

Agnieszka Wedeł-Domaradzka

## **PRAWNOKARNE ASPEKTY OBROTU KOMÓRKAMI, TKANKAMI I NARZĄDAMI W ŚWIELE PRAWA POLSKIEGO W KONTEKŚCIE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO**

Dynamika rozwoju medycyny, która miała miejsce w XX wieku<sup>1</sup> przyniosła szansę na podtrzymanie zdrowia lub uratowanie życia wielu osobom. Jednymi z zabiegów, które sprzyjały temu trendowi były zabiegi transplantacyjne z wykorzystaniem dawstwa komórek, tkanek lub narządów. Jeśli chodzi o samo pojęcie transplantacji (z łac. *transplantare*) to oznacza ono chirurgiczną operację, podczas której organ, uszkodzone komórki, tkanki lub narządy zastępowane są komórkami, tkankami lub narządami zdrowymi i poprawnie funkcjonującymi. Dawcą takiego narządu może być sam potrzebujący (przeszczep autogeniczny), osoba żyjąca, dawca zmarły (przeszczep allogeniczny) lub w nielicznych przypadkach (i najczęściej jedynie czasowo) mogą to być organy odzwierzęce (przeszczep ksenogeniczny)<sup>2</sup>. Będą to więc zabiegi, które dla swojej skuteczności w większości przypadków wymagać będą zmniejszenia jakości życia lub zdrowia dawców lub (co uznawane jest za optymalne) dokonywane będą po ich śmierci.

Handel organami stanowi jedną z najbardziej sprofilowanych form handlu ludźmi<sup>3</sup>. Jest jednocześnie jedną z bardziej złożonych procedur, gdyż wymaga zaangażowania dawcy, biorcy, personelu medycznego i zorganizowanych grup zajmujących się handlem (w tym pośredniczeniem w handlu) ludzkimi organami. Z uwagi

<sup>1</sup> Szerzej na temat historii transplantacji: D. Hamilton, *A History of Organ Transplantation: Ancient Legends to Modern Practice*, Pittsburgh 2015; M. Nowacka, *Etyka transplantacji* (w:) *Bioetyka*, red. J. Różyńska, Weronika Chańska, Warszawa 2013, s. 220-221; J. Sobiak, *Przeszczepianie narządów i komórek krwiotwórczych – rys historyczny*, *Nowiny Lekarskie* 2011, nr 2, s. 158; A. Wedeł, *Bioetyka jako problem moralny i prawny - studium wybranych przypadków*, *Świat Idei i Polityki* 2003, t. 3, s. 75-76.

<sup>2</sup> World Health Organisation, *Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplantation* (w:) <https://www.who.int/transplantation/activities/GlobalGlossaryonDonationTransplantation.pdf?ua=1>, Geneva 2009, s. 14, (dostęp dnia: 10.05.2019 r.).

<sup>3</sup> A. A. Aronowitz, E. Isitman, *Trafficking of Human Beings for the Purpose of Organ Removal: Are (International) Legal Instruments Effective Measures to Eradicate the Practice?*, *Groningen Journal of International Law* 2013, vol. 1 No 2, s. 75.

na kryminalny charakter działalności skala tego zjawiska jest bardzo trudna do oszacowania. Początkowo uważano, że dominującą formą handlu jest handel organami pochodzącymi od dawców zmarłych. Jednak, w przypadkach, gdy organ możliwy jest do uzyskania (nawet sprzecznie z prawem) od dawcy żywego jest to preferowana forma z uwagi na zwiększoną szansę uzyskania zgodnego tkankowo przyczepu, mniejszymi komplikacjami pozabiegowymi oraz mniejszym ryzykiem odrzucenia przeszczepu<sup>4</sup>. Biorąc pod uwagę bardzo dużą presję potrzeb związanych z przyczepami organów, deficytem dawców, tworzeniem się zorganizowanych grup przestępczych, łatwością przepływu informacji i osób zasadnym jest wypracowanie mechanizmu ujednolicającego regulacje prawne dotyczące ochrony osób przed handlem komórkami, tkankami i organami.

Celem artykułu jest analiza obowiązujących w prawie międzynarodowym (tak uniwersalnym jak i obejmującym standardy regionalne) przepisów dotyczących obrotu komórkami, tkankami i narządami w perspektywie karnoprawnej i konfrontacja tych gwarancji z regulacjami zawartymi w ustawie z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów<sup>5</sup>.

Z uwagi na fakt, że Polska nie jest stroną wielu ważnych dokumentów o charakterze wiążącym powstałych pod auspicjami Rady Europy istotnym elementem rozważań będą aspekty związane z koniecznością lub brakiem konieczności dopasowania regulacji karnych do standardów międzynarodowych, o ile uzyskałaby one na terenie Polski moc wiążącą. Dodać należy, że Polska dokonała podpisania umów związanych z obrotem komórkami, tkankami i organami, jednak nie dokonała ich ratyfikacji. W tym aspekcie artykuł stanowić będzie również przyczynek do dyskusji o potrzebie faktycznego związania się zobowiązaniami międzynarodowymi dla zwiększenia skuteczności walki naruszającymi godność ludzką praktykami.

W systemie uniwersalnym po raz pierwszy zainteresowano się kwestią transplantacji komórek, tkanek i narządów w 1987 roku, kiedy to Czterdzieste Światowe Zgromadzenie Światowej Organizacji Zdrowia determinowane głęboką troską o niebezpieczeństwo komercjalizacji zdecydowało się przystąpić do przygotowania pierwszych wytycznych dotyczących transplantacji. Pierwsza wersja tychże wytycznych została zatwierdzona przez Zgromadzenie w 1991 roku<sup>6</sup> i zawierała 9 zasad przewodnich, które powinny towarzyszyć zabiegom transplantacyjnym. Pięć z przyjętych wówczas zasad odnosiło się do aspektów związanych z korzystaniem z komórek, tkanek i narządów w sposób zapobiegający ich komercjalizacji. W zasadzie piątej wskazano, że ciało ludzkie oraz jego części nie mogą być przedmiotem transakcji handlowych, a otrzymywanie jakichkolwiek odpłat za ich przekazanie powinno być zabronione. Zasada szósta zawierała zakaz reklamy oraz udostępniania ogłoszeń związanych z nabywaniem czy zbywaniem komórek, tkanek i narządów wykorzystywanych do transplantacji. W zasadzie siódmej zawarto gwarancję nieimplemen-

<sup>4</sup> A. A. Aronowitz, E. Isitman, *Trafficking of Human ...*, s. 76-77.

<sup>5</sup> Dz. U. z 2017 r. poz. 1000.

<sup>6</sup> World Health Organisation: *Guiding Principles on Human Organ Transplantation*, Resolution WHA44.25 endorsing the 1991 Guiding Principles, *Lancet* 1991, Jun 15, 337(8755), 1470-1471.

tacji komórek, tkanek i narządów, których źródłem pochodzenia byłyby transakcja handlowa. Zasada ósma odnosiła się do zakazu pobierania przez placówkę medyczną dokonującą zabiegu transplantacyjnych jakichkolwiek opłat, których wysokości przekraczałyby uzasadnione koszty zabiegu. W ostatniej z zasad – dziewiątej – wyrażono postulat przekazywania organów do zabiegów transplantacyjnych w oparciu o kryteria medyczne, a nie finansowe.

Przyjęta w 2010 roku druga wersja zasad<sup>7</sup> została znacząco rozbudowana. Do treści zasady piątej dodany został postulat zakazania zakupu oraz oferowania zakupu komórek, tkanek lub narządów do przeszczepu lub ich sprzedaży przez osoby żyjące oraz przez bliskich osób zmarłych. Podkreślono jednocześnie, że zakaz sprzedaży i nabywania nie wyklucza zwrotu uzasadnionych i możliwych do zweryfikowania wydatków, które poniósłby dawca (chodziło tutaj o dawcę żywego, który naraża się na częściową utratę dochodów) oraz uzasadnionych kosztów, które poniósłby podmiot, w którym dokonywany jest zabieg transplantacyjny. Do zawartego w treści zasady szóstej zakazu reklamy oraz udostępniania ogłoszeń związanych z nabywaniem czy zbywaniem komórek, tkanek i narządów dodano, iż zakaz ten powinien obejmować również krewnych osoby zmarłej w kontekście jej narządów oraz dodano dopuszczalność promowania transplantacji jako takiej. Zasadę siódmą uzupełniono o konieczność powstrzymania się od zabiegów związanych z transplantacją lekarzy i innych pracowników służby zdrowia, którzy powzięliby przypuszczenie, że komórka, tkanka lub narząd zostały uzyskane na skutek zastosowania przymusu. Zasada ósma pozostała niezmieniona, natomiast w zasadzie dziewiątej dodano potrzebę stworzenia odpowiednich procedur celem zabezpieczenia sprawiedliwej i transparentnej procedury przekazywania organów.

Zasady sformułowane dość ogólnie nie stanowiły pełnej odpowiedzi na pojawiające się spektrum problemów transplantacyjnych, w szczególności w ich aspekcie komercyjnym. Dlatego też w 2004 roku Zgromadzenie WHO wezwało państwa członkowskie do podjęcia działań, których efektem byłyby ochrona osób ubogich i słabych przed wykorzystywaniem ich przez podmioty zajmujące się handlem organami. W tym samym roku przyjęta została również na forum Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych rezolucja<sup>8</sup>, w której treści podniesiono konieczność zwrócenia przez państwa uwagi na zjawiska nielegalnego pobierania i handlu organami oraz w której znalazł się postulat powzięcia przez państwa stosownych środków zapobiegania, zwalczania i karania nielegalnego pobierania i handlu ludzkimi organami.

W grudniu 2006 roku, przedstawiciele Towarzystwa Transplantacyjnego spotkali się z przedstawicielami Międzynarodowego Towarzystwa Nefrologicznego oraz zaproszonymi reprezentantami państw i organizacji<sup>9</sup> celem stworzenia wspólnej dekla-

<sup>7</sup> World Health Organization, *Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, Transplantation 2010 Aug 15, 90(3), 229-233.

<sup>8</sup> Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2004, on the report of the Third Committee, 59/156. Preventing, combating and punishing trafficking in human organs, A/59/494.

<sup>9</sup> R. Tabaszewski, *Prawo do przeszczepu i jego ograniczenia w świetle Deklaracji Stambulskiej o obrocie narządami i turystyce transplantacyjnej* (w:) *Wybrane aspekty praw człowieka a bioetyka*, red. A. Białek, M. Wróblewski, Warszawa 2016, s. 131.

racji, która pozwoliłaby zaangażować państwa i podmioty publiczne oraz prywatne w walkę z nieetycznymi i wymagającymi penalizacji praktykami w transplantologii. Finalizacja prac miała miejsce w 2008 roku w Istambule, gdzie przyjęto stosowną deklarację<sup>10</sup>. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej związanej z obrotem komórkami, tkankami i narządami szczególne znaczenie ma punkt szósty deklaracji. Zgodnie z jego treścią państwa zobligowane zostały do zapobiegania możliwości zakupu oraz sprzedaży ludzkich narządów celem dokonania przeszczepu. Wskazano, że zapobieganie to powinno obejmować zarówno praktyki reklamujące, jak i pośrednictwo w zakresie komercjalizacji przeszczepów, handlu organami czy turystyki transplantacyjnej. W ramach realizowania tejże zasady państwa powinny zagwarantować również adekwatne kary za wykorzystywanie do przeszczepów tych narządów, które pochodzą z handlu organami lub kary za dokonywanie przeszczepów w ramach turystyki transplantacyjnej. Szczególną uwagę zwraca się na konieczność ochrony grup wrażliwych (*vulnerable*), czyli ubogich, migrantów, więźniów czy uchodźców, którzy są szczególnie narażeni na stanie się przedmiotem komercyjnego wykorzystania ich organów.

Ostatnim z dokumentów z sfery uniwersalnej, na który warto zwrócić uwagę w kontekście transplantacji, jest rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 2017 roku<sup>11</sup>. Rezolucja ta w szczególności poświęcona została problemowi międzynarodowej współpracy w zakresie przeciwdziałania handlowi ludźmi w celu dokonania transplantacji oraz przeciwdziałania handlowi organami. Zgromadzenie Ogólne wyraziło zaniepokojenie potencjalnym wzrostem możliwości wyzyskiwania przez grupy przestępcze zajmujące się handlem organami osób znajdujących się w trudnych sytuacjach osobistych i materialnych i wezwało państwa członkowskie do rozwijania w ustawodawstwie krajowym sposobów ochrony ofiar handlu ludźmi w celu pobrania narządów oraz podjęcie środków niezbędnych dla ochrony praw i interesów ofiar w trakcie wszystkich etapów postępowania karnego i postępowania sądowego.

Wskazane powyżej dokumenty stanowiły ważny początek dyskusji nad tworzeniem standardów dokonywania zabiegów transplantacyjnych. Ilość zasad odnosząca się do komercjalizacji transplantacji świadczy o tym, iż doskonale zdawano sobie sprawę z niebezpieczeństw, jakie taki obrót może powodować, nie tylko w kontekście możliwych nadużyć, ale również naruszenia fundamentalnych praw człowieka, w tym godności istoty ludzkiej. Istotny problem dotyczy jednak faktu, że są to w dużej mierze instrumenty o charakterze niewiążącym. Jedynie wiążące – choć nie dedykowane – rozwiązanie zawiera art. 3 protokołu o zapobieganiu, zwalczaniu

<sup>10</sup> Deklaracja ta została następnie zrewidowana w 2018 r.; na skutek konsultacji zasady zawarte w jej treści zostały skrócone i uproszczone. Należy jednak uznać, że treścią i duchem odzwierciedlają one założenia twórców wersji pierwotnej, *The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism*, 2018 Edition.

<sup>11</sup> United Nations General Assembly. Strengthening and promoting effective measures and international cooperation on organ donation and transplantation to prevent and combat trafficking in persons for the purpose of organ removal and trafficking in human organs, endorsed in Resolution 71/33, 8 September 2017, A/71/L.80.

oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej<sup>12</sup>, uzupełniającego Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej<sup>13</sup>. Protokół odnosi się do handlu organów w kontekście definicyjnym handlu ludźmi<sup>14</sup>, nie wskazując ani szczególnych form prewencji ani karalności.

W ramach standardów regionalnych pierwsze działania związane z transplantacją rozpoczęły się wcześniej niż na poziomie uniwersalnym i w konsekwencji są również bardziej rozwinięte. Pierwszym dokumentem, który został przyjęty na poziomie Rady Europy była rezolucja z 1978 roku dotycząca harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich związanego z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich tkanek i narządów<sup>15</sup>. W treści tegoż dokumentu znalazła się regulacja dotycząca zakazu oferowania celem osiągnięcia zysku jakichkolwiek substancji pochodzenia ludzkiego, dopuszczono jedynie pobieranie uzasadnionych celem kosztów przeszczepu. Nie zawarto natomiast jasnych wytycznych wskazujących państwom, jakie i w jakim zakresie czyny miałyby podlegać penalizacji. Przez kolejne lata organy Rady Europy skupiły się raczej na kwestii dobrowolności dawstwa czy świadomości ryzyka dawców żywych<sup>16</sup>.

Do problemu handlu powrócono w latach początkowych XX wieku. W roku 2003 Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło rezolucję dotyczącą handlu organami<sup>17</sup>. W jej treści zauważono, że wprowadzenie zakazu handlu narządami jest prawnie ustanowiony w państwach członkowskich Rady Europy, to jednak wiele systemów nadal zawiera luki prawne w tej dziedzinie. Sama odpowiedzialność karana w zakresie handlu organami rzadko jest jasno określona w krajowych kodeksach karnych. Co więcej, zwrócono uwagę na wąskie katalogi osób podlegających odpowiedzialności. Rekomendacja wymaga, aby odpowiedzialność obejmowała nie tylko lekarzy, ale również pośredników, personel szpitalny, pielęgniarski i techników laboratoriów medycznych, którzy angażowaliby się w nielegalną procedurę przeszczepu. Także ci członkowie personelu medycznego, którzy zachęcaliby do „turystyki trans-

<sup>12</sup> Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 160.

<sup>13</sup> Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 158.

<sup>14</sup> Zgodnie z Protokołem o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi „handel ludźmi” oznacza „werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób z zastosowaniem gróźb lub użyciem siły, lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, wprowadzenia w błąd, nadużycia władzy, lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności, lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje jako minimum, wykorzystanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów”.

<sup>15</sup> *Rezolucja Rady Europy z 11 maja 1978 roku dotycząca harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich, związanego z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich tkanek i narządów* (w:) *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 1998, s. 81-86.

<sup>16</sup> Przykładowo przyjęto wówczas: Recommendation No (2001) 5 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists; Recommendation No (98) 2 of the Committee of Ministers to member states on provision of haematopoietic progenitor cells; Recommendation No (97) 16 of the Committee of Ministers to member states on liver transplantation from living related donors.

<sup>17</sup> Parliamentary Assembly Recommendation 1611 (2003) Trafficking in organs in Europe.

plantacyjnej” i udzielali informacji na jej temat powinni podlegać ściganiu i karaniu. Odpowiedzialność obejmować powinna również personel medyczny, który będąc zaangażowany w opiekę nad pacjentami, którzy dokonali zakupu organów, nie powiadomiłby organów służby zdrowia o zaistniałej sytuacji.

W roku 2007 natomiast wydana została rekomendacja Komitetu Ministrów<sup>18</sup>. Rekomendacja, wychodząc od obowiązku zapewnienia przez państwa członkowskie poszanowania godności oraz tożsamości osób biorących udział w procedurach transplantacyjnych, nakłada jednocześnie na nie obowiązek podjęcia wszelkich środków celem zapobieżenia handlowi narządami. W konsekwencji państwa zobligowane zostały do zastosowania instrumentów prawnych, które zakazywałyby handlu ludźmi w celu przeszczepienia narządów lub tkanek oraz handlu samymi narządami i tkankami. Instrumenty te powinny przewidywać zakaz dokonywania przeszczepów z wykorzystaniem tkanek i narządów niewiadomego pochodzenia, czerpanie korzyści finansowanych z wykorzystywanych materiałów biologicznych, reklamowania oraz świadczenie usług związanych z handlem narządami lub tkankami.

Zakres dokumentów o charakterze *soft law* w zakresie transplantacji w porównaniu z ilością dokumentów przygotowywanych przez organy Rady Europy w innych dziedzinach wydaje się być dość ubogi. Należy jednak pamiętać, że z perspektywy obrotu komórkami, tkankami i narządami najistotniejsze znaczenie mają dokumenty o charakterze wiążącym, do których zaliczyć należy Konwencję o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny<sup>19</sup> wraz z jej protokołem dodatkowy z 2002 roku<sup>20</sup> oraz Konwencję Rady Europy przeciwko handlowi organami<sup>21</sup>.

Jeśli chodzi o pierwszy z tych dokumentów, czyli Konwencję o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny (Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie), to należy zauważyć, że zawiera ona wyraźne wskazanie, że wszelkim działaniom z zakresu medycyny powinien przyświecać cel, jakim jest dobro istoty ludzkiej i że zawsze powinno ono być pierwsze, w stosunku do interesu społeczeństwa lub nauki. Oznacza to, że żaden z przepisów Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie nie może być interpretowany w sposób mający na celu zwiększenie wydajności ekonomicznej, instrumentalizację jednostki czy maksymalizację zysku<sup>22</sup>. Bezpośrednio do zakazu osiągnięcia zysku i wykorzystywanie części ciała ludzkiego odnosi się rozdział siódmy Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie. Zawiera on bezwzględny zakaz zakupu oraz sprzedaży

<sup>18</sup> Art. 4, Recommendation Rec(2004)7 of the Committee of Ministers to member states on organ trafficking, adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2004 at the 884th meeting of the Ministers' Deputies.

<sup>19</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No. 164, Oviedo, 4 April 1997.

<sup>20</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, ETS No.186, Strasbourg, 24 January 2002.

<sup>21</sup> Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, Santiago de Compostela, 25 March 2015, Council of Europe Treaty Series - No. 216.

<sup>22</sup> R. Andorno, *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law*, Journal of International Biotechnology Law 2005, nr 2(4), s. 137.

jak również czerpania jakichkolwiek korzyści z ciała ludzkiego bądź też jego części<sup>23</sup>. Państwa mają również obowiązek zapewnić w swoich wewnętrznych systemach prawnych odpowiednie (choć nie wskazano jakie i jak surowe) sankcje w przypadku, gdyby doszło do naruszenia postanowień Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie. Wskazane więc powyżej postanowienia należy uznać za dość ogólne. Wydaje się, że taki sam wniosek wyciągnęły państwa Rady Europy, gdyż w pięć lat po opracowaniu Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie zdecydowały się na przyjęcie dedykowanego problemowi transplantacji tkanek i organów protokołu dodatkowego<sup>24</sup>. W treści protokołu zawarty został zakaz uzyskiwania korzyści finansowych lub innych korzyści porównywalnych do finansowych. Zakaz ten nie obejmuje rekompensaty dla dawcy żywego wynikającej z utraty zarobków spowodowanych udziałem w zabiegu transplantacyjnym oraz konieczności poddawania się nadaniom lekarskim, odpłatności za usługi medyczne lub techniczne powiązane z przeszczepem oraz rekompensaty nadmiernych szkód, które wyniknęłyby z usunięcia narządów lub tkanek od żywych osób. W protokole dodatkowym znalazł się również zakaz zamieszczania ogłoszeń dotyczących dostępności narządów lub tkanek w celu zaoferowania lub uzyskania korzyści finansowej, lub porównywalnej korzyści. Z perspektywy obowiązków prawodawcy krajowego istotna jest również konieczność zapewnienia odpowiedniej sądowej ochrony dla zapobiegania naruszeniom praw określonych przez protokół, możliwości dochodzenia odszkodowań oraz zagwarantowanie odpowiednich sankcji w przypadku naruszenia postanowień protokołu. Kwestia szczegółów dotyczących sankcji, ich rodzaju i wymiaru pozostawiona została, podobnie jak w przypadku wcześniej wskazanych dokumentów, w gestii państw sygnatariuszy.

Trzeci z wiążących dokumentów, czyli Konwencja Rady Europy przeciwko handlowi organami<sup>25</sup> zawiera już bardziej konkretne regulacje z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego konieczne do wdrożenia na poziomie krajowym. W pierwszej kolejności zwrócono uwagę na konieczność podjęcia przez państwa niezbędnych środków ustawodawczych celem uznania umyślnego usunięcia narządów ludzkich od żywych lub zmarłych dawców za przestępstwo. Znamiona czynu przestępnego wypełnia usunięcie organów, które:

- a) odbywa się bez wolnej, świadomej i konkretnej zgody żywego lub zmarłego dawcy udzielonej zgodnie z prawem krajowym,
- b) związane jest z otrzymaniem przez dawcę lub osobę trzecią w zamian za usunięte organy korzyści finansowej lub innej porównywalnej korzyści,
- c) związane jest z otrzymaniem przez osobę trzecią w zamian za usunięte organy osoby zmarłej korzyści finansowej lub innej porównywalnej korzyści<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Art. 21, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.

<sup>24</sup> Należy podkreślić, że z regulacji protokołem wyłączono: narządy i tkanki rozrodcze, narządy i tkanki embrionalne lub płodowe oraz krew i jej pochodne.

<sup>25</sup> Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs.

<sup>26</sup> Z wyjątkiem występujących również w innych dokumentach międzynarodowych włączeń odnoszących się do uzasadnionych wydatków związanych z zabiegiem lub odpowiednimi badaniami lekarskimi bądź też odszkodowaniem.

Strony Konwencji przeciwko handlowi organami zostały również zobowiązane do zapewnienia, że za przestępstwo uznawane będą czyny polegające na pobieraniu narządów ludzkich od osób żywych lub od zmarłych także w przypadku, gdy samo pobranie miało miejsce poza systemem krajowym lub gdy pobranie odbywa się z naruszeniem podstawowych przepisów krajowych. Penalizowane powinny być również sytuacje związane z niezgodnym z prawem usunięciem narządów bez względu na to czy dokonano, czy też nie dokonano ich transplantacji. Kryminalizacja powinna objąć również nagabywanie, rekrutację, oferowanie i domaganie się nienależnych korzyści dokonywane przez dawcę lub biorcę narządów. Osobną regulację stanowić powinna karalność przewidziana dla zaangażowanych w procedury nielegalnej transplantacji pracowników służby zdrowia, urzędników związanych ze służbą zdrowia lub osób, które pracują dla podmiotów sektora prywatnego i uczestniczą w nielegalnych pobraniach i przeszczepach organów. Przestępstwa te powinny być traktowane jako przestępstwa popełnione umyślnie. Państwa mają także obowiązek objęcia karalnością przygotowania, transportu, przechowywania, przekazywania, odbioru przewozu i wywozu usuniętych narządów ludzkich w przypadku dopuszczenia się tych działań umyślnie. Karalność za wskazane czyny powinna obejmować również pomocnika, podżegacza i osobę, która usiłuje popełnić to przestępstwo.

Konwencja przeciwko handlowi organami zobowiązuje również państwa – strony do podjęcia środków ustawodawczych celem zapewnienia, by przestępstwa przewidziane w Konwencji były zagrożone sankcjami skutecznymi, proporcjonalnymi i mającymi moc odstraszącą. Wśród katalogu przewidzianych w Konwencji sankcji dla podmiotów gospodarczych znajdują się: czasowy lub stały zakaz prowadzenia działalności handlowej, umieszczenie podmiotu pod nadzorem sądowym oraz sądowy nakaz likwidacji. Ponadto państwa zobowiązują się do zapewnienia mechanizmu pozwalającego na konfiskatę dochodów z przestępstwa oraz rozwiązań pozwalających na czasowe lub stałe zamknięcie podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, który był wykorzystywany do celów popełnienia przestępstw zawartych w Konwencji. W treści Konwencji przewidziane również zostały regulacje odnoszące się do kwalifikowanych form popełnienia przestępstwa handlu organami. Za okoliczności obciążające (dla których wymagana jest również wyższa karalność) uznano sytuację, w których:

- a) przestępstwo spowodowało śmierć lub poważne uszkodzenie zdrowia fizycznego lub psychicznego ofiary;
- b) przestępstwo zostało popełnione przez osobę, która się dopuściła nadużycia swojego stanowiska;
- c) przestępstwo zostało popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej;
- d) sprawca został wcześniej skazany za przestępstwa określone w treści Konwencji;
- e) przestępstwo zostało popełnione przeciwko dziecku lub osobie należącej do grupy osób szczególnie wrażliwych (*vulnerable*)<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Art. 13, Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs.



Podkreślono także konieczność zapewnienia przez państwa-strony uwzględnienia skazań odnoszących się do przestępstw określonych w przeciwko handlowi organami w postępowaniach, które były wcześniej prowadzone w innych państwach - stronach Konwencji

Konwencja zawiera również cały szereg wymogów dotyczących regulacji o charakterze proceduralnym. Po pierwsze, państwa mają zapewnić środki ustawodawcze celem zapewnienia, że ściganie przestępstw określonych w Konwencji przeciwko handlowi organami nie będzie uzależnione od złożenia indywidualnej skargi (oskarżenie prywatne) oraz że postępowania będą się toczyły nawet w przypadku wycofania skargi. Po drugie, zapewnione mają zostać środki ustawodawcze celem zapewnienia dochodzenia i ścigania przestępstw określonych w wspomnianej Konwencji. Po trzecie, konieczne będzie opracowanie i wdrożenie na poziomie prawodawstwa krajowego skutecznych mechanizmów współpracy międzynarodowej między stronami Konwencji. W tym celu strony powinny rozwinąć chociażby system umów ekstradycyjnych oraz mechanizmy wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych dotyczących przestępstw przewidzianych w Konwencji.

Powyższe regulacje stanowią obecnie najbardziej kompleksowe rozwiązanie związane z przeciwdziałaniem, wykrywaniem oraz ściganiem sprawców przestępstw handlu organami. Fakt przyjęcia tego rozwiązania na poziomie regionalnym w ramach zbliżonych struktur organizacyjnych jakie charakteryzują państwa europejskie daje pewne szanse osiągnięcia sukcesu. Od poziomu ratyfikacji i dynamiki zmian prawodawstwa krajowego zależeć będzie jednak skuteczność jej postanowień.

Prawodawca polski zdecydował się uregulować kwestie dotyczącego karalności obrotu komórkami, tkankami i narządami w rozdziale 10 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, konkretnie w art. 44. Artykuł ten ma za przedmiot ochrony godność istoty ludzkiej<sup>28</sup>. Jak słusznie wskazuje V. Konarska-Wrzošek przestępstwo z tego artykułu jest „przestępstwem o alternatywnie określonych czynnościach wykonawczych, które mogą być realizowane samodzielnie lub łącznie przez tego samego sprawcę”<sup>29</sup>. W konsekwencji takiej interpretacji zachowaniem przestępnym jest: nabywanie komórki, tkanki lub narządu; zbywanie komórki, tkanki lub narządu; pośredniczenie w nabyciu lub zbyciu komórki, tkanki lub narządu; branie udziału w pobieraniu komórek, tkanek lub narządów; branie udziału w przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów; branie udziału w zastosowaniu u ludzi komórek lub tkanek; branie udziału w udostępnianiu pobranych, wbrew przepisom ustawy, komórek, tkanek lub narządów pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich – jeśli sprawca czyni to w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej. Wskazane czyny dotyczą zarówno komórek, tka-

<sup>28</sup> E. M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym. Studium prawnoporównawcze*, Białystok 2008, s. 310.

<sup>29</sup> V. Konarska-Wrzošek, *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu*, (w:) *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. Bojarski, Warszawa, s. 528.

nek i narządów własnych oraz cudzych. Jest to istotna zmiana, gdyż do 2017 roku<sup>30</sup>, penalizacja obejmowała jedynie działania podejmowane wobec innych osób, natomiast zbycie własnych komórek, tkanek i narządów nie było objęte karalnością. Art. 44 przewiduje również karalność osób biorących udział w pobieraniu, przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów, które to komórki, tkanki i narządy zostały uzyskane wbrew przepisom niniejszej ustawy. Dla karalności nie ma znaczenia fakt czy komórki, tkanki i narządy pochodzą od dawców żywych czy zmarłych. Popęlenie wskazanych czynów zagrożone jest karą pozbawienia wolności. Karę tę orzeka się w wymiarze od 6 miesięcy do 5 lat.

Ustawodawca przewidział również możliwość zastosowania przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia. Taka sytuacja będzie miała miejsce, gdy sprawca czynu polegającego na uzyskaniu korzyści majątkowej lub osobistej, nabywaniu, zbywaniu, pośredniczeniu w nabyciu lub zbyciu komórki, tkanki lub narządu bądź braniu udziału w pobieraniu, przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów, zastosowaniu u ludzi komórek lub tkanek lub udostępnianiu pobranych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich działał w związku z krytycznym położeniem, w którym znajdował się on sam lub osoba mu najbliższa<sup>31</sup>. Przepisy prawa karnego nie odnoszą się bezpośrednio do pojęcia „krytycznego położenia”. W doktrynie można spotkać się ze stanowiskiem, że „krytyczne położenie” zachodzi „w wypadku wielkiego niebezpieczeństwa dla jednego z dóbr danej osoby”<sup>32</sup> lub powiązane jest z sytuacją ekonomiczną danej osoby<sup>33</sup>. Nowsze podejście wskazuje, że sytuacja krytycznego położenia to „dramatyczna sytuacja życiowa w jakiej znalazła się określona osoba – zagrażająca jej egzystencji”<sup>34</sup>. Wykładni znamienia krytycznego położenia dokonał także SN w wyroku z 5 lutego 2009 r. wskazując, że „krytyczne położenie” to taka sytuacja, w której osobie, znajdującej się w nim, realnie grozi doznanie poważnego uszczerbku lub dolegliwości, niebezpieczeństwu temu zaś zapobiec może odpowiednie zachowanie się sprawcy”<sup>35</sup>. Z uwagi na fakt, że mamy do czynienia z przestępstwem penalizowania korzyści majątkowych należy przyjąć – choć nie bezrefleksyjnie – że pojęcie krytycznego położenia będzie w przeważającej ilości przypadków związane z wysoce trudną sytuacją materialną. Zaistnienie

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. 2017 poz. 798, art. 1, pkt 29.

<sup>31</sup> Należy zgodzić się z V. Konarską-Wrzošek, że krąg osób najbliższych – na gruncie prawa karnego – określa art. 115 § 11 KK mający zastosowanie w zw. z art. 116 KK. Zalicza się do tego kręgu: małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwo, osobę powinowatą w tej samej linii i stopniu, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz jej małżonka, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu. Krąg ten ma więc charakter zamknięty.

<sup>32</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 302.

<sup>33</sup> K. Sobolewski, A. Laniewski, *Polski Kodeks Karny wraz z prawem o wykroczeniach, przepisami wprowadzającymi i utrzymaniami w mocy przepisami kodeksu karnego austriackiego, niemieckiego, rosyjskiego i skorowidzem. Komentarz*, Lwów 1932, s. 108.

<sup>34</sup> V. Konarska-Wrzošek (w:), *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2018, s. 909.

<sup>35</sup> Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 5 lutego 2009 r. II KK 251/08.

„krytycznej sytuacji” skutkować będzie możliwością zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia.

W kodeksie karnym uwzględniono również okoliczność uzasadniającą podwyższenie minimalnej i maksymalnej kary pozbawienia wolności odpowiednio od roku do 10 lat. Uzasadnia ją sytuacja, w której sprawca uczynił sobie z popełnienia omawianego przestępstwa stałe źródło dochodu.

Z przestępstwem obrotu komórkami, tkankami i narządami związana jest również karalność rozpowszechniania informacji o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu. W efekcie wspomianej już nowelizacji z 2017 roku usunięto z omawianego przepisu określenie „w celu ich przeszczepienia”. Zmiana ta wydaje się zasadna, gdyż nie tylko sytuacje, które faktycznie zakończyłyby się zabiegiem transplantacji powinny podlegać karalności, a wszelkie działania, które ingerowałyby w integralność jednostki sprzeczne z prawem. Podmioty, które dopuściłyby się wskazanych czynów podlegać będą karze ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku.

Analiza przepisów prawnych, które po licznych nowelizacjach są w Polsce obecnie obowiązujące, pozwala stwierdzić, że poprawnie i dość szeroko uregulowano kwestię odpowiedzialności za sytuacje związane z transplantacją organów zarówno od osób żywych jak i zmarłych. Podkreślić, należy, że zarówno doktrynę jak i opinię powszechną bardziej interesują aspekty karnoprawne transplantacji związanych z bezpośrednią sprzedażą własnych organów, ewentualnie pośredniczeniem w tego typu transakcjach.

Jak pokazuje praktyka i prace organów międzynarodowych problem jest jednak znacznie bardziej złożony. Po pierwsze, wiele z postulowanych czynów nie doczekało się szczególnej regulacji odnoszącej się do ich karalności. Przykładem może być chociażby to, że w większości przypadków analizuje się jedynie odpowiedzialność lekarzy, ewentualnie pielęgniarek całkowicie pomijają pozostały personel: analityków, laborantów czy w kontekście zabiegów dokonywanych za granicą także urzędników, którzy mogliby powziąć podejrzenie, że świadczenia zdrowotne, których refundację prowadzą faktycznie stanowią „ukryte” i sprzeczne z prawem procedury transplantacyjne. Po drugie, wykorzystanie komercyjne komórek, tkanek i narządów to również kwestia możliwości użycia ich do produkcji bioplantów czy po prostu nieuprawnionego wykorzystania ludzkiego materiału biologicznego do badań. Sprawy łotewskie, którymi zajmował się Europejski Trybunał Praw Człowieka pokazują, że obrót może dotyczyć nie tylko konkretnego narządu, ale również tkanek<sup>36</sup>. Z uwagi na fakt, że dla ich produkcji wykorzystuje się jedynie niewielkie elementy tkankowe, fakt ich pobrania i wykorzystania może być niezauważony, a „odpłatność” nie zawsze przyjmuje

<sup>36</sup> Sprawa Elberte przeciwko Łotwie, skarga nr 61243/08, orzeczenie z dnia 13 stycznia 2015, Sprawa Petrova przeciwko Łotwie, skarga nr 4605/05, orzeczenie z dnia 24 czerwca 2014; szerzej: A. Wedel-Domaradzka, *Znaczenie zgody w transplantacji organów - między standardem międzynarodowym, regulacjami Unii Europejskiej a prawodawstwem krajowym. Rozważania na tle sprawy „Elberte przeciwko Łotwie”* (w:) *Unia Europejska a prawo międzynarodowe: Księga Jubileuszowa dedykowana prof. Elżbiecie Dynti*, red. L. Brodowski, D. Kuźniar-Kwiatkiewicz, Rzeszów 2015, s. 379-388.

postać pieniędzy. Po trzecie, brakuje rozwiązań dotyczących penalizacji czynów popełnionych za granicą w efekcie tzw. „turystryki transplantacyjnej”. Być może, w tym zakresie warto byłoby odpowiedzieć na postulat wprowadzenia karalności osób, zaangażowanych w opiekę nad pacjentami, którzy dokonali zakupu organów i nie powiadamiają o tym organów służby zdrowia. Po czwarte, przewidziano wprawdzie surowszą karalność w przypadku wykorzystania czyjegoś „krytycznego położenia”, nie uwzględniono jednak stosunków zależności, jakie zachodzić mogą np. między dziećmi a ich opiekunami lub osobami z grup wrażliwych a osobami zobowiązanymi do ich wspierania. Po piąte, nieuregulowaną sferą pozostają również szkolenia kadawerowe. Szkolenia te prowadzone są przez prywatne podmioty i wykorzystują materiał biologiczny. Z jednej strony są one wysoce pożądane przez lekarzy. Jak bowiem wskazują J. Barcik, Ł. Pilarz „ciało ludzkie jest najlepszym atlasem anatomii i w procesie nauki trudno je zastąpić plastikowym substytutem (...)”<sup>37</sup>, jednak sposób ich pozyskiwania jest niejasny<sup>38</sup>. Polskie prawo nie zna tego sposobu pozyskiwania zwłok ludzkich lub ich fragmentów dla celów szkoleniowych prowadzonych przez prywatne firmy. Niedawna nowelizacja ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>39</sup> dopuszcza jedynie, by zwłoki niepochowane mogły być przekazane do celów dydaktycznych i naukowych uczelni medycznej lub innej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i naukową w zakresie nauk medycznych lub federacji podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki prowadzącej działalność naukową w zakresie nauk medycznych<sup>40</sup>.

Wydaje się pożądanym zwrócenie uwagi na większe możliwości dokonywania pobierania i przechowywania tkanek organów i narządów. Z pewnością konieczność wysokiej profesjonalizacji miejsc, w których dokonywane mogą być zabiegi transplantacyjne pozytywnie wpływa na kontrolę, jaką procedury te są objęte. Z drugiej strony pamiętać należy o dużej niejednorodności, jeśli chodzi o zasobność poszczególnych państw i mieszkających w nich osób. Duże różnice ekonomiczne sprzyjają mogą sytuacjom, w których dochodzić będzie do nadużyć. Wprawdzie dopuszczalność przyjęcia gratyfikacji pieniężnej dla dawcy za dokonanie pobrania odrzucana jest przez bioetykę idealistyczną ze względu na przyjęte założenie godności człowieka<sup>41</sup>, jednak założenia etyczne w sytuacjach trudnych, czy ekstremalnie kryzysowych mogą okazać się niewystarczające.

<sup>37</sup> J. Barcik, Ł. Pilarz, *Wykorzystanie zwłok i szczątków ludzkich przez studentów do celów dydaktycznych a przestępstwo znieważenia zwłok z art. 262 §1 k.k.*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2016, z. 4, s. 87.

<sup>38</sup> Firmy pozyskujące kadawery wskazują, że są one praktycznie nie do uzyskania w Polsce, dlatego też celem szkoleń pozyskuje się je za granicą. Jak wskazują organizatorzy szkoleń ich dawcy przekazali je dobrowolnie i bez gratyfikacji finansowych, za: *Kadawery na CEDE 2017 bez cienia strachu* (w:) <http://www.cedenews.pl/kadawery-bez-cienia-strachu>, (dostęp dnia: 10.05.2019 r.).

<sup>39</sup> Art. 3, Ustawa z dnia 3 lipca 2018 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz.U. z 2018 r. poz. 1669.

<sup>40</sup> Art. 10 ust. 2, Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 912.

<sup>41</sup> P. Szudejko, *Rozwój biologii i medycyny w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2018, s. 296.

Z perspektywy polskiego porządku prawnego, należy jeszcze dodać, że dużym problemem w zakresie sprawnego i skutecznego systemu przeciwdziałania oraz pociągania do odpowiedzialności sprawców przestępstw związanych z obrotem komórkami, tkankami i narządami pozostają liczne zaległości ratyfikacyjne RP w sprawach o charakterze bioetycznym<sup>42</sup>. Nie należy spodziewać się w tym zakresie szybkiej zmiany, tym samym regulacje krajowe dotyczące karalności mogą pozostać niezmiennione. Pewną szansą wydają się w tym zakresie być jedynie inicjatywy współpracy międzypaństwowej w zakresie przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej.

---

<sup>42</sup> Szczególnie: Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine oraz Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs.