



You have downloaded a document from  
**RE-BUŚ**  
repository of the University of Silesia in Katowice

**Title:** Polskie prawo karne wobec problemów etycznych związanych z transplantologią

**Author:** Olga Sitarz

**Citation style:** Sitarz Olga. (2019). Polskie prawo karne wobec problemów etycznych związanych z transplantologią. "Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" (2019, nr 1, s. 51-62).



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersytet ŚLĄSKI  
W KATOWICACH



Biblioteka  
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki  
i Szkolnictwa Wyższego

**Olga Sitarz<sup>1</sup>**

Uniwersytet Śląski w Katowicach

## Polskie prawo karne wobec problemów etycznych związanych z transplantologią

### 1. Wstęp

Transplantologia to dziedzina medycyny, która ratuje życie jednych dzięki śmierci bądź okaleczeniu ciał drugich<sup>2</sup>. Wiąże się z nią zatem wiele pytań i wątpliwości. W skrajnych wypowiedziach przywołuje się nawet terminy: „neokanibalizm” czy „kanibalizm medyczny”, ponieważ i tu następuje przyjęcie fragmentów obcego ciała<sup>3</sup>.

Nie jestem lekarzem, filozofem ani etykiem. Jestem prawnikiem, karnistą. Próbuję zatem jedynie ustalić, jaką odpowiedź na pytania etyków w zakresie transplantacji daje (polskie) prawo karne i czy ta odpowiedź uwzględnia argumentację etyczną. Prawo nie rozwiązuje problemów etycznych, jednak musi ustanowić określoną regułę postępowania – normę również i dla tych sytuacji, które są przedmiotem sporów.

Celem niniejszej publikacji jest skatalogowanie obecnych problemów etycznych<sup>4</sup> związanych z transplantologią i skonfrontowanie ich z przepisami prawnokarnymi, z których można wywieść normy zakazujące określonego zachowania odnośnie do procedury przeszczepów. Punktem wyjścia do tej analizy będzie uwzględnienie podstawowych zasad etycznych wymaganych zarówno w procesie leczenia w ogólności, jak i w transplantologii w szczególności. Już w tym miejscu należy zauważyć, że poglądy wielu etyków są silnie powiązane, czy nawet wywodzą się z etyki chrześcijańskiej, dlatego też czasami stanowisko religii dominującej w Polsce musi być zaprezentowane.

### 2. Podstawowe zasady etyki medycznej a transplantacja

Istota transplantologii, tak obrazowo scharakteryzowana w wypowiedzi Marii Nowackiej przytoczonej w pierwszym zdaniu publikacji, powoduje, że dylematy pojawiają się już

<sup>1</sup> Numer ORCID: 0000-0002-2075-3507. Adres e-mail: [olga.sitarz@us.edu.pl](mailto:olga.sitarz@us.edu.pl)

<sup>2</sup> M. Nowacka, *Etyka transplantacji*, w: J. Różańska, W. Chańska (red.), *Bioetyka*, Warszawa 2013, s. 232.

<sup>3</sup> B. Wolniewicz, *Neokanibalizm*, „Res Publica” 1991/9–10, s. 116–117.

<sup>4</sup> Wskazane problemy należy zaliczyć do tzw. etyki stosowanej („następczyni” etyki szczegółowej), której znaczenie omawia m.in. B. Chyrowicz, *Etyka stosowana – rozwój czy kryzys refleksji etycznej?*, w: B. Chyrowicz (red.), *Transplantacje: spór o dar*, Lublin 2011, s. 105–145. Por. też przywołaną przez autorkę definicję etyki stosowanej (s. 117), zgodnie z którą etyka stosowana to systematyczny namysł nad problemami moralnymi, które pojawiają się w poszczególnych obszarach ludzkiej działalności.

na tle podstawowych zasad etyki medycznej. Jest tak, gdyż medycyna (łac. *medicina* – „sztuka lekarska”) to nauka empiryczna obejmująca całość wiedzy o zdrowiu i chorobach człowieka oraz sposobach ich zapobiegania oraz ich leczenia<sup>5</sup>. Pewna sprzeczność jest zatem wpisana w transplantologię jako dział medycyny.

Znamienną ilustracją wątpliwości, a przy tym zmiany stanowiska co do dopuszczalności transplantacji są poglądy przedstawicieli Kościoła katolickiego. Jak wskazuje Tomasz Stec, gdy pojawiły się pierwsze próby transplantacji organów, początkowo wypowiedzi papieży na ten temat były bardzo ostrożne, a nawet krytyczne. Przywołuje on słowa papieża Piusa XI, który w encyklice *Casti connubi* wskazał: „poszczególne części swego ciała tylko do tych celów rozporządza, do których przez przyrodę są przeznaczone. Nie można ich niszczyć lub kaleczyć lub w jaki inny sposób udaremniać naturalnego ich przeznaczenia, chyba że tego wymaga zdrowie ciała całego”. W komentarzu do powyższych słów T. Stec zauważył, że w ówczesnym rozumieniu ciało człowieka było zatem jego własnością i nie wolno było go nigdy okaleczać. Chociaż w samej encyklice nie ma jeszcze mowy o transplantacji, wyczuwalne zdaje się być – zdaniem autora – negatywne podejście do poświęcania części swojego ciała dla kogoś innego. Jeszcze mocniej stanowisko to potwierdził zdaniem T. Steca papież Pius XII, który w 1953 r., w przemówieniu do lekarzy powiedział: „pacjent, jak każda jednostka, nie ma prawa dysponowania swoim życiem, integralnością swego organizmu i poszczególnymi organami i ich naturalnymi funkcjami, o ile nie służy to dobru całego organizmu”. Dopiero Jan Paweł II docenił publicznie osiągnięcia medycyny transplantacyjnej, formułując jej wymogi etyczne w encyklice *Evangelium vitae*<sup>6</sup>.

W piśmiennictwie medycznym i etycznym formułuje się kilka podstawowych zasad postępowania medycznego, które bezpośrednio rzutują na postępowanie transplantacyjne<sup>7</sup>:

- 1) Zasada nieuszkodzenia (wyrażana poprzez znane paremie: *primum non nocere, salus aegroti suprema lex*), innymi słowy: zakaz wyrządzenia krzywdy<sup>8</sup>. Zasada ta w czystej postaci jest nie do pogodzenia z podstawowymi założeniami transplantacji *ex vivo*, a jedynie można usprawiedliwiać jej naruszenie. Oczywiście można argumentować, że ryzyko np. dla dawców nerek jest bardzo małe (zaledwie 0,5% przeszczepów kończy się dla dawców powikłaniami<sup>9</sup>), niemniej jednak bez cienia wątpliwości tego typu ingerencja chirurgiczna nie służy zdrowiu dawcy.
- 2) Zasada dobroczynienia (maksymalizacji korzyści dla pacjenta) jest odbiciem zasady nieuszkodzenia. Rodzi więc te same konsekwencje jak pierwsza z wymienionych zasad. Brak jest możliwości jej przestrzegania w przypadku pobrania organu od żywego dawcy.
- 3) Zasada nienaruszalności (całkowity zakaz okaleczenia), która z biegiem czasu przekształciła się w zasadę całościowości. Dopuszczalne stało się okaleczenie

<sup>5</sup> K. Zieliński, H. Zalewska-Jura, *Słownik pochodzenia nazw i określeń medycznych. Antyczne i nowożytne dzieje chorób w ich nazwach ukryte*, Bielsko-Biała 2004, s. 353.

<sup>6</sup> Tak: T. Stec, *Donacja organów a logika daru. Chrześcijańskie spojrzenie na problem transplantacji*, „Tarnowskie Studia Teologiczne” 2016/2, s. 128–129.

<sup>7</sup> M. Nowacka, *Etyka...*, s. 225; K. Kowal, *Między altruizmem a egoizmem. Społeczno-kulturowe uwarunkowania przeszczepów rodzinnych*, Toruń 2011, s. 92–155.

<sup>8</sup> Wyjątkowo, zdaniem Stanisława Olejnika, jest dopuszczalne pobranie nerki od zbrodniarza skazanego na śmierć (a pobranie byłoby formą kary). S. Olejnik, *W kręgu moralności chrześcijańskiej. Studia i szkice*, Warszawa 1985, s. 311. Cyt. za: K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 113.

<sup>9</sup> Dane z 2002 r. za: K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 104.

ciała pacjenta, gdy służyło to jego zdrowiu<sup>10</sup>. Następnie zmodyfikowano i tę postać omawianej zasady, tworząc zasadę całości rozszerzonej. Wychodząc z założenia, że zdrowie to też korzyść „moralna” lub korzyść duchowa czy psychiczna, uznano, iż pobranie organu, chociaż okalecza ciało, jest *per saldo* aktem neutralnym lub nawet pozytywnym dla dawcy, który czerpie korzyść psychiczną z faktu uratowania życia ludzkiego. Zdaniem niektórych autorów przy takim ujęciu nie zostają naruszone również wyżej wspomniane zasady *primum non nocere* oraz *salus aegroti suprema lex*<sup>11</sup>.

- 4) Zasada szacunku dla autonomii pacjenta oznacza przede wszystkim zakaz przymuszania chorego do poddawania się terapii, wynikając z nakazu uszanowania autonomicznej decyzji pacjenta. W literaturze przedmiotu zasadę tę odnosi się przede wszystkim do zakazu wymuszenia zgody na pobranie organu do przeszczepu. Bardzo rzadko w tym kontekście podejmuje się problem zgody na odpłatne odstąpienie organu. W świetle tej zasady pojawia się zagadnienie wyrażania zgody na dawstwo organu po śmierci, mianowicie, czy zgoda taka musi być wyraźna czy wystarczy dorozumiana<sup>12</sup>. O wiele trudniej jest jednak znaleźć odpowiedź na pytanie, związane z autonomią dawcy – jak daleko może być posunięta jego autonomia? Czy można ryzykować lub poświęcać życie? Przykładowo Kościół katolicki nie pozwala na ryzykowanie życiem przy przeszczepach<sup>13</sup>.

Odrębną kwestią związaną z autonomią pacjenta jest zgoda biorcy. W tym kontekście pojawiają się pytania na temat zakresu udzielonej mu przed zabiegiem informacji. Ponadto wspomina się o tzw. tyranii daru, czyli silnego poczucia obowiązku odwdzięczenia się dawcy. Badania socjologiczne wskazują, że ta wyjątkowo głęboka potrzeba odwdzięczenia się występuje niezależnie od tego, czy dawca i biorca są ze sobą spokrewnieni, a nawet niezależnie od tego, czy narząd przekazany był w formie czystego daru czy też w drodze sprzedaży. Mowa jest o poczuciu niesplącalnego długu wdzięczności<sup>14</sup>.

- 5) Zasada sprawiedliwości podkreśla jednakowe traktowanie wszystkich pacjentów, a w sferze społecznej oznacza to, że jednym z założeń jest zapewnienie równego dostępu do opieki społecznej. W przypadku transplantacji powinien być zachowany równy dostęp do organów nadających się do przeszczepu dla każdego pacjenta oczekującego.

Swobodnym uzupełnieniem wskazanych zasad, bardzo aktualnym w przestrzeni transplantacyjnej, jest zgłaszana w piśmiennictwie obawa przed efektem *domina* („równi pochyłej”). Ta dość złożona kwestia, wymagająca rozległych rozważań została obrazowo przedstawiona przez Bogusława Wolniewicza. Według niego wszystko zaczęło się od transfuzji krwi, a skończy się transplantacją mózgu<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Co potwierdził mocą swojego urzędu Pius IX.

<sup>11</sup> K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 109. Nie ma jednak pełnej zgody co do takiej interpretacji.

<sup>12</sup> Ponieważ w wypowiedziach Kościoła mowa jest o wyraźnej zgodzie pacjenta (biorcy i dawcy), oznacza to, że stosowane w polskiej ustawie transplantacyjnej rozwiązanie zgody domniemanej dawcy (braku sprzeciwu) pozostaje w rozdzwiku z takim wymogiem, Ks. P. Morciniec, *Kościół katolicki o przeszczepach*, „Pastores” 2013/1, s. 137–145. Równocześnie w publikacjach autorów chrześcijańskich powtarza się cecha powinności oddania narządu do transplantacji (zgodnie z założeniem, że miłość jest powinnością), K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 125–126.

<sup>13</sup> Katechizm Kościoła Katolickiego, kanon 2296.

<sup>14</sup> M. Nowacka, *Etyka...*, s. 227–228.

<sup>15</sup> B. Wolniewicz, *Neokanibalizm...*, s. 117.

### 3. Problemy etyczne związane z niedoborem tkanek i organów do przeszczepów

Obok wskazanych powyżej podstawowych zasad etyki medycznej niejednokrotnie formułuje się szczegółowe zasady, odnoszące się już bezpośrednio do samej transplantacji. Dają się one oczywiście powiązać z wyżej wymienionymi, jednak ze względu na ich charakter i związek z problemem niedoboru tkanek i organów do przeszczepów wymieniane są odrębnie<sup>16</sup>:

- 1) Zasada ograniczeń przedmiotowych, zgodnie z którą można przeszczepiać tylko narządy parzyste lub odnawialne. Jednak niektóre religie wyznawane w Polsce granice te wyznaczają inaczej: Świadkowie Jehowy formułują zakaz przetaczania krwi, chrześcijanie – zakaz przeszczepiania męskich i żeńskich gruczołów płciowych<sup>17</sup>. Szczególny charakter ma jednak zakaz transplantacji prowadzącej do nieśmiertelności, wyraźnie werbalizowany przez luteranów, chociaż nieobecny innym wyznaniom chrześcijańskim<sup>18</sup>.
- 2) Zasada ograniczeń podmiotowych, zgodnie z którą w zależności od rodzaju transplantacji krąg dawców i biorców jest znacznie ograniczony (np. do rodziny czy osób, które łączą więzy emocjonalne).
- 3) Zasada oznaczania niewątpliwej śmierci dawcy przy transplantacji *ex mortuo* (tzw. kryterium śmierci), która jest silnie związana z medycyną i jej ustaleniami.
- 4) Jako najpoważniejszy i mimo istniejących rozlicznych regulacji prawnych, wciąż czekający na rozwiązanie, jawi się problem komercjalizacji pobierania organów i tkanek do przeszczepu. Zakaz komercjalizacji został sformułowany w aktach prawa międzynarodowego<sup>19</sup>. Przykładowo art. 21 Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny<sup>20</sup> (potocznie zwanej Konwencją Bioetyczną) stanowi: „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić źródła zysku”. Również w samej Unii Europejskiej opracowano szereg dokumentów podkreślających niekomercyjny charakter donacji w celu transplantacji, dopuszczając jedynie rekompensatę związaną ze zwrotem wydatków oraz zadośćuczynieniem za niewygody związane z oddaniem tkanek i komórek<sup>21</sup>. Podobny zakaz ustanowił polski ustawodawca. W art. 3 ustawy z 1.07.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów<sup>22</sup> wskazał on, że za pobrane od dawcy komórki, tkanki lub narządu nie można żądać ani przyjmować zapłaty, innej korzyści majątkowej lub korzyści osobistej. Warto zauważyć, że zakaz komercjalizacji obowiązuje na całym świecie, poza Iranem, gdzie wynagrodzenie wypłaca państwo

<sup>16</sup> K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 130–158.

<sup>17</sup> K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 141.

<sup>18</sup> „Przeszczepy traktujemy jako metodę leczenia i ratowania życia, a nie jako element chirurgii plastycznej czy sposób na nieśmiertelność. Zwłaszcza to drugie stoi w sprzeczności z wiarą w zmartwychwstanie. Wszystko co się rodzi, musi umrzeć”. *Oświadczenie Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w RP w sprawie transplantacji i dawstwa organów*, [http://www.luteranie.pl/o\\_naszym\\_kosciele/oswiadczenia\\_kosciola/w\\_sprawie\\_transplantacji\\_i\\_dawstwa\\_organow.html](http://www.luteranie.pl/o_naszym_kosciele/oswiadczenia_kosciola/w_sprawie_transplantacji_i_dawstwa_organow.html), dostęp: 21.07.2016 r.

<sup>19</sup> K. Soroka, *Komercjalizacja ciała ludzkiego*, w: Z. Lasocik, E. Rekosz (red.), *Handel narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*, Warszawa 2011, s. 14–16.

<sup>20</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, zawarta 4.04.1997 r. w Oviedo, [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/ETS164Polish.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf), dostęp: 7.04.2019 r.

<sup>21</sup> Szerzej na ten temat: E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 67–96.

<sup>22</sup> Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1000 ze zm., dalej: „u.p.k.t.n.”.

(co, zdaniem niektórych, skutecznie wyeliminowało listy oczekujących na organ). Jako swego rodzaju alternatywa pojawia się postulat nagrody<sup>23</sup>, który jednak nie został powszechnie zaakceptowany.

Zakaz komercjalizacji jest motywowany przeświadczeniem, że jedyną podstawą transplantacji powinny być zachowania altruistyczne (organ ma być darem)<sup>24</sup>, a komercjalizacja spowoduje zanik postaw altruistycznych<sup>25</sup>. S. Olejnik wskazuje, że zakaz ten został sformułowany z obawy przed wzrostem zachowań przestępczych i obawą przed nadużyciami ze strony lekarzy<sup>26</sup>. Ostatnim wspomnianym już argumentem, chociaż mającym zasadnicze znaczenie dla zwolenników zakazu komercjalizacji, jest poszanowanie godności człowieka<sup>27</sup>.

Na marginesie chciałabym pozostawić spór o klonowanie terapeutyczne tkanek i organów, który swój początek bierze z dylematów związanych ze statusem zarodka jako osoby ludzkiej. Nie ma też miejsca na zajęcie się zagadnieniami związanymi z transplantacją ksenogeniczną, dopuszczalną przez prawo polskie<sup>28</sup>, a sprzeczną np. z etyką chrześcijańską<sup>29</sup> lub stanowiskiem obrońców praw zwierząt<sup>30</sup>.

#### 4. Prawo karne wobec wyzwań etyczno-moralnych w zakresie transplantacji

Rozważania bioetyczne często skłaniają do pytania, czy etyka (deontologia) lekarska ma podążać za rozwojem techniki czy też odwrotnie – technika ma podążać za etyką<sup>31</sup>. Wydaje się, że pytanie to jest błędnie postawione, gdyż w założeniu takiego pytania obecne jest założenie o niezgodności między etyką a technologią. Nie ma wątpliwości, że myśl etyczna musi się rozwijać, ale powinna rozwijać się również technologia. Porzucamy zatem czasem pewne założenia (np. Hipokrates nie dopuszczał operacji) nie dlatego, że są sprzeczne z technologią (operacje stały się możliwe), ale dlatego, iż założenia te okazały się błędne. Etyka jest dynamicznie rozwijającą się dziedziną i wymaga uwzględnienia postępu nauki i zmian społecznych. Jednak w konsekwencji tych zmian społeczeństwa muszą opracować gwarancje przestrzegania podstawowych jej zasad<sup>32</sup>. W literaturze podkreśla się przy tym, że im bardziej utylitarny jest stosunek do ciała ludzkiego, tym mniej wątpliwości<sup>33</sup>.

<sup>23</sup> K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 151.

<sup>24</sup> M. Nowacka, *Etyka...*, s. 229. Por. też G. Hołub, *O dwu sposobach pozyskiwania organów do transplantacji*, „Studia Gdańskie” 2009/25, s. 141–143; T. Stec, *Donacja...*, s. 125–140.

<sup>25</sup> K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 147.

<sup>26</sup> K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 153.

<sup>27</sup> A. Rzepliński, *Prawne granice dopuszczalności transplantacji narządów i tkanek ludzkich w myśl przepisów Rady Europy*, „Prawo i Medycyna” 2002/12, s. 61.

<sup>28</sup> Art. 20 u.p.k.t.n.: 1. Dopuszcza się przeszczepienie w celach leczniczych ludziom komórek, tkanek lub narządów pochodzących od zwierząt. 2. Przeszczepienie, o którym mowa w ust. 1, wymaga uzyskania pozytywnej opinii Krajowej Rady Transplantacyjnej. 3. Do przeszczepienia, o którym mowa w ust. 1, stosuje się przepisy dotyczące eksperymentów medycznych.

<sup>29</sup> *Oświadczenie Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego...* Kościół ten wyraża również sprzeciw wobec stosowania w medycynie przeszczepów narządów odzwierzęcych.

<sup>30</sup> R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci. Podstawy biojurysprudencji*, Warszawa 2012, s. 239.

<sup>31</sup> Por. K. Kowal, *Między altruizmem...*, s. 154.

<sup>32</sup> N. Ghahramani, *Living Organ Donation: An Ethical Evolution or Evolution of Ethics?* „International Journal of Organ Transplantation Medicine” 2010/1, s. 57–62.

<sup>33</sup> M. Nowacka, *Etyka...*, s. 232. O biologicznym kontekście człowieka zob. O. Nawrot, *Naturalizacja prawa w kontekście biologii i medycyny*, „Forum Prawnicze” 2015/6, s. 3–13.



Wojciech Rowiński od lat zajmujący się transplantologią, zauważył, że przepisy prawne regulujące zasady postępowania medycznego (w tym transplantologicznego) pojawiają się niemal zawsze z opóźnieniem w stosunku do rozwoju samej medycyny. Powoduje to jego zdaniem, że wprowadzanie nowych sposobów diagnostyki i leczenia zawsze odbywa się bez oparcia w regulacjach prawnych, a często wręcz na granicy zachowań bezprawnych. Autor zadaje więc ciekawe pytanie, czy możliwe jest przygotowanie przepisów i regulacji prawnych niejako „na zapas” oraz czy możliwe jest wprowadzanie przepisów, które nazywa „przejęściowymi”<sup>34</sup>. Trzeba odpowiedzieć na nie następująco: chociaż prawo zawsze dotyczy stanów przyszłych, to jednak prawo regulujące kwestie biomedyczne zawsze będzie jedynie odpowiedzią na kolejny krok na drodze postępu.

Zasadniczym celem u.p.k.t.n. – regulującej transplantację w polskim systemie prawnym – było określenie zasad pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, w tym komórek krwiotwórczych szpiku, krwi obwodowej oraz krwi pępowinowej, a także tkanek i narządów pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok oraz testowania, przetwarzania, przechowywania i dystrybucji komórek i tkanek ludzkich (art. 1 ust. 1 pkt 1 i 2 tej ustawy). Ustawa ta jest więc polską odpowiedzią na wątpliwości i dylematy związane z transplantacją. W tym świetle szczególnego znaczenia nabierają przepisy karne wprowadzające odpowiedzialność za przestępstwa związane z przeszczepami. Nie jest moją rolą analizowanie poszczególnych przepisów prawno-karnych odnoszących się do problematyki transplantacji<sup>35</sup>. W tym miejscu chciałabym jedynie przedstawić stanowisko polskiego ustawodawcy karnego co do wskazanych dylematów etyczno-moralnych.

Należy zacząć od podkreślenia subsydiarnego charakteru prawa karnego w ogóle, a tym samym przepisów karnych dotyczących transplantacji w szczególności. Główny ciężar regulowania zagadnień związanych z przeszczepami, a tym samym udzielenia odpowiedzi na przedstawione w pierwszej części pytania, spoczywa na przepisach o charakterze administracyjnym, na czele z tymi obecnymi w u.p.k.t.n. Zasadniczo dopiero rażące – ujmując rzecz skrótowo – naruszenie określonych reguł powinno rodzić i rodzi odpowiedzialność karną.

Istotną rzeczą jest także fakt, że w prawie stanowionym, a tym bardziej w prawie karnym, nie ma już miejsca na wątpliwości. Mam tu na myśli fakt, że każda decyzja ustawodawcy jest lub musi być jednoznaczna i precyzyjna. Co więcej, w prawie karnym nawet brak decyzji (rozumianej jako brak przepisu) jest decyzją. Brak danego przepisu (potocznie mówiąc – „przestępstwa”) oznacza bowiem, że dany czyn jest niekaralny. Zobaczmy zatem w jaki sposób prawo karne reaguje na wskazane wyżej problemy, innymi słowy – jakie zachowania prawodawca uznał za na tyle społecznie szkodliwe, że wymagające karnoprawnej reakcji.

Już w tym miejscu można zauważyć, że podstawowe zasady etyki medycznej w pewnym tylko zakresie są zabezpieczane przez ogólne przepisy prawa karnego zawarte w Kodeksie karnym<sup>36</sup>. Zawarte tam przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu, a także przeciwko wolności mogą być popełnione w rozmaitych okolicznościach przez bliżej nieokreślonych przez ustawę sprawców, a zatem i m.in. w procesie transplantacyjnym.

<sup>34</sup> W. Rowiński, *Prawne i etyczne aspekty przeszczepiania narządów w Polsce. Historia, stan obecny i problemy czekające nas w najbliższej przyszłości*, w: A. Łopatka (red.), *Prawo-Społeczeństwo-Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 315–320.

<sup>35</sup> Por. O. Sitarz, *Kryminalizacja odpłatnych czynności związanych z transplantacją (art. 43 i 44 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów)*, w: Z. Lasocik, E. Rekosz (red.), *Handel...*, s. 25–42; J. Haberko w: J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Komentarz do ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*, Warszawa 2014.

<sup>36</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej: „k.k.”.

Dla oceny niedopuszczalnego naruszenia zasady nieszkodzenia czy dobroczynienia należy przywołać przepisy art. 156 i art. 157 k.k., przewidujące odpowiedzialność karną za spowodowany uszczerbek na zdrowiu. Dodać od razu trzeba, że zgoda dysponenta dobrem (w przypadku transplantacji – dawcy) na spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie zwalnia z odpowiedzialności karnej (pozostawiając na boku spory karnistów, co do znaczenia zgody). Innymi słowy, ustawa transplantacyjna, regulując warunki przeszczepu, zezwala na spowodowanie uszczerbku na zdrowiu dawcy organu czy tkanki pod pewnymi warunkami. Ich naruszenie może rodzić odpowiedzialność karną na podstawie wskazanych przepisów.

Autonomia pacjenta poręczana jest przede wszystkim przez przepis art. 192 k.k. Statuuje on odpowiedzialność karną za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Zatem wszędzie tam, gdzie ustawodawca przyznaje pacjentowi swobodę decyzji w zakresie zabiegu, naruszenie jego woli może się spotkać z karnoprawną reakcją. Jednak przepis art. 192 k.k. nie określa granic i warunków dysponowania swoim ciałem. Te kwestie regulują już odrębne przepisy właściwe dla samej transplantacji.

Wspomniane wcześniej etyczne problemy związane z ograniczeniami przedmiotowymi i podmiotowymi nie znalazły bezpośredniego przełożenia na przepisy prawnokarne. W sytuacjach nadzwyczajnych lekarzowi może grozić odpowiedzialność karna na zasadach ogólnych lub też odpowiedzialność dyscyplinarna (zawodowa).

Przepisy karne ustawy transplantacyjnej koncentrują się *de facto* na zakazie komercjalizacji. Warto przy tym zauważyć, że kryminalizacja odpłatnych czynności związanych z transplantacją ma dość zawiłą i specyficzną historię. Wiąże się ona ze zmienną oceną społecznej szkodliwości czynów zabronionych, co musi już budzić pewne kontrowersje i stanowi swoiste *signum*. Wątpliwości budzi też przedmiot ochrony niektórych typizacji, a także zakres kryminalizacji. Pisałam o tym szerzej już w innym miejscu<sup>37</sup>. Należy więc tylko odnotować, że czynem zabronionym, w świetle przepisu art. 44 ust. 1 u.p.k.t.n., jest nabywanie lub zbywanie cudzej komórki, tkanki lub narządu w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, pośredniczenie w ich nabyciu lub zbyciu bądź branie udziału w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów, pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich. Swoistym „wzmocnieniem” skuteczności powyższej regulacji jest przepis art. 43 u.p.k.t.n. kryminalizujący rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia. Kolejne zaś cztery przepisy (art. 45–46b u.p.k.t.n.), stojąc na straży profesjonalizmu zabiegów transplantacyjnych, dodatkowo wzmacniają zakaz komercjalizacji. Polski ustawodawca karny niemal w całej rozciągłości potwierdził więc stanowisko etyków niegodzących się na odpłatne zbywanie i przyjmowanie narządów do przeszczepów.

Etyczne problemy związane z przeszczepami, stanowiące zasadniczy temat opracowania, z wątków karnistycznych każą wybrać jedynie kwestię przedmiotu ochrony przepisów kryminalizujących płatne dawstwo komórek tkanek i narządów (więc wartość leżącą u podłoża ich wprowadzenia, tzw. *ratio legis* przepisów). Bywa on określanej dość różnorodnie. I tak, Juliusz Duda odnośnie do czynów zabronionych związanych z transplantacją posługuje się ogólnym sformułowaniem jakim jest „naruszenie porządku publicznego”<sup>38</sup>. Ewa M. Guzik-Makaruk przywołuje za literaturą niemiecką, obok

<sup>37</sup> O. Sitarz, *Kryminalizacja...*

<sup>38</sup> J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty prawnokarne*, Kraków 2004, s. 248.



godności istoty ludzkiej jako prymarnego dobra prawnego podlegającego ochronie, dalsze dobra, takie jak: poczucie pietyzmu, poszanowanie dla zwłok ludzkich, wolność motywacyjną wobec pozbawionych skrupułów działań handlarzy organami, integralność medycyny transplantacyjnej oraz cielesną integralność dawcy i ochronę autonomii przed „samokorupcją”, a także zdrowie dawcy i biorcy<sup>39</sup>. Autorka mocno podkreśla, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stoi w wyraźnej sprzeczności z możliwością traktowania człowieka jako żywego czy martwego „magazynu części zapasowych” dla innych ludzi. Natomiast integralność medycyny transplantacyjnej polega zdaniem E.M. Guzik-Makaruk na tym, że wszelkie czynności w zakresie przeszczepiania organów, tkanek i komórek są podejmowane w prawnie usankcjonowanych ramach, z wykorzystaniem dostępnego instrumentarium w tym zakresie i nie należy ingerować w istniejący system za pomocą nielegalnych działań zmierzających do poprawy sytuacji oczekujących na przeszczep, kosztem zmuszonych niejednokrotnie trudną sytuacją materialną oferentów<sup>40</sup>. Wojciech Radecki wskazuje, że kryminalizowane zachowanie może godzić w zdrowie człowieka, jego wolność bądź zasady moralności publicznej zakazujące pobierania wynagrodzenia za cudze komórki, tkanki lub narządy<sup>41</sup>.

Odnosząc się do powyższych poglądów, należy po pierwsze stwierdzić, że bez wątplenia przywoływanie „porządku publicznego” jako przedmiotu ochrony jest bezcelowe, gdyż ostatecznie każde przestępstwo w taki porządek godzi. W moim przekonaniu również wolność człowieka nie stanowi *ratio legis* przepisu z art. 43 u.p.k.t.n.; przeciwnie, przepis ten ogranicza wolność człowieka w zakresie prawa do samostanowienia. Ponieważ zaś sama ustawa dopuszcza pod pewnymi warunkami możliwość transplantacji cudzych komórek, tkanek i organów za nietrafny zatem należy uznać pogląd o ochronie komórek, tkanek i organów jako takich. Z tych samych względów trudno mi się zgodzić z poglądem wyrażonym przez E.M. Guzik-Makaruk, że godność ludzka nie pozwala na traktowanie człowieka jako „magazynu części zapasowych” dla innych ludzi. Można oczywiście nazwać to innymi słowami, ale nasze ciała takimi magazynami się stały (wbrew pozorom całkiem dawno temu), a unormowania prawne regulują jedynie zasady korzystania z nich. Mówiąc krótko, przedmiotem ochrony jest niekomercyjny obrót komórkami, tkankami i narządami. Należy jednak zauważyć, że w przypadku przestępstwa z art. 44 u.p.k.t.n. ustawodawca kryminalizuje określone zachowanie sprawcy wyłącznie w stosunku do cudzych komórek, tkanek lub organów. Jeśli zatem przedmiotem ochrony są komórki, tkanki lub organy ludzkie czy też, co wydaje się ujęciem bardziej właściwym, niekomercyjny obrót nimi, to zdecydowanie na płaszczyźnie art. 44 powyższej ustawy ochrona ta jest słabsza, jako że nie dotyczy własnych komórek, tkanek i organów sprawcy.

Należy także odnotować, że w literaturze przedmiotu pojawiają się głosy krytycznie odnoszące się do faktu, iż poza zakresem odpowiedzialności karnej znalazły się następujące zachowania: 1) zbywanie własnych organów<sup>42</sup>; 2) pośredniczenie w handlu organami, bez osiągnięcia korzyści majątkowej; 3) nabywanie organów, ale nie dla osiągnięcia korzyści majątkowej (np. dla ratowania życia czy zdrowia)<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 310. Jak się wydaje, podobnie odczytuje to M. Królikowski w: *Wybrane uwarunkowania prawne pobierania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów*, w: B. Chyrowicz (red.), *Transplantacje...*, s. 97–98.

<sup>40</sup> E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 307.

<sup>41</sup> M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1998, s. 216.

<sup>42</sup> J. Haberko, *Komentarz...*, s. 336–338.

<sup>43</sup> A. Liszewska, *Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów*, „Prawo i Medycyna” 1999/3, s. 82; E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 314.

## 5. Ocena przyjętych rozwiązań prawnokarnych

Generalna ocena faktu kryminalizacji odpłatnych czynności związanych z transplantacją oraz legalizacja handlu narządami nie jest ani w Polsce, ani na świecie jednolita<sup>44</sup>. E.M. Guzik-Makaruk jako „kuriozalne rozwiązanie” wskazuje postulat uwolnienia rynku organów jako swoistego rodzaju *antidotum* na brak potrzebnych transplantatów, wskazując przy tym, że stanowisko takie nie jest jednak odosobnione<sup>45</sup>. O konieczności pozostawienia zakazu handlu organami ludzkimi piszą m.in. Gabriel M. Danovitch oraz Francis L. Delmonico, przekonując, że „regulowany” rynek organami stanowi zagrożenie zarówno dla dawców, jak i biorców, a teza o wolnej woli jest mitem<sup>46</sup>. Bardzo ostrożnie o płatnym dawstwie (w przeciwieństwie do handlu<sup>47</sup>) wypowiada się W. Rowiński, którego zdaniem: „poszerzaniu kręgu dawców żywych na świecie w sposób nieunikniony towarzyszy lub towarzyszyć będzie wprowadzanie swoistych rekompensat, wreszcie opłat”<sup>48</sup>. W tym duchu wypowiada się też Jan Hartman<sup>49</sup>. Anthony P. Monaco proponuje system nagród za oddanie narządu do przeszczepu, co pozwoli na uniknięcie klasycznej handlowej transakcji (łącznie z targowaniem się o cenę)<sup>50</sup>. Wielu autorów podkreśla konieczność zaniechania pociągania do odpowiedzialności karnej dawcy sprzedającego swój narząd, którego należy traktować raczej jako pokrzywdzonego, a nie jako sprawcę czynu karalnego<sup>51</sup>.

W tym też kierunku podążają moje poglądy. Jak zauważa Andrzej Rzepliński, zakaz zysku i handlu produktami pochodzenia ludzkiego nie jest absolutny – sprzedaż włosów i paznokci nie jest sprzeczna z godnością człowieka<sup>52</sup>. Co istotniejsze, ekwiwalent pieniężny mógł uzyskać też dawca krwi rzadkich grup oraz dawca, który przed pobraniem krwi został poddany zabiegowi uodpornienia lub innym zabiegom w celu uzyskania osocza lub surowic diagnostycznych (art. 11 ustawy o publicznej służbie krwi<sup>53</sup>). Czy nazwa „ekwiwalent pieniężny” powoduje, że godność ludzka nie zostaje naruszona? Od dnia 1.01.2017 r. wspomnianym osobom przysługuje (zamiast ekwiwalentu) rekompensata pieniężna „za niedogodności związane z koniecznością stawienia się na każde żądanie jednostki organizacyjnej publicznej służby krwi”. Warto jednak podkreślić, że rekompensata ta jest przewidziana nie dla wszystkich osób oddających krew, ale m.in. dla tych, którzy posiadają krew rzadkich grup oraz jest niezależna od przysługującego zwrotu kosztów podróży i utraconego zarobku (które to świadczenia przysługują wszystkim dawcom krwi – art. 9 powyższej ustawy). Wspomniana ustawa nie kryminalizuje analogicznych zachowań związanych komercjalizacją dawstwa krwi. Skoro dla rzadkich grup krwi został uczyniony wyjątek od zasady bezpłatnego, honorowego dawstwa krwi,

<sup>44</sup> E.A. Friedman, A.L. Friedman, *Payment for donor kidneys: Pros and cons*, “Kidney International” 2006/6, s. 960–962.

<sup>45</sup> M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 58. Zob. zwłaszcza przypisy 85 i 86.

<sup>46</sup> G.M. Danovitch, F.L. Delmonico, *The prohibition of kidney sales and organ markets should remain*, “Current Opinion in Organ Transplantation” 2008/4 s. 386–394.

<sup>47</sup> Inne rozróżnienie proponowane w warstwie językowej to w języku angielskim *trade* i *trafficking*. J. Radcliffe-Richards, *Handel narządami – aspekty filozoficzne i etyczne*, w: Z. Lasocik, M. Wiśniewski (red.), *Handel narządami ludzkimi. Etyka, prawo i praktyka*, Warszawa 2006, s. 67.

<sup>48</sup> Cyt. za: Z. Lasocik, M. Wiśniewski, *Handel...*, s. 98.

<sup>49</sup> J. Hartman, *Bioetyka dla lekarzy*, Warszawa 2009, s. 118.

<sup>50</sup> A.P. Monaco, *Rewards for organ donation: the time has come*, “Kidney International” 2006/6, s. 955–957.

<sup>51</sup> Z. Lasocik, *Debata na temat interpretacji przepisów karnych tzw. ustawy transplantacyjnej*, *Uniwersytet Warszawski, 16 grudnia 2009*, w: Z. Lasocik, E. Rekosz, *Handel narządami...*, s. 83.

<sup>52</sup> A. Rzepliński, *Prawne...*, s. 61.

<sup>53</sup> Ustawa z 22.08.1997 r. o publicznej służbie krwi (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1371 ze zm.). Zob. też Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6.02.2017 r. w sprawie określenia rzadkich grup krwi, rodzajów osocza i surowic diagnostycznych, których uzyskanie wymaga przed pobraniem krwi lub jej składników wykonania zabiegu uodpornienia dawcy lub innych zabiegów, oraz wysokości rekompensaty (Dz. U. poz. 235).

to zatem czy taki wyjątek nie powinien być uczyniony dla organów jeszcze cenniejszych? Czy taka swoista rekompensata nie mogłaby dotyczyć osób np. po 25. roku życia (aby wykluczyć decyzje pochopne), przybierać postać np. szerokich zwolnień podatkowych (uniemożliwiałyby wykorzystanie ludzi skrajnie biednych, których bieda zmusza do sprzedaży tkanek) i udogodnień w korzystaniu z publicznej służby zdrowia, a cały program prowadzony byłby wyłącznie w strukturach państwowych?

Pojawić się musi wreszcie pytanie, czym jest godność ludzka i czy sprzedaż organów rzeczywiście ją narusza (stawia je np. Janet Radcliffe-Richards<sup>54</sup>). Na straży godności stoi Konstytucja RP<sup>55</sup>, której art. 30 stanowi: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. W historii filozofii pojęcie to było różnie interpretowane i ujmowane, jednak ściśle związane z przekonaniem o wolności i rozumności istoty ludzkiej<sup>56</sup>. Warto przytoczyć poglądy austriackiego konstytucjonalisty Herberta Schembecka. Jego zdaniem wartość człowieka wywodzi się z pojęcia *dignitas humana*, które wyraża się w przyznaniu osobowości każdemu człowiekowi i uznaniu jego prawa do wolnego rozwoju tej osobowości. Godność i wolność człowieka pozostają ze sobą w ścisłym związku. Uznanie godności i osobowości człowieka stwarza więc po jego stronie roszczenie do określonego zachowania ze strony państwa, i do odpowiedniego ukształtowania jego ustroju<sup>57</sup>. W podobnym duchu wypowiedział się polski Trybunał Konstytucyjny (dalej: „TK”), wskazując, że przedmiotem prawa do godności jest w najogólniejszym ujęciu stworzenie (zagwarantowanie) każdemu człowiekowi takiej sytuacji, by miał możliwość autonomicznego realizowania swojej osobowości, ale przede wszystkim, by nie stawał się przedmiotem działań ze strony innych (zwłaszcza władzy publicznej) i nie stanowił tylko instrumentu w urzeczywistnianiu ich celów<sup>58</sup>. Równocześnie Trybunał przytoczył poglądy przedstawicieli nurtu liberalnego, w myśl których swobodne działanie jednostki nie zasługuje na ochronę ze strony prawa liberalnego, jeśli naraża na szwank interesy innych osób albo gdy wynika z decyzji nieprzemyślanych lub podjętych pod przymusem<sup>59</sup>. Jeśli zatem istotą człowieczeństwa jest wolny wybór, to zakaz sprzedaży nerki ten wybór radykalnie ogranicza. Immanuel Kant pisał, że: „człowiek ma być celem, a nie środkiem”<sup>60</sup>. Rodzi się więc pytanie, czy zakaz handlu nie czyni z potencjalnych dawców i biorców środka do walki o idealistyczną (altruistyczną) wizję świata? Przyznajemy, że godność jest niezbywalna, ale kto i w jakim zakresie wytycza jej granice i przymioty? Czy godność to pojęcie o charakterze indywidualnym czy kolektywnym? Nie można w tym miejscu nie przytoczyć też słów Johna S. Milla, który powiedział:

jedynym celem usprawiedliwiającym ograniczenie przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jakiegokolwiek człowieka jest samoobrona, że jedynym celem, dla

<sup>54</sup> J. Radcliffe-Richards, *Handel...*, s. 66.

<sup>55</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

<sup>56</sup> Por. np. M. Środa, *Idea godności w etyce i kulturze*, Warszawa 1993. Krótki przegląd pól znaczeniowych *dignitas humana* przedstawiła A. Podolska, *Krótkie refleksje na temat godności na tle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 października 2004 r., w sprawie C-36/02 Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH przeciwko Oberbürgermeister der Bundesstadt Bonn*, „Aequitas” 2013/1, s. 25–30.

<sup>57</sup> H. Schembeck, *O prawach podstawowych człowieka w austriackim prawie konstytucyjnym*, w: K. Complak (red.), *Godność człowieka jako kategoria prawa*, Wrocław 2001, s. 129. Cyt. za: M. Sadowski, *Godność człowieka – aksjologiczna podstawa państwa i prawa*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2007/1, s. 8–28, <http://bibliotekacyfrowa.pl/Content/21952/002.pdf>, dostęp: 7.04.2019 r.

<sup>58</sup> Wyrok TK z 9.07.2009 r. (SK 48/05), OTK-A 2009/7, poz. 10.

<sup>59</sup> Wyrok TK z 9.07.2009 r. (SK 48/05).

<sup>60</sup> Za: K. Complak, *Zasada ochrony godności człowieka normatywnym nakazem obowiązującym prawodawców i organy stosujące prawo*, w: L. Wiśniewski (red.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, Warszawa 2006, s. 7.

osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie krzywdzie innych. Nie można zmuszać do uczynienia lub zaniechania czegoś, ponieważ tak będzie dla niego lepiej, ponieważ go to uszczęśliwi, ponieważ zdaniem innych osób będzie to mądrym lub nawet słusznym postępkim<sup>61</sup>.

Wszelkie prawne ograniczenia autonomii pacjenta (zarówno dawcy, jak i biorcy) muszą rodzić pytanie o przymusową ochronę praw podstawowych. Przywołane wcześniej ograniczenia są uzasadniane właśnie godnością człowieka. Stąd ciekawe jest pytanie Anny Podolskiej, która zastanawia się, czy ingerencja suwerena, od którego godność nie pochodzi, w wolność do dysponowania godnością jest jej pogwałceniem<sup>62</sup>.

Łatwo jest uzasadniać kryminalizację (lub przynajmniej zakaz) określonych zachowań powołując się na godność człowieka; jest to formuła coraz częściej przywoływana<sup>63</sup>. Błędne jest jednak, w moim przekonaniu, przyjęcie tezy, że to godność jest podstawą zakazu obrotu narządami ludzkimi. Handel narządami, tzn. transakcja między dawcą a biorcą, powinna być zakazana nie dla ochrony godności jednej ze stron, ale dla przeciwdziałania brutalnemu wyzyskiwaniu strony słabszej przez silniejszą. Prawem człowieka jest również wolność i prawo do samostanowienia – decyzja powinna być jednak wolna od wszelkich nacisków i manipulacji. Trudno mi pogodzić się z paternalistyczną wizją prawa karnego<sup>64</sup>, które dla ratowania ludzkiej godności nie pozwala człowiekowi w sytuacjach kryzysowych na podejmowanie działań nieprzynoszących szkody drugiemu.

Oczywiście w prawie karnym muszą być typizacje, gdzie brak zgody nie wpływa na byt przestępstwa. Są to zasadniczo przestępstwa przeciwko dzieciom i osobom o równie słabej pozycji – paternalizm w tych przypadkach jest wręcz lingwistycznie uzasadniony. Drugą grupą przestępstw są przestępstwa popełniane przeciwko osobom, które (okazjonalnie) znalazły się na słabszej pozycji, chociaż do pierwszej grupy pokrzywdzonych nie należą, jednak ta słabsza pozycja należy niejako do ustawowych znamion (np. przestępstwo lichwy z art. 304 k.k.). W tych przypadkach wola wyrażona przez pokrzywdzonego nie jest wolna, zatem zgoda ofiary nie może ekskulpować sprawcy. Jest wreszcie trzecia grupa przestępstw, gdzie ustawodawca *a priori* zakłada słabszą pozycję pokrzywdzonego niezależnie od sytuacji, warunków, pozycji pokrzywdzonego. Wbrew jego woli, a dla ratowania jego godności czyni z niego ofiarę przestępstwa (np. z art. 189a k.k. – handel ludźmi) lub sprawcę (np. z art. 43 u.p.k.t.n. czy nawet jej art. 44, gdyby zostały spełnione zgłoszone i wskazane wyżej postulaty *de lege ferenda* o kryminalizacji zbycia własnych organów). Takie podejście ustawodawcy przekracza granicę rozsądnej kryminalizacji i godzi w zasadę proporcjonalności nadmiernie ograniczając wolność zarówno potencjalnych dawców, jak i biorców.

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Otóż, gdy jest mowa o godności, jako *ratio legis* karalności odpłatnych czynności transplantacyjnych, występuje rzeczywiście kolizja dóbr: prawo do życia ewentualnego biorcy (a mówiąc precyzyjniej – prawo do podejmowania wszelkich środków ratujących życie) oraz godność potencjalnego dawcy. Jeśli do zagadnień transplantacyjnych podejmiemy z poszanowaniem prawa człowieka do samostanowienia, z poszanowaniem ludzkiej autonomii, z równoczesnym zapewnieniem ochrony przed wyzyskiem, to okaże się, że interesy dawcy i biorcy nie stoją w sprzeczności.

<sup>61</sup> J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 129.

<sup>62</sup> A. Podolska, *Krótką refleksja...* s. 30.

<sup>63</sup> Por. np. karalność homoseksualizmu.

<sup>64</sup> Por. A. Preisner, *Paternalizm a wolność*, w: M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, Wrocław 2014, s. 51–65.

Płatne dawstwo komórek, tkanek i narządów jest sprzeczne – zdaniem znakomitej większości – z altruistyczną wizją transplantacji. Oddanie przykładowej nerki ma być swoistym darem życia. Jednak taka wizja odmawia prawa potencjalnemu dawcy sprzedaży tej nerki, nawet, gdy pieniądze te przeznacza z pobudek altruistycznych na rzecz najbliższych. Dlaczego też altruizm ma polegać wyłącznie na bezpłatnym udostępnieniu własnych narządów bliskiej osobie? Pewnym tylko rozwiązaniem wynikających z tego trudności jest tzw. transplantacja krzyżowa czy łańcuchowa<sup>65</sup>.

Moje postulaty *de lege ferenda* zmierzają w dwóch kierunkach. Po pierwsze, już teraz w moim przekonaniu należałoby zdekriminalizować rozpowszechnianie ogłoszeń o nabyciu lub zbyciu komórek, tkanek i narządów. Po drugie, w dalszej przyszłości niekaralne powinno być także zbywanie lub nabywanie dla siebie lub osób najbliższych cudzych komórek, tkanek i narządów. Zachowania te powinny być bezprawne, aczkolwiek niekaralne. Równocześnie wysokie standardy kontroli i nadzoru przewidziane w ustawie transplantacyjnej zapewniłyby właściwą ochronę zdrowia i uniemożliwiłyby przedostanie się do „puli” organów nieświadomego pochodzenia. Karalne natomiast powinno być pośredniczenie w transakcjach, transakcje z osobami małoletnimi oraz te, w których nastąpiło wyzyskanie przymusowego położenia jednej ze stron<sup>66</sup>. Taki kształt kryminalizacji szanuje prawo każdego człowieka do samostanowienia, a jednocześnie wspiera osoby szczególnie podatne na wyzysk.

### Polish Penal Law and Ethical Issues Relating to Transplantation

**Abstract:** The purpose of this publication is to systematize the present ethical problems relating to transplantation and to confront them with penal legislation, from which norms prohibiting certain types of conduct with regard to transplantations may be derived. The starting point for the analysis is a consideration of the fundamental ethical values required both in the treatment process as such and in transplantation in particular (principle of respect for autonomy, nonmaleficence, benevolence, and justice). Therefore, the problem of admissibility of transplantology as such must be touched upon, along with its tenets and preconditions and, most importantly, with commercialization of the organs intended for transplantation.

In the Polish legal system, transplantation is regulated by the 2005 Act on the Removal, Storage and Transplantation of Cells, Tissues and Organs. The Act is a specific Polish response to the doubts and dilemmas relating to transplantation. In this context, special significance attaches to the penal provisions which impose liability for transplantation-related crimes. It is noteworthy that criminalization of paid activities relating to transplantation has a rather complex and specific history. It follows from the evolving evaluation of the social harmfulness of prohibited acts, which in itself gives rise to certain controversies. There are also doubts as regards the object of protection of some crime definitions and the scope of criminalization.

**Keywords:** transplantation, organ trade, criminalization of commercialization of trade in organs

<sup>65</sup> Transplantacja krzyżowa polega na tym, że chory nie otrzymuje nerki od osoby najbliższej (np. z powodu braku zgodności genetycznej), ale od osoby najbliższej innego chorego, który też potrzebuje nerkę do przeszczepu i też nie może jej uzyskać od osoby najbliższej. Najbliższy pierwszego chorego staje się natomiast dawcą nerki dla drugiego chorego. Przy transplantacji łańcuchowej liczba par dawca–bioreca wydłuża się. Takie kojarzenia par jest możliwe dzięki tworzeniu baz potencjalnych biorców i ich najbliższych, którzy gotowi są oddać swoją nerkę do przeszczepu.

<sup>66</sup> E.A. Friedman, A.L. Friedman przytaczają słowa R. Bermmana: „*The choice before us is not between buying or not buying organs. This is happening regardless of the law. The choice is whether transplant operations and the sale of organs will be regulated or not*”, E.A. Friedman, A.L. Friedman, *Payment...*, s. 961.



## BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Bojarski, M., Radecki, W. (1998). *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Chyrowicz, B. (2011). Etyka stosowana – rozwój czy kryzys refleksji etycznej? In B. Chyrowicz (Ed.), *Transplantacje: spór o dar*. Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.
- Complak, K. (2006). Zasada ochrony godności człowieka normatywnym nakazem obowiązującym prawodawców i organy stosujące prawo. In L. Wiśniewski (Ed.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Danovitch, G.M., Delmonico, F.L. (2008). The prohibition of kidney sales and organ markets should remain. *Current Opinion in Organ Transplantation* 4, 386–394.
- Duda, J. (2004). *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty prawnokarne*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Friedman, E.A., Friedman, A.L. (2006). Payment for donor kidneys: Pros and cons. *Kidney International* 69/6, 960–962.
- Ghahramani, N. (2010). Living Organ Donation: An Ethical Evolution or Evolution of Ethics? *International Journal of Organ Transplantation Medicine* 1/2, 57–62.
- Guzik-Makaruk, E.M. (2008). *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*. Białystok: Temida.
- Hartman, J. (2009). *Bioetyka dla lekarzy*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Hajerko, J. (2014). *Komentarz do ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Hołub, G. (2009). O dwu sposobach pozyskiwania organów do transplantacji. *Studia Gdańskie* 25, 129–146.
- Kowal, K. (2011). *Między altruizmem a egoizmem. Społeczno-kulturowe uwarunkowania przeszczepów rodzinnych*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Królikowski, M. (2011). Wybrane uwarunkowania prawne pobierania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów. In B. Chyrowicz (Ed.), *Transplantacje: spór o dar*. Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.
- Lasocik, Z. (2011). Debata na temat interpretacji przepisów karnych tzw. ustawy transplantacyjnej, Uniwersytet Warszawski, 16 grudnia 2009. In Z. Lasocik, E. Rekosz (Eds.), *Handel narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*. Warszawa: Ośrodek Studiów Handlu Ludźmi.
- Liszewska, A. (1999). Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów. *Prawo i Medycyna* 3.
- Mill, J.S. (1959). *Utylitaryzm. O wolności*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Monaco, A.P. (2006). Rewards for organ donation: the time has come. *Kidney International* 69/6, 955–957.
- Morciniec, P. (2013). Kościół katolicki o przeszczepach. *Pastores* 1, 137–145.

- Nawrot, O. (2015). Naturalizacja prawa w kontekście biologii i medycyny. *Forum Prawnicze* 32/6, 3–13.
- Nowacka, M. (2013). Etyka transplantacji. In J. Różańska, W. Chańska (Eds.), *Bioetyka*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Podolska, A. (2013). Krótka refleksja na temat godności na tle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 października 2004 r., w sprawie C-36/02 Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH przeciwko Oberbürgermeistern der Bundesstadt Bonn. *Aequitas* 1, 23–33.
- Preisner, A. (2014). Paternalizm a wolność. In M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (Eds.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*. Wrocław: Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Radcliffe-Richards, J. (2006). Handel narządami – aspekty filozoficzne i etyczne. In Z. Lasocik, M. Wiśniewski (Eds.), *Handel narządami ludzkimi. Etyka, prawo i praktyka*. Warszawa: Ośrodek Studiów Handlu Ludźmi.
- Rowiński, W. (2003). Prawne i etyczne aspekty przeszczepiania narządów w Polsce. Historia, stan obecny i problemy czekające nas w najbliższej przyszłości. In A. Łopatka (Ed.), *Prawo-Społeczeństwo-Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*. Warszawa: ABC.
- Rzepliński, A. (2002). Prawne granice dopuszczalności transplantacji narządów i tkanek ludzkich w myśl przepisów Rady Europy. *Prawo i Medycyna* 12.
- Schembeck, H. (2001). O prawach podstawowych człowieka w austriackim prawie konstytucyjnym. In K. Complak (Ed.), *Godność człowieka jako kategoria prawa*. Wrocław: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Sitarz, O. (2011). Kryminalizacja odpłatnych czynności związanych z transplantacją (art. 43 i 44 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów). In Z. Lasocik, E. Rekosz (Eds.), *Handel narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*. Warszawa: Ośrodek Studiów Handlu Ludźmi.
- Soroka, K. (2011). Komercjalizacja ciała ludzkiego. In Z. Lasocik, E. Rekosz (Eds.), *Handel narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*. Warszawa: Ośrodek Studiów Handlu Ludźmi.
- Stec, T. (2016). Donacja organów a logika daru. Chrześcijańskie spojrzenie na problem transplantacji. *Tarnowskie Studia Teologiczne* 235/, 125–140.
- Środa, M. (1993). *Idea godności w etyce i kulturze*. Warszawa: Wydział Filozofii i Socjologii Uniwersytetu Warszawskiego.
- Tokarczyk, R. (2012). *Prawa narodzin, życia i śmierci. Podstawy biojurysprudencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wolniewicz, B. (1991). Neokanibalizm. *Res Publica* 9-10.
- Zalewska-Jura, H., Zieliński, K. (2004). *Słownik pochodzenia nazw i określeń medycznych. Antyczne i nowożytne dzieje chorób w ich nazwach ukryte*. Bielsko-Biała: a-Medica Press.