práv a svobod, které vyvstaly v souvislosti s rozvojem biologie a medicíny. Na základě toho vypracovaly dokumenty, které přinesly dodatečné speciální zásady a pravidla, a to právě i ve vztahu k transplantacím.⁷

Výsledkem těchto snah byla vedle Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod přijaté Radou Evropy dne 4. listopadu 1950 (dále jen EÚLP)⁸, která vytvořila základní právní rámec pro ochranu lidských práv a svobod, Úmluva Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně (dále jen Úmluva o biomedicíně). Tato úmluva je jedním z nejdůležitějších dokumentů medicínského práva a od 1. října 2001 je součástí i českého právního řádu. Česká republika je touto mezinárodní smlouvou vázána a v případě rozporu se zákonem či podzákonným předpisem má aplikační přednost.⁹ Jejím záměrem bylo přispět k harmonizaci již existujících právních standardů a „... formulovat společné obecné standardy na ochranu lidské bytosti v kontextu rozvoje biomedicínských věd“¹⁰. Pojem „lidská práva“ v názvu odkazuje na zásady stanovené Úmluvou na ochranu lidských práv a základních svobod a některé z nich blíže specifikuje.¹¹

V rámci prvních dvou kapitol jsou upraveny základní principy, jako například

⁶ Viz. Evropská úmluva na ochranu lidských práv a svobod, Vysvětlující zpráva k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

⁷ Viz. Vysvětlující zpráva k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny, Preambule.; Dodatkový protokol k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu vyhlášený 24. 1. 2002 Radou Evropy ve Štrasburku. Dostupný z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CL=ENG>

⁸ Evropská úmluva na ochranu lidských práv a svobod, vyhlášena 4. 11. 1950 Radou Evropy, Dostupná z WWW: <http://www.helcom.cz/view.php?cisloclanku=2005020107>.

⁹ Čl. 10 ústavního zákona č.1/1993: „Vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva“.

¹⁰ Vysvětlující zpráva k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny, bod 4.

¹¹Tamtéž, bod 9.

zásada nadřazenosti lidské bytosti, kdy zájmy a blaho lidské bytosti jsou nadřazeny zájmům společnosti nebo vědy,¹² a dále obecné principy informovaného souhlasu a ochrany osob neschopných dát souhlas. Pro úpravu transplantací jsou pak důležité především články 19-22., týkající se odběru orgánů a tkání od žijících dárců pro účely transplantace a zákazu finančního prospěchu při nakládání s částmi lidského těla, které jsou speciální úpravou k obecným zásadám. V článku 19. je zakotvena zásada subsidiárního použití orgánů od žijících dárců a možnost odběru orgánů nebo tkání za účelem transplantace jen v zájmu léčebného přínosu pro příjemce. Dále zpřísňuje podmínky při udělování souhlasu s provedením odběru orgánů nebo tkání, zvláště upravuje ochranu osob neschopných projevit s darováním souhlas, u nichž zároveň stanovuje určité výjimky, z jinak obecného zákazu darování orgánů a tkání. V článku 21 je pak stanovena zásada, podle které lidské tělo a jeho části jako takové, nesmí být předmětem finančního prospěchu, a provádí tak zásadu ochrany důstojnosti lidské bytosti uvedené v preambuli a článku 1. této Úmluvy.¹³

K Úmluvě o biomedicině byl vyhlášen v lednu 2002 Radou Evropy ve Štrasburku Dodatkový protokol k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu (dále Dodatkový protokol).¹⁴ Česká republika zatím k tomuto Dodatkovému protokolu nepřistoupila, ale transplantační zákon je s ním v souladu.¹⁵ Dodatkový protokol aplikuje principy stanovené v Úmluvě o biomedicině a dále rozvádí problematiku transplantací orgánů a tkání lidského původu prováděných za léčebným účelem. Obecné principy stanovené v tomto Dodatkovém protokolu zahrnují například právo rovného přístupu pro pacienty k transplantacím, požadavek transparentních pravidel při alokaci orgánů nebo zákaz finančního prospěchu dárců.

V rámci činnosti Evropské unie v této oblasti je potřeba zmínit Listinu

¹² Čl.2 zákona č.96/2001 Sb.m.s, Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicině. In *Sbírka mezinárodních smluv, Česká republika*, 2001, částka 44, s.1898-1919, dostupná z WWW: http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/SearchResult.aspx?q=2001&typeLaw=mezinarodni_smlouva&what=Rok&stranka=2.

¹³ Vysvětlující zpráva k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny, body 132 a 133.

¹⁴ Dostupný z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CL=ENG> .

¹⁵ BUCHTOVÁ, Michaela: Nová právní úprava transplantací v České republice, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. VI., 2002, č.12, str. 2.

základních práv Evropské unie,¹⁶ vyhlášenou v roce 2000 a novelizovanou v roce 2007, která se však stala v České republice právně závazným aktem až po ratifikaci Lisabonské smlouvy. Dále nelze přehlédnout směrnici Evropského parlamentu a Rady o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci,¹⁷ přijatou Evropskou unií v roce 2010. Česká republika ji byla povinna transponovat do 27. srpna 2012. Uvedená směrnice primárně směřuje k zajištění vyšší jakosti a bezpečnosti orgánů určených k transplantaci a také zavedením dalších bezpečnostních opatření znesnadňuje nelegální obchodování s lidskými orgány.¹⁸ Obsah této směrnice byl zapracován do novely transplantačního zákona, která nabyla účinnosti 1. dubna 2013. V souladu s uvedenou směrnicí přijatá novela upravuje „... pravidla pro zajištění jakostních a bezpečnostních norem pro lidské orgány určené k transplantaci u člověka tak, aby byla komplexně ve všech fázích zacházení s orgány (během darování, vyšetřování, charakterizace, odběru, konzervace, převozu a transplantace), uplatněna opatření k dosažení nejvyšší možné míry jejich jakosti a bezpečnosti“.¹⁹ Další poměrně zásadní změnou, kterou směrnice přináší, je možnost určité finanční kompenzace pro žijící dárce za újmu způsobenou darováním orgánu a pro pozůstalé při darování orgánu z těla mrtvého člověka. Konkrétnímu řešení této otázky, které je obsaženo v novele transplantačního zákona, se budu podrobněji věnovat v dalších kapitolách.

Dále bych chtěla zmínit činnost Světové zdravotnické organizace (WHO) a Transplantační společnosti (The Transplantation Society). Již v roce 1991 byly v rezoluci Světového zdravotnického shromáždění přijaty vůdčí principy Světové zdravotnické organizace v oblasti transplantací,²⁰ které podstatným způsobem ovlivnily profesní předpisy a postupy na celém světě. V roce 2010 Světové zdravotnické shromáždění přijalo revidované principy pro provádění transplantací lidských orgánů,

¹⁶ Listina základních práv Evropské unie (Úřední věstník EU 2007/C 303/01), dostupná z WWW: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:cs:PDF>.

¹⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/53/EU ze dne 7. července 2010 o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci, dostupná na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:207:0014:01:CS:HTML>.

¹⁸ Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=825&CT1=0>.

¹⁹ Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=825&CT1=0>.

²⁰ Rezoluce Světového zdravotnického shromáždění 44.25 v roce 1991 (Resolution WHA44.25 endorsed by the World Health Assembly in 1991).

tkání a buněk.²¹ Jde o soubor jedenácti základních principů pro provádění transplantací s vysvětlujícím komentářem. Snahou WHO je mimo jiné, aby členské státy tyto principy transponovaly do svých právních řádů, podporovaly vytvoření systémů pro dobrovolné dárcovství a systému transparentní alokace orgánů, založené především na medicínských kritériích, etických normách a rovném přístupu k transplantacím.²²

Za zmínku dále stojí Istanbulská deklarace o nezákonném obchodu s orgány a transplantační turistice, která vznikla pod vedením Transplantační společnosti (The Transplantation Society) a Mezinárodní nefrologické společnosti (The International Society of Nephrology) v květnu 2008, a to jako reakce na stále vzrůstající počet nelegálních obchodů s lidskými orgány. Deklarace má sloužit k vytvoření ochrany především obyvatel z chudých zemí, kteří jsou nejčastějším objektem černého obchodu s orgány i transplantační turistiky.²³ Jde o soubor principů a návrhů na další opatření v rámci zajištění řádného vykonávání transplantací.²⁴

1.2. Vnitrostátní prameny

Ústavněprávní základ medicínského práva vytváří Ústava České republiky, která ve svém článku 1. zakotvuje úctu k právům a svobodám člověka a občana. Podle článku 3. jsou tato práva a svobody dále konkretizovány v Listině základních práv a svobod (dále jen LZPS),²⁵ která je součástí ústavního pořádku České republiky. Ta v článku 6. upravuje právo každého člověka na život a jeho ochranu, v článku 7. právo na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí a v článku 31. právo na ochranu zdraví.²⁶ Uvedená práva soudobá literatura souhrnně označuje jako právo na tělesnou integritu a její nedotknutelnost,²⁷ které v sobě zahrnuje dvě složky, a to složku negativní,

²¹ Rezoluce WHA63.22 přijatá 63. Světovým zdravotnickým shromážděním dne 21.května 2010: Vůdčí principy Světové zdravotnické organizace pro oblast transplantací (Resolution WHA63.22 adopted by the Sixty-third World Health Assembly on 21 May 2010: WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation), dostupná na: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf.

²² Rezoluce WHA63.22 přijatá 63. Světovým zdravotnickým shromážděním dne 21.května 2010: Vůdčí principy Světové zdravotnické organizace pro oblast transplantací.

²³ Preambule Istanbulské deklarace o nezákonném obchodu s orgány a transplantační turistice (Preamble of the Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism), dostupná na: http://www.declarationofistanbul.org/index.php?option=com_content&view=article&id=80&Itemid=84.

²⁴ Pozn. Česká transplantační společnost vyjádřila této deklaraci jednoznačnou podporu.

²⁵ Čl.1 a čl.3 ústavního zákona č.1 ze dne 16. prosince 1992. Ústava České republiky. In *Sbírka zákonů České republiky*. 1993, částka 1, s.7-16.

²⁶ Čl.6,čl.7 a čl. 31 Usnesení předsednictva České národní rady č.2. ze dne 16. prosince 1992. Listina základních práv a svobod, In *Sbírka zákonů České republiky*, 1993, částka 1, s.17-23

²⁷ KNAP, Karel, ŠVESTKA, Jiří, JEHLÍČKA, Oldřich, PAVLÍK, Pavel a PLECITÝ, Vladimír: *Ochrana osobnosti podle občanského práva*,4. podstatně přeprac. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2004.,s.207.

představující ochranu před neoprávněnými zásahy do tělesné integrity ze strany jiných osob, a složku pozitivní, která každému poskytuje možnost samostatně rozhodovat o svém těle a zdraví.²⁸ V rámci medicínského práva je právo na tělesnou integritu realizováno především na základě požadavku informovaného souhlasu s lékařským zákrokem. Toto právo však není absolutním právem a může být omezeno na základě zákona. Karel Knap hovoří v tomto případě o *“mezích (hranicích) práva fyzické osoby svobodně disponovat se svou tělesnou integritou”*.²⁹

Vedle pramenů na úrovni ústavních zákonů, které zakotvují základní principy medicínského práva, lze považovat za hlavní právní předpis, jenž byl v oblasti transplantací přijat, zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (dále transplantační zákon),³⁰ přijatý Parlamentem České republiky dne 30. května. 2002. Tomuto právnímu předpisu se detailně věnuji v dalších kapitolách.

Vedle transplantačního zákona významně upravuje danou oblast nedávno přijatý zákon č.372/2011 Sb., o zdravotních službách,³¹ který nabyl účinnosti 1. dubna 2012, a mimo jiné zrušil zákon č.20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu, který byl do té doby hlavním zákonem upravujícím základní otázky poskytování zdravotní péče v České republice. Zákon o zdravotních službách nově upravuje poskytování zdravotních služeb a zdravotní péče, vztah mezi lékařem a pacientem a v řadě svých ustanovení na transplantační zákon přímo odkazuje. Jde o obecnou normu, ke které je transplantační zákon ve vztahu speciality, což lze vyvodit i z §80 zákona o zdravotních službách, který pouze obecně definuje pravidlo odebírání částí lidského těla a podrobnější úpravu přenechává transplantačnímu zákonu.

Dalšími zákony, vztahujícími se k oblasti trestní odpovědnosti a trestných činů souvisejících s transplantacemi, je zákon č.40/2009 Sb., trestní zákoník (TZ),³² který pomocí nových skutkových podstat, zakotvených v §164 až §166 vytváří právní rámec pro zajištění dodržování podmínek stanovených transplantačním zákonem. Druhým je

²⁸ KNAP, Karel, ŠVESTKA, Jiří, JEHLIČKA, Oldřich, PAVLÍK, Pavel a PLECITÝ, Vladimír: *Ochrana osobnosti podle občanského práva*, 4. podstatně přeprac. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2004, s.207

²⁹ Tamtéž, str. 208.

³⁰ Zákon č. 285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon). In *Sbírka zákonů České republiky, 2002 částka 103*, s.6050-6071.

³¹ Zákon č. 372 ze dne 6.listopadu 2011, o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách). In *Sbírka zákonů České republiky*. 2011, částka 131, s.4730-4801.

³² Zákon č. 40 z 8.ledna 2009, trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In *Sbírka zákonů České republiky*, 2009, částka 11, s. 354-461.

zákon č.418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, který bude mít dopad zejména na případnou trestní odpovědnost poskytovatelů zdravotních služeb jako právnických osob.

Z pramenů soukromého práva je třeba zmínit zejména zákon č.40/1964 Sb., občanský zákoník,³³ kde se v souvislosti s transplantacemi uplatňuje úprava občanskoprávní odpovědnosti a ochrana osobnosti (§11a násl.), včetně posmrtné ochrany osobnosti, a dále zákon č.89/2012 Sb., občanský zákoník, který by měl nabýt účinnosti od 1. ledna 2014.

Tato oblast je dále upravena podzákonými právními předpisy, které transplantační zákon provádějí. Patří mezi ně především vyhláška Ministerstva zdravotnictví č.115/2013 Sb., o stanovení specializované způsobilosti lékařů zjišťujících smrt a lékařů provádějících vyšetření potvrzující nevratnost smrti pro účely odběru tkání nebo orgánů určených pro transplantaci (vyhláška o specializované způsobilosti lékařů zjišťujících a potvrzujících smrt pro účely transplantací), která nabyla účinnosti v květnu 2013, a dále vyhláška č. 114/2013 Sb. o stanovení bližších podmínek posuzování zdravotní způsobilosti a rozsahu vyšetření žijícího nebo zemřelého dárce tkání nebo orgánů pro účely transplantací (vyhláška o zdravotní způsobilosti dárce tkání a orgánů pro účely transplantací).³⁴

³³Zákon č.40 ze dne 28.února 1964, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. In *Sbírka zákonů České republiky*, 1964, částka 19, s. 202-247.

³⁴ Pozn. Obě vyhlášky navazují na novelu transplantačního zákona.

2. Transplantační zákon

Transplantační zákon byl vydán v souladu s Úmluvou o biomedicíně a sjednotil, a především doplnil, dosavadní velmi stručnou právní úpravu, která byla obsažena v §26 zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu. Tento zákon nedostatečně upravoval nejen otázku dárcovství orgánů a tkání za života, ale i posmrtné dárcovství, a to zejména problematiku vyjádření nesouhlasu s posmrtným darováním orgánů. Ta byla upravena pouze stručně ve směrnici Ministerstva zdravotnictví ČSR č. 24/1977 Věst. MZ ČSR.³⁵ Důvodová zpráva k transplantačnímu zákonu uvádí, že základním účelem přijetí tohoto zákona bylo zejména posílení právních záruk správného postupu při odběrech a transplantacích tkání a orgánů a zajištění ochrany práv živých a mrtvých dárců. Jakož i pacientů, kteří transplantace podstupují.³⁶ Jeho významnou novelizaci přinesl zákon č. 44/2013 Sb.³⁷, který nabyl účinnosti dne 1.dubna 2013, přičemž změnu přináší zejména v otázce odběru orgánů u cizinců a možnosti finančního odškodnění dárců.

Transplantační zákon v §1 vymezuje předmět své úpravy, kterým je vedle zapracování příslušných předpisů Evropské unie a stanovení pravidel pro zajištění jakosti a bezpečnosti lidských orgánů při jejich darování, odběru či transplantaci, „*úprava podmínek darování, odběrů a transplantací tkání, buněk a orgánů prováděných výhradně za účelem poskytování zdravotních služeb*“.³⁸ Součástí tohoto zákona však není právní úprava dárcovství krve, která je díky své odlišné povaze upravena samostatně v rámci zákona o zdravotních službách.

Transplantační zákon tvoří osm částí, přičemž v této diplomové práci se zaměřuji na část první, která je rozdělena do devatenácti hlav, a to zejména na hlavu II., která upravuje podmínky přípustnosti odběru orgánů od zemřelých i žijících dárců, které jsou rozebrány v následujících odstavcích.

³⁵ Směrnice Ministerstva zdravotnictví ČSR č. 24/1977 Věst. MZ ČSR, o mimořádném odnímání tkání a orgánů z těl mrtvých, ve znění směrnice č. 1/1984 Věstníku MZ.

³⁶ Důvodová zpráva k návrhu zákona č.285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

³⁷ Zákon č.44/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

³⁸ §1 odst. 2 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

2.1. Odběr orgánů od zemřelých dárců (ex mortuo)

V rámci této podkapitoly se věnuji otázce, jakým způsobem jednotlivé státy přistupovaly k problematice odběrů a transplantací orgánů od zemřelých osob, k jejich zajištění a právní ochraně potenciálních dárců a příjemců. Rozdílnost řešení otázky odběru orgánů ex mortuo bych chtěla nastínit na příkladu České republiky a Spolkové republiky Německo (dále SRN), jejichž právní úpravy jsou si v některých ohledech podobné, ale v hlavní otázce, kterou je zavedení presumovaného souhlasu či nesouhlasu, se rozcházejí. Dále bych zhodnotila výhody a nevýhody obou úprav, podrobněji se zabývala českou úpravou transplantací a odběrů orgánů po smrti a navrhla možné řešení pro některé nedostatky, se kterými se tato úprava potýká. Na závěr se věnuji otázce, jak velkou úlohu hraje samotná právní úprava při získávání orgánů od posmrtných dárců a zda není její vliv příliš přeceňován.

Při vytváření právní úpravy odběrů a transplantací orgánů a tkání se podle mého názoru střetávají dva základní zájmy. Na jedné straně stojí práva potenciálních dárců, jimiž jsou především právo na ochranu tělesné integrity a její nedotknutelnost, z něhož v této souvislosti vyplývá právo autonomně rozhodovat o tom, jak bude s tělem dané osoby po smrti nakládáno, a na straně druhé stojí veřejný zájem, jímž je zajistit pro příjemce dostatek potřebných orgánů. Právě v otázce, jakým způsobem mají být tyto zájmy navzájem vyváženy a kdy již jsou práva dárců zaručena, se jednotlivé úpravy rozcházejí. Státy upravují tuto problematiku ve své legislativě individuálně a ani mezinárodní dokumenty z tohoto důvodu nestanovují jednotné pravidlo a připouštějí více možností řešení této otázky.³⁹

V zásadě lze rozlišovat dva základní modely, od kterých se další modely odvíjejí. Hlavní rozdíl mezi nimi spočívá především v tom, zda je primárně stanoven presumovaný souhlas (tzv. opt-out model) nebo presumovaný nesouhlas (tzv. opt-in model).⁴⁰ Zatímco s presumovaným souhlasem se setkáme například v právní úpravě Španělska, Rakouska, Belgie, Francie i České republiky, Spolková republika Německo, Velká Británie či Spojené státy americké uplatňují model presumovaného nesouhlasu.

³⁹ Viz. Vysvětlující zpráva k Dodatkovému protokolu k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu, dostupná z WWW: <http://old.lf3.cuni.cz/etika/index.htm>; Důvodová zpráva k návrhu zákona č. 285/2002 Sb. o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů (transplantační zákon), zvláštní část, k §15.

⁴⁰ Presumovaný souhlas znamená, že se a priori předpokládá, že zemřelý souhlasí s odběrem svých orgánů po smrti. Takový odběr nelze provést, pouze pokud by vyjádřil během svého života s tímto odběrem nesouhlas. Presumovaný nesouhlas na druhé straně znamená, že zemřelému nemohou být orgány a tkáně odebrány, ledaže za svého života vyjádřil s tímto odběrem souhlas, popř. tento souhlas po jeho smrti udělili příbuzní.

Otázka, který z těchto modelů je lepším řešením pro neustále se zvyšující nedostatek orgánů, je stále častým předmětem diskusí v řadě států. S tím je spojeno mnoho etických a právních problémů, které bych ráda nastínila v následujících odstavcích.⁴¹

2.1.1. Model předpokládaného souhlasu (opt-out model) a jeho aplikace v České republice

Státy, které zvolily model předpokládaného souhlasu, považují právo na tělesnou integritu a její nedotknutelnost každého dárce za dostatečně zaručené tím, že každý má možnost během svého života vyjádřit s případným odběrem nesouhlas. Tedy je dán prostor k tomu, aby každý vyjádřil svou vůli být nebo nebýt po smrti dárce. Na rozdíl od předpokládaného nesouhlasu se zde vyžaduje aktivní činnost ze strany každého člověka, který se dárce odmítá stát.⁴²

V České republice je princip předpokládaného (presumovaného) souhlasu výslovně zakotven v §16 transplantačního zákona⁴³ a navazuje na dosavadní právní úpravu obsaženou ve vyhlášce č.19/1988 Sb., o postupu při úmrtí a pohřebnictví,⁴⁴ který stanovil zákaz odnímání orgánů z těl mrtvých, pokud zemřelý za svého života písemně prohlásil, že s odběrem nesouhlasí. Tato úprava byla velmi stručná a neupravovala způsob, jakým má být takový nesouhlas s odběrem vyjádřen.⁴⁵ Uvedená situace pak přispívala k právní nejistotě jak lékařů, tak pacientů, protože nebyla stanovena jasná pravidla, jak případný odběr po smrti vyloučit. Zejména pro lékaře bylo velmi obtížné zjišťovat, zda byl nebo nebyl nesouhlas vyjádřen.⁴⁶ V této souvislosti souhlasím s názorem právníčky Michaely Buchtové, že „*presumpce souhlasu se takto dostávala do rozporu s ustanoveními o ochraně osobnosti dle zákona č.40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.*“⁴⁷ Při přípravě nového transplantačního zákona

⁴¹ Např. Německý Spolkový sněm (Deutscher Bundestag)[online], c.2012,poslední revize 21.10.2012 [citováno 21.10.2012], dostupné z WWW: http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/39155481_kw21_de_organspende/index.html

⁴² Srov. ROSENAU, Henning: *Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit*, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, hrsg. von LILIE, Hans, HAKERI, Hakan ,Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, s. 67-71.

⁴³ §16 odst.1 transplantačního zákona : „*Odběr z těla zemřelé osoby lze uskutečnit, pouze pokud s tím zemřelý za svého života, nebo zákonný zástupce nezletilé osoby nebo zákonný zástupce osoby zbavené způsobilosti, nevyslovil prokazatelně nesouhlas.*“

⁴⁴ Odstavec čtvrtý písmeno a) vyhlášky č.19/1988 Sb., o postupu při úmrtí a pohřebnictví: „*Orgány z těl mrtvých se nesmí odnímat; a) u zemřelých kteří za svého života písemně prohlásili, že s odnětím nesouhlasí.*“

⁴⁵ Srov. CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: *Trestní právo a zdravotnictví*, Praha: Orac, 2004, str.127.

⁴⁶ CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: *Trestní právo a zdravotnictví*, Praha: Orac, 2004, str.127.

⁴⁷ BUCHTOVÁ, Michaela: *Nová právní úprava transplantací v České Republice*, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. VI., 2002, č.12, str. 2.

proto odborná veřejnost požadovala, aby nově připravovaný transplantační zákon obsahoval již detailnější úpravu, která by stanovila jasná pravidla pro vyjádření nesouhlasu s posmrtným odběrem, aby usnadnila práci lékařů při provádění transplantací a zaručila právo každého člověka vyjádřit svoji vůli, zda se po smrti chce stát dárce orgánů a tkání či nikoli. Vedle toho měl nový transplantační zákon přinést podrobnější úpravu vymezení náležitostí smrti, která je pro oblast transplantací klíčová, neboť až po zjištění smrti lékařem je možné transplantaci legálně provést. Tato otázka byla do té doby upravena pouze ve směrnici Ministerstva zdravotnictví ČSR č. 24/1977 Věst. MZ ČSR.⁴⁸ Současná právní úprava tyto požadavky podle mého názoru z velké části naplnila, a to zejména tím, že komplexně stanovila základní předpoklady pro přípustnost odběru od zemřelých dárců.

Prvním z těchto předpokladů pro možnost odběru orgánů ex mortuo je zjištění smrti dárce. Druhým předpokladem je skutečnost „*zda zemřelý za svého života nebo zákonný zástupce nezletilé osoby nebo osoby zbavené způsobilosti nevyslovil s takovým odběrem prokazatelně nesouhlas*“.⁴⁹

Pokládám za důležité nejprve definovat pojem smrti, neboť ohledně toho, co si pod tímto stavem představit, ne vždy panoval mezi právníky jednotný názor. Nejprve existovala dlouhá léta shoda ohledně okamžiku, kdy nastává u člověka smrt. Obecně bylo uznáváno, že o smrt se jedná, pokud dojde k nevratné zástavě krevního oběhu. Později došlo v souvislosti s vývojem medicíny k diskusím, jak je tomu v případě, když dojde k nevratné ztrátě funkce celého mozku, ale díky novým technologiím je krevní oběh dále uměle udržován. Otázkou tedy bylo, zda již tato skutečnost by také neměla být považována za okamžik smrti. Uvedený problém bylo potřeba vyřešit zejména z důvodu nejistoty lékařů, kteří by v případě odpojení přístrojů udržujících krevní systém v oběhu prováděli euthanasii.⁵⁰

Od konce 60. let 20. století byla nevratná ztráta funkce celého mozku uznána za smrt člověka a český transplantační zákon se také přiklonil k obecně přijímané koncepci mozkové smrti (pokud je krevní oběh udržován uměle) a definuje smrt v §2 jako

⁴⁸ MACH Jan, a kol.: Zdravotnictví a právo - komentované předpisy, Praha: LexisNexis, 2005, str. 399.

⁴⁹ §16, Zákon č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon). In *Sbírka zákonů České republiky, 2002* částka 103, s.6050-6071

⁵⁰ SCHROTH, Ulrich: Transplantationsgesetz, Kommentar, München : Beck, 2005, S.73.

nevratnou ztrátu funkce celého mozku, včetně mozkového kmene.⁵¹

Na tomto místě bych chtěla poukázat na rozdíl, jakým je zjišťování smrti upraveno v německém transplantačním zákoně⁵² (dále TPG). V §3 TPG jsou obsažena dvě pravidla určování smrti. Prvním z nich je, že smrt potenciálního dárce musí být zjištěna podle pravidel, které odpovídají stavu poznatků medicínské vědy, a druhé pravidlo představuje, že odběr orgánů či tkání je nepřípustný, dokud nebyla stanovena konečná, nevratná ztráta funkce celého mozku, podle pravidel, které odpovídají stavu poznatků medicínské vědy.⁵³ Podrobnější pravidla jsou dále stanovena pouze v prováděcích předpisech, což je rozdíl oproti českému transplantačnímu zákonu. Dle mého názoru jde o flexibilnější ustanovení, než které je obsaženo v českém transplantačním zákoně. A to z důvodu, že přímo v zákoně nejsou přesným výčtem vymezeny způsoby, jak může být smrt zjištěna. Díky tomu může TPG lépe reagovat na vývoj medicínské vědy, bez potřeby zákonná ustanovení novelizovat, neboť v oblasti medicíny dochází velmi rychle k novému vývoji metod a postupů a v takovém případě je pak potřeba zákon velmi často měnit. To může být časově náročné a proces transplantací zbytečně zpomalovat.

Změnu právní úpravy této otázky mohla přinést novela českého transplantačního zákona, jejíž původní návrh se přibližoval německé úpravě. První verze novely obsahovala návrh, aby konkrétní parametry zjišťování a podmínek smrti mozku (v současnosti obsažené v příloze k transplantačnímu zákonu), byly zařazeny do zákonného zmocňovacího ustanovení, na základě kterého měla být tato oblast upravena formou novely vyhlášky č. 437/2002 Sb. o zdravotní způsobilosti dárce tkání a orgánů pro účely transplantací.⁵⁴ Na základě výsledků připomínkového řízení se však od toho návrhu ustoupilo a došlo pouze ke změně obsahu přílohy zákona podle stávajícího vývoje medicíny.⁵⁵

Vedle požadavku zjištění smrti je druhým zásadním předpokladem pro

⁵¹ Ta se zjišťuje dle §10 odst.3 prokázáním nevratné zástavy krevního oběhu **nebo** nevratné ztráty funkce celého mozku, včetně mozkového kmene v případech, kdy jsou funkce dýchání nebo krevního oběhu udržovány uměle (až novela zákona, která byla schválena v únoru 2013 vložila slovo „nebo“, které doteď v zákoně chybělo).

⁵² Zákon o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.září 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206).

⁵³Tamtéž: §3.

⁵⁴ Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č.285/2002 Sb. o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů (transplantační zákon), bod 21,22.

⁵⁵ Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č.285/2002 Sb. o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů (transplantační zákon).

přípustnost posmrtného odběru, jak již bylo řečeno výše, že zemřelý (nebo zákonný zástupce) za svého života s takovým odběrem orgánů nebo tkání nevyslovil prokazatelný nesouhlas. Toto pravidlo vyplývá též z §11 transplantačního zákona, který uvádí, že „...pokud zemřelý nebo zákonný zástupce zemřelého, který byl nezletilou osobou nebo osobou zbavenou způsobilosti, vyslovil prokazatelně nesouhlas s posmrtným odběrem tkání a orgánů, je odběr od zemřelého dárce vyloučen.“⁵⁶ V §16 transplantačního zákona nalezneme podmínky, za kterých se nesouhlas považuje za prokazatelně vyslovený. V souvislosti s tím byl zaveden Národní registr osob nesouhlasících s posmrtným odběrem tkání a orgánů, který výrazně přispěl k přehlednosti a urychlení celého procesu transplantací, a to zejména pro lékaře. Díky vytvoření Národního registru může každý pomocí standardizovaného formuláře vyjádřit, že nesouhlasí s posmrtným odběrem, a to formou zaškrtnutých políček, kde může vyloučit odběr všech orgánů a tkání nebo pouze některých z nich (viz Příloha č.1). Pouze osoby, které jsou evidované v tomto registru, vyslovily prokazatelně nesouhlas s posmrtným odběrem. Výslovný nesouhlas může být dále danou osobou za jejího života vyjádřen i v prohlášení učiněném ve zdravotnickém zařízení před ošetřujícím lékařem a jedním svědkem.⁵⁷ Zdravotnické zařízení je pak povinno nahlásit tuto skutečnost Národnímu registru.

V rámci modelu presumovaného souhlasu tak, jak je upraven v České republice, nemohou osoby blízké v případě, že zemřelý nevyjádřil nesouhlas za svého života, dodatečně rozhodovat o provedení odběru za zemřelého. V těchto situacích je možno osobám blízkým pouze poskytnout informace o předpokládaném odběru. Důvodová zpráva k vládnímu návrhu transplantačního zákona uvádí: „Osoby blízké nebudou vyslovovat ‚zástupný‘ souhlas s odběrem, neboť v těchto případech je upřednostňováno a respektováno právo osoby rozhodnout o svých zájmech již za svého života. V případě zakotvení tzv. ‚zástupného‘ souhlasu by docházelo k situacím, kdy osoby blízké by nevyjadřovaly vůli zemřelého, ale svá vlastní přání.“⁵⁸ Snahou bylo také předejít budoucím konfliktům, v případě neshody mezi více osobami blízkými, které by

⁵⁶ §11 odst.1 písm.a) zákona č. 285/2002 Sb. o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů (transplantační zákon).

⁵⁷ Tamtéž: §16 odst.1.

⁵⁸ Důvodová zpráva k návrhu zákona č.285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

rozhodovaly o odběru orgánů zemřelého.⁵⁹

Přestože v rámci právní úpravy nemají osoby blízké právo rozhodovat o odběru orgánů z těla mrtvého, skutečnost tomu někdy neodpovídá. V praxi dochází poměrně často k tomu, že pokud rodina zemřelého vysloví s předpokládaným odběrem nesouhlas, lékaři toto přání akceptují a odběr neprovedou. Tato praxe se vyskytuje nejen v České republice, ale i například v Rakousku či Španělsku.⁶⁰ Některé státy mají tuto možnost, udělit nesouhlas osobou blízkou po smrti dotyčné osoby, přímo obsaženou v právní úpravě. Tato úprava je modifikovaným modelem presumovaného souhlasu, který se uplatňuje například v Belgii, Norsku, Švédsku a Finsku.

Pozornost si dále vyžaduje problematika nezletilých dětí a osob zbavených způsobilosti k právním úkonům. Dle § 15 transplantačního zákona v případě úmrtí takové osoby je ošetřující lékař povinen sdělit možnost odběru jejímu zákonnému zástupci a musí ho poučit o možnosti vyslovit prokazatelný nesouhlas s odběrem. Zvláštností je, že toto prohlášení může být učiněno za života nebo i po úmrtí nezletilé osoby nebo osoby zbavené způsobilosti.⁶¹ Marek Bílej uvádí, že „... *transplantační zákon formulací ‚i po úmrtí‘ zavedl nejednoznačnost výkladu z hlediska časového a postup pro získávání případných tkání a orgánů zbytečně komplikuje, ba i znemožňuje*“.⁶² Též se domnívám, že řešení, které bylo v tomto případě zvoleno, není úplně vhodné, a to vzhledem k tomu, že smyslem presumovaného souhlasu je, aby v okamžiku smrti bylo pro lékaře jasné, zda dané osobě mohou být orgány odebrány včas. V případě nezletilých a osob zbavených způsobilosti není tedy jednoznačně stanoven časový okamžik, do kdy se musí zákonní zástupci o odběru rozhodnout, což může proces transplantace značně zpomalit, nebo i vyloučit. Bylo by proto vhodné blíže definovat, v jaké lhůtě mohou zákonní zástupci vyjádřit s odběrem nesouhlas, popřípadě omezit možnost tohoto rozhodnutí okamžikem smrti.

Další otázkou, která vyvstává především v souvislosti s nezletilými a osobami zbavenými způsobilosti k právním úkonům, je, jak jednat v případě, že tato osoba za svého života vyjádří s posmrtným odběrem nesouhlas. Jde především o to, zda vůbec

⁵⁹ MACH Jan, a kol.: Zdravotnictví a právo - komentované předpisy, Praha: LexisNexis, 2005, str.404.

⁶⁰ ROSENAU, Henning: *Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit*, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, hrsg. Von LILIE, Hans, HAKERI, Hakan, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, S.67.

⁶¹ §16 odst.1 písm.c) zákona č. 285/2002 Sb. o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů (transplantační zákon).

⁶² CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: Trestní právo a zdravotnictví, Praha: Orac, 2004, str.132.

lze takový nesouhlas považovat za platný a jestli konečné rozhodnutí i tak nenáleží zákonnému zástupci. Další případem může být situace, že zákonný zástupce vyjádří s odběrem nesouhlas, avšak nezletilý si přeje v případě smrti darovat orgány. Dle znění transplantčního zákona je konečné rozhodnutí ponecháno na zákonném zástupci, čímž bylo zvoleno řešení, které se však odchyľuje od znění §9 občanského zákoníku⁶³. V tomto případě jde však o lex specialis k občanskému zákoníku a má proto aplikační přednost. V rámci poskytování zdravotních služeb obecně převažuje úprava, že nezletilé osoby a osoby zbavené způsobilosti k právním úkonům mohou udělovat souhlas (či nesouhlas) s poskytováním zdravotních služeb dle své rozumové a volní vyspělosti, tedy mohou za určitých okolností udělit souhlas s případným lékařským zákrokem. To však změnil zákon o zdravotních službách a bylo zavedeno poměrně striktní řešení, kdy za nezletilého a osobu zbavenou způsobilosti k právním úkonům rozhodoval jeho zákonný zástupce, s výjimkou případů, kdy lze zdravotní služby poskytovat bez souhlasu.⁶⁴ Zákodárci tedy zvolili podobné řešení, jako v případě souhlasu s posmrtným dárcovstvím, avšak novela zákona o zdravotních službách přijatá v roce 2013 se opět vrátila k dřívější úpravě, což naznačuje, že koncepce postupného nabývání zletilosti je v oblasti zdravotnictví tradičnějším řešením⁶⁵

Otázkou je, zda oblast transplantací patří k tak specifické problematice, která ospravedlňuje omezení práv nezletilých a osob zbavených způsobilosti k právním úkonům rozhodovat o tom, zda se po své smrti stanou nebo nestanou dárci orgánů. Domnívám se, že v případě transplantací a dárcovství jde o velmi citlivé téma, které vyžaduje speciální úpravu, avšak dle mého názoru jde o příliš striktní řešení, které ne zcela odpovídá obecně přijímané koncepci nabývání způsobilosti u nezletilých osob. Jako příklad by mohla sloužit německá právní úprava, kde jsou nezletilé osoby považovány za dostatečně způsobilé vyjádřit souhlas s posmrtným odběrem již v 16 letech a nesouhlas již ve svých 14 letech, přičemž tato hranice byla zdůvodněna tím, že v 16 letech získává nezletilá osoba způsobilost napsat závěť.⁶⁶ Hranice 14 let pak byla zavedena z důvodu, že v tomto věku má každá osoba právo rozhodnout si sama o svém

⁶³ „Nezletilí mají způsobilost jen k takovým právním úkonům, které jsou svou povahou přiměřené rozumové a volní vyspělosti odpovídající jejich věku“.

⁶⁴ Vždy je však potřeba zjistit názor takové osoby, pokud je s ohledem na svůj věk schopna vnímat situaci a vyjadřovat se. (§35 zákona o zdravotních službách).

⁶⁵ §35 zákona č.372 ze dne 6.listopadu 2011,o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách) ve znění zákona č. 167/2012 Sb. a zákona č. 66/2013 Sb.

⁶⁶ SCHROTH, Ulrich: Transplantationsgesetz, Kommentar, München : Beck, 2005, S.85.

náboženském vyznání.⁶⁷ Předpokladem pro platné vyjádření souhlasu (či nesouhlasu) tedy není v těchto případech dosažení plnoletosti.⁶⁸

Nakonec této podkapitoly bych zmínila otázku odběrů orgánů od zemřelých cizinců, která byla dlouhou dobu zákonodárci opomíjena. Ta byla doposud upravena v §11 odst. 4 transplantačního zákona, který stanovuje, že odběr od zemřelého cizince lze provést pouze za podmínek stanovených v mezinárodní smlouvě, kterou je Česká republika vázána. Jelikož dodnes žádná taková mezinárodní smlouva uzavřena nebyla, znemožňovalo toto ustanovení odebírat orgány a tkáně od cizinců, kteří zemřeli na území České republiky. Tím se také zakládal značně nevyvážený systém, protože splnili cizinec zákonné i jiné podmínky v České republice, musel být poskytovatelem zdravotnických služeb zapsán na čekací listinu a orgán mu transplantován.⁶⁹

Na toto problematické ustanovení bylo poukazováno lékaři i Českou transplantační společností již od roku 2002, kdy transplantační zákon vstoupil v platnost. Lékaři nemohli díky tomuto ustanovení provést odběr zemřelým cizincům, a to i přesto, že zemřelý vyslovil za svého života souhlas s případným odběrem nebo s tím souhlasila rodina zemřelého. Lékaři se díky této právní úpravě dostávali do velmi složité etické situace, kdy museli rozhodovat mezi záchranou života urgentních pacientů, čekajících na orgány, a případným postihem, který hrozil v případě porušení zákona.⁷⁰ Dle odhadu přednosty Institutu klinické a experimentální medicíny Pavla Trunečky díky tomuto ustanovení nebylo možné odebrat orgány od deseti zemřelých cizinců ročně, tedy šlo o desítky orgánů, které mohly zachránit život řady čekatelů.⁷¹ Přes řadu návrhů a upozornění na tuto situaci, přišlo možné řešení až nyní, v rámci přijaté novely transplantačního zákona, tedy více jak po deseti letech od přijetí

⁶⁷Tamtéž, S. 91.

⁶⁸ §2 Abs.2 S.3 TPG: „Die Einwilligung und die Übertragung der Entscheidung können vom vollendeten sechzehnten, der Widerspruch kann vom vollendeten vierzehnten Lebensjahr an erklärt werden.“

⁶⁹Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

⁷⁰ JEDLIČKOVÁ, Alena.: Mezinárodní spolupráce, problematika odběru od zemřelých cizinců v České republice a nová směrnice o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci, In: *Časopis zdravotnického práva a bioetiky(online)*, 2011,roč. I., č. 3 (cit.2012-07-15), dostupné z WWW: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/article/view/15>, ISSN 1804-8137.

⁷¹ KLUSÁKOVÁ, Petra: Legislativní chyba stojí lidské životy, nyní ji napravit novela, in *Mladá Fronta Zdravotnické noviny ZDN (online)*, 2012,roč. XIV., č.4 (cit. 2012-08-02), dostupné z WWW:<http://zdravi.e15.cz/clanek/sestra/legislativni-chyba-stoji-lidske-zivoty-nyni-ji-napravi-novela-463535?category=z-domova>, ISSN: 0044-1996.

transplantačního zákona.⁷²

V přijaté novele došlo ke zrušení §11 odst.4, který je nahrazen §10a, jež stanovuje podmínky pro odběr orgánů od cizinců. Tento paragraf uvádí, že je-li cizinec držitelem tzv. dárcovské karty, tak platí, že s odběrem souhlasí. Pokud není, musí se zjišťovat, zda cizinec nevyjádřil s případným odběrem nesouhlas. Popřípadě, pokud je občanem státu, kde se uplatňuje zásada předpokládaného nesouhlasu, zda s takovým odběrem vyslovil souhlas. Pro zjištění takové informace se pak v odstavci čtvrtém daného paragrafu stanovuje lhůta 72 hodin.⁷³ Dle názoru některých transplantologů je tato lhůta příliš dlouhá, neboť pro úspěšnost provedení transplantace je rozhodující co nejrychlejší odběr orgánů. Ti také namítají, že poskytovatelům zdravotnických služeb přibude řada administrativních povinností při zjišťování informací podle nově navrhovaného §10a odst.2 transplantačního zákona.⁷⁴ Také se domnívám, že tato lhůta pro zjištění informací by mohla být kratší, neboť se tím zbytečně snižuje šance pro úspěšné provedení transplantací. Ale pokud jde o druhou námitku, nedomnívám se, že by se poskytovatelům zdravotnických služeb tímto zvýšily administrativní povinnosti, protože zákonodárce uložil povinnost zjistit požadované informace Koordinačnímu středisku transplantací. Poskytovatelé zdravotních služeb tedy musí dát pouze k takové činnosti Koordinačního střediska podnět. Přesto řada transplantologů z výše uvedených důvodů navrhuje, aby ustanovení o cizincích bylo ze zákona zcela vypuštěno a bylo s nimi zacházeno stejně jako s českými občany.⁷⁵ Avšak takové řešení, aby se na cizince, kteří přicestují do České republiky, automaticky vztahovala česká úprava presumovaného souhlasu, považuji za příliš radikální a z etického hlediska za nepřijatelné, především s ohledem na pozůstalé. A to zejména z toho důvodu, že může jít o občany země, která má k této otázce opačný přístup a aplikuje princip

⁷² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/53/EU ze dne 7. července 2010 o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci, dostupná z WWW: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:207:0014:01:CS:HTML>.

⁷³ Pozn. Neobdrží-li poskytovatel zdravotních služeb do této lhůty požadovanou informaci, má se za to, že podmínky pro odběr nejsou splněny (viz. Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č.285/2002 Sb. o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů (transplantační zákon)).

⁷⁴ §10a odst.2: „*Jde-li o cizince, který není držitelem dárcovské karty a u něhož lze předpokládat odběr tkání nebo orgánů podle tohoto zákona, učiní Koordinační středisko transplantací na základě podnětu poskytovatele zdravotních služeb písemný dotaz u příslušného orgánu státu, jehož je cizinec občanem, zda cizinec a) neučinil projev vůle směřující k vyjádření nesouhlasu s posmrtným odběrem tkání nebo orgánů, nebo b) vyslovil souhlas s darováním tkání nebo orgánů, je-li ve státě, jehož je cizinec občanem, uplatňována zásada předpokládaného nesouhlasu.*“

⁷⁵ KLUSÁKOVÁ, Petra: Legislativní chyba stojí lidské životy, nyní ji napravit novela, in *Mladá Fronta Zdravotnické noviny ZDN (online)*, 2012, roč. XIV., č.4(cit. 2012-08-02), dostupné z WWW: <http://zdravi.e15.cz/clanek/sestra/legislativni-chyba-stoji-lidske-zivoty-nyni-ji-napravi-novela-463535?category=z-domova>, ISSN: 0044-1996.

předpokládaného nesouhlasu. Pokud by mělo být s cizinci zacházeno v tomto ohledu stejně jako s českými občany, domnívám se, že minimálním předpokladem pro provedení odběru, pokud zemřelý není držitelem dárcovské karty, by měl být souhlas pozůstalých.

2.1.2. Model presumovaného nesouhlasu (opt-in model) na příkladu SRN

Model presumovaného nesouhlasu je dalším možným řešením otázky posmrtného odběru orgánů. Jde o alternativu k presumovanému souhlasu a existuje ve dvou základních formách, které bychom mohli nazvat jako „omezený“⁷⁶ a „rozšířený“ model presumovaného nesouhlasu, vedle toho však existuje řada dalších modifikací.

Model „rozšířeného“ presumovaného nesouhlasu (v němčině nazváno jako *erweiterte Zustimmungslösung*) se uplatňuje v právní úpravě transplantací v SRN. Tento model umožňuje, aby případný souhlas s posmrtným odběrem orgánů vyslovil nejen eventuální dárce během svého života, ale po jeho smrti i nejbližší příbuzní, kteří jsou detailněji vymezeni v příslušném zákoně, pokud nebyl vysloven zemřelým nesouhlas.

V Německu se vedly před přijetím transplantačního zákona (dále jen TPG)⁷⁷ v roce 1997 několikaleté diskuse, který z modelů bude aplikován na posmrtné odebrání tkání a orgánů. Společným cílem bylo zvýšit možný příjem orgánů a tkání a k tomu vytvořit odpovídající právní rámec pro provádění odběru a transplantací, na základě něhož by k takovému nárůstu došlo.⁷⁸ Němečtí zákonodárci nakonec zvolili „rozšířený“ model presumovaného nesouhlasu, který pokládali za nejvhodnější řešení pro zvýšení příjmu orgánů, přestože řada odpůrců toto řešení kritizovala. Spolkový ústavní soud pak v rámci řízení o ústavní stížnosti proti zavedení modelu „rozšířeného“ presumovaného nesouhlasu ve svém rozhodnutí jasně poukázal na to, že i presumovaný souhlas je

⁷⁶ Tato forma se vyskytuje například v Japonsku a hlavním rozdílem je, že souhlas s posmrtným odběrem orgánů může provést pouze potenciální dárce za svého života. Toto řešení má velmi nepříznivý dopad na množství získaných orgánů zejména z toho důvodu, že řada lidí nemá povědomí o tom, že pokud by chtěli po své smrti darovat orgány, musí s tím vyslovit souhlas, popř. tento souhlas vyslovit nestihnou, přestože by s odběrem souhlasili. Jejich příbuzní pak již nemají žádné právo o této otázce rozhodovat. Tato striktní úprava má sloužit především k ochraně autonomie člověka, ale ve své podstatě tomu tak z výše uvedených důvodů není, protože skutečná vůle se s realitou ve většině případů rozchází.

⁷⁷ Zákon o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.zář 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), dostupný na <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>.

⁷⁸ ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: Handbuch des Medizinstrafrechts, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.446.

v souladu s německým ústavním právem a tedy nic nebrání jeho případnému zavedení. Argumentem bylo to, že každý může během svého života případný odběr po smrti vyloučit, a to platí jak u presumovaného souhlasu, tak nesouhlasu, a nedochází tak k zásahu do posmrtných práv.⁷⁹

Avšak přijetí tohoto zákona očekávané výsledky nepřineslo, přestože byl zaznamenán mírný nárůst v příjmu orgánů od zemřelých dárců, který se však dá vysvětlit zejména tím, že díky vývoji transplantační medicíny je možné odebírat orgány od zemřelých dárců, kteří dřív například díky svému věku nebo tělesné konstituci nebyli pro transplantaci vhodní.

Tato zásada je v TPG zakotvena v §3 a §4, které stanovují, že odebrání orgánů je možné, pouze pokud u dárce byla konstatována smrt a zároveň zásah do jeho posmrtných osobnostních práv je oprávněný.⁸⁰ Tyto předpoklady pro posmrtný odběr jsou ve své podstatě totožné s těmi, které obsahuje český transplantační zákon, avšak podmínky, aby šlo o zásah oprávněný, se díky odlišnému pojetí posmrtného dárceství v obou právních systémech liší.

O oprávněný zásah do posmrtných osobnostních práv jde v případě, že je vysloven s odběrem souhlas, a to buď za života potenciálním dárce, nebo osobou blízkou po smrti potenciálního dárce, pokud ten za svého života nevyjádřil s posmrtným odběrem výslovný nesouhlas. Aby byla zcela zajištěna vůle zemřelé osoby, je stanoveno pravidlo, že osoba blízká musí respektovat při udělování souhlasu domnělou vůli osoby, za kterou rozhoduje.⁸¹ Pokud mu není známo přání nebo postoj k této otázce, teprve tehdy může rozhodnout dle svého vlastního uvážení. Potenciální dárce může také tuto pravomoc za svého života přenést na určitou osobu, pokud například nechce, aby za něj tuto otázku rozhodovali příbuzní. Pokud tak neučiní, v §1a a §4 TPG⁸² je určeno kdo a

⁷⁹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 18.2.1999: BVerfG, 1 BvR 2156/98 vom 18.2.1999, Absatz-Nr. (1 - 6), dostupné z WWW: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk19990218_1bvr215698.html.

⁸⁰ §3 a 4: Zákon o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.zář 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206).

⁸¹ §4 odst.1 věta 4: Zákon o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.zář 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206)

⁸² §1a Nr.5 TPG: Im Sinne dieses Gesetzes: sind nächste Angehörige in der Rangfolge ihrer Aufzählung a) der Ehegatte oder der eingetragene Lebenspartner,b) die volljährigen Kinder,c) die Eltern oder, sofern der mögliche Organ- oder Gewebespende zur Todeszeit minderjährig war und die Sorge für seine Person zu dieser Zeit nur einem Elternteil, einem Vormund oder einem Pfleger zustand, dieser Sorgeinhaber, d) die volljährigen Geschwister, e) die Großeltern;

v jakém pořadí může o této otázce rozhodovat. Touto úpravou se německý zákonodárce snažil zajistit, aby byla co nejvíce respektována vůle a osobnostní práva potenciálního dárce. Například Ulrich Schroth ji však považuje „ za příliš byrokratickou a pro zajištění osobnostních práv potenciálního dárce nepotřebnou“. ⁸³ Dle jeho názoru jde o příliš komplikovanou právní konstrukci, která proces transplantací zbytečně zpomaluje. ⁸⁴ Pokud by byl odběr tkání nebo orgánů proveden bez takového souhlasu, ať již úmyslně nebo z nedbalosti, došlo by k naplnění skutkové podstaty trestného činu dle §19 TPG.

Aby byl souhlas s posmrtným darováním platný, musí být splněno několik základních požadavků. Potenciální dárce musí být především způsobilý souhlas udělit. Jak již bylo řečeno výše, není požadováno dosažení plnoletosti, ale dostatečná rozumová a volní vyspělost, která se dle §2 TPG předpokládá u osob starších 16 let. Dále musí být takový souhlas projevem navenek, což se děje nejčastěji v podobě záznamu v dárcovském průkazu. Dalším předpokladem je, že takový souhlas nebyl před smrtí odvolán. ⁸⁵

Podobně jako v české právní úpravě může každý svůj souhlas (či nesouhlas) s posmrtným odběrem omezit pouze na některé orgány či tkáně. Rozdílem je, že dárce může připojit i další omezující podmínky jako například, že pro transplantaci může být použit pouze celý orgán. Na druhé straně není možné, aby součástí souhlasu byla podmínka, že orgány či tkáně mohou být darovány pouze některým osobám. Taková podmínka se považuje za neplatnou. Zda poté je i samotný souhlas platný či ne, záleží na konkrétním případě a posouzení projevené vůle dárce. ⁸⁶

„Rozšířený“ model presumovaného nesouhlasu byl v listopadu 2012 doplněn novelou německého TPG, která klade zejména důraz na větší informovanost veřejnosti. Nově přináší povinnost především zdravotním pojišťovnám, které budou povinny zasílat informační materiály ohledně možnosti posmrtného dárcovství orgánů svým

⁸³ ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: Handbuch des Medizinstrafrechts, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.458

⁸⁴ Srov. SCHROTH, Ulrich: *Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland*, in: Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems, hrsg. von DUTTGE, Gunnar, DOCHOW, Carsten, WASCHKEWITZ, Marc-Alexander, WEBER, Alexandra Kristina, Universitätsverlag Göttingen, 2009, S. 4.; ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: Handbuch des Medizinstrafrechts, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.458

⁸⁵ V neposlední řadě nesmí být takový souhlas vyjádřen na základě donucení.

⁸⁶ Podle ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: Handbuch des Medizinstrafrechts, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.456-457.

pojištěncům a budou se muset dotázat všech pojištěných osob starších 16 let, zda se chtějí po smrti stát dárci.⁸⁷ Takto dotázané osoby budou mít v podstatě tři možnosti, jak se mohou rozhodnout. Buď vysloví s posmrtným dárcovstvím souhlas, který bude zaznamenán v dárcovském průkazu, nebo vyjádří nesouhlas, který opět může být zaznamenán v dárcovském průkazu anebo může být pouze závazně sdělen příbuzným, kteří by se jím v případě úmrtí dané osoby museli řídit. Třetí možností je pak ta, že se dotázaná osoba touto otázkou nemusí zabývat vůbec, ale měla by být dostatečně informována, že v takovém případě budou nuceni rozhodovat o této otázce nejbližší příbuzní. Toto nové řešení je označováno jako tzv. „Entscheidungslösung“, a jeho záměrem je především to, aby se lidé zabývali možností posmrtného odběru již za svého života a nepřenášeli takové rozhodnutí na své příbuzné.⁸⁸ Domnívám se, že toto řešení by mohlo přispět ke zlepšení situace v SRN především tím, že motivuje každého, aby se přinejmenším již za svého života zamyslel nad tím, zda se chce nebo nechce stát posmrtným dárce. V současné době ve většině případů rozhodují o posmrtném darování orgánů právě příbuzní, a to za situace, kdy se dozví o úmrtí blízké osoby a v časové tísní. Za takových podmínek pak velmi často nedají souhlas s provedením odběru orgánů.

2.1.3. Shrnutí problematiky darování ex mortuo

Ze statistik vyplývá, že země, ve kterých existuje model presumovaného souhlasu, obecně vykazují vyšší příjmy orgánů, než země s presumovaným nesouhlasem. Pokud bychom se zaměřili na posmrtné dárcovství v roce 2010, v České republice připadalo průměrně na milion obyvatel 19,6 posmrtných dárců, zatímco v Německu jen 15,8. Vedoucí postavení má Španělsko s 34 posmrtnými dárce na milion obyvatel (viz. Příloha č.2).⁸⁹ Avšak zatím nikdo neprokázal přímou souvislost mezi výší příjmů orgánů a právní úpravou transplantací. Dle mého názoru jde pouze o jeden

⁸⁷ §2 zákona o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.září 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206) a změněn článkem 2a zákona ze dne 19.října 2012 (Spolková sbírka zákonů I. Str.2192): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S.2192) geändert worden ist. Dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>.

⁸⁸ UHLMANN, Berit. Neues Transplantationsgesetz: Jeder soll über seinen Tod nachdenken. *Süddeutsche.de* [online]. s. 2 [cit. 2013-02-19]. Dostupné z WWW: <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/neues-transplantationsgesetz-jeder-soll-ueber-seinen-tod-nachdenken-1.1399341-2>.

⁸⁹ Německá nadace pro transplantaci orgánů (Deutsche Stiftung Organtransplantation)[online], [citováno 21.10.2012], dostupné z WWW: <http://www.dso.de/home/artikelseiten/2012-statistik-2011.html>.

z mnoha faktorů, které množství dárců ovlivňují.⁹⁰

Na podporu obou řešení existuje řada argumentů, které bych na závěr této podkapitoly chtěla uvést. Jako příklad mohou sloužit důvody vyjádřené při přijímání německého TPG. Jedním z argumentů proti zavedení presumovanému souhlasu vedle toho, že tím dochází k bezdůvodnému omezení práva na respektování lidské důstojnosti, bylo především to, že toto řešení je založeno na pochybné právní konstrukci, kdy je mlčení považováno za souhlas s dárcovstvím. Přičemž v německém právu existují pouze výjimečné případy, kdy se mlčení považuje za projev vůle.⁹¹ Tím spíše bylo nepřijatelné, aby takové pravidlo platilo pro tak zásadní otázku, jakou je nakládání s lidským tělem po smrti. Odpůrci tohoto řešení dále namítali, že dochází k porušení práva na autonomní rozhodování každého člověka. Dle Henninga Rosenaua je „...v rámci presumovaného souhlasu sice každému poskytnuta možnost k zajištění své autonomie vyjádřit nesouhlas, avšak je na něj tímto zároveň uloženo břemeno, takový projev vůle učinit.“⁹² Na druhou stranu ale zároveň uvádí, že takové břemeno představuje v případě transplantací jen druhotný a ospravedlnitelný zásah do práva na autonomní rozhodování.⁹³ Kritici předpokládaného souhlasu argumentovali také tím, že v rámci tohoto modelu je na každého vyvíjen tlak, aby se zabýval otázkou vlastní smrti, a zasahuje se tak opět do autonomního rozhodování. Toto tvrzení vyvrací Schroth tím, že „... tento tlak je bezproblémový, protože v případě vyjádření nesouhlasu není potřeba takové rozhodnutí jakkoliv odůvodňovat“.⁹⁴ Rosenau navíc k této otázce uvádí, že „... i kdyby se v rámci presumovaného souhlasu musel každý se svou smrtí během života zabývat, tak jde jen o velmi malý zásah do osobnostních práv každého člověka“.⁹⁵

Pokud bychom se naopak zaměřili na presumovaný nesouhlas, jedním z hlavních negativ je, že se lékaři po úmrtí dané osoby dostávají do složité situace, kdy musí

⁹⁰ Jak již bylo řečeno výše, v České republice i ve Španělsku platí zásada presumovaného souhlasu.

⁹¹ LILIE, Hans: Aktuelle Rechtsprobleme bei der Organtransplantation – Zur Widerspruchslösung, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, 2011, S. 56.

⁹² ROSENAU, Henning: Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, 2011, S. 67.

⁹³ Podle ROSENAU, Henning: Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, 2011, S. 70.

⁹⁴ SCHROTH, Ulrich: *Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland*, in: Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems, hrsg. von DUTTGE, Gunnar, DOCHOW, Carsten, WASCHKEWITZ, Marc-Alexander, WEBER, Alexandra Kristina, Universitätsverlag Göttingen, 2009, S. 4.; ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: Handbuch des Medizinstrafrechts, Stuttgart ; München [u.a.], Boorberg, 2010, S.9

⁹⁵ ROSENAU, Henning: Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, 2011, S.70

příbuzným oznámit smrt jejich blízké osoby a zároveň se v takové situaci dotázat, zda souhlasí s darováním orgánů. Takové rozhodnutí je pak pro pozůstalé daleko obtížnější, než kdyby se dotazovali na případný nesouhlas s odběrem. Často pak dochází k tomu, že pod vlivem vypjaté situace příbuzní s odběrem nesouhlasí.⁹⁶ Dále v rámci transplantací jde především o čas. V případě, kdy lékaři musí nejprve kontaktovat příbuzné a čekat na jejich rozhodnutí, dochází ke zbytečnému zpomalování celého procesu.

Obě řešení mají své klady i zápory, ale presumovaný souhlas, který zvolila česká právní úprava, považuji za vhodnější řešení, a to především z důvodu, že pro lékaře je v případě úmrtí potenciálního dárce mnohem jednodušší a rychlejší zjistit, zda odběr mohou provést a nemusejí pozůstalé v tak těžké chvíli postavit před důležité rozhodnutí, jakým je darování orgánů. Domnívám se, že v rámci presumovaného souhlasu je i dostatečně zaručeno právo každého autonomně se rozhodnout, jak bude s jeho tělem nakládáno po smrti, a to tím, že může vyjádřit svůj nesouhlas v rámci Národního registru. To platí ale pouze za podmínky, že je veřejnost o takové možnosti dostatečně informována, na což kladou důraz i některé mezinárodní dokumenty.⁹⁷ Tento předpoklad však dle mého názoru v České republice není zcela splněn. O transplantačním zákoně se více informovalo pouze v době, kdy byl přijímán, tehdy také bylo v Národním registru zaznamenáno oproti pozdější době nejvíce osob. Domnívám se, že v současné době se většina osob stane po své smrti dárce, aniž by tušila, že k tomu není potřeba jejich výslovný souhlas.⁹⁸ Informovanost veřejnosti však nesouvisí jen s právní úpravou, ale jde o mnohem komplexnější otázku.

Na závěr bych ráda uvedla, že jen samotná právní úprava není vždy tím rozhodujícím prvkem pro zvýšení počtu darovaných orgánů. Například ze statistik v Německu vyplývá, že ve spolkové zemi Meklenbursko - Přední Pomořansko dosahují v počtu posmrtných dárců téměř stejných výsledků jako ve Španělsku, přestože je zde aplikován presumovaný nesouhlas.⁹⁹ Souhlasím s názorem Hanse Lilieho, že není

⁹⁶ LILIE, Hans: Aktuelle Rechtsprobleme bei der Organtransplantation – Zur Widerspruchslösung, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, 2011, S.57

⁹⁷ Čl.8 v Dodatkový protokol k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu vyhlášený 24. 1. 2002 Radou Evropy ve Štrasburku. Dostupný z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CL=ENG>

⁹⁸ Viz například výzkum Factum Invenio, dostupné z: <http://www.transplantace.eu/Tisk/pruzkum.pdf>.

⁹⁹ LILIE, Hans: Aktuelle Rechtsprobleme bei der Organtransplantation – Zur Widerspruchslösung, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, 2011.

potřeba za každou cenu měnit stávající právní rámec, ale především to, aby byla zajištěna řádná koordinace a komunikace mezi jednotlivými subjekty, které se na procesu transplantací podílejí.¹⁰⁰ A to již od začátku, kdy je potřeba, aby potenciální dárči byli v nemocnicích aktivně vyhledáváni a byla s nimi (popřípadě s rodinou) navázána komunikace. Česká republika se v tomto ohledu inspirovala Španělskem a vláda v květnu 2010 schválila Národní akční plán pro dárcovství orgánů a transplantace pro roky 2010 až 2015.¹⁰¹ Tento akční plán, připravený Ministerstvem zdravotnictví ČR, mimo jiné přináší i změnu v podobě vytvoření pozice místních dárcovských konzultantů ve zdravotnických zařízeních, kteří budou speciálně vyškoleni a budou zajišťovat koordinaci především v počáteční fázi celého procesu transplantace. Přestože tato opatření měla být zavedena již během roku 2010, Ministerstvo zdravotnictví ČR dosud neprovedlo žádné oficiální vyhodnocení dopadu těchto změn a zatím proběhlo pouze několik školení dárcovských konzultantů. V praxi se tedy příliš nedaří naplňovat cíle, které byly stanoveny v tomto akčním plánu, a jediným výsledkem je promítnutí těchto změn do novely transplantčního zákona.

Dalším předpokladem zlepšení fungování systému transplantací je, aby poskytovatelé zdravotních služeb v případě úmrtí osoby, která může být potenciálním dárce, tuto skutečnost hlásili a dále spolupracovali s příslušnými subjekty. V tom vidím jeden z hlavních problémů, neboť odběr orgánů a transplantace je velmi složitým, časově i finančně náročným procesem, který musí lékaři zajistit nad rámec svých obvyklých povinností, a proto může docházet k tomu, že ne vždy jsou všechna úmrtí vhodných dárců hlášena. Schroth uvádí, že v Německu je hlášeno jen okolo 40% případů, zatímco ve Španělsku přes 90%, kdy důvodem pro nenahlášení může být finanční riziko, které vyplývá z toho, že náklady spojené s transplantacemi nejsou všude plně hrazeny.¹⁰² Česká republika se potýká s podobným problémem, protože financování nákladů spojených s tímto procesem není pojišťovnami zatím zcela

¹⁰⁰ Tamtéž, s.58

¹⁰¹ Ministerstvo zdravotnictví plánuje zlepšení a další rozvoj transplantční medicíny a dárcovství orgánů v České republice.: *Ministerstvo zdravotnictví ČR* [online]. [cit. 2013-02-25]. Dostupné z WWW: http://www.mzcr.cz/dokumenty/ministerstvo-zdravotnictvi-planuje-zlepseni-a-dalsi-rozvoj-transplantacni-mediciny-a-darcovstvi-organu-v-ceske-republice_3930_1513_1.html

¹⁰² SCHROTH, Ulrich: Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland, in: *Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, 2009, S. 8., podle ROSENAU, Henning: Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit, in: *Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen*, 2011, S.62.

pokryto.¹⁰³ Souhlasím s názorem Schrotha, že nejlepším řešením není sankcionování poskytovatelů zdravotnických zařízení za nesplnění povinnosti ohlásit úmrtí vhodného dárce, ale spíše je motivovat pomocí vyšších příspěvků, a to nejen na výdaje, které v souvislosti s odběrem a transplantacemi vznikají.¹⁰⁴

2.2. Odběr orgánů od žijících dárců (ex vivo)

V rámci této podkapitoly se zaměřuji na jednotlivé předpoklady, které je nutné dle současné právní úpravy splnit, aby bylo možné darovat orgán či tkáň jinému člověku za života (neboli ex vivo). Chtěla bych poukázat na klady a zápory české právní úpravy této problematiky ve srovnání s právní úpravou SRN. Obě úpravy jsou si v řadě ohledů velmi podobné, ale v některých bodech se stejně jako v případě dárcovství ex mortuo rozcházejí. Jde především o otázku míry paternalismu, tedy ochránářského přístupu ze strany státu vůči potenciálním dárcům, který je daleko patrnější právě v německé právní úpravě a projevuje se zejména ve striktní úpravě okruhu možných příjemců orgánů od žijících dárců. Dále považuji za poměrně důležité poukázat na problematiku zásady subsidiarity dárcovství ex vivo vůči dárcovství ex mortuo, která je společná oběma právními úpravám. Také bych ráda zmínila otázku postavení etické komise a jejich kompetencí, které jí byly svěřeny na základě transplantačního zákona.

2.2.1. Podmínky přípustnosti odběru orgánů od žijících dárců a problematika s tím související

Nejprve je třeba zabývat se samotnou otázkou právní přípustnosti odběru orgánů od žijících osob, neboť jde o zásah do lidského těla, který je bez informovaného souhlasu dané osoby primárně považován, jak vyplývá z kontextu článku 5. Úmluvy o biomedicíně, za protiprávní.¹⁰⁵ Specifičnost tohoto zákroku navíc spočívá v tom, že nejde o klasickou situaci, kdy je lékařský zákrok prováděn za léčebným účelem dané osoby, ale naopak jde o neindikovaný zákrok, který může zdraví poškodit. Dle soudobé literatury jsou odběry orgánů a tkání řazeny do skupiny „zásahů do lidské integrity se

¹⁰³ KLUSÁKOVÁ, Petra. Kolik orgánů ohlásíš, tolikrát jsi dárcovským konzultantem. In: *Mladá fronta Zdravotnické noviny ZDN* [online]. 2011 [cit.2013-03-25]. Dostupné z: <http://zdravi.e15.cz/clanek/mlada-fronta-zdravotnicke-noviny-zdn/kolik-organu-ohlasis-tolikat-jsi-darcovskym-konzultantem-462402>.

¹⁰⁴ SCHROTH, Ulrich: Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland, in: *Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, 2009, S. 8.

¹⁰⁵ CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: *Trestní právo a zdravotnictví*, 2. upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2004, s. 44.

souhlasem, mimo oblast péče o zdraví“, protože nejsou určeny k tomu, aby primárně přispěly ke zlepšení zdraví dané osoby.¹⁰⁶ Aby šlo o zákrok, který je v souladu s právním řádem, musí být k němu především udělen informovaný souhlas dárce. Díky zvláštní povaze tohoto lékařského zákroku klade Úmluva o biomedicíně i současný transplantční zákon zvýšené nároky na udělení takového souhlasu.¹⁰⁷

Podobně jako u ostatních zásahů do lidského těla se i v problematice odběru orgánů a tkání a v otázce případné protiprávnosti takového zákroku mohou střetávat dva základní principy. Prvním z nich je právo na život a zdraví a jejich ochrana a druhým svoboda rozhodování, přičemž obě tato práva jsou garantována ústavními zákony České republiky a řadou mezinárodních dokumentů.¹⁰⁸ Který z těchto principů má při případné kolizi dostat přednost, je předmětem řady diskusí a teorií. Určitou nejednotnost názorů lze spatřit i při srovnání Úmluvy o biomedicíně s Listinou základních práv a svobod, kdy Úmluva o biomedicíně na rozdíl od Listiny základních práv a svobod vychází z přednosti práva každého autonomně rozhodovat o své osobě před právem na život a zdraví a jejich ochranu.¹⁰⁹ Konkrétně v případě odběru orgánů od žijícího dárce tedy částečně ustupuje právo na život a zdraví před svobodným rozhodnutím dárce, vyjádřeným prostřednictvím informovaného souhlasu, kterému se dává v tomto případě přednost zejména z toho důvodu, že jde o společensky prospěšné jednání, které může zachránit další lidské životy. Na druhou stranu je však toto svobodné rozhodování ohraničeno přísnými podmínkami, za kterých je možno souhlas s darováním udělit, a jsou tím nastaveny určité limity, jak a kdy se svým životem a zdravím může dárce nakládat. V tomto ohledu se právě projevují výše zmiňované paternalistické tendence státu, které omezují možnost nakládat se svým tělem podle vlastní vůle a chrání tak vlastně každého před sebou samým. V řadě případů jsou však tyto tendence ne zcela opodstatněné.

2.2.2. Zásada léčebného přínosu pro příjemce

Tyto základní podmínky, které limitují autonomii rozhodování, jsou stanoveny zejména v kapitole šesté Úmluvy o biomedicíně a dále podrobněji rozvedeny v §3 až §9

¹⁰⁶ Tamtéž, s. 49.

¹⁰⁷ Viz. Čl. 5, čl. 19, čl. 20 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně, a §4 a 7 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon)

¹⁰⁸ CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: *Trestní právo a zdravotnictví*, 2. upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2004, s. 44.

¹⁰⁹ Tamtéž, s. 35.

transplantačního zákona. Transplantační zákon, stejně jako Úmluva o biomedicíně, uvádějí na prvním místě zásadu, že odběr je přípustný, pokud je prováděn „výhradně v zájmu léčebného přínosu pro příjemce“.¹¹⁰ Ve srovnání s českou právní úpravou německý TPG nepoužívá pojem „léčebný přínos“, ale jednotlivě vyjmenovává případy, kdy je odběr přípustný. A to pokud je takový odběr způsobilý zachránit život příjemce, vyléčit závažnou nemoc nebo zmírnit její obtíže.¹¹¹ Přestože jde o odlišné definice, smyslem obou úprav bylo stanovit pouze minimální předpoklad pro přípustnost odběrů, a to za tím účelem, aby nedocházelo k odběrům orgánů a jejich darování od žijících dárců, které by ve vztahu k předpokládané úspěšnosti transplantace byly naprosto zbytečné.¹¹²

Je správné, že tato zásada je definována jen obecným způsobem a neuvádí žádná další omezení nebo specifitější kritéria, co se rozumí pod pojmem léčebný přínos. Tato bližší kritéria by mohla vyřadit z možnosti transplantací příjemce, u kterých například z důvodu věku nebo jiné skutečnosti, není tak velká pravděpodobnost úspěšnosti transplantace. Jakékoliv takové omezení by bylo v rozporu s ústavně chráněným právem každého na život.¹¹³ Schroth však k tomu uvádí, že k darování ex vivo by v praxi mělo docházet zpravidla pouze tehdy, pokud jsou dobré vyhlídky na úspěch a pokud taková transplantace zlepší kvalitu života příjemce na delší dobu.¹¹⁴ Přestože není jednoduché blíže určit, co se pod těmito pojmy přesně rozumí, řada mezinárodních transplantačních společností vydává směrnice, ve kterých se snaží definovat tuto hranici, kdy už není pro dárce provedení odběru efektivní, a to zejména v případech, kdy jde o příjemce - pacienty se zvýšeným rizikem, u kterých je velmi snížená šance úspěšnosti transplantací.¹¹⁵ Přesto nelze v těchto případech stanovit

¹¹⁰ §3 odst. 1 písm.a) zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹¹¹ §8 odst.1 věta 1 č. 2 zákona o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.zář 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206) a změněn článkem 2a zákona ze dne 19.října 2012 (Spolková sbírka zákonů I. Str.2192): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S.2192) geändert worden ist. Dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf> .

¹¹² SCHROTH, Ulrich, GUTMANN, Thomas.: *Organlebenspende in Europa*, Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin, Springer, 2002, S. 34.

¹¹³ SCHROTH, Ulrich, GUTMANN, Thomas.: *Organlebenspende in Europa*, Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin, Springer, 2002, s. 34.

¹¹⁴ Tamtéž, s. 34.

¹¹⁵ Například: Kapitola 11. směrnice Spojeného království pro transplantace ledvin od živých dárců, třetí edice, květen 2011(United Kingdom Guidelines for Living Donor Kidney Transplantation. Third Edition, May 2011), dostupná z WWW:

obecné standardy a mohou nastat situace, kdy si potenciální dárce bude přát provést odběr i za situace, kdy bude velmi malá pravděpodobnost, že transplantace příjemci pomůže, a lékař odběr nebude doporučovat. Bude tak vždy záležet na posouzení konkrétní situace a především na vůli samotného dárce a příjemce.

To samé platí i pro další podmínku, kterou transplantační zákon stanovuje v §3 odst.3 písm.a), ve kterém uvádí, že nelze odběr provést, pokud „*lze důvodně předpokládat, že provedení odběru by mohlo závažným způsobem ohrozit zdraví nebo život dárce*“.¹¹⁶ Jde opět o paternalistické ustanovení, které ohraničuje možnost darovat orgány a tkáně, pokud by byl takový odběr pro zdraví nebo život dárce příliš riskantní. Díky této podmínce je nutné, aby lékaři provedli před samotným odběrem řadu lékařských vyšetření a vyhodnotili zdravotní stav a rizika spojená s plánovaným odběrem.¹¹⁷ Co se rozumí pod pojmem „závažným způsobem“, zákon blíže nedefinuje a bude záležet na posouzení lékařů v každém jednotlivém případě.

2.2.3. Princip subsidiarity

Další zásadou, která se u odběru ex vivo uplatňuje, je tzv. princip subsidiarity, což znamená, že odběr je přípustný, pokud „*v době odběru není k dispozici vhodná tkáň nebo orgán od zemřelého dárce a neexistuje jiná léčebná metoda srovnatelného účinku*“.¹¹⁸ Princip subsidiarity je obsažen také v čl. 19 Úmluvy o biomedicíně a najdeme ho i v právní úpravě řady dalších států, včetně SRN, avšak v právní úpravě některých států zakotvení tohoto principu nenalezneme.¹¹⁹ Z vysvětlující zprávy k Úmluvě o biomedicíně vyplývá, že tato zásada byla zavedena především z důvodu ochrany zdraví dárců, tedy aby nedocházelo zbytečně k odběrům orgánů a tkání žijících dárců, což je vždy spojeno s určitým zdravotním rizikem.¹²⁰ Dle mého názoru není však zavedení této zásady zcela vhodné, protože ve svých důsledcích by mohla znamenat, že příjemce bude nucen k tomu, aby dal přednost orgánu zemřelého člověka, přestože je mu k dispozici orgán od žijícího dárce. Toto řešení není zcela přiměřené zejména z toho

<http://www.bts.org.uk/Documents/Guidelines/Active/UK%20Guidelines%20for%20Living%20Donor%20Kidney%20July%202011.pdf>.

¹¹⁶ §3 odst.3 písm.a) zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹¹⁷ Tamtéž, §6.

¹¹⁸ §3 odst.1 písm.b) zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹¹⁹ Například právní úprava Španělska, Slovenska, Francie.

¹²⁰ Bod 119. Vysvětlující zprávy k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

důvodu, že potenciálního příjemce odkazuje na horší léčebnou metodu, protože řada odborných studií prokázala, že úspěšnost transplantace je vyšší při přenosu orgánů z těla žijícího člověka.¹²¹

Zavedení této zásady by bylo částečně opodstatněné v případě, kdy by bylo orgánů od zemřelých dárců dostatek, ale ve chvíli, kdy tomu tak není, by neměla právní úprava bránit tomu, aby příjemci dostávali orgány od žijících dárců, protože díky tomu může být daný orgán od zemřelého člověka transplantován někomu jinému. Navíc ne každý pacient je zařazen na čekací listinu, což je předpoklad pro to, aby mohl přijmout orgán od zemřelého dárce. Zásada subsidiarity by se také případně mohla dostat do kolize s ústavně zaručenými právy a svobodami jakými jsou například nedotknutelnost osoby, autonomie rozhodování nebo svoboda náboženského vyznání.¹²²

Zásada subsidiarity (co se týče přednosti orgánů od zemřelých) nemá však v praxi téměř žádné uplatnění, jednak proto, že je málo pravděpodobné, aby byl v době odběru zároveň k dispozici orgán od zemřelého, a dále pokud by případně taková situace nastala, transplantační zákon nezakazuje, aby příjemce orgán od zemřelého odmítnul. I z tohoto důvodu se domnívám, že není nutné zavádět toto omezení svobodného rozhodování dárce i příjemce do zákona, a k zajištění ochrany života a zdraví žijících dárců by bylo dostatečné, pokud by transplantační zákon výslovně uváděl pouze povinnost lékařů informovat o skutečnosti, že v daný okamžik je k dispozici i orgán od mrtvého dárce.

2.2.4. Informovaný souhlas dárce

Další dva principy, kterými se odběry orgánů a tkání ex vivo řídí, jsou uvedeny v §3 odst.1 pod písmeny c) a d) transplantačního zákona a požadují udělení svobodného, informovaného a konkrétního souhlasu dárce, kterým je osoba způsobilá takový souhlas udělit, a musí se jednat o obnovitelné tkáň nebo jeden z funkčních párových orgánů.¹²³ Požadavek informovaného souhlasu dárce je jednou z klíčových podmínek, kterou zákon, v souladu s Úmluvou o biomedicíně, vyžaduje, aby byl odběr orgánů a

¹²¹ Viz. KLUSÁKOVÁ, Petra. Kolik orgánů ohlásíš, tolikrát jsi dárcovským konzultantem. In: *Mladá fronta Zdravotnické noviny ZDN* [online]. 2011 [cit.2013-03-24]. Dostupné z: <http://zdravi.e15.cz/clanek/mlada-fronta-zdravotnicka-noviny-zdn/kolik-organu-ohlasis-tolikrat-jsi-darcovskym-konzultantem-462402>; Podle SCHRÖTH, Ulrich: *Ethik und Recht der Nierenlebenspende*, in: Jahrbuch für Recht und Ethik, hrsg. Von BYRD, Sharon B., HRUSCHKA, Joachim, JOERDEN, Jan, C., Berlin, Duncker& Humboldt, 2007, S.409.

¹²² SCHRÖTH, Ulrich: *Transplantationsgesetz, Kommentar*, München: Beck, 2005, S.133, ISBN: 3-406-51741-2

¹²³ §3 odst.1 písm.c) a d) zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

tkání přípustný. Také je výrazem respektování práva svobodně rozhodovat o vlastní osobě. Toto právo je zajištěno v krajním případě také prostřednictvím trestního zákoníku, a to na základě skutkových podstat, týkajících se neoprávněného odběru tkání a orgánů z těla živého člověka.¹²⁴ Aby šlo o platný souhlas s darováním ex vivo, musí splňovat řadu kritérií, které zákon předepisuje především z toho důvodu, aby bylo zajištěno, že takový souhlas zcela odpovídá vůli samotného dárce. Tato kritéria lze rozdělit do tří skupin, a to týkající se zletilosti a způsobilosti k právním úkonům, úplného poučení o daném zákroku, a dále nezávislosti takového rozhodnutí.

Úmluva o biomedicíně zavádí v rámci první skupiny podmínek velké omezení, a tím je primární zákaz darování orgánů a tkání od osob neschopných dát souhlas¹²⁵, za které transplantační zákon považuje „*nezletilé osoby, osoby zbavené způsobilosti k právním úkonům a osoby, které s ohledem na svůj momentální zdravotní stav nejsou schopny zvážit veškeré důsledky provedení odběru obnovitelné tkáně pro vlastní zdraví*“.¹²⁶ Účelem tohoto omezení je především ochránit vymezený okruh osob, které sami nejsou schopny udělit svůj vlastní, svobodný souhlas a mohou snadněji podlehnout vlivu jiných osoby, a případně ne zcela docenit veškeré následky, které jsou s tak závažným rozhodnutím spojeny.¹²⁷

Z tohoto obecného zákazu pro osoby neschopné dát souhlas uděluje výjimku §4 odst.1 transplantačního zákona (v souladu s Úmluvou o biomedicíně), který výjimečně umožňuje, aby za přesně stanovených podmínek došlo k odběru obnovitelných tkání od těchto osob. Jednou z těchto podmínek například je, že příjemcem může být pouze sourozenec dárce. Některé státy v tomto ohledu přijaly širší ustanovení a například německý TPG umožňuje odběr kostní dřeně nejen ve prospěch sourozenců, ale i příbuzných v prvním stupni.¹²⁸ Souhlas za tyto osoby uděluje jejich zákonný zástupce a

¹²⁴ Viz. §164 TZ

¹²⁵ Viz. Čl. 19 zákona č.96/2001 Sb.m.s, Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně.

¹²⁶ §4 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹²⁷ V některých státech však není právní úprava této otázky tak radikální a například ve Velké Británii není dárcovství od těchto osob primárně zakázáno a je nutno se řídit obecnými principy common law, ze kterých vyplývá, že osoba starší 16 let může za přísných podmínek se souhlasem svých zákonných zástupců a se svolením soudu orgány darovat.

¹²⁸ §8a zákona o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.září 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206) a změněn článkem 2a zákona ze dne 19.října 2012 (Spolková sbírka zákonů I. Str.2192): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S.2192) geändert worden ist. Dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf> .

jsou na něj kladeny stejné požadavky, jako když ho vyslovuje dárce sám, tedy musí být svobodný, informovaný a konkrétní.¹²⁹

Úmluva o biomedicíně v článku 20. jako další požadavek uvádí souhlas příslušného orgánu s takovým odběrem od osoby neschopné dát souhlas, kterým je v České republice dle transplantčního zákona etická komise. Etická komise je „*nezávislá komise, kterou ustavuje a zrušuje statutární orgán poskytovatele zdravotních služeb provádějícího odběr orgánů dárce ve prospěch příjemce, který není jeho osobou blízkou, nebo obnovitelné tkáně nezletilým osobám, osobám zbaveným způsobilosti nebo osobám neschopným vyslovit souhlas*“,¹³⁰ a může být vytvořena jako stálý orgán nebo pouze k jednotlivým případům ad hoc. Etická komise musí mít nejméně pět členů a je tvořena lékaři, jedním klinickým psychologem a právníkem.¹³¹ Tato podmínka byla v Úmluvě o biomedicíně zařazena z toho důvodu, aby byla zajištěna nestrannost a nezávislost daného rozhodnutí.¹³² Souhlasím však s názorem Marka Bíleje, že skutečnost, že jsou členové etické komise ustanovováni statutárním orgánem poskytovatele zdravotních služeb, přestože jde o vysoce kvalifikované odborníky, může částečně snižovat opodstatněnost její existence.¹³³ Dalším nedostatkem právní úpravy je i to, že není řešen postup pro případ, kdy komise s požadovanou žádostí o provedení odběru vysloví nesouhlas.¹³⁴ Není tedy zcela jasné, jestli jde o konečné rozhodnutí, proti kterému se již nelze odvolat. Ani novela transplantčního zákona přijatá v roce 2013 tento nedostatek zatím neřeší.

Druhou skupinu tvoří požadavek, který je obecně u všech dárců (či jejich zákonných zástupců) s udělením platného souhlasu spojen, a je jím úplné poučení o plánovaném zákroku. Tato povinnost je primárně zakotvena v článku 5. Úmluvy o biomedicíně, který stanovuje pravidlo, že dotyčná osoba (v tomto případě dárce) „*musí být předem řádně informována o účelu a povaze zákroku, jakož i o jeho důsledcích a rizicích*“.¹³⁵ Vysvětlující zpráva k Úmluvě o biomedicíně však dodává, že nejde o konečný výčet. Aby mohl být udělený souhlas považován za platný, musí být dotyčná

¹²⁹ §7 odst.4 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹³⁰ Tamtéž, §5 odst. 1.

¹³¹ Tamtéž, §5 .

¹³² Bod.130 Vysvětlující zprávy k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

¹³³ ČÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: Trestní právo a zdravotnictví, Praha: Orac, 2004, str.135-136.

¹³⁴ Tamtéž, str.135.

¹³⁵ Čl. 5 Úmluvy Rady Evropy č.164. na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně. Vyhlášena pod č. 96/2001 Sb.m.s.

osoba podle okolností poučena o všech podstatných skutečnostech týkajících se konkrétního zákroku. To se zejména týká otázky poučení o možném riziku souvisejícím s individuálními charakteristickými rysy každého pacienta.¹³⁶

Transplantační zákon blíže rozvádí obsahové i formální náležitosti informovaného souhlasu v §7 a stanovuje, že souhlas vyslovený na základě úplného poučení musí být proveden v písemné formě a podepsán. Tuto možnost předvídá Úmluva o biomedicíně, která dává stranám úmluvy na vybranou, aby buď zvolily písemnou formu poučení a souhlasu, nebo aby byl souhlas udělen před příslušným orgánem.¹³⁷ Existují však i různé modifikace tohoto požadavku, kdy například v německém TPG zvolili písemnou formu informovaného souhlasu a navíc je nutné, aby u poučení byl přítomen další nezávislý lékař, který se nepodílí ani na odběru a ani na následné transplantaci.¹³⁸ Co se týče obsahu poučení o plánovaném zákroku, zákon uvádí v podstatě stejná kritéria jako Úmluva o biomedicíně. Lékař musí dárce informovat zejména o tom, že jde o neindikovaný zákrok, jak bude zákrok probíhat, o možných komplikacích a rizicích, které mohou při operaci nebo později nastat, jak dlouhá bude hospitalizace po operaci a především i o tom, jak vysoké je riziko úmrtí při daném druhu zákroku. Stejně tak by se informační povinnost měla týkat možných psychických problémů, které mohou být s tímto zákrokem spojeny. Na rozdíl od české právní úpravy, německý TPG vedle těchto obecných požadavků výslovně uvádí, že součástí úplného poučení dárce je i informace o očekávané úspěšnosti, důsledcích a rizicích transplantace u příjemce.¹³⁹ Rozšíření povinnosti informovat dárce i o těchto informacích je zdůvodňováno tím, že v případě dárce ex vivo jde o trojstranný vztah mezi dárce, lékařem a konkrétním příjemcem, a z toho důvodu má být dárce informován i o pravděpodobné úspěšnosti a rizicích u příjemce, aby tak bylo zcela

¹³⁶ Bod. 35 Vysvětlující zprávy k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

¹³⁷ Čl.19 odst. 2 Úmluvy Rady Evropy č.164. na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně. Vyhlášena pod č. 96/2001 Sb.m.s.

¹³⁸ §8 II. S 2 odst. 2 zákona o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.září 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206) a změněn článkem 2a zákona ze dne 19.října 2012 (Spolková sbírka zákonů I. Str.2192): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206),das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 19.Oktober 2012 (BGBl. I S.2192) geändert worden ist. Dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf> .

¹³⁹ §8 odst. 2 zákona o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.září 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206) a změněn článkem 2a zákona ze dne 19.října 2012 (Spolková sbírka zákonů I. Str.2192): Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206),das zuletzt durch Artikel 2a des Gesetzes vom 19.Oktober 2012 (BGBl. I S.2192) geändert worden ist. Dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf> .

zajištěno jeho autentické rozhodnutí.¹⁴⁰ Také se domnívám, že dárce by měl být informován o všech skutečnostech, které s odběrem souvisejí, mezi něž informace o předpokládané úspěšnosti transplantace u příjemce jistě patří, aby se mohl na základě toho samostatně rozhodnout a zvážit všechny případné důsledky.

Třetí skupinu tvoří souhrn principů, které mají zaručit, aby udělení řádného souhlasu s darováním orgánů či tkání, bylo založeno na svobodném rozhodnutí dárce. To znamená, že dárce udělil souhlas s odběrem bez jakéhokoliv nátlaku,¹⁴¹ a zároveň takový souhlas může kdykoli odvolat. Možnost souhlas odvolat však není absolutní, jak vyplývá z transplantačního zákona, a lékař tak není povinen odvolání respektovat, pokud byly již provedeny nevratné úkony, jejichž přerušeni by znamenalo ohrožení zdraví nebo života dárce.¹⁴² V případě darování orgánů či tkání ex vivo jde vždy o velmi těžké rozhodnutí, které je často vyvoláno vážnou nemocí blízkého člověka, a které může dárce ovlivnit v budoucím životě po jeho fyzické i psychické stránce. Přestože zákon o zdravotních službách uvádí, že svobodné je takové rozhodnutí, které dárce udělí bez jakéhokoliv nátlaku,¹⁴³ nelze tuto větu brát doslova. Na dárce vždy bude v určité míře vyvíjen tlak okolí, zejména ze strany nejbližších, kterému se v takové situaci nelze vyhnout, ale takový nátlak však nesmí přesáhnout jistou mez. Nejvyšší soud definoval ve svém rozsudku ze dne 24. listopadu 2009, kdy se již nejedná o svobodný právní úkon, a tomu je tak v případě, pokud byl právní úkon (informovaný souhlas) učiněn na základě fyzického či psychického nátlaku, zejména bezprávné výhrůžky,¹⁴⁴ který bude v tomto případě v souvislosti s darováním orgánů a tkání pravděpodobněji. Výhrůžkou se pak dle Nejvyššího soudu rozumí, „*že jednající je v důsledku jejího druhu a intenzity přinucen za daných okolností konkrétního případu ke svému projevu vůle vzbuzením důvodné bázně (strachu)*“.¹⁴⁵

V řadě případů však nelze zcela jednoznačně určit, jestli již jde o jednání, které zakládá neplatnost uděleného souhlasu, či ne. Schroth uvádí řadu sporných situací, kdy není zcela jasné, jak danou skutečnost posoudit a například se domnívá, že v situaci,

¹⁴⁰ SCHROTH, Ulrich: *Die rechtswirksame Einwilligung in die Lebendspende*, In: Festschrift für Winfried Hassemer, hrsg. von HERZOG, Felix, NEUMANN, Ulfrid, Heidelberg, C.F. Müller Verlag 2010, S. 791.

¹⁴¹ §34 odst.1 zákona č.372 ze dne 6.listopadu 2011,o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách).

¹⁴² §7 odst.5 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹⁴³ §34 odst.1 Zákon č.372 ze dne 6.listopadu 2011,o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách).

¹⁴⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24.11.2009, sp. Zn.33 Cdo 1621/2007.

¹⁴⁵ Tamtéž.

kdy manžel oznámí druhému manželovi, že požádá o rozvod, pokud mu nedaruje ledvinu, protože již je pro něj dále neúnosná možnost přežít pouze díky dialýze, nezakládá toto jednání neplatnost uděleného souhlasu s darováním. Tento závěr zdůvodňuje tím, že k soužití s partnerem obecně patří i riziko, že bude druhým partnerem opuštěn, a s takovýmto druhem nátlaku, by se měl být schopen každý vypořádat, aniž by to ovlivnilo jeho schopnost svobodně se rozhodnout.¹⁴⁶

2.2.5. Vymezení okruhu možných příjemců, komparace s právní úpravou SRN

Na závěr této podkapitoly bych ráda uvedla podmínku, kterou transplantační zákon při odběru od žijícího dárce stanovuje a která tvoří omezení okruhu možných příjemců. Celá tato koncepce primárně vychází z myšlenky, že darování orgánů je založeno na principu vzájemné pomoci, který se vyskytuje pouze mezi osobami, mezi kterými je blízký osobní vztah. V ostatních případech je daleko pravděpodobnější, že bude na potenciálního dárce vyvíjen nepřiměřený nátlak, aby orgán daroval.¹⁴⁷ Vysvětlující zpráva k Dodatkovému protokolu k Úmluvě o biomedicíně o transplantaci orgánů a tkání lidského původu přesto připouští možnost, že existují případy, kdy darování orgánu naprosto cizí osobě může mít dlouhodobý psychologický přínos na straně dárce, a je tedy na jednotlivých státech, zda ve své právní úpravě připustí tuto možnost darování i mezi osobami, které nejsou osobami blízkými.¹⁴⁸

Česká právní úprava tuto možnost využila a v §3 odst. 2 transplantačního zákona stanovuje, že dárce může za života darovat svůj orgán osobě blízké, pokud vyslovil svobodný, informovaný a konkrétní souhlas ve vztahu k této osobě.¹⁴⁹ V případě, že nejde o osobu blízkou dárce, tak lze odběr provést pouze za podmínky, že dárce výslovně projevil vůli, že chce darovat orgán danému příjemci a tento souhlas musí být úředně ověřen, a zároveň musí s takovým odběrem vyslovit souhlas etická komise.¹⁵⁰ Tyto striktní podmínky (souhlas etické komise, úředně ověřený podpis) mají sloužit k zajištění nezávislosti rozhodování potenciálního dárce.

¹⁴⁶ SCHROTH, Ulrich: *Transplantationsgesetz, Kommentar*, München : Beck, 2005, S. 369.

¹⁴⁷ Bod 62,63 Vysvětlující zpráva k Dodatkovému protokolu k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu, dostupné z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm>.

¹⁴⁸ Bod 63 Vysvětlující zpráva k Dodatkovému protokolu k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu, dostupné z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm>.

¹⁴⁹ §3 odst.2 písm a) zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹⁵⁰ Tamtéž, §3 odst.2 písm b).

Kdo se rozumí osobou blízkou, definuje nově transplantační zákon v základních ustanoveních, kde jsou vysvětleny klíčové pojmy. Tuto změnu přinesla poslední novelizace transplantačního zákona, která vložila do §2 nové písmeno r), které vymezuje osobu blízkou jako příbuzné v řadě přímé, manžel, registrovaný partner, sourozenec nebo osoba sešvagřená. Oproti dosavadní úpravě, kdy transplantační zákon odkazoval na občanský zákoník, jde o zúžení okruhu osob, protože občanský zákoník navíc uvádí, že i „jiné osoby v poměru rodinném nebo obdobném se pokládají za osoby sobě navzájem blízké, jestliže by újmu, kterou utrpěla jedna z nich, druhá důvodně pociťovala jako újmu vlastní“.¹⁵¹ Důvodová zpráva k tomuto omezení uvádí, že pojem osoby blízké, ve smyslu občanského zákoníku, je možné příliš extenzivně vykládat a v rámci takového výkladu lze pak za osobu blízkou považovat i cizího člověka, ke kterému si dotyčný vytvoří vztah, například na základě ekonomické či jiné závislosti. Takový druh závislosti na jiném, by pak mohl být snáze využíván a přispívat k obchodování s orgány a transplantační turistice.¹⁵²

Některé státy však ve svých právních úpravách možnost dárcovství ex vivo mezi jinými osobami, než osobami blízkými, nepřipouštějí. Příkladem může být opět německý TPG, který uvádí, že odebrání obnovitelných orgánů je přípustné pouze tehdy, pokud příjemcem je příbuzný v prvním nebo druhém stupni, manžel, registrovaný partner, snoubenec nebo jiná osoba, která má vůči dárci zřejmý osobní blízký vztah.¹⁵³ Spolkový ústavní soud se již několikrát vyjadřoval k ústavním stížnostem, které směřovaly proti §8 odst.1 věty druhé německého TPG (tedy proti omezení okruhu příjemců jen na osoby blízké), a uvedl, že tento paragraf sice zasahuje do práva na život a na tělesnou nedotknutelnost garantované Základním zákonem,¹⁵⁴ ale tento zásah je ospravedlnitelný řadou argumentů. Mezi ně, dle názoru Spolkového ústavního soudu, patří zejména to, že darování orgánů může způsobit vážné zdravotní potíže pro dárce. Dále také, že omezení okruhu možných příjemců pouze na osoby blízké přispívá k tomu, aby byla zajištěna nezávislost rozhodnutí a zabráněno

¹⁵¹ §116 zákona č.40 ze dne 28.února 1964, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁵² Novelizační bod 8. Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=825&CT1=0>.

¹⁵³ §8 odst. 1. věta druhá německého transplantačního zákona, Dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>.

¹⁵⁴ Čl.2 odst. 2 Základního zákona Spolkové republiky Německo, dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.

podporování v obchodování s orgány.¹⁵⁵ Zde se ve velké míře projevuje paternalismus ze strany státu, který se snaží zasahovat do práv jednotlivce s cílem chránit ho před sebou samým.

Souhlasím však s názorem Schrotha, který k této argumentaci dodává, že „*neexistuje žádná právní povinnost udržovat své tělo zdravé, a zároveň nikde není vysloven zákaz, že nikdo nesmí vystavovat své tělo riziku. Možnost disponovat s tělesnou i duševní integritou je součástí vlastní osobnosti každého člověka.*“¹⁵⁶ Zároveň uvádí, že nevidí žádný smysluplný důvod pro to, proč by se mělo vycházet z myšlenky, že mezi osobami blízkými je zaručena vyšší míra svobody rozhodování, než mezi cizími lidmi. Každý člověk se může rozhodovat autonomně bez ohledu na to, jestli se toto rozhodnutí týká osoby blízké nebo cizího člověka.¹⁵⁷ Naopak mezi osobami, které mají blízký osobní vztah, může vznikat silný nátlak, který je daleko obtížněji zjistitelný, než kdyby šlo o osoby, které se neznají. Schroth dále dodává, že je nepřiměřené, že porušení této povinnosti je navíc sankcionováno jako trestný čin, protože lékaři jsou tak vlastně potrestáni jen proto, že provedou odběr od příjemce, který nepatří do zákonem vymezeného okruhu, ale ke kterému se dárce i příjemce svobodně a dobrovolně rozhodl.¹⁵⁸ I z těchto důvodů považuji českou právní úpravu v tomto ohledu za vhodnější řešení. A to proto, že neomezuje nikoho a priori z důvodu možného ohrožení svobody rozhodování, popřípadě možného obchodování s orgány, v předsevzetí darovat jakékoliv osobě orgán a zachránit tím tak další lidský život nebo zdraví.

¹⁵⁵ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 11.8.1999 o nepřijetí tří ústavních stížností proti §8 odst.1 věty druhé a §19 německého transplantačního zákona, NJW 1999, dostupné z WWW: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=11.08.1999&Aktenzeichen=1%20BvR%202181/98> .

¹⁵⁶ SCHROTH, Ulrich: *Fragwürdiger Paternalismus bei der Organlebenspende*. In: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen. Beiträge des 6. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht (Hrsg. Hans Lilie, Henning Rosenau, Hakan Hareri), 2011, Nomos, S. 126.

¹⁵⁷ SCHROTH, Ulrich: *Die gesetzlichen Begrenzungen der Lebenspende-wie viel Paternalismus ist legitim?*, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.Mai 2003, hrsg. von AMELUNG, Knut, BEULKE, Werner, LILIE, Hans, ROSENAU, Henning, RÜPING, Hinrich, WOLFLAST, Heidelberg, C.F.Müller Verlag, 2003, S. 844.

¹⁵⁸ SCHROTH, Ulrich: *Fragwürdiger Paternalismus bei der Organlebenspende*. In: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen. Beiträge des 6. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht (Hrsg. Hans Lilie, Henning Rosenau, Hakan Hareri), 2011, Nomos, S. 127.

2.3. Alokace darovaných orgánů a tkání mezi příjemce

2.3.1. Princip medicínské naléhavosti a rovnosti – jeho etické a právní aspekty

V této podkapitole se věnuji problematice přerozdělování orgánů a tkání mezi příjemce získaných od zemřelých dárců, která s sebou nese především řadu etických otázek. Do této oblasti nespadá darování od žijících dárců, protože v těchto případech jde v absolutní většině o předem určeného příjemce, vůči kterému dárce vyslovuje konkrétní souhlas s darováním. V ostatních případech je potřeba jasně stanovit kritéria, podle kterých budou darované orgány a tkáně ex mortuo přidělovány jednotlivým příjemcům. Ale právě to, jak mají být tato kritéria nastavena, je jednou z nejsložitějších otázek.

Při určování těchto kritérií se vychází především z principů, kterými jsou rovnost čekatelů, spravedlnost při alokaci tkání a orgánů a princip zohlednění medicínské naléhavosti. Protože jde o pojmy, které jsou velmi široce vykladatelné a pod kterými si každý může představit něco jiného, rozcházejí se i v konečné podobě alokační podmínky jednotlivých států.¹⁵⁹ Stejně tak Dodatkový protokol k Úmluvě o biomedicíně pouze uvádí požadavek, aby státy zajišťovaly transplantační služby spravedlivě, to jest „*aby všichni lidé bez ohledu na jejich stav a původ měli stejné právo být vyhodnoceni v rámci transplantačního programu, který je k dispozici*“.¹⁶⁰ A dále konstatuje, že je nutné, aby zavedená alokační kritéria byla jasná, transparentní, byla známa předem a odpovídala etickým principům obsaženým v Úmluvě o biomedicíně.¹⁶¹ Přestože se tedy právní úpravy jednotlivých států ve stanovení alokačních podmínek rozcházejí, souhlasím s názorem Evy Pokorné, že by mělo vždy platit základní pravidlo a to, že „*kritéria alokace musí být přesně definovaná, zveřejněná a kontrolovatelná*“.¹⁶²

2.3.2. Instituce zajišťující proces transplantací

K lepšímu pochopení, jak vlastně celý proces odběru a transplantací probíhá a jak dochází k alokaci orgánů a tkání, je potřeba nastínit strukturu subjektů, které se na

¹⁵⁹ Viz. Alokační kritéria Spolkové republiky Německo.

¹⁶⁰ Článek 3 Vysvětlující zprávy k Dodatkovému protokolu k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu, dostupné z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm>.

¹⁶¹ Tamtéž, Článek 3.

¹⁶² POKORNÁ, Eva, Alokace orgánů v České republice. In: Mojemedicina.cz:průvodce světem medicínských informací [online]. 2010 [cit. 2012-03-25]. Dostupné z: <http://www.mojemedicina.cz/epidemiologie/alokace-organu-v-ceske-republice/>

zajištění podílejí, a jejich vzájemné vztahy. Na vrcholu této pyramidy stojí Ministerstvo zdravotnictví, které zabezpečuje především organizační a institucionální stránku celého transplantačního procesu, je zřizovatelem Koordinačního střediska transplantací a je pověřeno zajištěním informování veřejnosti o důležitosti a možnostech darování tkání a orgánů.¹⁶³

Koordinační středisko transplantací (dále KST) má pak v této oblasti klíčovou úlohu a je pověřeno řadou úkolů, mimo jiné vedením Národních registrů dárců orgánů a osob čekajících na transplantaci orgánů, Národního registru provedených transplantací orgánů, ale jeho hlavním úkolem je zajišťování a zprostředkování transplantací prostřednictvím koordinace činnosti jednotlivých transplantačních center.¹⁶⁴ Koordinační středisko bylo založeno v roce 2003, jako organizační složka státu, a je v přímé působnosti Ministerstva zdravotnictví, které má dbát především na to, aby zůstala zachována nezávislost KST na transplantačních centrech. Zajištění nezávislosti je zde klíčovou otázkou i z toho důvodu, že právě KST provádí výběr nejvhodnějších příjemců pro odebrané orgány.¹⁶⁵

Dalšími významnými subjekty jsou transplantační centra, kterými se rozumí poskytovatelé zdravotních služeb, kterým byl udělen statut centra vysoce specializované péče.¹⁶⁶ Tuto definici zavedl novelizovaný transplantační zákon v roce 2013 v souladu se zákonem o zdravotních službách. Statut centra uděluje na žádost po splnění předepsaných požadavků Ministerstvo zdravotnictví. Transplantační centra hrají důležitou roli v celém transplantačním procesu a mezi jejich hlavní povinnosti patří provádění transplantací výlučně příjemcům, kteří jsou registrováni v Národním registru osob čekajících na transplantaci orgánů.¹⁶⁷ Jejich činnost je propojená s KST tím, že jsou jej povinni informovat o možném dárci, u kterého byly splněny a ověřeny předepsané podmínky pro odběr. Dále by transplantační centra měla spolupracovat s KST při výběru vhodného dárce, přestože hlavní kompetence při výběru náleží právě Koordinačnímu středisku.¹⁶⁸

Posledním článkem v této struktuře jsou poskytovatelé zdravotních služeb, tedy

¹⁶³ §27 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹⁶⁴ Tamtéž, §25.

¹⁶⁵ Tamtéž, §25 odst. 2 písm.e).

¹⁶⁶ §22 odst. 2 písm.e) zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹⁶⁷ Tamtéž, §22.

¹⁶⁸ Tamtéž, §22.

nejčastěji nemocnice, které mají v transplantačním zákoně výslovně stanovenou povinnost informovat příslušné transplantační centrum, pokud bude zjištěn vhodný dárce.¹⁶⁹ Jak již bylo řečeno v předchozích kapitolách, právě v této počáteční fázi dochází často k tomu, že poskytovatelé zdravotních služeb tuto skutečnost vůbec neoznámí. Přestože tedy tyto subjekty uvádím hierarchicky na posledním místě, jde vlastně o nejdůležitější článek celé struktury, protože právě tady by mělo docházet k aktivnímu vyhledávání případných dárců, spolupráci s příbuznými a jejich následnému nahlášení. Záleží tedy pouze na těchto subjektech, jestli se o možném dárci transplantační centra vůbec dozví.

Jak již bylo řečeno výše, KST je tím, kdo provádí alokaci orgánů mezi příjemce zapsané na „čekací listině“. Tedy pouze ti pacienti, kteří jsou zapsáni v Národním registru osob čekající na transplantaci, mohou být vybráni KST k případné transplantaci. Na „čekací listinu“ se však dostane jen ten příjemce, který splňuje podmínky pro podstoupení transplantace, které upřesňuje například Česká transplantační společnost ve svých doporučených postupech k indikaci pacientů k transplantacím.¹⁷⁰ Doporučení k zařazení na čekací listinu v první fázi navrhuje ošetřující lékař a následně musí být takový návrh schválen příslušným transplantačním centrem, které má pak povinnost nahlásit indikovaného pacienta do Národního registru.¹⁷¹ V tom však může být právě v některých případech problém, zejména u dialyzačních center, pro které je finančně výhodné, aby pacienti docházeli na dialýzu, a vyskytují se názory, že z těchto důvodů nemusí být vhodní pacienti navrženi na zařazení na čekací listinu na transplantaci.¹⁷² Příjemce nebo jeho zákonný zástupce musí k takovému postupu (a případné transplantaci) dát písemný souhlas a musí být poučen od svého ošetřujícího lékaře nebo lékaře, který bude transplantaci provádět. Na souhlas příjemce se obdobně vztahují podmínky, které jsem uváděla v předchozí kapitole u souhlasu dárce.¹⁷³ Transplantační zákon také uvádí institut předpokládaného souhlasu, a to v případech, kdy není možné kvůli zdravotnímu stavu získat výslovný souhlas

¹⁶⁹ Tamtéž, §20 odst.3.

¹⁷⁰ Česká Transplantační Společnost. [online]. [cit. 2013-03-26]. Dostupné z: <http://www.transplant.cz/transplant/postupy.php?t=2>.

¹⁷¹ Viz. Koordinační středisko transplantací: Výběr čekatele na transplantaci ledviny. [online]. [cit. 2013-03-26]. Dostupné z: http://www.kst.cz/web/?page_id=2504; §22 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

¹⁷² KOLÁŘOVÁ, Kateřina. Transplantace ledvin: na čekací listinu se dostanou jen někteří. [online]. [cit. 2013-06-03]. Dostupné z: <http://www.vitalia.cz/clanky/prodam-ledvinu/>.

¹⁷³ §17 odst.3 zákona č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

příjemce nebo zákonného zástupce a transplantace představuje neodkladný výkon, který je nutný k záchraně života nebo zdraví příjemce.¹⁷⁴

2.3.3. Alokační pravidla

Transplantační zákon se zmiňuje pouze stručně v §17 o principech, na kterých mají být alokační pravidla založena a uvádí, že „výběr nejvhodnějších příjemců orgánů je založen na principu medicínské naléhavosti a rovnosti čekatelů“.¹⁷⁵ Pokud by došlo ke shodě (rovnosti) u více příjemců v otázce medicínské naléhavosti, má se přihlížet i k celkové době registrace v Národním registru. V první řadě jde tedy vždy o medicínská kritéria a otázku kompatibility tkání a orgánů mezi příjemcem a dárce. Z §17 vyplývá, že následně by se mělo rozhodovat při výběru podle urgentnosti stavu příjemce, ale otázka definování urgentnosti je velmi subjektivní a v některých případech nelze přesně stanovit, který z příjemců je ve vážnějším stavu. V takovém případě by pak měla dle §17 být brána v potaz délka čekací doby, aby byla zachována spravedlnost při výběru vhodného příjemce.¹⁷⁶

Na základě těchto principů přijala Česká transplantační společnost ve spolupráci s transplantačními centry a KST konkrétní alokační kritéria, která jsou stanovena pro jednotlivé druhy orgánů odlišně. Na tomto místě bych ráda uvedla poznámku, že Dodatkový protokol k Úmluvě o biomedicíně ve svém článku 3. uvádí, že v rámci transplantačního systému mají být určeny osoby nebo subjekty, které zodpovídají za rozhodování o distribuci orgánů.¹⁷⁷ Vysvětlující zpráva k tomu dodává, že k zajištění transparentnosti alokačních pravidel je nutné, aby v rámci transplantačního systému členské země bylo jasné, kdo je odpovědný za jejich stanovení a aplikaci.¹⁷⁸ Co se týče otázky aplikace, transplantační zákon jasně stanovuje, že KST je tím, kdo rozhoduje o výběru vhodného příjemce, ale není vymezeno, kdo stanovuje tato alokační pravidla a je

¹⁷⁴ Tamtéž, §17 odst.3.

¹⁷⁵ Tamtéž, §17 odst.1.

¹⁷⁶ Tyto principy lze demonstrovat na příkladu alokačních pravidel stanovených pro přidělování ledvin, která jsou primárně založena na medicínských kritériích. Nejdůležitější je shoda krevní skupiny, frekvence protilátek, tzv. HLA systému a dalších biologických kritérií dárce a příjemce. Další výběr se provádí podle nemedicínských faktorů, kterými jsou zejména čekací doba a přednost mají dále dětští pacienti. Dalším nemedicínským kritériem je i bilance mezi indikovanými a transplantovanými ledvinami v jednotlivých transplantačních centrech.

¹⁷⁷ Čl.3 Dodatkového protokolu k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu, dostupné z WWW: <http://www.helcom.cz/view.php?cisloclanku=2005020126>.

¹⁷⁸ Čl.3 Vysvětlující zprávy k Dodatkovému protokolu k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu, dostupné z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm>.

velmi těžko dohledatelné, které subjekty se podílejí na schvalování těchto pravidel. Přestože Česká republika zatím nepřistoupila k Dodatkovému protokolu k Úmluvě o biomedicíně a není jím tedy formálně vázána, dle mého názoru jde o požadavek, který je nutné splnit, aby byl celý proces zcela transparentní. Transplantační zákon by měl přímo zmocňovat konkrétní subjekt(y), který o takto zásadní otázce rozhoduje, což současný transplantační zákon nespĺňuje.

2.3.4. Komparace s právní úpravou SRN – inspirace pro ČR?

Na závěr této kapitoly bych chtěla na příkladu německého TPG poukázat na rozdíly, které mohou při stanovení alokačních kritérií a principů v právních úpravách jednotlivých států nastat. Jak bylo řečeno výše, je v kompetenci každého státu jak tato kritéria nastaví, kterým principům dá přednost a které orgány k jejich provedení zmocní.

Tato problematika je řešena v §12 odst. 3 věta první TPG, který stanoví, že „orgány jsou přidělovány podle pravidel, které odpovídají současnému stavu medicínské vědy, zejména podle předpokládané úspěšnosti a medicínské naléhavosti čekajících příjemců“.¹⁷⁹ Stejně jako v české právní úpravě, přestože se obsahově rozcházejí, obsahuje německá zákonná úprava pouze základní principy, od kterých se konkrétní alokační pravidla odvíjejí. Kompetenci stanovit tato pravidla, zákon svěřil Spolkové lékařské komoře, která má prostřednictvím tak zvaných alokačních směrnic určit bližší obsah.

Tato koncepce je však řadou odborníků kritizována, protože pravidlo pro přidělování orgánů, které je obsažené v TPG, je velmi neurčité a nevytváří tak žádnou jasnou zásadu, a proto požadují, aby zákonodárce sám upřesnil a konkretizoval stanovené principy.¹⁸⁰ Navíc v §12 TPG jsou uvedeny dvě zásady, předpokládaná úspěšnost a medicínská naléhavost, které si však navzájem odporují. Ve většině případů totiž u pacientů, kteří transplantaci potřebují urgentně, nejsou vyhlídky na úspěch tak

¹⁷⁹ §12 odst.3 věta první zákona o darování, odběrech a transplantacích orgánů a tkání (německý transplantační zákon): ve znění vyhlášeném dne 4.září 2007 (Spolková sbírka zákonů I. str.2206) a změněn článkem 2a zákona ze dne 19.října 2012 (Spolková sbírka zákonů I. s..2192

¹⁸⁰ Viz. ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.458-459; GUTMANN, Thomas, FATEH- MOGH DAM, Bijan: *Rechtsfragen der Organverteilung*, in : *Transplantation Organengewinnung und allokatation*, hrsg. von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, s. 146-148.

vysoké jako u těch, u kterých zdravotní stav není tak naléhavý.¹⁸¹ Dále je kritizováno, že zákon zmocnil Spolkovou lékařskou komoru k takto zásadnímu úkolu, který ovlivňuje životy a zdraví jiných osob. A to zejména z toho důvodu, že nejde o demokraticky legitimovaný subjekt veřejného práva. Navíc k přijímání alokačních směrnic nedochází ve veřejném jednání, ale pouze za účasti členů stálé komise, která byla Spolkovou lékařskou komisí k tomuto úkolu vytvořena.¹⁸² Vedle těchto problémů uvádí Schroth ještě další nedostatek, a tím je, že současná právní úprava nereflektuje individuální zájmy dárců orgánů, kteří tak například nemohou určit, aby po jejich smrti dostalo některý z orgánů vlastní nemocné dítě. K tomu však dodává, že v praxi již existuje několik případů, kdy bylo takové přání respektováno.¹⁸³ Tato otázka se však netýká pouze německé právní úpravy, protože i český transplantační zákon nedovoluje, aby dárci určovali, komu bude orgán po jejich smrti darován.

Německá právní úprava se v tomto ohledu potýká s celou řadou problémů, a jedním z nich je vágnost pojmů, které byly použity k definici základních principů alokačních kritérií a vzbuzují tak řadu pochybností. Dle mého názoru český transplantační zákon zvolil v tomto případě daleko jasnější a transparentnější pravidla, která mají přispět k tomu, aby v tak eticky složité otázce, jakým je stanovení alokačních kritérií, byla co nejvíce zajištěna spravedlnost a rovnost mezi příjemci na „čekací listině“.

¹⁸¹ Viz. ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.458-459; GUTMANN, Thomas, FATEH- MOGH DAM, Bijan: *Rechtsfragen der Organverteilung*, in : *Transplantation Organgewinnung und allokatation*, hrsg. von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, s. 146-148 .

¹⁸² ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, s.460.

¹⁸³ ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, s.460.

3. Trestní odpovědnost zdravotnických pracovníků v souvislosti s odběrem orgánů (tkání) a výkonem transplantací

Tato diplomová práce je také zaměřena na trestněprávní problematiku spojenou s aplikací transplantačního zákona a z toho důvodu bych se v této kapitole chtěla věnovat pouze otázce trestní odpovědnosti, přestože v souvislosti s darováním orgánů a výkonem transplantací mohou vznikat i jiné druhy právní odpovědnosti jako je odpovědnost správní, disciplinární,¹⁸⁴ pracovněprávní či občanskoprávní, přičemž u většiny z nich není vyloučen jejich souběh, protože jedno protiprávní jednání může založit více odpovědnostních vztahů.¹⁸⁵ Otázka trestní odpovědnosti je přitom velmi aktuální, protože stále více pacientů, kteří se domnívají, že jim byla způsobena újma na zdraví, či jejich příbuzní, pokud došlo k úmrtí, řeší spor prostřednictvím trestního oznámení spíše než občanskoprávní žalobou.¹⁸⁶ Mach k tomu dodává, že podání trestního oznámení je daleko častější, protože má řadu výhod oproti tak zvaným civilním žalobám. Zejména tu, že pacient (příbuzný) nemusí platit žádné poplatky a nenese žádnou odpovědnost za případné nedůvodné trestní stíhání, musí však trestní oznámení formulovat tak, aby se nedopustil trestného činu křivého obvinění.¹⁸⁷

Poskytování zdravotní péče je však vysoce náročnou a rizikovou činností, která je primárně zaměřena na poskytnutí pomoci druhým lidem, a to samé platí i v případě odběru orgánů a transplantací. I z tohoto důvodu by v rámci této profese měla trestní odpovědnost vždy nastupovat jako „ultima ratio“, tedy pouze tam, kde není odpovědnost podle jiných právních předpisů dostačující.¹⁸⁸ Pokud se někdo domnívá, že mu byla způsobena zákrokem lékaře (či jiného zdravotnického pracovníka) újma na zdraví nebo když dokonce dojde k úmrtí pacienta, je pochopitelné, že za dané situace se trestní oznámení jeví jako velmi účinná forma zadostiučinění. Tyto případy jsou však velmi často medializovány, a přestože může jít o trestní oznámení, které je nedůvodné,

¹⁸⁴ Disciplinární odpovědnost ve zdravotnictví představuje odpovědnost člena profesní komory za disciplinární delikt podle zákona č.220/1991Sb., o České lékařské komoře, České stomatologické komoře a České lékárnické komoře, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁸⁵ TĚŠINOVÁ, Jolana, ŽDÁREK, Roman a POLICAR, Radek: Medicínské právo.1.vyd.Praha:C.H.Beck,2011,s.329.

¹⁸⁶ MACH Jan, a kol.: Zdravotnictví a právo-komentované předpisy.2. rozš. a dopl. vyd.Praha: LexisNexis,2005,s.24.

¹⁸⁷ MACH, Jan: Aktuální právní problémy českého lékaře, In: Zdravotnictví a právo, roč.XIII., 2009, č.1-2, s.3.

¹⁸⁸ Tento princip je zakotven v §12 odst.2 trestního zákoníku účinného od 1.1.2010, „Trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu“.

může lékaře velmi citelně zasáhnout a ovlivnit jeho profesní čest, která se pak jen velmi těžko obnovuje.¹⁸⁹

3.1. Vznik trestní odpovědnosti

Nejprve je třeba definovat základní pojmy a předpoklady pro vznik trestní odpovědnosti zdravotnických pracovníků. Právní odpovědnost je v odborné literatuře definována jako zvláštní forma právního vztahu, který vzniká v důsledku porušení primární právní povinnosti, a jehož obsah tvoří nové právní povinnosti sankční povahy.¹⁹⁰ Trestní odpovědností se pak rozumí odpovědnost podle zákona č.40/2009,trestní zákoník, a jejím základem je tedy spáchání trestného činu podle uvedeného zákona.¹⁹¹ Ke vzniku trestní odpovědnosti je nutné, aby šlo o trestně odpovědnou osobu a byly naplněny (mimo jiné) čtyři základní předpoklady, kterými jsou protiprávní jednání, škodlivý následek, příčinná souvislost a zavinění.¹⁹²

Trestný čin je definován v §13 odst.1 trestního zákoníku jako „*protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně*“.¹⁹³ Prvním obligatorním znakem je tedy protiprávnost (nedovolenost) činu, což znamená, že daný čin je v rozporu s právní normou v rámci právního řádu.¹⁹⁴ Avšak ne každý čin, který je nedovolený, je automaticky trestným činem, může jít pouze o přešůpek, nebo jiný správní delikt.¹⁹⁵ V případě darování orgánů a transplantací půjde zejména o porušení povinností stanovených v transplantačním zákoně, v zákoně o zdravotních službách a případně v zákoně o lidských buňkách a tkáních,¹⁹⁶ na které trestní zákoník v §164 až §166 nepřímou odkazuje.

V těchto případech bude vždy klíčovou povinností zdravotnických pracovníků, aby postupovali při poskytování zdravotních služeb *lege artis*,¹⁹⁷ na základě

¹⁸⁹ MACH, Jan.: K problematice kriminalizace lékařů v České republice, In: Zdravotnictví a právo, roč. XV., 2011, č.11, str.25.

¹⁹⁰ Viz. GERLOCH, Aleš: Teorie práva. 3., roz.vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2004, 343 s.

¹⁹¹ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.114.

¹⁹² TĚŠINOVÁ, Jolana, ŽDÁREK, Roman a POLICAR, Radek: Medicínské právo.1.vyd.Praha:C.H.Beck,2011,s.333
¹⁹³ §13 odst.1 TZ.

¹⁹⁴ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.115.

¹⁹⁵ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.114.

¹⁹⁶ Zákon č.296/2008 Sb. o zajištění jakosti a bezpečnosti lidských tkání a buněk určených k použití u člověka a o změně souvisejících zákonů (zákon o lidských tkáních a buňkách).

¹⁹⁷ Pozn. Blíže se tímto pojmem zabýval Nejvyšší soud v rozsudku z 22.3.2005, sp. zn. 7Tdo 219/2005.

informovaného souhlasu a po splnění dalších předpokladů v souladu s uvedenými zákony. Pojem *lege artis* v překladu znamená „podle pravidel lékařského umění“, protože činnost lékařů byla dříve považována za umění.¹⁹⁸ Požadavek postupu *lege artis* je primárně definován Úmluvou o biomedicíně, která požaduje, aby veškeré zákroky v oblasti péče o zdraví, byly prováděny v souladu s příslušnými profesními povinnostmi a standardy.¹⁹⁹ Zákon o zdravotních službách pak přinesl novou definici úrovně poskytování zdravotních služeb (namísto definice v zákoně o péči o zdraví lidu, který nahradil). Tato definice v současné době odpovídá právnímu základu pojmu *lege artis*, a §28 odst.2 zákona o zdravotních službách uvádí, že „pacient má právo na poskytování služeb na náležitě odborné úrovni“²⁰⁰, přičemž v §4 odst. 5 blíže definuje, že náležitou odbornou úrovní se rozumí „poskytování zdravotních služeb podle pravidel vědy a uznávaných medicínských postupů, při respektování individuality pacienta, s ohledem na konkrétní podmínky a objektivní možnosti“.²⁰¹ Pokud by bylo zjištěno, že došlo k poskytování zdravotnických služeb *non lege artis* a byla by prokázána příčinná souvislost mezi tímto jednáním a následkem, šlo by o základní předpoklad pro trestní odpovědnost lékaře.²⁰²

Přitom bych chtěla podotknout, že pojem *lege artis* je pojmem především medicínským, nikoli právním, a zhodnocení, zda v konkrétním případě bylo postupováno *lege artis*, či ne, bude vždy záviset na posouzení odborníků v medicíně.²⁰³ S tím úzce souvisí častý problém, kdy dochází k zahájení trestního stíhání na základě nekvalitních znaleckých posudků, které jsou navíc velmi často vypracovány nepříslušnými znalci.²⁰⁴ Nejvyšší státní zastupitelství a řada dalších odborníků neustále upozorňují na chybu, ke které dochází na straně orgánů činných v trestním řízení, když je k posouzení otázky postupu *lege artis* a příčinné souvislosti mezi jednáním a následkem jako soudní znalec ustanoven znalec z odvětví soudního lékařství, který není

¹⁹⁸ TĚŠINOVÁ, Jolana, ŽDÁREK, Roman a POLICAR, Radek: Medicínské právo.1.vyd.Praha:C.H.Beck,2011,s.24.

¹⁹⁹ Čl.4 Úmluvy o biomedicíně.

²⁰⁰ §28 odst.2 zákona o zdravotních službách.

²⁰¹ §4 odst.5 Zákona č.372 ze dne 6.listopadu 2011,o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách).

²⁰² RŮŽIČKA, Miroslav: K některým otázkám trestní odpovědnosti ve zdravotnictví, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XIV., 2010, č.3, str.5.

²⁰³ TĚŠINOVÁ, Jolana, ŽDÁREK, Roman a POLICAR, Radek: Medicínské právo.1.vyd.Praha:C.H.Beck,2011,s.24.

²⁰⁴ MACH, Jan.: K problematice kriminalizace lékařů v České republice, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XV., 2011, č.11, str.25.

oprávněně hodnotit postup lékaře klinického oboru.²⁰⁵

Druhým obligatorním znakem trestného činu je pak naplnění formálních znaků trestného činu uvedených v zákoně, a to v obecné i zvláštní části. Současný trestní zákoník, který nabyl účinnosti 1.ledna 2010, je založen na formálním pojetí trestného činu, a nahradil tak dosavadní materiální, či formálně materiální pojetí. Cílem této změny bylo zejména zvýšení uniformity při výkladu a aplikaci zákona a přispění k většímu zajištění rovnosti všech před zákonem.²⁰⁶ Hlavním rozdílem je, že materiální znak není přímo součástí definice trestného činu, ale zároveň to neznamena, že se neuplatňuje vůbec.

Důvodová zpráva k trestnímu zákoníku k tomu dodává, že „*trestný čin nelze chápat jako pouhý popis znaků charakterizujících trestný čin*“²⁰⁷ a v rámci legislativního vymezení a interpretace je vždy nutné přihlížet i ke společenské škodlivosti trestného činu. Tato *materiální protiprávnost* trestného činu je zejména vyjádřena v §12 odst. 2 trestního zákoníku, kterou představuje zásada subsidiarity trestní represe. Na základě této zásady by se prostředků trestního práva mělo využívat jako krajního nástroje (princip „ultima ratio“), tedy pokud jde o případy společensky škodlivé,²⁰⁸ ve kterých je uplatnění právní odpovědnosti podle jiných právních předpisů nepostačující. ²⁰⁹Tento hmotněprávní korektiv je pak ještě doplněn procesněprávním korektivem formálního pojetí trestného činu a jde o zásadu oportunitity, která umožňuje státnímu zástupci, aby z důvodu neúčelnosti uvedeném v §172 odst.2 písm.c) trestního řádu²¹⁰ zastavil trestní stíhání, popřípadě může z téhož důvodu na základě §159a odst.4 trestního řádu odložit věc před zahájením trestního stíhání.²¹¹ Souhlasím s názorem Miroslava Růžičky, že v oblasti poskytování zdravotních služeb se pak zásada

²⁰⁵ Viz. MACH, Jan.: K problematice kriminalizace lékařů v České republice, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XV., 2011, č.11, str.25.; RŮŽIČKA, Miroslav: K některým otázkám trestní odpovědnosti ve zdravotnictví, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XIV., 2010, č.3, str.12 a CÍSAŘOVÁ, Dagmar: Vyšetřování trestných činů ublížení na zdraví během léčebného procesu, In: *Zdravotnictví a právo*, roč.XIII., 2009,č.11, str.22.

²⁰⁶ Důvodová zpráva k návrhu trestního zákoníku, dostupná z WWW: <http://trestnizakonik.cz/navrh/duvodova-zprava.html>.

²⁰⁷ Důvodová zpráva k návrhu trestního zákoníku, dostupná z WWW: <http://trestnizakonik.cz/navrh/duvodova-zprava.html>.

²⁰⁸ Důvodová zpráva k návrhu trestního zákoníku, dostupná z WWW: <http://trestnizakonik.cz/navrh/duvodova-zprava.html>.

²⁰⁹ Společenská škodlivost přitom musí dosáhnout určité výše a jejími kritérii budou zejména hlediska povahy a závažnosti činu, uvedené demonstrativně jako hlediska pro ukládání trestů v §39 odst. 2 TZ. - JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.117.

²¹⁰ Zákon č.141/1961Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů.

²¹¹ Viz. RŮŽIČKA, Miroslav: K některým otázkám trestní odpovědnosti ve zdravotnictví, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XIV., 2010, č.3, str.8; JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.116.

subsidiarity uplatňuje již jen z důvodu, o jakou oblast společenského života se tu jedná.²¹² V oblasti poskytování zdravotních služeb je řada možností, jak řešit případnou odpovědnost zdravotnických pracovníků. Trestní odpovědnost by měla být opravdu krajní možností.

3.2. Trestné činy spojené s výkonem transplantací

Jedním z formálních znaků, který musí být naplněn, aby šlo o trestný čin, je skutková podstata trestného činu. Jde o souhrn subjektivních a objektivních znaků, které určují a zároveň odlišují jednotlivé druhy trestných činů.²¹³ V souvislosti s mezinárodními závazky vyplývajícími z Úmluvy o biomedicíně a přijetím transplantačního zákona v roce 2002 byla vložena do trestního zákoníku skutková podstata trestného činu nedovoleného nakládání s tkáněmi a orgány v §209a, která se však týkala pouze odběru tkáně a orgánu z těla mrtvého člověka. Neoprávněný odběr z těla živého člověka byl nadále postihován prostřednictvím některých trestných činů proti životu a zdraví, což bylo považováno za nedostatečně účinné, zejména pokud byl takový čin spáchán prostřednictvím organizované skupiny.²¹⁴ Přijatá novela trestního zákoníku v roce 2010 přinesla v tomto ohledu zlepšení a zakotvila navíc dva nové trestné činy, a to již zmiňovaný trestný čin neoprávněného odebrání tkání a orgánů v §164 TZ, který se týká odběru z těla živých osob, a trestný čin odběru tkáně, orgánu a provedení transplantace za úplatu v §166 TZ, kterým se budu podrobněji zabývat v rámci poslední kapitoly. Stávající trestný čin v §209a byl pouze přesunut do §165 TZ. Tyto trestné činy nalezneme v hlavě I., dílu pátém, zvláštní části trestního zákoníku, což také vypovídá o důležitosti společenských zájmů a hodnot, k jejichž ochraně jednotlivé skutkové podstaty uvedených trestných činů slouží.

Mezi obligatorní znaky každé skutkové podstaty patří objekt, objektivní stránka, subjekt (pachatel) a subjektivní stránka.²¹⁵ Objektem v případě trestných činů v §164 a §165 je zájem na řádném provádění odběru a řádném nakládání s odebranými tkáněmi,

²¹² RŮŽIČKA, Miroslav: K formálnímu pojetí trestného činu s materiálním korektivem u trestných činů v oblasti zdravotnictví, In: Zdravotnictví a právo, roč. XV., 2011, č.11, str.21.

²¹³ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.143.

²¹⁴ Důvodová zpráva k návrhu trestního zákoníku, dostupná z WWW: <http://trestnizakonik.cz/navrh/duvodova-zprava.html>.

²¹⁵ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.146.

buňkami nebo orgány z těla živého i mrtvého člověka.²¹⁶ Vedle toho jsou prostřednictvím těchto trestných činů chráněny život a zdraví dárce (živého) i příjemce, a u žijících dárců i lidská důstojnost a svoboda. Trestné činy v §164 a §165 TZ obsahují vždy dvě základní skutkové podstaty, přičemž v rámci první skutkové podstaty spočívá objektivní stránka vždy v tom, že pachatel provede v rozporu s jinými právními předpisy²¹⁷ z těla živého (§164 odst.1) nebo mrtvého (§165 odst.1) člověka odběr tkáně, buňky nebo orgánu, a v druhé skutkové podstatě spočívá objektivní stránka v zákonem vymezeném nedovoleném nakládání s odebranou tkání, buňkou nebo orgánem, které je v rozporu s jiným právním předpisem.²¹⁸ Pachatelem pak v těchto případech může být kdokoliv,²¹⁹ tedy zejména i zdravotničtí pracovníci, kteří jsou odběrem a transplantacemi pověřeni. Posledním předpokladem je subjektivní stránka, která vyjadřuje psychický stav pachatele k trestnému činu, a jejím jediným obligatorním znakem je zavinění, a to ve formě úmyslu nebo nedbalosti.²²⁰ Trestné činy v §164 a §165 jsou založeny na úmyslném zavinění a musí tak být vždy prokázán úmysl pachatele ve vztahu ke všem skutečnostem, které jsou znaky skutkové podstaty trestného činu.²²¹

Na tomto místě bych ráda jen krátce poukázala na to, jak je trestní odpovědnost v souvislosti s transplantačním zákonem řešena v Německu. Jedním z rozdílů je, že skutkové podstaty trestných činů jsou stanoveny přímo v transplantačním zákoně, nikoliv v trestním zákoníku, a to v §18 německého TPG, který se týká zákazu obchodování s orgány, a v §19 téhož zákona jsou pak jednotlivé skutkové podstaty týkající se jak odebrání orgánů z těla mrtvého, tak živého člověka. Oproti české právní úpravě jsou tyto skutkové podstaty konkrétnější, protože výslovně upravují, jaká povinnost uložená transplantačním zákonem musí být porušena, aby toto jednání mohlo být spojováno s trestní odpovědností. V souvislosti s darováním orgánů od žijících dárců jde především o porušení podmínky udělení platného souhlasu s odběrem způsobitým dárce nebo nedodržení podmínky, že nelze provést odběr

²¹⁶Tamtéž, s.516.

²¹⁷ Zejména zákon č.285 ze dne 30.května 2002 o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon).

²¹⁸ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.516-517.

²¹⁹ Po splnění dalších předpokladů stanovených trestním zákoníkem.

²²⁰ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.207.

²²¹Tamtéž, s.211.

neobnovitelných orgánů od žijících dárců ve prospěch někoho jiného, než jsou příbuzní. Naopak se nepovažuje za trestné, pokud je porušena zásada subsidiarity nebo nezískání rozhodnutí etické komise.²²² Ve skutkových podstatách trestných činů v §164 až §166 českého trestního zákoníku se pouze odkazuje na porušení jiného právního předpisu, tedy zejména transplantačního zákona, ale blíže se nekonkretizuje, kterých povinností se to týká.

3.3. Okolnosti vylučující protiprávnost

Každý lékařský zákrok představuje a priori zásah do tělesné integrity člověka a může tak naplnit zejména znaky trestného činu ublížení na zdraví, avšak právo primárně považuje lékařskou činnost za dovolenou, pokud je vykonávána řádně, tedy *lege artis*. Vyloučení protiprávnosti u tohoto jednání bývá odůvodňováno různě a v minulosti byla vytvořena řada teorií.²²³ Ve starší právní teorii převládal názor, že zákrok, který je proveden za účelem, který právo schvaluje a který je proveden *lege artis*, nemůže být zakázaný. Naproti tomu současná právní teorie vychází zejména z předpokladů, že pokud má být lékařský zákrok legální, musí dojít k vyloučení protiprávnosti činu za předpokladu splnění přesně vymezených podmínek, tedy že zákrok musí provést oprávněná osoba *lege artis* a navíc se souhlasem pacienta a v souladu s léčebným záměrem.²²⁴ Do popředí se tedy dostává zejména požadavek informovaného souhlasu pacienta, na který se dříve nekladl větší důraz a zejména v oblasti odběru orgánů hraje zcela zásadní roli.

V souvislosti s problematikou, kterou se v této diplomové práci zabývám, je nutné podotknout, že odběry orgánů a tkání ze živých dárců jsou velmi specifickou oblastí lékařských zákroků, protože jde o zásahy do lidského těla, které nemají léčebný charakter a naopak mohou vést ke způsobení těžké újmy na zdraví.²²⁵ Před přijetím nového trestního zákoníku v roce 2010 se legálnost lékařských zákroků i v oblasti odběrů orgánů dovozovala zejména z nedostatku společenské nebezpečnosti, tedy že nebyl naplněn materiální znak trestného činu, protože lékařské zákroky jsou

²²² ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: Handbuch des Medizinstrafrechts, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.49.

²²³ SOLNAŘ, Vladimír, FENYK, Jaroslav a CÍSAŘOVÁ, Dagmar: *Základy trestní odpovědnosti: podstatně přepracované a doplněné vydání*. 1. vyd. Praha: Orac, 2003, s.157.

²²⁴ SOLNAŘ, Vladimír, FENYK, Jaroslav a CÍSAŘOVÁ, Dagmar: *Základy trestní odpovědnosti: podstatně přepracované a doplněné vydání*. 1. vyd. Praha: Orac, 2003, s.158.

²²⁵ CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: *Trestní právo a zdravotnictví*, Praha: Orac, 2004, str.139.

považovány za činnost, která je společensky užitečná.²²⁶ V současné době je však tato koncepce nedostačující, i s ohledem na zavedení principu formálního pojetí trestného činu, a rozhodujícím faktorem k vyloučení trestní odpovědnosti zdravotnických pracovníků je především existence určité okolnosti vylučující protiprávnost, které jsou uvedeny v trestním zákoníku v §28 až §32, avšak nejde o konečný výčet a řada dalších je dovozována z judikatury. V souvislosti s odběry orgánů a tkání považují za klíčovou okolnost vylučující protiprávnost svolení poškozeného (dárce), přestože na tuto oblast mohou dopadat i další okolnosti, jako například přípustné riziko či krajní nouze.

Krajní nouzi, jako okolnost vylučující protiprávnost, by však bylo možné uplatnit v případě odběru orgánů spíše jen výjimečně, a to například tehdy, pokud by lékař provedl odběr orgánu z těla mrtvého člověka, ačkoliv ten by vyjádřil s posmrtným dárcovstvím výslovný nesouhlas, a to za situace, že by takové jednání vedlo k bezprostřední záchraně života příjemce. Samozřejmě by bylo nutné posoudit konkrétní situaci a dodržení podmínek subsidiarity a proporcionality takového jednání.²²⁷

Svolení poškozeného (v tomto případě dárce) bylo výslovně zakotveno až novým trestním zákoníkem v §30, ale již dříve bylo dovozováno praxí.²²⁸ Jelínek uvádí, že „svolením se stává trestný čin, jenž by jinak byl nedovoleným zásahem do práv poškozeného, činem dovoleným, oprávněným“.²²⁹ Aby bylo možné považovat svolení poškozeného za okolnost vylučující protiprávnost, je nutné, aby byly splněny všechny předpoklady uvedené v §30 trestního zákoníku. Další náležitosti informovaného souhlasu v případě souhlasu s odběrem jsou konkretizovány v transplantacním zákoně a zabývala jsem se jimi v předcházejících kapitolách. V souvislosti s lékařskými zákroky je významný především §30 odst.3 TZ, který obecně zakazuje, aby bylo možné udělit souhlas k ublížení na zdraví nebo usmrcení, ale výjimkou jsou právě lékařské zákroky, které jsou v souladu s právním řádem a provedeny lege artis.²³⁰

V souvislosti s transplantacním zákonem a otázkou svolení dárce vyvstává řada situací, kdy není zcela jasné, jestli by za dané situace vznikla trestní odpovědnost lékaře či ne. Jednou z těchto situací je případ, že dárce bude chtít podstoupit odběr i přes to, že

²²⁶ CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: Trestní právo a zdravotnictví, Praha: Orac, 2004, str.139.

²²⁷ Tamtéž, str.140.

²²⁸ ŠÁMAL, P. a kol. Trestní zákoník. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009. s. 351.

²²⁹ JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.257.

²³⁰ §30 odst.3 trestního zákoníku.

jeho zdravotní stav není způsobilý pro takový druh lékařského zákroku, o čemž ho jeho ošetřující lékař řádně poučí. Důvodem pro takové jednání může být například snaha zachránit svoji blízkou osobu. Vystává zde otázka, zda svolení k takovému zákroku zbavuje lékaře trestní odpovědnosti, když by jednal v rozporu s transplantačním zákonem, protože ten v §3 odst.3 písm.a) zakazuje provedení odběru pokud „*lze důvodně předpokládat, že provedení odběru by mohlo závažným způsobem ohrozit zdraví nebo život dárce*“.²³¹ Na tuto otázku nedává česká právní úprava jednoznačnou odpověď a souhlasím s názorem Marka Bíleje, že v tomto případě by bylo nutné posoudit případ podle konkrétních okolností, a až na základě nich rozhodnout, čemu dát přednost, zda autonomii rozhodování, či ochraně života a zdraví.²³² Možné řešení lze ale vidět například v SRN, kde je svolení poškozeného v německém trestním zákoníku výslovně ohraničeno požadavkem dobrých mravů.²³³ V uvedeném případě by to znamenalo, že svolení k takovému zákroku by bylo z důvodu porušení §228 německého trestního zákona neplatné, pokud by darování pro danou osobu představovalo konkrétní nebezpečí na životě.²³⁴

3.4. Trestní odpovědnost poskytovatelů zdravotních služeb jako právnických osob v souvislosti s odběrem orgánů a výkonem transplantací

V souvislosti s přijetím zákona č.418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim (dále zákon o trestní odpovědnosti právnických osob), který nabyl účinnosti 1.ledna 2012, je aktuální i otázka případné trestní odpovědnosti poskytovatelů zdravotních služeb jako právnických osob, která se bude týkat státních i soukromých nemocnic, jež jsou právnickými osobami s právní subjektivitou. Přijetí tohoto zákona znamenalo zásadní změnu v pojetí trestní odpovědnosti, která do té doby byla chápána pouze jako odpovědnost individuální fyzické osoby.²³⁵ Hlavním důvodem přijetí bylo to, že dosavadní právní nástroje, které mají bránit a sankcionovat závažnou protiprávní činnost právnických osob, nejsou

²³¹ §3 odst.3 písm.a) transplantačního zákona.

²³² CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: Trestní právo a zdravotnictví, Praha: Orac, 2004, str.139.

²³³ §228 německého trestního zákona (STGB)

²³⁴ ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.473.

²³⁵ JELÍNEK, Jiří, HERCZEG, Jiří: Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář s judikaturou, Praha: Leges, 2012, s.23.

dostatečně účinné a neplní řádně své poslání.²³⁶ Tento nový zákon přinesl také zásadu souběžné trestní odpovědnosti, což znamená, že trestní odpovědnost fyzické osoby není závislá na trestní odpovědnosti právnické osoby a naopak.²³⁷ Zákonodárce pak taxativně vymezil v §7 zákona o trestní odpovědnosti právnických osob, které trestné činy mohou spáchat i právnické osoby.

Klíčovým ustanovením pro trestní odpovědnost právnických osob je §8 uvedeného zákona, který definuje, kdy je právnická osoba trestně odpovědná za protiprávní jednání. Specifikum spočívá v tom, že na rozdíl od fyzické osoby nemůže fakticky projevovat svoji vůli, a z toho důvodu je nutné, aby ji za ni projevoval někdo jiný.²³⁸ Tím je zejména statutární orgán či zástupce právnické společnosti, ale je pamatováno i například na případy, když dotyčná osoba vykonává na řízení právnické osoby rozhodující vliv, a dále na zaměstnance při plnění pracovních úkolů. Dalšími podmínkami je, že takové protiprávní jednání, které naplňuje znaky trestného činu, musí být právnické osobě přičitatelné a musí být spácháno jejím jménem, v jejím zájmu, nebo v rámci její činnosti.²³⁹ Otázka zavinění je u právnických osob velmi komplikovaná a byla proto vytvořena teorie přičitatelnosti, kdy se fakticky jedná o fikci zavinění, protože není možné, aby byla stejně pojímána jako u osob fyzických. Tato fikce znamená, že pokud nastanou určité okolnosti stanovené zákonem, bude možné přičítat konkrétní jednání právnické osobě jako zaviněné, a to ať už na základě úmyslného rozhodnutí právnické osoby nebo rozhodnutí, které bylo učiněno v důsledku její nedbalosti.²⁴⁰

Pro oblast poskytování zdravotních služeb je případná trestní odpovědnost právnické osoby značně limitována, protože v §7 zákona o trestní odpovědnosti právnických osob byly zcela vypuštěny trestné činy proti životu a zdraví a v taxativním výčtu nejsou ani uvedeny trestné činy související s odběrem orgánů a tkání a výkonem transplantací. Dle mého názoru by tak v souvislosti s odběry orgánů a transplantacemi mohly v krajních případech přicházet v úvahu pro poskytovatele zdravotních služeb pouze trestné činy obchodování s lidmi dle §168 trestního zákoníku, či účast na

²³⁶ Důvodová zpráva k zákonu č.418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Dostupná z WWW: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=69428> .

²³⁷ JELÍNEK, Jiří, HERCZEG, Jiří: Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář s judikaturou, Praha: Leges, 2012, s.23.

²³⁸ Tamtéž, s.64-65.

²³⁹ §8 zákona č.418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

²⁴⁰ JELÍNEK, Jiří, HERCZEG, Jiří: Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář s judikaturou, Praha: Leges, 2012, s.72.

organizované zločinecké skupině dle §361 trestního zákoníku. Hlavní úlohu v této oblasti má tedy stále případná správní odpovědnost právnických osob, kdy lze poskytovateli zdravotních služeb za porušení uvedených povinností v transplantačním zákoně uložit pokutu až do výše pěti milionů korun.²⁴¹

²⁴¹ Hlava VIII zákona č.285/2002 Sb., transplantační zákon.

4. Zákaz finančního prospěchu a obchodování s lidskými orgány a tkáněmi

V rámci této kapitoly bych se chtěla zabývat záležitostmi, která v současné době opět nabývá na významu a vede se o ní řada odborných diskusí,²⁴² a tou je otázka, zda je přípustné, aby lidské tělo, či jeho části, byly zdrojem finančního prospěchu. Důvodem stále nových diskusí je fakt, že orgánů je stále nedostatek. Na jedné straně stojí dlouholetá tradice, která transplantace provází od svého vzniku, a která je založena na myšlence, že darování orgánů je čistě altruistickým aktem a snaží se zabránit komercializaci s lidským tělem. Tato myšlenka je pak zakotvena v řadě mezinárodních dokumentů, zejména v Úmluvě o biomedicíně a dále rozvedena v Dodatkovém protokolu k této Úmluvě.²⁴³ Na druhé straně však stále častěji vyvstává otázka, proč by se v situaci, kdy je orgánů velký nedostatek a řada čekatelů se požadovaného orgánu nikdy nedočká, nemohlo dojít k legalizaci obchodování s orgány či alespoň zavedení určitých ekonomických pobídek, které by motivovaly větší množství dárců k darování orgánů. Tato problematika úzce souvisí s autonomií rozhodování každého člověka o sobě samém a také s tím, jak je právně posuzováno lidské tělo a jeho oddělené části. Protože jde o velmi komplikovanou otázku, na kterou není jednoduché zcela jednoznačně odpovědět, zaměřila jsem se v následujících odstavcích spíše na klady i zápory obou názorů.

4.1. Právní úprava de lege lata

4.1.1. Problematika právní povahy oddělených částí těla

Nejprve je podstatné zodpovědět otázku, jakou právní povahu mají oddělené části těla, zda je můžeme považovat za věci a zda mohou být předmětem vlastnického práva, či nikoliv. A pokud ano, kdo je tedy jejich vlastníkem. Lidské tělo je v současné době chápáno jako integrální součást osobnosti každého člověka jako právního subjektu. Osobnost každé fyzické osoby je tedy tvořena jeho tělesnou a morální

²⁴² Např. Sell organs to save lives. In: [online]. [cit. 2013-06-02]. Dostupné z: <http://www.bbc.co.uk/search/?q=legalization%20of%20organ%20sale>.

²⁴³ Čl.21 Dodatkový protokol k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu.

složkou.²⁴⁴ Avšak toto dnešní pojetí prošlo dlouhým vývojem a například ve starověku i středověku bylo lidské tělo a jeho části považovány za věc, která mohla být předmětem obchodu. Změnu přineslo až křesťanství, které sice stále tělo člověka považovalo za věc, ale již věc *sui generis*, která nemohla být předmětem věcných práv.²⁴⁵ Daleko problematičtější je však právě právní pojetí oddělených částí lidského těla, u kterých není jednotné stanovisko, zda mají stejnou povahu jako celé tělo nebo zda mohou být považovány za věci. Současná právní úprava nepovažuje části lidského těla za věci v právním smyslu, ani pokud by byly odděleny. Nic na to nemění ani nový občanský zákoník, který výslovně zakotvuje, že nejde o věci v právním smyslu. Výjimku tvoří pouze vlasy nebo podobné části lidského těla, které lze bezbolestně odejmout bez znečitlivění a které se přirozenou cestou obnovují.²⁴⁶ U těchto nový občanský zákoník umožňuje, aby byly přenechány i za odměnu a má se na ně hledět jako na věc movitou.²⁴⁷

V případě odběrů orgánů a tkání nevzniká tedy dárci po odnětí vlastnické právo k oddělené části těla a nemá právo následně o orgánu jakkoliv aktivně rozhodovat a nakládat s ním. Prostřednictvím institutu informovaného souhlasu pak dárci právní úprava pouze umožňuje, aby rozhodl o tom, že mu bude daný orgán či tkáň odebrána a použita ke konkrétnímu zákonem stanovenému účelu.²⁴⁸ Domnívám se však, že s ohledem na vývoj medicíny a možnosti využití různých materiálů lidského původu, které dříve nebylo možné, by bylo vhodné přehodnotit dosavadní právní nazírání na materiál lidského původu a souhlasím s názorem Ondřeje Dostála, který uvádí, že „*oddělené části či mrtvola jsou (resp. měly by být) věcmi, protože samy nemyslí ani nejednají, naopak jsou objektem nakládání ze strany osob*“.²⁴⁹

4.1.2. Zákaz finančního prospěchu

S tím, jak právo pojímá oddělené části lidského těla (tedy, že nemohou být předmětem občanskoprávních vztahů neboli *res extra commercium*), souvisí i otázka finančního prospěchu z nich. V tomto ohledu se Úmluva o biomedicíně vyjadřuje velmi

²⁴⁴ KNAP, Karel, ŠVESTKA, Jiří, JEHLIČKA, Oldřich, PAVLÍK, Pavel a PLECITÝ, Vladimír: Ochrana osobnosti podle občanského práva, 4. podstatně přeprac. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2004, str. 204.

²⁴⁵ Tamtéž, str. 204.

²⁴⁶ § 112 zákona č. 89/2012, občanský zákon, účinný od 1.1.2014.

²⁴⁷ Tamtéž, § 112.

²⁴⁸ CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: Trestní právo a zdravotnictví, Praha: Orac, 2004, str. 150.

²⁴⁹ Tamtéž, str. 144.

jasně, neboť stanovuje zákaz, aby lidské tělo nebo jeho části byly zdrojem finančního prospěchu.²⁵⁰ Vysvětlující zpráva jako důvod tohoto zákazu uvádí ochranu důstojnosti lidské osobnosti stanovenou v článku prvním Úmluvy o biomedicíně.²⁵¹ S tímto požadavkem je v souladu i transplantační zákon a za porušení tohoto zákazu umožňuje uložit pokutu poskytovateli zdravotních služeb do výše 100 000 Kč a v případě právnických a fyzických osob podnikajících vlastním jménem až do výše 500 000 Kč.

I trestní zákoník zavedl nový trestný čin v §166 v návaznosti na článek 21. Úmluvy o biomedicíně, postihující kořistění z nezákonně prováděných odběrů tkání a orgánů či transplantací. Objektem tohoto trestného činu je ochrana života a zdraví člověka a sekundárním objektem je zájem na řádném provádění odběrů orgánů a transplantací.²⁵² V §166 nalezneme dvě samostatné skutkové podstaty, které postihují jednak pachatele, který by jinému nabízel, slíbil nebo poskytl úplatu za odběr tkáně nebo orgánu z jeho těla (§166 odst.1), a jednak pachatele, který v souvislosti s odběrem tkáně nebo orgánu nebo s provedením transplantace pro sebe nebo pro jiného žádal, přijmul nebo si dal slíbit úplatu v rozporu s jiným právním předpisem (§166 odst.2). Přičemž osoby, které jsou dárce orgánů nebo je nabízí, jsou považovány za beztrestné s ohledem na zásadu, že nelze postihnout ty osoby, na jejichž ochranu jsou ustanovení trestního zákoníku určena.²⁵³ Zákaz finančního prospěchu je však možné postihnout i na základě trestných činů uvedených v §164 a §165 trestního zákoníku, a to zejména z důvodu porušení transplantačního zákona, který v §28 vyslovuje zákaz inzerování a reklamy za účelem poptávky a nabídky orgánů, zákaz obchodování s tkáněmi a orgány odebranými za účelem transplantace a zákaz uplatňování nároků vůči příjemci dárce, či jinou osobu.

Úmluva o biomedicíně upravuje jednu výjimku z absolutního zákazu finančního prospěchu dárce, jehož tkáně nebo orgány byly odebrány, která představuje možnost přijmout určitou kompenzaci, která není odměnou, ale přiměřeným odškodněním za výdaje nebo ušlý příjem.²⁵⁴ Až do novely transplantačního zákona, která je účinná od dubna 2013, dárce za darování orgánů nedostávali žádnou finanční kompenzaci, která by

²⁵⁰ Čl.21 Úmluvy o biomedicíně.

²⁵¹ Bod.133 Vysvětlující zprávy k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

²⁵² JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, s.518.

²⁵³ Tamtéž, s.518.

²⁵⁴ Bod. 133 Vysvětlující zprávy k Úmluvě Rady Evropy č. 164 na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny.

uhradila například ušlý příjem po dobu jejich hospitalizace či další výdaje.²⁵⁵ I tento faktor mohl výrazně ovlivnit potenciální dárce v rozhodnutí darovat své orgány především cizím příjemcům. Ačkoliv by mělo jít o altruistický akt, ekonomové se domnívají, že nelze příliš očekávat, že by někdo dobrovolně podstoupil odběr orgánu ve prospěch cizího člověka s vědomím, že si bude muset sám hradit výdaje spojené s léčením a nebude mít po dobu hospitalizace náhradu za ušlý výdělek. Dle mého názoru je určitě pokrokem, že byla přijata nová úprava, která umožňuje kompenzovat alespoň některé výdaje dárců, ale domnívám se, že tato úprava mohla být již přijata dříve. A to i s ohledem na to, že například u darování krve či lidských vajíček jsou zavedeny finanční kompenzace již delší dobu. Tím spíše, že v případě odběrů jde o daleko větší zásah do lidského těla, než například při odběru krve, který navíc dárce vyřadí po určitou dobu z běžného života. Novela transplantačního zákona zakotvila poskytování finančních příspěvků ve dvou formách, a to jako příspěvek na náklady pohřbu a příspěvek ve formě náhrady nákladů žijícímu dárci orgánu.²⁵⁶

První z příspěvků má pomoci zejména v těch situacích, kdy rodina pozůstalého odmítne, aby došlo k odběru orgánů, přestože zemřelá osoba za svého života nevyjádřila s posmrtným odběrem nesouhlas. Jak bylo uvedeno v dřívějších kapitolách, v praxi k této skutečnosti může docházet poměrně často a lékaři v takových případech respektují rozhodnutí rodiny. Právě v takových chvílích by určitou motivací pro udělení souhlasu s odběrem pozůstalými mohla být právě finanční náhrada nákladů souvisejících s pohřbem.²⁵⁷ Důvodová zpráva k zákonu, kterým se mění transplantační zákon dále uvádí, že „navrhovaný příspěvek není finančním prospěchem ani jinou výhodou, protože nenáleží přímo dárci, ale je vyplácen osobě, která vypravila pohřeb a předložila doklad o jeho zaplacení“.²⁵⁸ Výši tohoto příspěvku upravuje zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, a činí v současné době 5 000 Kč.²⁵⁹

Druhý z příspěvků je dle důvodové zprávy určen žijícím dárcům orgánů jako

²⁵⁵ VLČKOVÁ, Eva. Stát stanovil ceník lidských orgánů. [online]. 2012 [cit. 2013-06-03]. Dostupné z: <http://www.tribune.cz/clanek/25503-stat-stanovil-cenik-lidskych-organu> .

²⁵⁶ §28a §28b transplantačního zákona.

²⁵⁷ Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=825&CT1=0> .

²⁵⁷ §48 zákona o státní sociální podpoře.

²⁵⁸ Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=825&CT1=0> .

²⁵⁹ §48 zákona o státní sociální podpoře.

„vyjádření poděkování za nezištnou pomoc a vzájemnou solidaritu občanů“.²⁶⁰ Přičemž předmětem úhrady jsou účelně vynaložené výdaje a dále rozdíl mezi ušlým výdělkem a obdrženou náhradou mzdy, platu nebo odměny a obdrženým nemocenským z nemocenského pojištění. Výše úhrady je však limitována výší jedné průměrné měsíční mzdy, která v současné době činí 25 884 Kč.²⁶¹ Zavedením této náhrady vzniká poskytovateli zdravotních služeb další povinnost, která spočívá v zajištění informovanosti dárců o možnosti žádat náhradu výdajů a ušlý výdělek. Toto poučení musí být součástí zdravotnické dokumentace vedené o dárci.²⁶²

4.2. Právní úprava de lege ferenda – etické, právní a ekonomické aspekty spojené s případnou legalizací prodeje orgánů

Z legislativ jednotlivých států²⁶³ a z dokumentů a stanovisek mezinárodních organizací, ať už jde o Radu Evropy, Mezinárodní zdravotnickou organizaci či Evropskou unii, vyplývá jednoznačné stanovisko týkající se komercializace lidských orgánů a tkání, které se k otázce finančního prospěchu dárců staví značně negativně.²⁶⁴ Přesto, jak můžeme vidět i v české právní úpravě, vyskytují se určité výjimky z tohoto absolutního zákazu finančního prospěchu, které jsou jednotlivými státy i mezinárodními organizacemi všeobecně akceptovány. V současné době jde zejména o finanční kompenzace za darování krve, spermatu, lidských vajíček a za darování orgánů žijícími dárci ve formě výše zmíněných finančních náhrad zavedených transplantacním zákonem. Tím se částečně narušuje dosavadní právní pojetí lidského těla, či jeho částí, a pojetí dárcovství jako zcela altruistického aktu, za který nepřísluší žádná finanční odměna, a lze tedy říci, že se jedná o určitý druh komercializace,²⁶⁵ přestože v příslušných právních předpisech je uvedeno, že v těchto případech nejde o odměnu, ale pouze o určitou náhradu výdajů.

Tento model odškodňování je odbornou literaturou zařazován pod pojem

²⁶⁰ Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=825&CT1=0>.

²⁶¹ §28b odst.1 transplantačního zákona.

²⁶² Tamtéž, §28b odst.6.

²⁶³ SCHROTH, Ulrich, GUTMANN, Thomas.: *Organlebenspende in Europa*, Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin, Springer, 2002, s. 84-106.

²⁶⁴ Tamtéž, s. 83.

²⁶⁵ ZECH, Eva: Kommerzialisierung in der Transplantationsmedizin: Welcher Eigennutz steht dem Spender zu?, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, str.326.

„rewarded gifting“ neboli „odměněné darování“, které se však vymezuje vůči prodeji orgánů a jde pouze o poskytování určitých forem odměňování.²⁶⁶ Pod tento pojem je zařazován i tzv. „pobídkový model“, na základě kterého je možné dárčům hradit nejen vzniklé náklady, ale mohou získat například slevu na daních, na nemocenském pojištění a další podobné finanční výhody.²⁶⁷ I v tomto modelu vidí řada odborníků z oblastí ekonomie, práva, medicíny či jiných odvětví možnost prolomení zákazu finančního prospěchu z darování částí lidského těla a snaží se již řadu let vést diskuse na téma zavedení ekonomických podnětů v transplantační medicíně a poukázat na možný posun, který v dané oblasti, i v souvislosti s vývojem medicíny a chápání lidské autonomie, nastal.²⁶⁸

Ekonomové neřeší konkrétně otázku nedostatku orgánů, ale nahlízejí na tento problém jako na nedostatek jakéhokoliv zboží, který je způsoben státními zásahy, regulacemi či zastaralými etickými předpisy. Z hlediska racionálního chování je pak zavedení ekonomických podnětů či legalizace obchodu s orgány logickým řešením, neboť by došlo k větší motivaci osob darovat orgány. Tím by se zvýšil počet možných dárců a bylo by pro čekající příjemce k dispozici větší množství orgánů. To by mělo za následek také to, že pacienti na čekací listině by měli k dispozici kvalitnější orgány, protože by vzrostl počet orgánů od žijících dárců, od nichž jsou orgány obecně považovány za kvalitnější, než od zemřelých dárců.²⁶⁹ Většina odborníků, kteří navrhují toto řešení, považuje za reálné buď zavedení státem regulovaného trhu, nebo ekonomických pobídek (finančních i nefinančních), nikoliv však zcela volného trhu s orgány.

V tomto ohledu považují za velmi inspirativní práci nositele Nobelovy ceny Garyho Beckera, který provedl ekonomickou analýzu vlivu peněžních pobídek vůči

²⁶⁶ SCHNEIDER, Ingrid: *Ein Markt für Organe? Die Debatte um ökonomische Anreize zur Organspende*, in: *Transplantation Organgewinnung und allokatation*, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003. Str.198.

²⁶⁷ ZECH, Eva: *Kommerzialisierung in der Transplantationsmedizin: Welcher Eigennutz steht dem Spender zu?*, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, str.326.

²⁶⁸ Viz. SCHROTH, Ulrich : *Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes*, in: *Transplantation, Organgewinnung und allokatation*, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm , Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003; BECKER, Gary.S., ELÍAS, Julio Jorge.: *Introducing Incentives in the Market for Live and cadaveric Organ Donations*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, 2007; SCHNEIDER, Ingrid: *Ein Markt für Organe? Die Debatte um ökonomische Anreize zur Organspende*, in *Transplantation Organgewinnung und allokatation*, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.

²⁶⁹ SCHROTH, Ulrich : *Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes*, in: *Transplantation, Organgewinnung und allokatation*, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm , Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, Str.166.

žijícím dárcům na stávající systém dárcovství.²⁷⁰ Becker vychází ze základního předpokladu, že v současné době poptávka po orgánech převyšuje nabídku, neboť není dostatek altruistických dárců, kteří by byli schopni uspokojit všechny poptávající.²⁷¹ Jeho teorie pak spočívá v podstatě jednoduchém řešení, kdy navrhuje zavedení peněžní platby, která by byla prostřednictvím vlády či soukromého pojištění vyplácena dárcům. Takové odměny by vedly ke zvýšení počtu orgánů, ke snížení čekací doby na transplantaci a zároveň by došlo k přesunu poptávky z černého trhu do legálního sektoru.²⁷² Zároveň uvádí (na příkladu darování ledvin), jakým způsobem by mělo dojít k výpočtu ceny orgánu, která by byla dárci vyplácena. Tuto částku odvozuje od tří komponent, a to peněžní kompenzace za riskování úmrtí, za ušlý čas (ušlý výdělek) během rekonvalescence a za riskování ztráty kvality života, a dle jeho výpočtů dochází k částce \$15 200.²⁷³ Gary Becker poukazuje na to, že taková částka je s ohledem na celkovou cenu transplantací (přibližná cena transplantace ledviny \$160 000 v USA) zanedbatelná, ale má velký efekt na zvýšení nabídky a tím k uspokojení více poptávajících, tedy příjemců na čekací listině.

O otázce možné komercializace lidských orgánů a tkání se však přesto zatím mluví pouze v teoretické rovině, protože zatím žádný ze států, s výjimkou Íránu,²⁷⁴ svou právní úpravu ve prospěch zavedení finančních (popřípadě i nefinančních) odměn za darování orgánů nezměnil. Hartmut Kliemt k tomu uvádí, že „v *současných politických poměrech je legalizace prodeje orgánů téměř vyloučena*“.²⁷⁵ Jako jeden z důvodů uvádí to, že většina obyvatelstva stále silně odmítá zavedení ekonomických podnětů pro darování orgánů, či dokonce legalizaci obchodování s orgány, a jsou morálně přesvědčeni, že občané státu jako autonomní právní subjekty, by neměli mít v této oblasti právo rozhodovat zcela samostatně.²⁷⁶ Hartmut Kliemt přirovnává tento postoj společnosti k dřívějšímu odmítání homosexuality, popřípadě uznávání registrovaného partnerství, které se poté, co bylo legalizováno, stalo pro většinu

²⁷⁰ BECKER, Gary.S., ELÍAS, Julio Jorge.: Introducing Incentives in the Market for Live and cadaveric Organ Donations, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, 2007, No. 3, p. 3-24.

²⁷¹ Tamtéž, p.8-9.

²⁷² Tamtéž, p. 9.

²⁷³ Tamtéž, p.9.

²⁷⁴ Pozn. Írán je jedinou zemí, která má státem regulovaný trh s lidskými orgány.

²⁷⁵ KLIEMT, Hartmut: Warum darf ich alles verkaufen, nur meine Organe nicht?, in *Medizinische Forschung*, roč.14, 2005, str.170.

²⁷⁶ Tamtéž, str.170-171.

veřejnosti běžnou záležitostí.²⁷⁷ Proto se Kliemt domnívá, že pokud by mělo dojít k reformám, které by umožnily zavedení systému finančních odměn za darování orgánů a tkání, musí se nejprve změnit i postoj společnosti k této otázce.²⁷⁸

Jedním z prostředků odtabuizování tohoto tématu ve společnosti je i vypořádání se s argumenty, které jsou namítány proti legalizaci obchodu s orgány nebo zavedení ekonomických pobídek. První z argumentů tvoří teze, že legalizace obchodování s orgány představuje zásah do důstojnosti lidské bytosti. Její ochrana by byla porušena, pokud by se člověk stal předmětem finančních zájmů.²⁷⁹ Otázkou zůstává, z čeho je tato teze odvozována, protože nelze jednoznačně říci, že zavedením finančních nebo jiných pobídek dojde automaticky k zásahu do tohoto ústavně zaručeného práva. Pod pojmem ochrany důstojnosti lidské bytosti bychom měli rozumět to, že člověk nesmí být jinými využíván jako nástroj.²⁸⁰ To znamená, že lidé nesmí být státem považováni za pouhé objekty nebo nesmí být vystaveny takovému zacházení, které zpochybňuje samotnou hodnotu (kvalitu) člověka.²⁸¹ Schroth však k tomu uvádí, že „*pokud je dárce dobrovolně připraven, po náležitém poučení, darovat za určitou finanční částku svůj orgán, a může od takového ujednání až do zahájení odběru odstoupit, nejedná se o porušení tohoto práva*“.²⁸² Toto tvrzení podporuje skutečnost, že je obecně uznáváno, že se nejedná o zásah do lidské důstojnosti, pokud člověk jedná svobodně na základě vlastního autonomního rozhodnutí.²⁸³

Právě otázka svobodného autonomního rozhodnutí je často zpochybňována zastánci zákazu komerčních pobídek a představuje druhý zásadní argument. Proti tomuto tvrzení lze opět namítat, že již samotné zavedení odměn za darování orgánů a

²⁷⁷ KLIEMT, Hartmut: Warum darf ich alles verkaufen, nur meine Organe nicht?, in *Medizinische Forschung*, roč.14, 2005, str.188.

²⁷⁸ Tamtéž, str.191.

²⁷⁹ Podle: ZECH, Eva: Kommerzialisierung in der Transplantationsmedizin: Welcher Eigennutz steht dem Spender zu?, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, str.327.

²⁸⁰ SCHROTH, Ulrich : *Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes*, in: *Transplantation, Organgewinnung und allokatation*, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSENKUHL, Wilhelm , Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, Str.168.

²⁸¹ Podle SCHROTH, Ulrich : *Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes*, in: *Transplantation, Organgewinnung und allokatation*, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSENKUHL, Wilhelm , Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, Str.168; viz. Také judikatura Spolkového ústavního soudu : BVerfG, 20.10.1992-1 BvR 698/89, dostupné z WWW: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2087,%20209> .

²⁸² SCHROTH, Ulrich : *Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes*, in: *Transplantation, Organgewinnung und allokatation*, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSENKUHL, Wilhelm , Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, Str.168.

²⁸³ Podle: ZECH, Eva: Kommerzialisierung in der Transplantationsmedizin: Welcher Eigennutz steht dem Spender zu?, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, str.330.

tkání neodůvodňuje samo o sobě, že by se člověk nemohl v takové situaci svobodně rozhodnout. Nelze obecně říci, že pokud bude někomu nabídnuta finanční odměna tak bude jednat pod nátlakem, který by vyloučil svobodné rozhodnutí.²⁸⁴ Zejména jsou zdůrazňovány obavy, že v případě možnosti získání finanční odměny, by člověk upřednostnil své aktuální zájmy a nezohledňoval by při svém rozhodnutí zájmy dlouhodobé, tedy například následné zdravotní potíže. K tomu však lze uvést, že v případě darování orgánů žijícími dárci, kdy příjemcem je příbuzný, může docházet k naprosto stejné situaci. Nejenže v rámci blízkých příbuzenských vztahů může docházet k poměrně velkému psychickému tlaku, který může ovlivnit autonomii rozhodování, ale zejména ve chvíli, kdy vznikne potřeba darovat orgán například svému nemocnému dítěti, jistě bude daná osoba ve svém rozhodování primárně ovlivněna bezprostředním ohrožením života svého dítěte, bez ohledu na to, že takové rozhodnutí může být i v rozporu s jejími dlouhodobými zájmy.²⁸⁵ A v takovém případě je přesto dané autonomní rozhodnutí respektováno. Tento paradox je při obhajování zákazu obchodování s orgány velmi často opomíjen, a přesto jde o situaci, která v rámci transplantací nastává velmi často. Hartmut Kliemt k tomu dodává, že „*v diskusích o prodeji orgánů je překvapivě opomíjen problém, že lidé se mohou stát obětí jejich vlastního unáhleného altruismu*“.²⁸⁶ Pokud tedy je tento argument namítán jako důvod nepovolení komerčních pobídek, muselo by být z téhož důvodu zakázáno i darování orgánů mezi příbuznými.

Jako další argument lze uvést nebezpečí vykořisťování lidí v nepříznivých finančních situacích. Zastánci tohoto názoru uvádějí, že zavedení komerčních pobídek by motivovalo zejména osoby s nižšími příjmy, kteří by se tak snažili vyřešit svou finanční situaci. Toto tvrzení by se mohlo ukázat jako pravdivé, přesto ho nelze brát jako přímou indicii, prokazující, že by tito lidé nejednali racionálně.²⁸⁷ Becker si navíc k tomuto argumentu pokládá etickou otázku, „*zda by snad chudí lidé měli být zbaveni možnosti získat takový příjem, který by mohl vyřešit jejich tíživou situaci, a to zejména v případě, kdy by jejich orgán mohl zachránit lidský život jiného člověka, který daný*

²⁸⁴ KLIEMT, Hartmut: Zur Kommodifizierung menschlicher Organe im freiheitlichen Rechtsstaat, in: Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, S.100.

²⁸⁵ Tamtéž, S.101.

²⁸⁶ Tamtéž, S.101

²⁸⁷ KLIEMT, Hartmut: Warum darf ich alles verkaufen, nur meine Organe nicht?, in Medizinische Forschung, roč.14, 2005, str.180.

orgán nutně potřebuje?“. ²⁸⁸

Dále lze namítat, že komercializace dárcovství orgánů by mohla mít také negativní vliv na transplantační medicínu. Ten je spatřován v tom, že veřejnost by mohla ztratit důvěru vůči celému systému darování a transplantací, což by mohlo být k tíži pacientů na čekací listině. ²⁸⁹ K tomuto argumentu lze poukázat na současnou situaci v SRN, kde není povolen obchod s orgány ani jiné finanční pobídky a kde přesto byla v několika nemocnicích zjištěna řada pochybení v zařazování pacientů na čekací listiny a jejich pořadí, a velmi tak byla narušena důvěra ve fungování a spravedlnost prováděných transplantací. ²⁹⁰ Zastánci legalizace obchodu s orgány uvádějí, že zavedení ekonomických pobídek by naopak napomohlo odstranit nelegální obchodování a další nekalé praktiky v rámci nakládání s orgány. ²⁹¹

Domnívám se, že i s ohledem na výše uvedené, nelze jednoznačně zavrhnout možnost zavedení ekonomických pobídek. Uvedené argumenty, které jsou proti tomu namítány, při bližším přezkoumání zcela neobstojí nebo lze konstatovat, že většinu těchto námitek lze uplatnit i vůči stávajícímu systému. Přesto mezi lidmi převládá tendence stavět se k otázce komercializace velmi negativně a samotnou myšlenku legalizace ekonomických pobídek považují za neetickou. Ale lze na druhé straně považovat za etické, že umírají pacienti, kteří čekají na transplantaci, a kteří by díky těmto pobídkám pravděpodobně zemřít nemuseli? V této otázce stále převládají paternalistické tendence státu chránit člověka před sebou samým a člověku není dána v tomto ohledu důvěra, že bude jednat racionálně. Proč právě v této oblasti není autonomie člověka respektována, je sporné, protože například jiné riskantní činnosti jsou obecně dovoleny a zároveň dochází také ke komodifikaci lidského těla. Jde například o boxerské zápasy, závodníky či jiné nebezpečné činnosti, které jsou právem povoleny a při kterých je lidský život riskován také pro peníze a pro daleko méně hodnotný účel, než kterým je darování orgánů. ²⁹² Gary Becker uvádí jako další příklad

²⁸⁸ BECKER, Gary.S., ELÍAS, Julio Jorge.: Introducing Incentives in the Market for Live and cadaveric Organ Donations, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, 2007, No. 3, p. 21.

²⁸⁹ ZECH, Eva: Kommerzialisierung in der Transplantationsmedizin: Welcher Eigennutz steht dem Spender zu?, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, str.327.

²⁹⁰ Viz. *Organspenden brechen um 18 Prozent ein.* [online]. [cit. 2013-06-10]. Dostupné z: <http://www.sueddeutsche.de/thema/Organspende-Skandal>

²⁹¹ ZECH, Eva: Kommerzialisierung in der Transplantationsmedizin: Welcher Eigennutz steht dem Spender zu?, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, str.331.

²⁹² REITER, Johannes: Incentives für die Organspende, in *Medizinische Forschung*, roč.14, 2005, str.199.

dobrovolné vojáky, kteří jsou najímáni za tržní mzdu a kteří se sami vystavují riziku zranění nebo smrti.²⁹³ Souhlasím pak s názorem Hartmuta Kliemta, že primárně bychom neměli shledávat problém v tom, jestli dárci budou darovat orgány za peníze či ne, tedy na motiv, který je k tomu povede, ale především bychom se měli zaměřit na mechanismy, které by zajistily ochranu autonomie jednotlivce s ohledem na zajištění jeho dlouhodobých zájmů.²⁹⁴ A to zejména prostřednictvím náležitého poučení a informování o všech rizicích, době rekonvalescence a dalších důležitých skutečnostech. Dále by bylo možné poskytnout určitý čas na rozmyšlení a možnost změnit názor.²⁹⁵

²⁹³ BECKER, Gary.S., ELÍAS, Julio Jorge.: Introducing Incentives in the Market for Live and cadaveric Organ Donations, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, 2007, No. 3, p. 21.

²⁹⁴ KLIEMT, Hartmut: Warum darf ich alles verkaufen, nur meine Organe nicht?, in *Medizinische Forschung*, roč.14, 2005, str.178.

²⁹⁵ BECKER, Gary.S., ELÍAS, Julio Jorge.: Introducing Incentives in the Market for Live and cadaveric Organ Donations, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, 2007, No. 3, p. 21.

Závěr

Hlavním cílem mé diplomové práce bylo kritické zhodnocení současné právní úpravy transplantací, a proto jsem se postupně zabývala jednotlivými otázkami, které jsou transplantačním zákonem upraveny. Největší část práce se věnuje otázce darování ex vivo, ex mortuo a komparaci s německou právní úpravou, a dále zákazu finančního prospěchu z lidského těla. Na základě výsledku komparace je možné konstatovat, že největší rozdíly lze shledat v otázce posmrtného dárcovství, které je oproti české právní úpravě řešeno zcela odlišně. V ostatních otázkách se obě právní úpravy příliš nerozcházejí. Na základě zhodnocení obou úprav se domnívám, že německá právní úprava darování ex mortuo, založená na presumovaném nesouhlasu, se potýká s řadou problémů a nedaří se jí dlouhodobě nalézt řešení ke zvýšení počtu posmrtných dárců. Možné zlepšení snad přinese přijatá novela německého transplantačního zákona, která by měla zejména zlepšit komunikaci s potenciálními dárci. Přesto lze říci, že právní úprava v otázce zvýšení počtu posmrtných dárců hraje ve skutečnosti spíše sekundární roli a její úloha by se neměla příliš přeceňovat.

Vedle tohoto největšího rozdílu obou právních úprav je možné další odlišnost spatřovat v úpravě dárcovství žijícími dárci, kdy česká právní úprava umožňuje darování i mezi osobami, kteří nejsou osobami blízkými, což považuji za velký klad oproti německému transplantačnímu zákonu. V tomto ohledu lze považovat český transplantační zákon za daleko pokrokovější, neboť se zde méně prosazují paternalistické tendence státu. Naopak oběma úpravám je společný princip subsidiarity, neboli princip přednosti použití orgánu od zemřelého dárce, který částečně považuji za nadbytečný a který může mít ve svém důsledku negativní dopady na samotné příjemce orgánů. I problematika alokace orgánů je v obou právních úpravách částečně odlišná a opět považuji českou právní úpravu za zdařilejší, protože se jí podařilo stanovit alokační kritéria pro rozdělování orgánů přesněji než německému transplantačnímu zákonu, který je z toho důvodu řadou odborníků kritizován.²⁹⁶ Jediný problém u české právní úpravy spatřuji v tom, že není zcela transparentně stanoveno, kdo je oprávněn určit tato alokační kritéria, což považuji za poměrně vážný nedostatek transplantačního zákona.

²⁹⁶ . ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart ; München [u.a], Boorberg, 2010, S.458-459; GUTMANN, Thomas, FATEH- MOGH DAM, Bijan: *Rechtsfragen der Organverteilung*, in : *Transplantation Organgewinnung und allokatation*, hrsg. von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, S. 146-148.

Naopak v otázce zákazu finančního prospěchu z lidského těla panuje obecná shoda v právních úpravách téměř všech států. Současná právní úprava setrvává na právním pojetí lidského těla a jeho částí jako součásti lidské osobnosti a považuje je za předmět, který je z obchodování vyloučen. Ani nový občanský zákoník se nepřiklonil k jiné úpravě této problematiky a setrvává na stávajícím právním pojetí. Přesto se domnívám, že realita tomuto pojetí v některých případech neodpovídá a bylo by vhodné zvážit přehodnocení charakteru částí lidského těla, která jsou medicinou využívána stále častěji. V budoucnu lze očekávat, že se tento trend bude dále vyvíjet. V rámci problematiky transplantací je také nutné se zabývat stále častěji se objevujícími diskusemi mezi odborníky o možné legalizaci finančních pobídek v oblasti transplantací. Tyto debaty však i dnes vyvolávají velké emoce a pro většinu lidí jde stále o určité tabu.

Na základě zhodnocení českého transplantačního zákona jako celku se domnívám, že jde o poměrně zdařilý právní předpis, který upravuje darování orgánů a podmínky jeho přípustnosti přehledně a jasně, což ostatně dokazuje i provedená komparace s německou právní úpravou, která se zatím potýká s daleko většími problémy, než český transplantační zákon. Přesto lze nalézt určité nedostatky, které již byly částečně odstraněny novelou českého transplantačního zákona. Zejména šlo o otázku cizinců jako možných dárců orgánů, která byla řadu let opomíjena, čímž došlo ke zbytečné ztrátě mnoha lidských orgánů. Stejně tak považuji za důležité, že zmiňovaná novela zavedla alespoň minimální odškodnění žijících dárců, kteří do této novely byli jedinými osobami, kteří z darování orgánů neměli žádný prospěch. Přesto spatřuji velký nedostatek zejména v otázce informovanosti veřejnosti, která má stále především o otázce posmrtného dárcovství minimální povědomí. Většina obyvatelstva vůbec netuší, že se po své smrti stávají automaticky dobrovolnými dárci. To však nelze považovat za chybu právní úpravy, ale zejména institucí, které se na systému fungování transplantací podílejí, a kteří svou povinnost informovat veřejnost řádně neplní.

Použitá literatura

Monografie

a) české

CÍSAŘOVÁ, Dagmar, SOVOVÁ, Olga a kol.: *Trestní právo a zdravotnictví*, 2. upr. a rozš. vyd. Praha: Orac, 2004, 183 s., ISBN 80-86199-75-4.

GERLOCH, Aleš: *Teorie práva*. 3., roz.vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2004, 343 s., ISBN 80-86473-85-6.

JELÍNEK, Jiří a kolektiv: *Trestní právo procesní, 2.aktualizované vydání*, Praha: Leges, 2011, 816 s., ISBN: 97.8-80-87212-92-9

JELÍNEK, Jiří, HERCZEG, Jiří: *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Komentář s judikaturou*, Praha: Leges, 2012, 208.s, ISBN: 978-80-87576-07-6.

JELÍNEK, Jiří, BERAN, Karel, NAVRÁTILOVÁ, Jana a ŘÍHA, Jiří: *Trestní právo hmotné: obecná část, zvláštní část*. 2. vyd. Praha: Leges, 2010, 904 s. ISBN 978-80-87212-49-3.

KNAP, Karel, ŠVESTKA, Jiří, JEHLIČKA, Oldřich, PAVLÍK, Pavel a PLECITÝ, Vladimír: *Ochrana osobnosti podle občanského práva*, 4. podstatně přeprac. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2004, 435 s. ISBN 80-7201-484-6.

MACH Jan, a kol.: *Zdravotnictví a právo - komentované předpisy*. 2. rozš. a dopl. vyd. Praha: LexisNexis, 2005, 455 s. ISBN 80-86199-93-2.

OSTŘÍŽEK, Tomáš, MAN, Vlastislav, SCHELLE, Karel: *Právní úprava darování, odběrů a transplantací tkání a orgánů*, Vyd. 1., Praha : Eurolex Bohemia, 2004, 137 s., ISBN 80-86432-64-5.

SOLNAŘ, Vladimír, FENYK, Jaroslav a CÍSAŘOVÁ, Dagmar: *Základy trestní odpovědnosti: podstatně přepracované a doplněné vydání*. 1. vyd. Praha: Orac, 2003, 455 s., ISBN 80-86199-74-6.

STOLÍNOVÁ, Jitka, MACH, Jan: *Právní odpovědnost v medicíně*, druhé, doplněné a přepracované vydání, Praha: Galén, 2010, 307 s., ISBN: 978-80-7262-686-1.

ŠTĚPÁN, Jaromír: *Právo a moderní lékařství*,. 1. vyd. Praha: Panorama, 1989, 347 s. ISBN 80-7038-068-3.

ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, ISBN 978-80-7400-109-3.

ŠUSTEK, Petr; HOLČAPEK, Tomáš: *Informovaný souhlas : Teorie a praxe informovaného souhlasu ve zdravotnictví*. Praha : ASPI, 2007. 243 s., ISBN 978-80-7357-268-6.

TĚŠINOVÁ, Jolana, ŽDÁREK, Roman a POLICAR, Radek: *Medicínské právo*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011, 414 s., ISBN 978-80-7400-050-8.

b) zahraniční

GUTMANN, Thomas, FATEH-MOGHADAM, Bijan: *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, Berlin [u.a.], Springer, 2003, 267 S., ISBN 3-540-00157-3.

HÖFLING, Wolfram, ESSER, Dirk: *TPG Transplantationsgesetz Kommentar*, Berlin, Schmidt, 2003, 701 S., ISBN 3-503-07009-5.

ROXIN, Claus, BRAUN, Alban: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart ; München [u.a.], Boorberg, 2010, 953 S., ISBN 978-3-415-04420-3.

SCHROTH, Ulrich, GUTMANN, Thomas.: *Organlebendspende in Europa*, Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin, Springer, 2002, 291 S., ISBN 3-540-42785-6.

SCHROTH, Ulrich, SCHNEEWIND, Klaus A., GUTMANN, Thomas; FATEH-MOGHADAM, Bijan: *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2006, 298 S., ISBN 978-3-525-45712-2.

SCHROTH, Ulrich : *Strafrecht - Besonderer Teil*, Stuttgart ; München [u.a.], Boorberg, 2010, 444 S., ISBN 978-3-415-04418-0.

SCHROTH, Ulrich: *Transplantationsgesetz, Kommentar*, München : Beck, 2005, 422 S., ISBN: 3-406-51741-2.

Příspěvky do sborníku

GUTMANN, Thomas, FATEH-MOGHADAM, Bijan: *Rechtsfragen der Organverteilung*, in : *Transplantation Organgewinnung und allokatation*, hrsg. von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, S. 145-165, ISBN 3-525-45708-1.

KLIEMT, Hartmut: *Zur Kommodifizierung menschlicher Organe im freiheitlichen Rechtsstaat*, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, S.95-109., ISBN: 978-3-540-69894-4.

LILIE, Hans: *Aktuelle Rechtsprobleme bei der Organtransplantation – Zur Widerspruchslösung*, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, hrsg. Von LILIE, Hans, HAKERI, Hakan, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, S.55-59, ISBN: 978-3-8329-6734-5.

ROSENAU, Henning: *Die Widerspruchslösung in der Transplantation als rechtliche Möglichkeit*, in: Die Organtransplantation – Rechtsfragen bei knappen medizinischen Ressourcen, hrsg. Von LILIE, Hans, HAKERI, Hakan, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, S. 61-78, ISBN: 978-3-8329-6734-5.

SCHNEIDER, Ingrid: *Ein Markt für Organe? Die Debatte um ökonomische Anreize zur Organspende*, in Transplantation Organgewinnung und allokation, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, S. 189- 210, ISBN 3-525-45708-1.

SCHROTH, Ulrich, GUTMANN, Thomas: *Rechtliche und ethische Aspekte der Lebendspende von Organen*, in: Transplantation Organgewinnung und allokation, hrsg. Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, S. 271-292, ISBN 3-525-45708-1.

SCHROTH, Ulrich: *Die gesetzlichen Begrenzungen der Lebendspende-wie viel Paternalismus ist legitim?*, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.Mai 2003, hrsg. von AMELUNG, Knut, BEULKE, Werner, LILIE, Hans, ROSENAU, Henning, RÜPING, Hinrich, WOLFSLAST, Heidelberg, C.F.Müller Verlag, 2003, S. 843 – 852, ISBN: 3-8114-5133-2.

SCHROTH, Ulrich: *Die Cross-over Spende: Die Notwendigkeit einer gesetzesüberschreitenden Rechtsfortbildung*, in: Recht gestalten, dem Recht dienen Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, hrsg. Von SCHÖCH, Heinz, HELGERTH, Roland, DÖLLING, Dieter, KÖNIG, Peter, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften, 2007, S. 536 – 552, ISBN 978-3-89949-259-0.

SCHROTH, Ulrich: *Die rechtswirksame Einwilligung in die Lebendspende*, In: Festschrift für Winfried Hassemer, hrsg. von HERZOG, Felix, NEUMANN, Ulfrid, Heidelberg, C.F. Müller Verlag 2010, S. 787-804., ISBN 978-3-8114-7727-8.

SCHROTH, Ulrich: *Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes*, in: Transplantation, Organgewinnung und allokation, hrsg.

Von ODUNCU, Fuat S., SCHROTH, Ulrich, VOSSENKUHL, Wilhelm , Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, S. 166-188,ISBN 3-525-45708-1.

SCHROTH, Ulrich: *Kritische Einführung in die Rechtslage der postmortalen Organtransplantation sowie der Lebendorgantransplantation in Deutschland*, in: *Recht am Krankenbett – Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, hrsg. von DUTTGE, Gunnar, DOCHOW, Carsten, WASCHKEWITZ, Marc- Alexander,WEBER, Alexandra Kristina, Universtitätsverlag Göttingen, 2009, S. 1-14., ISBN 978-3-941875-27-2.

ZECH, Eva: *Kommerzialisierung in der Transplantationsmedizin: Welcher Eigennutz steht dem Spender zu?*, in: *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, hrsg. von TAUPITZ, Jochen, Berlin ; Heidelberg ; New York, NY : Springer, 2007, S.325-337, ISBN: 978-3-540-69894-4.

Odborné články

BECKER, Gary.S., ELÍAS, Julio Jorge.: *Introducing Incentives in the Market for Live and cadaveric Organ Donations*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, 2007, No. 3, p. 3-24.

BUCHTOVÁ, Michaela: *Nová právní úprava transplantací v České Republice*, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. VI., 2002, č.12, str. 2-5, ISSN 1211-6432.

KLIEMT, Hartmut: *Warum darf ich alles verkaufen, nur meine Organe nicht?*, in *Medizinische Forschung*, roč.14, 2005, str.167-194, ISSN: 0933-9051.

MACH, Jan.: *K problematice kriminalizace lékařů v České republice*, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XV., 2011, č.11, str.25-28, ISSN 1211-6432.

MITLÖHNER, Miroslav: *Některé filozoficko právní pohledy na život a smrt*, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. VI., 2002, č.3, str.20-22, ISSN 1211-6432.

POSPÍŠIL, Petr: *Transplantace trochu jinak*, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. VI., 2002, č. 12, str. 10, ISSN 1211-6432.

REITER, Johannes: *Incentives für die Organspende*, in *Medizinische Forschung*, roč.14, 2005, str.195-203, ISSN: 0933-9051.

RŮŽIČKA, Miroslav: *K formálnímu pojetí trestného činu s materiálním korektivem u trestných činů v oblasti zdravotnictví*, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XV., 2011, č.11, str.16-24, ISSN 1211-6432.

SIGMUNDOVA, Michaela, TELEC, Ivo: Několik poznámek k ochraně osobnosti ve zdravotnictví, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. VII., 2003, č.6, str. 9-14, ISSN 1211-6432.

STARÁ, Ivana.: Transplantace a ochrana osobnosti, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. XII., 2008, č. 6, str.3-6, ISSN 1211-6432.

TERYNGEL, Jiří : Ochrana zdravotnictví v novém trestním kodexu, In: *Zdravotnictví a právo* roč. XIII, 2009, č.3, str. 11-15, ISSN 1211-6432.

TERYNGEL, Jiří: K otázce trestní odpovědnosti v souvislosti s transplantacemi, In: *Zdravotnictví a právo*, roč. VI., 2002, č, 12, str. 6-9, ISSN 1211-6432.

Právní předpisy

Ústavní zákon č.1/1993 Sb., Ústava České republiky

Ústavní zákon č.2/1993 Sb., Listina základních práva a svobod

Listina základních práv Evropské unie, Úřední věstník EU 2007/C 303/01

Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 96/2001 Sb.m.s. o přijetí Úmluvy na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny, č. 96/2001 Sb.m.s.

Dodatkový protokol k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu

Zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantací tkání a orgánů ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 372/2001 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim

Zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře

Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007

(BGBl. I, s. 2206), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Juli 2012 (BGBl. I, s. 1601) geändert worden ist

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/53/EU ze dne 7. července 2010 o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci

Internetové zdroje:

JEDLIČKOVÁ, Alena.: Mezinárodní spolupráce, problematika odběru od zemřelých cizinců v České republice a nová směrnice o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci, In: *Časopis zdravotnického práva a bioetiky(online)*, 2011,roč. I., č. 3 [cit.2012-07-15], dostupné z WWW: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/article/view/15>, ISSN 1804-8137.

KLUSÁKOVÁ, Petra: Legislativní chyba stojí lidské životy, nyní ji napraví novela, in *Mladá Fronta Zdravotnické noviny ZDN (online)*, 2012,roč. XIV., č.4 [cit. 2012-08-02], dostupné z WWW:<http://zdravi.e15.cz/clanek/sestra/legislativni-chyba-stoji-lidske-zivoty-nyni-ji-napravi-novela-463535?category=z-domova>, ISSN: 0044-1996.

KOLÁŘOVÁ, Kateřina. Transplantace ledvin: na čekací listinu se dostanou jen někteří. [online]. [cit. 2013-06-03]. Dostupné z: <http://www.vitalia.cz/clanky/prodam-ledvinu/> .

POKORNÁ, Eva, Alokace orgánů v České republice. In: Mojemedicina.cz:průvodce světem medicínských informací [online]. 2010 [cit. 2012-03-25]. Dostupné z: <http://www.mojemedicina.cz/epidemiologie/alokace-organu-v-ceske-republice/>,

UHLMANN, Berit. Neues Transplantationsgesetz: Jeder soll über seinen Tod nachdenken. *Süddeutsche.de*[online].s.2[cit.2013-02-19]. Dostupné z WWW: <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/neues-transplantationsgesetz-jeder-soll-ueber-seinen-tod-nachdenken-1.1399341-2> .

VLČKOVÁ, Eva. Stát stanovil ceník lidských orgánů. [online]. 2012 [cit. 2013-06-03]. Dostupné z: <http://www.tribune.cz/clanek/25503-stat-stanovil-cenik-lidskych-organu> .

Organspenden brechen um 18 Prozent ein. [online]. [cit. 2013-06-10]. Dostupné z: <http://www.sueddeutsche.de/thema/Organspende-Skandal>.

Sell organs to save lives. [online]. [cit. 2013-06-02]. Dostupné z: <http://www.bbc.co.uk/search/?q=legalization%20of%20organ%20sale>.

Ministerstvo zdravotnictví plánuje zlepšení a další rozvoj transplantační medicíny a dárcovství orgánů v České republice: *Ministerstvo zdravotnictví ČR* [online]. [cit. 2013-02-25]. Dostupné z WWW: http://www.mzcr.cz/dokumenty/ministerstvo-zdravotnictvi-planuje-zlepseni-a-dalsi-rozvoj-transplantacni-mediciny-a-darcovstvi-organu-v-ceske-republice_3930_1513_1.html.

Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicíně. In *Sbírka mezinárodních smluv, Česká republika*, 2001, částka 44, s.1898-1919, dostupná z WWW:http://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/SearchResult.aspx?q=2001&typeLaw=mezinarodni_smlouva&what=Rok&stranka=2.

Evropská úmluva na ochranu lidských práv a svobod, vyhlášena 4. 11. 1950 Radou Evropy, Dostupná z WWW: <http://www.helcom.cz/view.php?cisloclanku=2005020107>.

Listina základních práv Evropské unie (Úřední věstník EU 2007/C 303/01), dostupná z WWW:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:cs:PDF>.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/53/EU ze dne 7. července 2010 o jakostních a bezpečnostních normách pro lidské orgány určené k transplantaci, dostupná na WWW: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:207:0014:01:CS:HTML> .

Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 285/2002 Sb., o darování, odběrech a transplantacích tkání a orgánů a o změně některých zákonů (transplantační zákon), dostupná na <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=825&CT1=0>.

Resolution WHA63.22 adopted by the Sixty-third World Health Assembly on 21 May 2010: WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation, dostupná na: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf .

Preamble of the Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism, dostupná na: http://www.declarationofistanbul.org/index.php?option=com_content&view=article&id=80&Itemid=84 .

Vysvětlující zpráva k Dodatkovému protokolu k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu, dostupná z WWW: <http://old.lf3.cuni.cz/etika/index.htm>.

Deutscher Bundestag,[online], c.2012,poslední revize 21.10.2012 [citováno 21.10.2012], dostupné z WWW: http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/39155481_kw21_de_organspende/index.html

Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), dostupný na <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>.

Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 18.2.1999: BVerfG, 1 BvR 2156/98 vom 18.2.1999, Absatz-Nr. (1 - 6), dostupné z WWW: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk19990218_1bvr215698.html.

Německá nadace pro transplantaci orgánů (Deutsche Stiftung Organtransplantation)[online], [citováno 21.10.2012], dostupné z WWW: <http://www.dso.de/home/artikelseiten/2012-statistik-2011.html>.

Dodatkový protokol k Úmluvě na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny o transplantaci orgánů a tkání lidského původu vyhlášený 24. 1. 2002 Radou Evropy ve Štrasburku. Dostupný z WWW: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=186&CL=ENG>.

Základní zákon Spolkové republiky Německo, dostupný z WWW: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>.

Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 11.8.1999 o nepřijetí tří ústavních stížností proti §8 odst.1 věty druhé a §19 německého transplantačního zákona, NJW 1999, dostupné z WWW: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=11.08.1999&Aktenzeichen=1%20BvR%202181/98>.

Česká Transplantační Společnost. [online]. [cit. 2013-03-26]. Dostupné z: <http://www.transplant.cz/transplant/postupy.php?t=2>.

Koordinační středisko transplantací: Výběr čekatele na transplantaci ledviny. [online]. [cit. 2013-03-26]. Dostupné z: http://www.kst.cz/web/?page_id=2504.

Důvodová zpráva k návrhu trestního zákoníku, dostupná z WWW: <http://trestnizakonik.cz/navrh/duvodova-zprava.html> .

Důvodová zpráva k zákonu č.418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. Dostupná z WWW: <http://www.psp.cz/sqw/text/text2.sqw?idd=69428>.

Výzkum Factum Invenio, dostupné z: <http://www.transplantace.eu/Tisk/pruzkum.pdf> .

Judikatura Spolkového ústavního soudu: BVerfG, 20.10.1992-1 BvR 698/89, dostupné z WWW:

<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2087,%20209> .

United Kingdom Guidelines for Living Donor Kidney Transplantation. Third Edition, May 2011), dostupná z WWW: <http://www.bts.org.uk/Documents/Guidelines/Active/UK%20Guidelines%20for%20Living%20Donor%20Kidney%20July%202011.pdf> .

Judikatura

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24.11.2009 , sp. Zn.33 Cdo 1621/2007.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22.3.2005, sp. zn. 7Tdo 219/2005.

Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 18.2.1999: BVerfG, 1 BvR 2156/98 vom 18.2.1999, Absatz-Nr. (1 – 6).

Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 11.8.1999 o nepřijetí tří ústavních stížností proti §8 odst.1 věty druhé a §19 německého transplantačního zákona, NJW 1999.

Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu : BVerfG, 20.10.1992-1 BvR 698/89.