

Granice kryminalizacji zachowań związanych z komercjalizacją obrotu komórkami, tkankami i narządami

Postęp technologii medycznych sprawia, że chociaż wiele działań człowieka w zakresie transplantologii jest technicznie możliwych, to jednak nie wszystkie są dozwolone¹. W polskiej literaturze naukowej jest już wiele publikacji na temat karnoprawnych aspektów transplantacji, w tym prawno-porównawczych. Autorzy dość rzadko jednak dostrzegają zachowania mieszczące się poza zakresem kryminalizacji. Najczęściej znajduje to wyraz w postaci zgłaszania uwag krytycznych odnośnie do obowiązującej ustawy z powodu (nieuzasadnionej) luki w prawie, co oznacza bezkarność za zachowania naganne².

Celem niniejszej publikacji jest kompleksowe ukazanie zachowań niemieszczących się w zakresie normowania norm wywodzonych z art. 43 i art. 44 *Ustawy z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów* (zwanej też ustawą transplantacyjną)³ oraz zachowań stanowiących przestępstwo, jednak potencjalnie niekaranych. Wydaje się to o tyle istotne, że przepisy te są stale nowelizowane i zakres kryminalizacji zmienia się, przy czym odnotować należy tendencje poszerzające zakres zabronionego zachowania. W pracy tej nie będą podejmowane wątki etyczne, jak również nie będzie podejmowana ocena zasadności takich, a nie innych granic kryminalizacji. Kwestie

1 Por. przykładowo: J. Skrzypczak, *Biopolityka wobec wyzwań postępu technologicznego w medycynie*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne” 4/2012, s. 296–301.

2 J. Haberko [w:] J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Komentarz do ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*, Warszawa 2014, A. Liszewska, *Prawno-karna ocena zabiegów transplantacji organów*, „Prawo i Medycyna” 3/1999, s. 82, E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 314. Z innych prac, które straciły na aktualności w tym zakresie, zob. także: A. Złotek, *Odpowiedzialność karna lekarza transplantologa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 1, J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty karnoprawne*, Kraków 2004; L.K. Paprzycki, *Nielegalny obrót komórkami, tkankami lub narządami człowieka – wybrana problematyka kryminalizacji i penalizacji*, „Medyczna Wokanda” 3/2011,

3 Tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1000 ze zm.

te poruszałam już wcześniej, szczegółowo przedstawiając i uzasadniając swoje stanowisko⁴. Warto jednak odnotować, że wprowadzenie nowego przepisu – art. 44 ust. 2 ustawy – zezwalającego na odstąpienie od wymierzenia kary w związku z krytycznym położeniem nieco łagodzi stanowisko ustawodawcy odnośnie do komercjalizacji obrotu komórkami, tkankami i narządami i jest krokiem w dobrym kierunku.

Wspomniane przepisy kryminalizują obrót komórkami, tkankami i narządami i w pewnym zakresie czynności przygotowawcze, co jest zgodne z treścią przepisu art. 21 tzw. Konwencji Bioetycznej⁵, statuującego, iż „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić źródła zysku”. Konsekwencją przyjęcia takich założeń jest przepis art. 25 Konwencji Bioetycznej, zgodnie z którym strony zapewnią stosowanie odpowiednich sankcji w przypadku naruszenia postanowień niniejszej Konwencji. Podobny zakaz komercjalizacji ustanowił i polski ustawodawca – w art. 3 ust. 1 wspomnianej *Ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów* wskazał, że za pobrane od dawcy komórki, tkanki lub narządy nie można żądać ani przyjmować zapłaty, innej korzyści majątkowej lub korzyści osobistej⁶.

Normatywna analiza zakazu komercjalizacji wymaga przytoczenia stosownych przepisów, tym bardziej że były one już kilkakrotnie nowelizowane, co sprawia, że wiele uwag zgłaszanych w naukowej dyskusji stało się bezprzedmiotowych.

W myśl przepisu art. 43 ustawy – „kto rozpowszechnia ogłoszenie o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”⁷.

4 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 narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*, Warszawa 2011 oraz *Polskie prawo karne wobec problemów etycznych związanych z transplantacją*, „Archiwum Prawa i Filozofii”, przyjęte do druku.

5 Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19 listopada 1996 roku, zawarta w dniu 4 kwietnia 1997 r., obowiązuje od dnia 1 grudnia 1999 r. Polska podpisała Konwencję w dniu 7 maja 1999 r., ale do tej pory jej nie ratyfikowała – <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures>, dostęp: 26.04.2019 r.

6 Zwrot kosztów pobrania, przechowywania, przetwarzania, sterylizacji, dystrybucji, przeszczepiania komórek, tkanek lub narządów i zastosowania u ludzi komórek lub tkanek pobranych od dawcy nie jest zapłatą i nie stanowi korzyści majątkowej lub osobistej w rozumieniu ust. 1 (art. 3 ust 2 ustawy transplantacyjnej).

7 Przy czym pierwotnie treść tego przepisu brzmiała: „Kto rozpowszechnia ogłoszenia o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub karze pozbawienia wolności do roku”.

Natomiast przepis art. 44 ustawy stanowi:

1. *Kto, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, nabywa, zbywa, pośredniczy w nabyciu lub zbyciu komórki, tkanki lub narządu bądź bierze udział w pobieraniu, przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów, zastosowaniu u ludzi komórek lub tkanek lub udostępnianiu pobranych wbrew przepisom niniejszej ustawy komórek, tkanek lub narządów pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat.*
2. *Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działał w związku z krytycznym położeniem, w którym znajdował się on sam lub osoba mu najbliższa, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpić od jej wymierzenia.*
3. *Jeżeli sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolności od roku do 10 lat⁸.*

Z powyższego zestawienia wynika, że zasadniczym instrumentem prawnokarnej reakcji na zakaz odpłatnego zbywania lub nabywania fragmentów ciała ludzkiego jest przepis art. 44 ustawy transplantacyjnej. To właśnie on odnosi się bezpośrednio do komercyjnego obrotu komórkami, tkankami czy narządami (aczkolwiek nie są to jedyne zabronione zachowania określone w tym przepisie), natomiast przepis art. 43 kryminalizuje wybrane zachowania o charakterze przygotowawczym lub pomocniczym. Zachowania opisane w tym przepisie podniesione zostały do rangi dokonania lub sprawstwa, czyniąc przestępstwo opisane w przepisie art. 43 *delictum sui generis*.

Rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu jest od 2005 r. występkiem, co w piśmiennictwie przyjęte zostało z aprobatą⁹ i stanowi przykład karalności na dalekim przedpolu naruszenia dobra prawnego.

8 W pierwotnej wersji przepisu art. 44 miał następującą treść: 1. *Kto w celu uzyskania korzyści majątkowej nabywa lub zbywa cudzą komórkę, tkankę lub narząd, pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów, pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności od lat 3.* 2. *Jeżeli sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolności od lat 5.*

9 Fakt przekształcenia wykroczenia przewidzianego w art. 19 *Ustawy z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów* (Dz.U. nr 138, poz. 554 ze zm.) w występki z art. 43 obecnej ustawy transplantacyjnej pozytywnie oceniła m.in. V. Konarska-Wrzošek [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe. System Prawa Karnego*. Tom 11, Warszawa 2014, s. 509.

Zabronione zachowanie polega na rozpowszechnieniu ogłoszenia o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu, przy czym kolejna nowelizacja¹⁰ spowodowała, iż w chwili obecnej nie budzi wątpliwości¹¹, że znamiona te są realizowane w przypadku rozpowszechnienia jednego ogłoszenia o zbyciu chociażby jednej komórki, tkanki lub narządu¹². Ogłoszeniem jest informacja podana w jakiegokolwiek formie, w jakimkolwiek miejscu i w jakikolwiek sposób. Uprawniona jest także teza, że reklama jest jedną z form ogłoszenia w celu wywołania zamierzonego efektu¹³. Oznacza to, że nie realizuje ustawowych znamion osoba, która opisuje w internetowym blogu swoje życie, wspominając m.in. o dokonanej sprzedaży własnej nerki.

Z istoty użytego przez ustawodawcę znamienia czasownikowego – „rozpowszechnia” – wynika, że komunikat zawarty w ogłoszeniu ma dotrzeć do bliżej nieokreślonej liczby osób. SN, w postanowieniu odnoszącym się do rozpowszechniania pedofilii dziecięcej, słusznie zauważył, iż dla przyjęcia odpowiedzialności karnej za rozpowszechnianie pornografii dziecięcej w sieci internetowej nie ma znaczenia, jaka konkretnie liczba innych użytkowników zapoznała się z treścią takich plików (i czy tę liczbę można uznać za znaczną), lecz ma znaczenie, że sposób pobierania plików pornograficznych oraz ich udostępniania za pomocą odpowiedniego programu dawał możliwość zapoznania się z nimi nieoznaczonej liczbie osób¹⁴. Dodać przy tym należy, że jednokrotne zachowanie sprawcy wypełni znamiona „rozpowszechniania”, jeśli użyta przez niego metoda dotarcia do potencjalnych odbiorców umożliwi zapoznanie się z ogłoszeniem nieoznaczonej liczbie osób. Zatem jednorazowe umieszczenie ogłoszenia na otwartym portalu internetowym jest rozpowszechnianiem w rozumieniu

10 Dz.U. z 2017 r., poz. 798.

11 Przegląd stanowisk na tle wcześniejszego stanu prawnego operującego pojęciem ogłoszeń (w liczbie mnogiej) zob. – E. M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja narządów, tkanek i komórek. Wybrane aspekty kryminologiczne i prawnokarne*, Białystok 2016, s. 171–173.

12 Warto przy tym zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie (z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów – Dz.U. nr 138, poz. 682) zachowanie takie stanowiło wykroczenie, przy czym ustawa posługiwała się liczbą mnogą zarówno odnośnie do ogłoszeń, jak i komórek, tkanek i narządów (art. 19).

13 Szerzej – M. Wołk, *Ogłoszenie czy reklama? Problem definiowania pojęcia „ogłoszenie”*, „Prace Językoznawcze” 3/2001, s. 149–166.

14 Postanowienie z dnia 1 września 2011 R. V KK 43/11, <http://sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/V%20KK%2043-11.pdf>, dostęp: 26.04.2019 r.

art. 43 ustawy transplantacyjnej, lecz w świetle powyższych uwag nie wyczerpuje znamion strony przedmiotowej tego przepisu oferta sprzedaży organu złożona konkretnej osobie.

Rozpowszechnienie ogłoszenia o zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu będzie realizacją znamion strony przedmiotowej tylko wtedy, gdy czynności te będą miały charakter odpłatny. *Słownik języka polskiego* podaje jedno znaczenie takiego sformułowania – „taki, za który się płaci”¹⁵. Najprościej rzecz ujmując, zbycie i nabycie ma charakter odpłatny, gdy pobierane lub wypłacane jest wynagrodzenie¹⁶, jednak o odpłatności nie przesądza wyłącznie pieniężny charakter wynagrodzenia¹⁷ – wynagrodzeniem może być bowiem przedmiot o określonej wartości pieniężnej. Natomiast istotą nieodpłatnego świadczenia jest nie tylko jego bezpłatność rozumiana jako brak wynagrodzenia, ale także brak jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego teraz lub w przyszłości¹⁸. Jeżeli podzielić powyższe zapatrywanie, to przyjąć należy, że oczekiwanie lub oferowanie (w ogłoszeniu) korzyści osobistej w zamian za komórkę, tkankę lub narząd może przesądzić o odpłatnym charakterze zbycia lub nabycia. To oznacza, że ogłoszenie o (całkowicie) nieodpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu leży poza zakresem kryminalizacji czynu opisanego w przepisie art. 43 ustawy. O braku realizacji znamion strony przedmiotowej będzie można mówić również wtedy, gdy w ogłoszeniu nie zostanie podany bezpłatny charakter czynności, ale równocześnie nie będzie informacji o odpłatnym charakterze zbycia lub nabycia. Innymi słowy, ogłoszenia typu „oddam nerkę” lub „przyjmę nerkę” nie stanowią czynu zabronionego opisanego w przepisie art. 43 ustawy.

Wspomniana wcześniej nowelizacja ustawy transplantacyjnej spowodowała także, że spory o znaczeniu przeznaczenia nabywanych lub zbywanych

15 <https://sjp.pwn.pl/sjp/odplatny;2493476.html>, dostęp: 27.04.2019 r.

16 Por. przykładowo art. 8 *Ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie*, t.j. Dz.U. z 2019, poz. 688.

17 Chociaż takie definicje najczęściej się podaje, łącząc pojęcie wynagrodzenia z wykonywaną pracą – por. *Konwencja (nr 95) dotycząca ochrony płacy przyjęta w Genewie dnia 1 lipca 1949 r.* Dz.U. rok 1955, nr 38, poz. 234., w świetle której „wynagrodzenie jest dającą się wyrazić w gotówce i ustaloną przez umowę lub ustawodawstwo krajowe płacą, która na mocy pisemnej lub ustnej umowy najmu usług należy się pracownikowi bądź za pracę wykonaną lub która ma być wykonana, bądź za usługi świadczone lub które mają być świadczone”, więcej: N.Śliwa, *Zasady i formy wynagrodzeń i ich wpływ na strukturę wynagrodzeń*, s. 230 i następn.

18 Por. przykładowo: Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie III SA/Wa 993/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B0665902C5>, dostęp: 27.04.2019 r.

komórek, tkanek i narządów, o których mowa w rozpowszechnianym ogłoszeniu, stały się bezprzedmiotowe z perspektywy odpowiedzialności karnej¹⁹.

Istotne ograniczenie zakresu kryminalizacji zachowań opisanych w art. 43 ustawy transplantacyjnej wynika z przepisu art. 1 ust. 2 tej ustawy. Zgodnie z jego treścią przepisy dotyczące czynności związanych z transplantacją komórki, tkanki i narządu nie odnoszą się do pobierania, przeszczepiania komórek rozrodczych, gonad, tkanek zarodkowych i płodowych oraz narządów rozrodczych lub ich części oraz pobierania, przechowywania i dystrybucji krwi do celów jej przetaczania, oddzielenia jej składników lub przetworzenia w leki. Rozpowszechnianie zatem ogłoszeń w tym zakresie nie stanowi czynu zabronionego w świetle przepisu art. 43 ustawy²⁰. Równocześnie ta sama ustawa definiuje pojęcia komórki, tkanki lub narządu – art. 2 ust. 1 pkt 23, pkt 30 i pkt 46.

Wszystkie powyższe uwagi aktualizują się odnośnie do rozpowszechnienia ogłoszenia o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu. Użycie przez ustawodawcę pojęcia „pośredniczenie” oznacza, że czynem zabronionym jest rozpowszechnienie ogłoszenia nie tylko o zbywcy lub nabywcy komórki, tkanki lub narządu, ale o działalności każdej osoby będącej ogniwem między zbywcą a nabywcą, przy czym ustawa nie wymaga, aby pośredniczenie miało charakter odpłatny.

W tym miejscu podkreślić należy, że analizowany przepis nie zawęża odpowiedzialności karnej za rozpowszechnienia ogłoszenia o zbyciu lub nabyciu cudzej komórki, tkanki lub narządu. Oznacza to, że insert o odpłatnym zbyciu własnego narządu wypełnia ustawowe znamiona strony przedmiotowej. Zdaniem J. Majewskiego „filozofia ustawy z 2005 r. polega na tym, by pozbawić instytucji przeszczepu otoczki komercyjnej. Dlatego wprowadzono zakaz handlu organami. Dotyczy to jednak osób trzecich. Nie było założenia, żeby zakazać potencjalnym dawcom oferowania swoich organów za pieniądze, natomiast art. 43 literalnie czytany nie wyłącza również i takich osób od odpowiedzialności”²¹. W podobnym duchu wypowiedziała się E. Zielińska, pytając, czy osoby takie można uznać

19 Ich rekapitulację zob. przykładowo: E. Guzik-Makaruk, *Transplantacja narządów...*, s. 174.

20 Co oczywiście nie oznacza, że zachowania takie są bezkarne – zob. art. 76 *Ustawy z 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności* (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 865)

21 A. Krzyżewski, *Czy handel własnymi organami powinien być karany*, *Gazeta Prawna.pl* <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/167555,czy-handel-wlasnymi-organami-powinien-byc-karany.html> [dostęp: 28.04.2019 r.]

za handlarzy organami, czy za osoby pokrzywdzone, których nie należy karać za przestępstwo z art. 43 ustawy²². Przyznać jednak należy, że *de lege lata* brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych pozwalających na uznanie osoby ogłaszającej chęć sprzedaży własnej nerki za pokrzywdzonego. Brak jest też podstaw prawnych do przyjęcia zasadniczej bezkarności osób ogłaszających taką sprzedaż. Każdy przypadek będzie musiał zostać oceniony indywidualnie i jedynie w konkretnym przypadku sąd może dojść do przekonania, że zostały zrealizowane przesłanki stanu wyższej konieczności (co znosi byt przestępstwa) lub są szczególne podstawy do odstąpienia od wymierzenia kary lub nadzwyczajnego złagodzenia kary (np. przekroczenie granic stanu wyższej konieczności – art. 26 § 3 k.k.). Nie można bowiem zastosować, odnośnie do zachowań opisanych w przepisie art. 43, odstąpienia od wymierzenia kary lub nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 44 ust. 2 ustawy transplantacyjnej, jako że odnosi się on wyłącznie do zachowań opisanych w ust. 1 tego przepisu. Podkreślić przy tym należy, że nowelizacja z 2017 r. przepisu art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej (poprzez skreślenie słowa „cudzej” w odniesieniu do komórki, tkanki i narządu) zdezaktualizowała tezę, iż sprawcą tego przestępstwa nie mogłaby być jednak taka osoba, która motywowana ekonomicznie oferuje w ogłoszeniu sprzedaż własnego organu (własnych organów), albowiem skoro można bezkarnie sprzedać własny organ, to tym bardziej można ogłosić wolę takiej sprzedaży bez narażania się na odpowiedzialność karną (*argumentum a fortiori* — *argumentum a maiore ad minus*)²³. Wspomniana nowelizacja wprowadziła bowiem karalność za zbycie własnej komórki, tkanki lub narządu.

Strona podmiotowa czynu zabronionego opisanego w przepisie art. 43 ustawy transplantacyjnej wymaga umyślności zachowań podjętych przez sprawcę. Trudno jednak dopatrzeć się kierunkowości w ustawowych znamionach tego typu czynu zabronionego. Wbrew bowiem tezom stawianym przez KGP²⁴, rozpowszechnianie nie jest celem sprawcy, a znamieniem czasow-

22 Ibidem.

23 J. Kapelańska-Pręgowska, P. Chrzczonowicz, *Handel organami z perspektywy prawa międzynarodowego oraz polskiego prawa karnego*, „Przeгляд Sejmowy” 6/2015, s. 96.

24 Pismo KGP z dnia 7 kwietnia 2009 r. [w:] Z. Lasocik, E. Rekosz (red.), *Handel narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*, Warszawa 2011, s. 92–93.

nikowym (opisem zabronionego zachowania). Błędnej wykładni dokonała też Prokuratura Krajowa, przyjmując, że omawiany czyn „jest przestępstwem umyślnym, które może być popełnione z obiema postaciami zamiaru zarówno zamiarem bezpośrednim, jak i zamiarem wynikowym”²⁵. Charakter zabronionej czynności – rozpowszechnienie ogłoszenia – wyklucza możliwość jego dokonania z zamiarem ewentualnym (wynikowym), którego istota sprowadza się do przewidywania możliwości popełnienia czynu zabronionego i godzenia się na to (art. 9 § 2 k.k.). Rozpowszechnienie jest bowiem zachowaniem tego rodzaju, że wymaga świadomej intencji jego realizacji – podjęcia decyzji.

Przepis art. 44 ust. 1 ustawy przewiduje zasadniczo dwie różne typizacje (choć postać zabronionego zachowania jest więcej): 1) komercjalizowanie obrotu poprzez zbycie lub nabycie komórek, tkanek lub narządów albo pośredniczenie w takim procederze oraz 2) branie udziału w pobieraniu, przeszczepianiu, zastosowaniu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów. Przyjęty temat pracy powoduje, że druga typizacja omówiona zostanie w ograniczonym zakresie i w dalszej kolejności.

Pierwsza typizacja zakazuje nabywania, zbywania i pośredniczenia w nabyciu lub zbyciu komórki, tkanki lub narządu. Ustawa nie wspomina w tym przepisie o odpłatnym charakterze tych czynności, jednak ich komercyjny charakter wynika z dookreślonej strony podmiotowej (o czym nieco więcej w dalszej części).

Aktualne stają się w tym miejscu poczynione wyżej uwagi odnoszące się do definicji komórki, tkanki i narządu (art. 2 ust. 1 pkt 23, 30 i 46 ustawy) i ich rodzaju (zgodnie z przywołanym wcześniej art. 1 ust. 2 ustawy). Dodać tylko należy, że dla ewentualnej karnoprawnej oceny tego typu zachowania odnośnie do komórek rozrodczych, gonad, tkanek zarodkowych i płodowych oraz narządów rozrodczych lub ich części oraz pobierania, przechowywania i dystrybucji krwi do celów jej przetaczania, oddzielenia jej składników lub przetworzenia w leki sięgnąć należy po inne przepisy zamieszczone np.

25 Pismo Prokuratury Krajowej z dnia 30 czerwca 2009 r. [w:] Z. Lasocik, E. Rekosz (red.), *Handel narządami. Spory wokół interpretacji przepisów karnych ustawy transplantacyjnej*, Warszawa 2011, s. 96.

w *Ustawie o leczeniu niepłodności* (art. 76–89)²⁶ lub w *Ustawie o publicznej służbie krwi* (art. 30–32a)²⁷.

Istotną zmianą ustawy była nowelizacja z 2017 r.²⁸, usuwająca z treści przepisu pojęcie „cudza” odnoszące się do komórki, tkanki lub narządu. W ten bowiem sposób doszło do poszerzenia pola kryminalizacji i zbywanie własnych organów stało się czynem zabronionym, co spełniało zgłaszane wcześniej postulaty²⁹, niemniej stanowi krok w przeciwnym kierunku niż cel ustawy, o którym wspominali J. Majewski i E. Zielińska.

W znamionach strony podmiotowej ustawodawca dookreśla cel działania sprawcy, który polega na osiągnięciu korzyści majątkowej lub osobistej³⁰. Sformułowania te niejednokrotnie występują w przepisach kodeksu karnego i zasadniczo nie budzą wątpliwości, może poza egzemplifikacją korzyści osobistej. Dość powszechnie zatem wskazuje się, że korzyść majątkowa to zwiększenie aktywów lub zmniejszenie pasywów, a korzyść osobista to każda poprawa sytuacji nieprzeliczalna na pieniądze. Przy tym zgodnie z art. 115 § 4 k.k. (*via* art. 116 k.k.) korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogoś innego. Nie ma wątpliwości, że te dwa pojęcia określające korzyść dopełniają się niemal całkowicie, co oznacza, że zasadniczo każda spodziewana korzyść realizuje ustawowy *dolus coloratus*. Wypływa z tego spostrzeżenia niepokojący wniosek, iż przyjęcie do przeszczepu cudzej komórki, tkanki lub narządu zawsze będzie realizować znamiona czynu z art. 44 ustawy, ponieważ spodziewana poprawa zdrowia jest właśnie korzyścią osobistą³¹.

Drugi typ czynu zabronionego, opisany w art. 44 ust. 1, polega na braniu udziału w pobieraniu, przeszczepianiu, zastosowaniu lub udostępnianiu

26 *Ustawa z 25 czerwca 2015 o leczeniu niepłodności*, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 865.

27 *Ustawa z 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi*, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1371 ze zm.

28 Dz.U. z 2017, poz. 798.

29 Por. m.in. J. Haberko [w:] J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Komentarz do ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*, Warszawa 2014, s. 337.

30 Przy czym korzyść osobista została wprowadzona nowelizacją, co pozytywnie ocenił W. Wróbel [w:] *Opinia prawna z dnia 6 marca 2006 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów oraz o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks karny* (druk sejmowy nr 1657), orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/.../\$file/i371_09.rtf, dostęp: 28.04.2019 r.

31 Por. też: A. Złotek, *Krótki komentarz do zmian w przepisach karnych ustawy transplantacyjnej*, CzP-KiNP 1/2011, s. 29.

pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów. Z perspektywy tematu niniejszej publikacji – kryminalizacja komercjalizacji obrotu komórkami, tkankami i narządami – istotne jest podkreślenie, że naruszenie wspomnianego wcześniej zakazu komercjalizacji obrotu jest zawsze naruszeniem ustawy (art. 3 ust. 1), a zatem branie udziału w pobieraniu, przeszczepianiu, zastosowaniu lub udostępnianiu odpłatnie nabytych komórek, tkanek lub narządów stanowi czyn zabroniony z art. 44 ust. 1 ustawy. Ostatecznie nie ma znaczenia, czy sprawca opisanych czynności działała w celu osiągnięcia korzyści majątkowych lub osobistych; ważne jest – uwzględniając stronę podmiotową – aby miał świadomość, że komórki, tkanki lub narządy pozyskane zostały odpłatnie. Podtrzymując zatem tezę, że wspomniany cel osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej nie odnosi się do drugiego typu czynu zabronionego, należy zaznaczyć, że lekarz (lub inny podmiot) dla realizacji strony podmiotowej nie musi działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, jednak musi wiedzieć, że zbycie i nabycie miało charakter komercyjny. W tym też zakresie ustawodawca wzmacnia karnoprawną reakcję na komercjalizację obrotu komórkami, tkankami i narządami, wprowadzając karalność zachowań podjętych już po sprzedaży i kupnie komórek, tkanek lub narządów.

Nadmienić należy, że co do wszystkich zachowań wymienionych w art. 44 ust. 1 ustawy legislator przewidział typ kwalifikowany. Surowszej odpowiedzialności podlega bowiem sprawca tych czynów, jeśli uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu. W ocenie ustawodawcy społeczna szkodliwość tego rodzaju zachowań jest na tyle wysoka, że adekwatna represja karna musiała zostać zaostrzona. Pojęcie „stałe źródło dochodu” jest nieobce prawu karnemu i dość powszechnie interpretowane jest jako regularne, chociaż niekoniecznie wyłączone lub główne, źródło utrzymania sprawcy.

Wspomnianą ustawą nowelizacyjną³² wprowadzona została szalenie istotna zmiana w zakresie zasad odpowiedzialności za komercyjny obrót narządami. Przepis art. 44 ust. 2 otrzymał brzmienie: „Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działał w związku z krytycznym położeniem, w którym znajdował

32 Dz. U. z 2017 r., poz. 798.

się on sam lub osoba mu najbliższa, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpić od jej wymierzenia”. Podkreślić należy, że wprowadzenie tej ciekawej instytucji nie zostało uzasadnione w wystarczająco pogłębiony sposób³³. Uprawnioną wydaje się jednak teza, że przy stałym poszerzaniu zakresu kryminalizacji zachowań związanych z komercjalizacją obrotu narządami ludzkimi ustawodawca uwzględnił wreszcie często trudną i złożoną sytuację osoby decydującej się na nabycie lub zbycie komórki, tkanki lub narządu. W pewnym sensie zrealizował częściowo założenia, o których wspominał przytaczany wcześniej J. Majewski oraz E. Zielińska oraz – w wąskim zakresie – zgłaszany postulat dekryminalizacji komercyjnego obrotu narządami ludzkimi³⁴. Do systemu odpowiedzialności karnej za niepożądane zachowania związane z transplantacją wprowadził ustawową okoliczność umniejszającą winę w tak istotnym stopniu, że dał uprawnienia sądowi do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia. To oznacza, że zachowanie sprawcy jest przestępstwem, jego wina zostanie potwierdzona wyrokiem, natomiast sama odpowiedzialność karna zostanie zmniejszona (w oparciu o zasady przewidziane w art. 60 § 6 k.k.) lub całkowicie zniesiona. Innymi słowy – ustawodawca uwzględnił anormalną sytuację motywacyjną sprawcy, która tak dalece ogranicza swobodę wyboru jego postępowania, że słabsza jest wymagalność przestrzegania norm prawnokarnych.

Przesłanka zastosowania fakultatywnej degresji karania określona została bardzo ogólnikowo. Zastosowano bowiem klauzulę generalną poprzez sformułowanie „krytyczne położenie”. Rozwiązanie takie, chociaż *prima facie* narusza zasadę określoności, jednak nie dziwi, gdyż odnosi się do tak różnorodnych i ostatecznie nieprzewidywalnych okoliczności, że zakładany wymóg określoności nie mógł być lepiej zrealizowany. Przyjąć należy, że swoistym usprawiedliwieniem sprawcy będzie przykładowo sprzedaż nerki z powodu choroby dziecka, niewymagającego co prawda przeszczepu, ale wykonania innej bardzo drogiej operacji (nierefundowanej z NFZ), na którą

33 Projektodawca raczej sprawozdał niż uzasadnił zmianę ustawy, pisząc: „Natomiast w przypadku osób, które działały w związku z krytycznym położeniem, ich samych lub osób im najbliższych, wprowadzono możliwość zastosowania przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia” – <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1332>, dostęp: 29.04.2019 r.

34 Por. O. Sitarz, *Kryminalizacja odpłatnych czynności związanych z transplantacją... oraz Polskie prawo karne wobec problemów etycznych związanych z transplantacją*.

rodzic nie ma pieniędzy. Ponieważ instytucja przewidziana w ust. 3, chociaż ma cechy stanu wyższej konieczności, nie przywołuje treści art. 26 k.k., zatem ani zasada subsydiarności, ani bezpośredniości nie musi być zachowana. To oznacza, że ostatecznie sąd będzie oceniał, na ile sprzedaż własnej nerki dla ratowania zdrowia syna, mimo np. możliwości zaciągnięcia kredytu, uzasadnia odstępianie od wymierzenia kary.

Przesłanka cechy podmiotu sprawia, że rozwiązanie to dotyczy *de facto* sprzedawcy lub nabywcy narządu ludzkiego, ewentualnie pośrednika. W przypadku zachowań wymienionych w drugiej części ust. 1 art. 44 ustawy trudno sobie wyobrazić krytyczne położenie wymuszające na sprawcy branie udziału w pobieraniu, przeszczepianiu komórek, tkanek lub narządów, zastosowaniu u ludzi komórek lub tkanek lub udostępnianiu pobranych wbrew przepisom niniejszej ustawy komórek, tkanek lub narządów. Oczywiście, gdy jednak taka sytuacja będzie miała miejsce, nie ma przeszkód, aby przepis art. 44 ust. 2 został zastosowany.

Krytyczna sytuacja ma dotyczyć sprawcy czynu³⁵ lub osoby mu najbliższej. Pojęcie osoby najbliższej zdefiniowane zostało w art. 115 § 11 k.k. Zgodnie z jego treścią osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. Z perspektywy okoliczności, w jakich znaleźć się może sprawca czynu z art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej, dodać więc należy, że przepis ust. 2 nie będzie miał zastosowania, gdy w krytycznym położeniu znajdzie się np. narzeczona/y albo bardzo bliski przyjaciel. W takiej sytuacji zastosowanie może znaleźć jedynie przepis art. 60 § 2 k.k. dający podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary, a który odwołuje się do ogólnej przesłanki – szczególnie uzasadnionego wypadku, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa.

Polski ustawodawca, zgodnie z przyjętą polityką kryminalizacyjną zasadniczej niekaralności etapu przygotowania, również i dla omawianego typu zabronionego nie przewidział odrębnego karalnego przygotowania. Mając zatem na względzie wcześniejsze uwagi o relacji między przepisami

³⁵ Inaczej: M.Budyn-Kulig, *Komentarz do art. 44 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*, LEX, dostęp: 29.04.2019 r.

art. 43 i art. 44 ustawy transplantacyjnej, podkreślić należy, że zachowania przygotowawcze, które nie stanowią rozpowszechnienia ogłoszenia o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu, są bezkarne w świetle tego przepisu. Jednak – co niezmiernie istotne – funkcję kryminalizacji działań komercyjnych do pewnego stopnia przejmują przepisy art. 45, art. 46, art. 46 a oraz art. 46 b ustawy transplantacyjnej.

Na zakończenie warto zaznaczyć, że uzupełnieniem karnoprawnej reakcji na komercjalizację obrotu ludzkimi narządami jest kryminalizacja handlu ludźmi, gdy celem sprawcy jest pozyskanie komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy (art. 189 a k.k. w zw. z art. 115 § 21 k.k.).

Reasumując, powtórzyć należy, że zarówno sama ustawa z 2005 r. w stosunku do swojej poprzedniczki z 1994 r., jak i kolejne nowelizacje (z 2009 r., 2015 r. i 2017 r.) stale poszerzają zakres zabronionych zachowań związanych z komercjalizacją obrotu narządami ludzkimi. Ten kierunek zmian wpisuje się w ogólny pogląd o naganności odpłatnego zbywania lub nabywania komórek, tkanek i narządów, co – jak powszechnie się wskazuje – narusza godność człowieka. Jedynym wyłomem od tak ukształtowanej polityki kryminalizacyjnej i karnej stanowi możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary czy odstąpienia od jej wymierzenia w szczególnych przypadkach. Jestem przekonana, że przepis ten był niezwykle potrzebny i z uznaniem należy przyjąć jego wprowadzenie

Abstrakt

Celem niniejszej publikacji jest precyzyjne wytyczenie granicy między zachowaniami zabronionymi i niezabronionymi (oraz niekaralnymi) związanymi z obrotem komórkami, tkankami i narządami z perspektywy odpowiedzialności karnej. Analizie poddano przepisy art. 44 i art. 43 *Ustawy z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów*, które – w pewnym sensie – skonfrontowane zostały z wcześniejszymi wersjami przywołanych przepisów. Przeprowadzona analiza uprawnia do postawienia tezy, iż zakres kryminalizacji tego typu zachowań stale się poszerza, co czyni zadość postulatом zgłaszanym

w doktrynie. To swoiste „uszczelnianie” przepisów prowadzi jednak czasami do reakcji zbyt nadmiernej lub nieuzasadnionej, czego nie łagodzi nowe rozwiązanie przewidziane w przepisie art. 44 ust 2 ustawy.

Limits of criminalization of behaviors related to the commercialization of trade cells, tissues and organs.

Abstract

The aim of this publication is to precisely define the limit between prohibited and not prohibited (and non-punishable) behavior related to the trade of cells, tissues and organs from the perspective of criminal responsibility. The provisions of art. 44 and art. 43 of the Act of 1 July 2005 on the collection, storage and transplantation of cells, tissues and organs, which – in a sense – were confronted with earlier versions of the referenced provisions. The conducted analysis entitles to the thesis that the scope of criminalization of this type of behavior is constantly expanding, which meets the demands made in the doctrine. This kind of “sealing” of the regulations sometimes leads to too excessive or unreasonable reaction, which is not alleviated by the new solution provided in the provision of art. 44 section 2 of the Act.