

Adam Złotek

## Krótki komentarz do zmian w przepisach karnych ustawy transplantacyjnej

15 września 2009 r. weszła w życie ustawa z dnia 17 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów oraz o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny<sup>1</sup>, która wprowadziła szereg modyfikacji w ustawie z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (dalej „ustawa transplantacyjna”)<sup>2</sup>. Przedmiotowa nowelizacja związana jest bezpośrednio z implementacją dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich<sup>3</sup>, dyrektywy 2006/17/WE Komisji z dnia 8 lutego 2006 r. wprowadzającej w życie dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących dawstwa, pobierania i badania tkanek i komórek ludzkich<sup>4</sup> oraz dyrektywy 2006/86/WE Komisji z dnia 24 października 2006 r. wykonującej dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie wymagań dotyczących możliwości śledzenia, powiadamiania o poważnych i niepożądanych reakcjach i zdarzeniach oraz niektórych wymagań technicznych dotyczących kodowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich<sup>5</sup>.

W zakresie przepisów karnych, nowelizacja istotnie modyfikuje dotychczasowy art. 44 ustawy oraz wprowadza dwa zupełnie nowe typy czynów zabronionych określone w art. 46a i 46b ustawy.

Zgodnie z art. 46a: *„Kto bez wymaganej zgody wywozi z terytorium Rzeczypospolitej lub wwozi na to terytorium komórkę, tkankę lub narząd, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3”*. Z kolei według art. 46b: *„Kto nie zgłasza biorców narządów lub szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej lub pępowinowej do listy albo dokonanych przeszczepień komórek, tkanek lub narządów do*

<sup>1</sup> Dz. U. z 2009 r., nr 141, poz. 1149

<sup>2</sup> Dz. U. z 2005 r., nr 169, poz. 1411 ze zm.

<sup>3</sup> Dz. Urz. WE L 102 z 7.04.2004, s. 48; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 15, t. 8, s. 291

<sup>4</sup> Dz. Urz. UE L 38 z 9.02.2006, s. 40

<sup>5</sup> Dz. Urz. UE L 294 z 25.10.2006, s. 32

*rejestrze przeszczepień albo pozyskanych potencjalnych dawców szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej do rejestru szpiku i krwi pępowinowej, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności”.*

Interpretacja obu przepisów nie budzi większych wątpliwości. Art. 46a jest bezpośrednio związany z regulacjami zawartymi w art. 37a ustawy transplantacyjnej. Zgodnie z tym przepisem podmiotami uprawnionymi do wywozu lub przywozu komórek, tkanek i narządów, w zależności od ich rodzaju oraz pochodzenia (od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich), są zakłady opieki zdrowotnej lub banki tkanek i komórek. Transport do kraju i za granicę może zostać dokonany tylko za zgodą odpowiednio dyrektora Centrum Organizacyjno – Koordynacyjnego do Spraw Transplantacji „Poltransplant” lub dyrektora Krajowego Centrum Bankowania Tkanek i Komórek. Organem odwoławczym od decyzji obu dyrektorów jest minister właściwy do spraw zdrowia. Odpowiedzialność karna z art. 46a ustawy transplantacyjnej wchodzi w grę w sytuacji, gdy wywozu oraz przywozu komórek, tkanek i narządów dokonuje podmiot w ogóle nie uprawniony do tego typu czynności albo gdy co prawda jest on uprawniony, ale nie posiada odpowiedniej zgody na transport.

Art. 46b wymienia trzy alternatywne formy popełnienia czynu zabronionego przejawiające się jako:

- a) brak zgłoszenia biorców narządów lub szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej lub pępowinowej do listy
- b) brak zgłoszenia dokonanych przeszczepów do rejestru przeszczepień
- c) brak zgłoszenia potencjalnych dawców szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej do rejestru szpiku i krwi pępowinowej

W pkt a chodzi o listę, o której mowa w art. 17 ustawy transplantacyjnej. Jest to lista zawierająca spis osób oczekujących na przeszczep szpiku, komórek lub narządów. Podmiotem prowadzącym listę jest, zgodnie z art. 17 ust. 7, Centrum Organizacyjno – Koordynacyjne do Spraw Transplantacji „Poltransplant”. Osobą odpowiedzialną za zgłoszenie biorcy na listę jest lekarz kierujący zespołem lekarskim działającym w ramach tzw. ośrodka kwalifikującego (patrz art. 17a ust. 1 w zw. z art. 17a ust. 4 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy). Tego typu ośrodki działają wyłącznie przy zakładach opieki zdrowotnej dokonujących przeszczepów.

Rejestr przeszczepień (pkt b) zawiera dane na temat przebiegu dokonanego już przeszczepu oraz dane personalne biorcy. Służy do celów monitorowania dokonanych transplantacji (patrz art. 18 ustawy transplantacyjnej). Podmiotem zobligowanym do

przekazania odpowiednich informacji jest zakład opieki zdrowotnej, który sprawuje aktualnie opiekę nad biorcą przeszczepu.

Rejestr szpiku i krwi pępowinowej (pkt c) jest bazą danych na temat potencjalnych dawców allogenicznego szpiku, komórek krwiotwórczych krwi obwodowej i pępowinowej (patrz art. 16 ust. 1a ustawy). Obowiązek przekazywania danych do powyższego rejestru spoczywa na zakładach opieki zdrowotnej oraz na fundacjach, które uzyskały pozwolenia ministra właściwego do spraw zdrowia, aby prowadzić czynności polegające na pozyskiwaniu potencjalnych dawców. Podmioty uprawnione do tego typu działalności zostały określone w ustawie jako „ośrodki dawców szpiku” (patrz art. 16a ust. 1 ustawy).

Typ czynu zabronionego określony w art. 46b ustawy jest przestępstwem formalnym abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Dla zaistnienia tego czynu zabronionego znaczenie ma wyłącznie fakt nie zgłoszenia danych przez uprawniony podmiot w odpowiednim terminie. W tym zakresie mogą się rodzić pewne problemy związane z terminem, w którym dany podmiot ma obowiązek przekazać dane, po przekroczeniu którego mamy już do czynienia z dokonaniem przestępstwem z art. 46b.

W odniesieniu do zgłoszenia danych na listę oczekujących (pkt a) ustawodawca nie przewidział żadnego formalnego terminu, w którym kierujący zespołem lekarz powinien dokonać wymaganego zgłoszenia. Wydaje się, że lekarz powinien zgłosić biorcę na listę bezpośrednio po przeprowadzeniu wszystkich czynności weryfikacyjnych związanych z danym biorcą (patrz zadania zespołu kwalifikacyjnego określone w art. 17a ust. 8 ustawy). W momencie gdy zespół stwierdzi, że określony biorca nadaje się do wpisania na listę oczekujących, aktualizuje się obowiązek zgłoszeniowy kierownika zespołu. Ustalenie innego terminu uważam za sprzeczne z wykładnią funkcjonalną art. 46b. Przepis ten ma, moim zdaniem, dyscyplinować kierowników zespołu kwalifikacyjnego, aby Ci nie zwlekali ze zgłoszeniem na listę oraz pośrednio zapobiegać korupcji.

Przy zgłoszeniu przeprowadzenia przeszczepu do tzw. „rejestru przeszczepień” (pkt b) ustawodawca również nie przewidział formalnego terminu. Z treści art. 18 ust. 2 pkt 7 można jednak wnioskować, że takie zgłoszenie powinno zostać dokonane bezpośrednio po przeprowadzeniu przeszczepu, a następnie aktualizowane w okresie 3 i 12 miesięcy od momentu operacji.

W stosunku do zgłoszeń w ramach rejestru szpiku i krwi pępowinowej, ustawodawca wprost przewidział w art. 16 ust. 5 ustawy, że takie zgłoszenie musi zostać dokonane niezwłocznie. Nie określił jednak momentu, od którego należy liczyć ową niezwłoczność.

Wydaje się, że racjonalnym byłby moment pozyskania i weryfikacji danych o potencjalnym dawcy przez podmiot zobowiązany do zgłoszenia.

Po zmianach wywołanych nowelizacją, art. 44 otrzymał nowe brzmienie. Zgodnie z tym przepisem: „*Kto, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, nabywa lub zbywa cudzą komórkę, tkankę lub narząd, pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów, pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat” (podkreślenia własne).*

W stosunku do poprzedniej wersji zaszyły zatem trzy zasadnicze zmiany. Zostało zmniejszone w sposób radykalny zagrożenie karne. Niniejszą modyfikację oceniam jako bardzo dobrą. Ustawodawca, nareszcie, w sposób racjonalny określił wysokość kary. Udało się przywrócić równowagę zagrożeń karnych między poszczególnymi typami czynów zabronionych określonych w k.k. oraz w ustawie transplantacyjnej. Warto przypomnieć, że w dotychczasowej wersji ustawy czyn określony w art. 44 był zbrodnią zagrożoną karą pozbawienia wolności od lat 3. Zatem zagrożenie karne w tym przepisie było surowsze niż w większości przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu, mimo iż był on skierowany bezpośrednio przeciwko działaniom korupcyjnym jedynie pośrednio mogących godzić w zdrowie i życie ludzkie. Natomiast z niezrozumiałych dla mnie powodów, ustawodawca ustalił górną granicę zagrożenia karnego określonego w art. 44 ust. 1 ustawy na 5 lat pozbawienia wolności. Wszystkie typy czynów zabronionych, które posiadają dolną granicę zagrożenia karnego w wysokości 6 miesięcy mają górną granicę ustaloną na poziomie 8 lat (w szczególności takie zagrożenie posiada korupcja bierna i czynna określone odpowiednio w art. 228 § 1 i art. 229 § 1 k.k.). Konsekwencją przedmiotowych zmian w art. 44 ust. 1 jest analogiczne obniżenie sankcji karnych w art. 44 ust. 2. Przepis ten odnosi się do zachowań sprawcy polegających na uczynieniu z popełniania przestępstw określonych w ust. 1 stałego źródła dochodu.

Kolejne zmiany w art. 44 ust. 1 polegają na rozszerzeniu zakresu przedmiotowego typu czynu zabronionego. Karalne stały się bowiem zachowania w celu osiągnięcia korzyści osobistej, a nie tylko, jak dotychczas, majątkowej. Wydaje się, że w ten sposób ustawodawca chciał uznać za bezprawne jakiegokolwiek przejawy handlu organami ludzkimi, zaś wszystkie kwestie związane z dokonywaniem przeszczepów poddać szczegółowym uregulowaniom. Znajduje to potwierdzenie w pozostałych zmianach zawartych w nowelizacji ustawy. W wyniku modyfikacji, zachowaniem karalnym stało się np. nabycie nerki (także nieodpłatne) dla własnej córki przez ojca od dawcy, który nie jest spokrewniony w żaden sposób z biorcą. W takiej sytuacji, gdyby sąd rejonowy nie wyraził zgody na przeszczep

(musi zostać spełniona przesłanka innych szczególnych okoliczności osobistych), zgodnie z art. 13 ust. 1, biorca może zostać pozbawiony praktycznej możliwości uzyskania nerki. W związku ze zmianą art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej i z wprowadzeniem karalności określonych w tym przepisie zachowań w celu uzyskania korzyści osobistej należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną istotną kwestię. Osobą biorącą udział w przeszczepieniu pozyskanych wcześniej komórek, tkanek lub narządów jest także sam biorca. Należy zwrócić uwagę, że każde wszczepienie organu stanowi korzyść osobistą biorcy. Oznacza to, że jeśli organ został pozyskany wbrew przepisom ustawy (np. mimo istnienia sprzeciwu *post mortem* dawcy lub w wyniku naruszeń o charakterze administracyjnym) to sprawcą przestępstwa z art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej jest sam biorca. Co ciekawe, nie będzie ponosił odpowiedzialności karnej lekarz, który dokonał pobrania organu wbrew przepisom ustawy (i to niezależnie od tego czy poniesie korzyść osobistą lub majątkową), gdyż termin przeszczepienie użyty w art. 44 ust. 1 nie obejmuje swoim zakresem pobierania, co wynika pośrednio ze słowniczka pojęć (art. 2 ustawy transplantacyjnej). Takie rozwiązanie ustawowe należy ocenić zdecydowanie negatywnie.

Z kolei dobrze się stało, że w wyniku zmiany art. 44 ust. 1 ustawy transplantacyjnej, karalne są zachowania pośredników, którzy mogą działać nie tyle w celu uzyskania korzyści majątkowych, co osobistych.

Moim zdaniem, zachowanie polegające na sprzedaży własnych organów powinno być karalne. Zgodnie z założeniami ustawodawcy ochronę przed tego typu działaniami sprawców ma stanowić art. 43 dotyczący ogłoszeń sprzedaży organów. Nie spełnia on jednak swojej roli, ponieważ ogranicza karalność do ogłoszeń sprzedaży organów w celu przeszczepu. Rozpowszechnianie ogłoszeń zbycia narządu w innym celu niż transplantacyjnym jest niekaralne (np. w celu diagnostycznym). Wydaje się, że zamieszczenie ogłoszenia, z którego nie wynika cel sprzedaży również nie jest karalne<sup>6</sup>. Według mnie, tak samo uzasadnione jest karanie osób, które w celu uzyskania korzyści majątkowej będą starały się sprzedać własne organy oraz osób, które chcąc ratować własne życie będą chciały nabyć taki narząd. W tym więc zakresie ustawodawca pozostaje niekonsekwentny. Powinien swoimi regulacjami w sposób jednakowy potraktować zarówno sprzedającego, jak i kupującego ludzkie organy.

Ostatnia zmiana w art. 44 ust. 1 polega na rozszerzeniu odpowiedzialności karnej na osoby, które w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej udostępniają pozyskane wbrew przepisom ustawy komórki, tkanki lub narządy, pochodzące od żywego dawcy lub ze

<sup>6</sup> Patrz J. Duda *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty prawnokarne.*, Kraków 2004 r., s. 248 – 249

zwłok ludzkich. Ustawodawca, moim zdaniem, słusznie wyszedł z założenia, że nie można ograniczać karalności jedynie do osób, które dokonują wszczepienia organów<sup>7</sup>. Niejednokrotnie bardziej negatywnie należy ocenić postawę osób, które umożliwiają dokonanie zabiegu wbrew założeniom ustawy, niż tych, którzy w wyniku działania tych pierwszych dokonują wyłącznie czynności wszczepienia organu.

<sup>7</sup> Ustawodawca utożsamia termin przeszczepienia z wszczepieniem, co wynika pośrednio ze słowniczka terminów zawartego w art. 2 ustawy transplantacyjnej