

## HANDEL ORGANAMI Z PERSPEKTYWY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO ORAZ POLSKIEGO PRAWA KARNEGO

### ORGAN TRAFFICKING IN INTERNATIONAL LAW AND POLISH PENAL LAW

The primary aim of the article is to provide an in-depth analysis of the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, which was opened for signature in March 2015, and to examine Polish criminal legislation in this respect. Additionally, the article outlines the scale and main causes of the global problem of illegal transplants. It also presents the Convention from an international law perspective. The analysis performed makes it possible to conclude that the Convention filled in a gap in international standards, however its practical impact and effectiveness will probably be limited. Regarding Polish legislation, in the authors' opinion, it is generally compatible with the Convention's aims and provisions, albeit some changes would be required to apply it properly.

**Słowa kluczowe:** Konwencja Rady Europy przeciwko handlowi ludzkimi organami, nielegalne przeszczepy, czyny kryminalizowane, system Europejskiej Konwencji Biomedycznej, kodeks karny, polska ustawa transplantacyjna

**Keywords:** Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, illegal transplants, criminal offences, penal code, Polish Transplantation Act

\* **Dr Julia Kapelańska-Pręgowska**, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Praw Człowieka

\*\* **Dr Piotr Chrzczonowicz**, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego i Polityki Kryminalnej

#### I. UWAGI WSTĘPNE

Problematyka handlu ludzkimi organami nie była dotąd szczególnie eksponowana w krajowej oraz zagranicznej doktrynie, ustępując miejsca opracowaniom poświęconym handlowi ludźmi. Choć sama skala zjawiska jest rzeczywiście znacznie mniejsza, problem wydaje się narastać. Wspomniane zjawisko zarówno w kontekście prawa międzynarodowego publicznego, jak i prawa wewnątrzpaństwowego ściśle wiąże się z kolei z problematyką godności człowieka, a związek ten wymaga, aby ulokować je wśród istotnych problemów aksjologii konstytucyjnej. Fundamentalnym standardem prawnym i cywilizacyjnym współczesnych demokracji jest to, że godność każdej istoty ludzkiej, którą afirmują najważniejsze akty prawne dotyczące międzynarodowej ochrony praw człowieka<sup>1</sup> oraz konstytucje (w tym Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., w swoim art. 30<sup>2</sup>), jest kategorią obiektywną i oznacza, że człowiek

<sup>1</sup> Godność istoty ludzkiej jest bez wątpienia centralną kategorią (a nawet, jak zauważa J. Zajadło, kategorią immanentną) współczesnej koncepcji praw człowieka; por. J. Zajadło, *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, z. 2, s. 106.

<sup>2</sup> Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.

jako *integrum* psychofizyczne jest zawsze podmiotem w relacjach z władzą państwową i w stosunkach międzyludzkich, a zatem nigdy nie może być traktowany przedmiotowo<sup>3</sup>. Konstytucje państw demokratycznych zobowiązują władze publiczne do respektowania i ochrony godności ludzkiej, co z jednej strony oznacza konieczność uwzględnienia przez nie pewnej sfery autonomii człowieka w zakresie jego społecznej samorealizacji, z drugiej strony zaś oznacza, że działania władzy nie mogą kreować takich sytuacji, w których jednostki miałyby poczucie, że ich godność jest im odbierana<sup>4</sup>. Godność ludzka jest przyrodzoną i niezbywalną cechą każdego człowieka, tzn. taką, której ani nikt inny nie może go pozbawić, ani on sam nie może się jej zrzec<sup>5</sup>. Godność ludzka i jej gwarancje prawne trwają więc nawet wówczas, gdy sam podmiot tej godności zgadza się na to, aby być traktowany jak rzecz; aby być w określony sposób wykorzystywany. Wykorzystanie takie może przybrać m.in. formę komercyjnego pozyskiwania i obrotu organami. Obiektywny i transcendentny wobec innych konstytucyjnych praw i wolności charakter godności ludzkiej wyraża się również w tym, że godności człowieka nie przekreśla żaden, nawet budzący największą odrazę, jego własny czyn.

Mimo że o godności, będącej kategorią faktyczną i prawną, mówi się w odniesieniu do żywej istoty ludzkiej (godność jest bowiem źródłem praw i wolności człowieka, a te przysługują żyjącym), to jednak bezsprzecznie w sensie metaprawnym i kulturowym godność emanuje na ludzkie ciało po śmierci i przejawia się w sposobie postępowania z nim w społeczeństwie. Ciało ludzkie *post mortem* powinno być traktowane z szacunkiem (co w aspekcie prawnym przejawia się w ochronie dóbr prawnych dotyczących zmarłego i porządku publicznego<sup>6</sup>), a wymóg ten należy rozciągnąć również na podejście do ludzkich organów. Pozyskiwanie ich *ex mortuo* w celach związanych z handlem z pewnością uchybia kulturowemu, moralnemu i prawnemu nakazowi poszanowania zmarłego.

Bezpośrednim impulsem do napisania niniejszego artykułu było przyjęcie przez Komitet Ministrów Rady Europy w dniu 9 czerwca 2014 r. Konwencji przeciwko handlowi ludzkimi organami [dalej: Konwencja]<sup>7</sup>. Jest to najnowszy traktat z zakresu międzynarodowego prawa karnego, łączący prawo karne, prawa człowieka i medycynę<sup>8</sup>. Ceremonia otwarcia Konwencji do podpisu miała miejsce 25 marca 2015 r. w Santia-

<sup>3</sup> Por. M. Chmaj, *Konstytucyjna zasada godności człowieka i praktyka jej stosowania w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Dylematy praw człowieka*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2008, s. 35 i n.

<sup>4</sup> Por. np. rozważania dotyczące godności człowieka zawarte w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 kwietnia 2001 r., sygn. akt K 11/00, OTK 2001, nr 3, poz. 54; zob. też *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, red. M. Zubik, Warszawa 2008, s. 157–158.

<sup>5</sup> Por. np. B. Banaszak, hasło „godność”, [w:] *Mała Encyklopedia Prawa*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2005, s. 150.

<sup>6</sup> Zob. szerzej: J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010.

<sup>7</sup> Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs (CETS No 216), tekst dostępny na: <[www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)>.

<sup>8</sup> Prezentowana w niniejszym opracowaniu umowa międzynarodowa może jawić się jako jeden z wielu elementów składowych badanego przez prof. L.O. Gostina sytemu *global governance for health* z wiodącą rolą normodawczą i organizacyjną na poziomie międzynarodowym; zob. L.O. Gostin, *Global Health Law*, Cambridge, Massachusetts 2014, s. 72.

go de Compostela. W tym dniu traktat podpisało czternaście państw, w tym Polska. Droga do ratyfikacji Konwencji przez Polskę oraz inne państwa członkowskie Rady Europy (ale nie tylko<sup>9</sup>) jest zatem otwarta, co skłania do dokonania pogłębionej analizy jej założeń i zasadniczych postanowień oraz skonfrontowania z aktualnie obowiązującymi w tym zakresie polskimi przepisami, a także sformułowania postulatów *de lege ferenda*, które należałoby uwzględnić, aby zapewnić prawidłowe wdrożenie i stosowanie Konwencji. Należy zauważyć, że nawet jeżeli RP nie związałyby się Konwencją w najbliższym czasie, już samemu faktowi jej przyjęcia przez Komitet Ministrów, a tym bardziej podpisania przez Polskę, należy przypisać pewne znaczenie — tj. swoiste „miękkie” zobowiązanie do uwzględniania Konwencji w pracach legislacyjnych oraz przy kreowaniu programów i polityk, a także walor interpretacyjny w stosunku do prawa krajowego<sup>10</sup>.

## II. HANDEL ORGANAMI — ZARYS PROBLEMU

Handel ludzkimi organami dla celów transplantacji jest zjawiskiem złożonym i choć jego istnienie jest faktem, dokładna skala problemu nie jest znana<sup>11</sup>. Publikowane w raportach dane są jedynie szacunkowe, niemniej pozwalają na stwierdzenie, że handel organami nie jest zjawiskiem marginalnym. Wręcz przeciwnie, badany problem w ostatnich latach narastał, co z kolei potwierdziło tezę o konieczności skuteczniejszej walki z tym procederem<sup>12</sup>. Od pewnego czasu coraz częściej mówi się wręcz o rozwijającej się „turystyce transplantacyjnej” oraz o „rynku nielegalnych organów”, przybierającym formę międzynarodowej przestępczości zorganizowanej<sup>13</sup>. W piśmiennictwie spotkać się można także z określeniem „czerwony rynek” (*the red market*), które odnosi się do zjawiska obrotu m.in. ludzkimi organami<sup>14</sup>.

Wśród głównych przyczyn wzrostu liczby nielegalnych przeszczepów wymienia się przede wszystkim globalny problem niedostatku organów do transplantacji<sup>15</sup> oraz

<sup>9</sup> Poza członkami Rady Europy stronami Konwencji mogą zostać: Unia Europejska, państwa posiadające status obserwatora przy Radzie Europy, a nawet każde inne państwo, przy czym w tym przypadku będzie wymagane zaproszenie od Komitetu Ministrów RE.

<sup>10</sup> Obecnie przypadki powoływania się na nieratyfikowane umowy międzynarodowe przez sądy krajowe (również polskie) nie są już odosobnione.

<sup>11</sup> Zob. F. Ambagtsheer, D. Zaitch, W. Weimar, *The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context*, „Global Crime” 2013, t. 14, nr 1, s. 1–26 oraz A. Manzano, M. Monaghan, B. Potrata, M. Clayton, *The Invisible Issue of Organ Laundering*, „Transplantation” 2014, t. 98, nr 6, s. 600–603.

<sup>12</sup> Zob. Raport przygotowany przez Radę Europy i ONZ w 2009 r., *Joint Study on Trafficking in Organs, Tissues and Cells (OTC) and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*. Raport dostępny na: <[www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking\\_study.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking_study.pdf)> (dostęp: 2.02.2015 r.).

<sup>13</sup> Zob. F.G. Madsen, *Organ Transplantation and Transnational Organized Crime*, „The RUSI Journal” 2013, t. 158, nr 5, 6–17. Autor zwraca uwagę na nieskuteczność dotychczasowych instrumentów prawnych na poziomie międzynarodowym oraz krajowym.

<sup>14</sup> Zob. S. Carney, *Czerwony rynek. Na tropie handlarzy organów, złodziei kości, producentów krwi i porywaczy dzieci*, Wołowiec 2014.

<sup>15</sup> Chodzi tu oczywiście o organy, które pozyskuje się zgodnie z obowiązującymi w większości krajów normami prawnymi i etycznymi, tj. organy pobrane głównie od zmarłych dawców, a w ściśle określonych

nierówności ekonomiczne i społeczne (tzw. *criminogenic asymmetries*<sup>16</sup>), które składają osoby żyjące w nędzy do sprzedawania organów w celu poprawy swojego bytu, a pacjentów z bogatych i starzejących się społeczeństw do poszukiwania organów w krajach słabo rozwiniętych<sup>17</sup>. Ciągły niedostatek organów i tkanek do przeszczepów jest przede wszystkim skutkiem braku świadomości społecznej oraz postępu w medycynie transplantacyjnej. Wydaje się, że to właśnie zmiana podejścia społeczeństw do dawstwa organów i tkanek, a tym samym zwiększenie „podaży” organów, mogłaby w znaczący sposób przeciwdziałać ich nielegalnemu handlowi. Należy przy tym wykazać daleko idącą dbałość o przejrzystość procedur i przestrzeganie praw dawcy (także zmarłego) oraz jego rodziny (w szczególności obowiązku uzyskania świadomej zgody<sup>18</sup>), walkę z nadużyciami i patologiami, które mogą podważyć zaufanie obywateli.

Choć prawie wszystkie kraje na świecie posiadają regulacje prawne zakazujące sprzedaży organów i tkanek oraz penalizujące handel organami, niektóre z nich nie są w stanie albo nie mają interesu w tym, aby prawo skutecznie egzekwować<sup>19</sup>. Dlatego pacjenci — głównie z Europy oraz Ameryki Północnej — podróżują m.in. do krajów azjatyckich oraz Indii, gdzie z reguły nie kontroluje się pochodzenia organów do przeszczepów<sup>20</sup>. Jedynym krajem, który zalegalizował w ograniczonym zakresie

sytuacjach od dawców żyjących. Por. F.G. Madsen, *Organ Transplantation...*, s. 19–20 oraz raport Y. Shimazono dla WHO, *The State of the International Organ Trade: a Provisional Picture Based on Integration of Available Information*, „Bulletin of the World Health Organization” 2007, t. 85, nr 12. Raport dostępny na: <[www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/](http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/)> (dostęp: 28.01.2015 r.).

<sup>16</sup> *Criminogenic asymmetries* definiowane są jako skutki globalizacji: „Globalisation (easy flow of information and people) causes transnational and cross-border crimes to flourish through the aggravation of: ‘criminogenic asymmetries’ — understood as structural discrepancies, mismatches and inequalities in the realms of the economy, law, politics and culture”; N. Passas, *Globalization, Criminogenic Asymmetries and Economic Crime*, „European Journal of Legal Reform” 1999, t. 1, s. 402, [w:] S. McGuinness, J.V. Mchale, *Transnational Crimes Related to Health: How Should the Law Respond to the Illicit Organ Tourism?*, „Legal Studies” 2014, t. 34, nr 4, s. 700.

<sup>17</sup> Chodzi tu o sytuację, gdy dla danego pacjenta znajdującego się na liście osób oczekujących na przeszczep nie ma żadnego organu, a także gdy można pozyskać organ od zmarłego dawcy, ale pacjent chciałby organ „najlepszej jakości” od żyjącego dawcy. Zob. *Joint Study...*, s. 22–23.

<sup>18</sup> Zgoda na pobranie organów *post mortem* jest jedną z bardziej problematycznych kwestii i ustawodawcy różnie ją regulują. W większości państw warunkiem pobrania organu jest uzyskanie wyraźnej i szczegółowej zgody rodziny zmarłego, niemniej istnieje również konstrukcja zgody dorozumianej, występująca m.in. w prawie łotewskim w przypadku nieobecności rodziny w szpitalu. W wyroku ETPC z 24 czerwca 2014 r. w sprawie Petrova przeciwko Łotwie (skarga nr 4605/05) stwierdzono, że regulacje w tym zakresie były nieprecyzyjne oraz nie gwarantowały poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego. Zbliżony problem był przedmiotem wyroku z 13 stycznia 2015 r. w sprawie Elberte przeciwko Łotwie (skarga nr 61243/08), w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 oraz art. 8 EKPC w wyniku pobrania bez zgody żony tkanek jej zmarłego męża oraz przekazania ich niemieckiej firmie farmaceutycznej produkującej bioimplanty.

<sup>19</sup> Zob. S. McGuinness, J.V. Mchale, *Transnational Crimes...*, s. 684, gdzie autorzy podają m.in. przykład kuszenia obcokrajowców niższymi cenami przeszczepów, przy jednoczesnym braku kontroli oraz odpowiednich działań mających na celu przeciwdziałanie handlowi organami oraz innym nadużyciom systemu transplantacyjnego.

<sup>20</sup> Nielegalne transplantacje są wykonywane na szeroką skalę m.in. w Iranie, Pakistanie i na Filipinach; zob. N. Ghahramani, S. Rizvi, B. Padilla, *Paid Donation: A Global View*, „Advances in Chronic Kidney Disease” 2012, t. 19, nr 4, s. 262–268.

sprzedaż organów jest Iran, gdzie od 1988 r. funkcjonuje program rządowego odpłatnego dawstwa nerek od żyjących niespokrewnionych dawców<sup>21</sup>. Co prawda, sprzedaż organów cudzoziemcom jest w Iranie zakazana, zakaz ten można jednak stosunkowo łatwo ominąć, ponieważ prawo pozwala na transplantację i kupno organu, jeśli dawca i biorca są obywatelami tego samego kraju. Doświadczenia ponad 20 lat działania programu dowodzą, że jest on skutecznym narzędziem, dzięki któremu Iran jest jedynym krajem, w którym wyeliminowano problem list oczekujących na przeszczep nerki<sup>22</sup>. Etyczna ocena programu jest natomiast zróżnicowana. Z jednej strony, zwraca się uwagę, że kontrolowana i regulowana forma sprzedaży nerek jest efektywnym sposobem na przeciwdziałanie nielegalnemu handlowi organów. Z drugiej strony, program jest krytykowany za takie wady, jak brak całkowitej rządowej kompensacji przyznawanej dawcy (co powoduje konieczność dodatkowego wspomaganie finansowego przez organizacje charytatywne, a nawet samych biorców), brak długoterminowej opieki medycznej dawcy oraz zmniejszenie liczby przeszczepów od dawców zmarłych oraz spokrewnionych<sup>23</sup>.

### III. KONWENCJA PRZECIWKO HANDLOWI ORGANAMI W SYSTEMIE OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Traktat stanowiący przedmiot niniejszego opracowania nie jest pierwszą umową międzynarodową dotyczącą problemu nielegalnego pozyskiwania ludzkich organów. Już wcześniej bowiem kwestia ta pojawiła się — co prawda w ograniczonym zakresie — w dokumentach o charakterze zarówno uniwersalnym, jak i regionalnym. Należy przede wszystkim wymienić Protokół z 15 listopada 2000 r. o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję ONZ przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej<sup>24</sup> oraz Konwencję Rady Europy z 16 maja 2005 r. w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi<sup>25</sup>. Oba wspomniane dokumenty nie mają zastosowania do handlu organami *sensu stricto*, lecz wyłącznie do handlu ludźmi w celu usunięcia organów<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Zob. A. Ghods, M. Mahdavi, *Organ Transplantation in Iran*, „Saudi Journal of Kidney Diseases and Transplantation” 2007, t. 18(4), s. 650–55 oraz A.J. Ghods, S. Savaj, *Iranian Model of Paid and Regulated Living — Unrelated Kinney Donation*, „Clinical Journal of American Society of Nephrology” 2006, t. 1, s. 1137.

<sup>22</sup> G. Garcia, P. Harden, J. Chapman, *The Global Role of Kidney Transplantation*, „Nephrology” 2012, t. 7, nr 3, s. 201.

<sup>23</sup> Zob. M. Mahdavi-Mazdeh, *The Iranian Model of Living Renal Transplantation*, „Kidney International” 2012, t. 82, s. 627–634.

<sup>24</sup> Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 160.

<sup>25</sup> Dz.U. z 2009 r. Nr 20, poz. 107.

<sup>26</sup> W obu umowach międzynarodowych zdefiniowano pojęcie „handlu ludźmi” jako werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób, z zastosowaniem groźby, użyciem siły bądź innych form przymusu, uprowadzenia, oszustwa, podstępny, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby sprawującej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystywanie prostytucji innych osób lub inne formy wykorzystywania seksualnego, przymusową pracę lub służbę, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów.

Tych dwóch zjawisk nie należy utożsamiać, ponieważ choć mają ten sam cel, metoda jego osiągnięcia jest odmienna.

Innym międzynarodowym dokumentem, który należy przywołać jest Konwencja Rady Europy w sprawie ochrony praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. [dalej: EKB lub Konwencja biomedyczna], gdzie w art. 21 stanowi się, że „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, jako takie (same w sobie), stanowić źródła zysku”<sup>27</sup>. Zakaz osiągania korzyści finansowych z ciała ludzkiego został powtórzony i rozwinięty w Protokole dodatkowym do EKB dotyczącym transplantacji narządów i tkanek pochodzenia ludzkiego z 24 stycznia 2002 r.<sup>28</sup> Ponadto w art. 22 Protokołu *expressis verbis* zakazano handlu organami i tkankami ludzkimi. Za złamanie tego zakazu powinny grozić odpowiednie sankcje przewidziane w prawie krajowym. Taki wniosek można wysnuć na podstawie art. 26 Protokołu, w którym zobowiązuje się państwa do przewidzenia sankcji w przypadku naruszenia zasad w nim zawartych. Ludzkie narządy i tkanki stanowią więc *res extra commercium*<sup>29</sup>, z uwzględnieniem nielicznych wyjątków odnoszących się do mogących być przedmiotem handlu włosów czy paznokci<sup>30</sup>.

Mając na uwadze wskazane standardy międzynarodowe, pozytywna ocena potrzeby powstania nowego międzynarodowego instrumentu mającego na celu walkę z handlem organami wydaje się oczywista — obecne regulacje mają istotne luki i nie mogą służyć jako skuteczne narzędzie eliminacji tego zjawiska. Przede wszystkim Protokół z 2000 r. oraz Konwencja Rady Europy z 2005 r. dotyczą wyłącznie przypadków wykorzystywania osoby (która podpada pod definicję ofiary handlu ludźmi) przez pobranie jej organów (*implicite* — bez jej zgody), nie odnoszą się natomiast do sytuacji, gdy dawca wyraża zgodę na pobranie swojego narządu (jak niektórzy uważają — swobodną<sup>31</sup>), za co otrzymuje wynagrodzenie. Z kolei w EKB oraz jej drugim protokole dodatkowym kładzie się nacisk na stworzenie jednolitych zasad i procedur dotyczących legalnych transplantacji<sup>32</sup>, nie zawarto natomiast sprecyzowanych zobowiązań w za-

<sup>27</sup> Mimo licznych postulatów Konwencja do tej pory nie została przez Polskę ratyfikowana. Tłumaczenie dostępne w: T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy bioetyczne. Dokumenty i orzecznictwo*, Warszawa 2014.

<sup>28</sup> Zob. art. 21 Protokołu. Polskie tłumaczenie znajduje się w: T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy...*, s. 60.

<sup>29</sup> Poza EKB i II Protokołem taki charakter ciała ludzkiego i jego części potwierdzono w art. 3 Karty praw podstawowych UE.

<sup>30</sup> Zob. sprawozdanie wyjaśniające do Konwencji, CM(2013)79 *add final*, pkt 133 [dalej: sprawozdanie wyjaśniające].

<sup>31</sup> Wśród licznych komentarzy można spotkać się z twierdzeniem, że jednoznacznie negatywna etyczna ocena sprzedaży organów nie jest wcale oczywista. Jak twierdzą niektórzy, nie można odmówić nikomu prawa do samodecydowania o swoim ciele, tym bardziej jeżeli sprzedaż organu może zapewnić dawcy i jego rodzinie byt przynajmniej na jakiś czas. Argument ten należy uznać za błędny, ponieważ trudno uznać zgodę wymuszoną sytuacją ekonomiczną za swobodną. Trudno raczej spotkać się z sytuacją, gdy ktoś sprzedaje swój organ „dla zabawy”.

<sup>32</sup> Przewidziano m.in. szereg warunków na pobranie organów od żyjących dawców (z rozróżnieniem osób zdolnych do wyrażenia zgody oraz osób nieposiadających takiej zdolności).

kresie ściągania, kryminalizacji i przeciwdziałania handlowi organami. Podejmując próbę oceny rzeczywistej potrzeby powstania Konwencji, warto dodać, że na wstępnych etapach prac nad dokumentem rozważano włączenie go do „systemu EKB<sup>33</sup>” w formie kolejnego protokołu dodatkowego. Słusznie zrezygnowano z tego pomysłu, gdyż zablokowałoby to jego ratyfikację w wielu państwach członkowskich Rady Europy, które z różnych względów do tej pory nie są stronami samej Konwencji biomedycznej, a należy przypomnieć, że jej ratyfikacja jest warunkiem koniecznym dla związania się poszczególnymi protokołami<sup>34</sup>.

W świetle standardów międzynarodowych, system transplantacyjny powinien funkcjonować na podstawie kilku fundamentalnych zasad, które są konieczne do ochrony praw dawców, biorców oraz ich rodzin. Po pierwsze, odpowiedniego organu/tkanki należy poszukiwać w pierwszej kolejności od zmarłego dawcy. Dopiero w braku takiego organu, można wykorzystać narząd/tkanekę od żyjącego dawcy. W świetle art. 10 Protokołu do EKB z 2002 r., pobranie organu od żyjącego dawcy może być przeprowadzone na korzyść biorcy, z którym dawca ma bliski związek zdefiniowany przez prawo krajowe. Jakakolwiek inna osoba może zostać dawcą tylko na warunkach określonych przez prawo oraz po uzyskaniu zgody odpowiedniego organu. W obliczu zwiększającego się deficytu dostępnych organów, którego skutkiem jest handel organami, być może należałoby rozważyć ułatwienie kontrolowanego przez państwo dawstwa między osobami niespokrewnionymi.

Kolejną, istotną z perspektywy badanego problemu kwestią jest pytanie, czy standardy międzynarodowe dopuszczają jakąkolwiek korzyść materialną dla dawcy organu/tkanki. Zgodnie z art. 21 EKB, nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby dawca otrzymał rekompensatę, która — choć nie jest wynagrodzeniem — kompensuje poniesione przez niego wydatki lub utracone korzyści<sup>35</sup>. Rodzaj wydatków oraz utraconych korzyści będących podstawą do rekompensaty został skonkretyzowany w art. 21 Protokołu dodatkowego, w którym wymienia się: utratę zarobków oraz wszelkich innych dających się usprawiedliwić wydatków spowodowanych pobraniem albo związanymi z nim badaniami medycznymi; pokrycie uzasadnionych opłat związanych z usługami medycznymi i powiązanymi usługami technicznymi świadczonymi w związku z transplantacją<sup>36</sup>; rekompensaty w przypadku niepożądanego (nieprzewidzianego) szkody wynikającej z pobrania organów lub tkanek<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Rozumianego jako europejska Konwencja biomedyczna oraz jej cztery protokoły dodatkowe.

<sup>34</sup> Do chwili obecnej Konwencją biomedyczną związało się 29 państw (dane na dzień 15.01.2015 r.).

<sup>35</sup> Zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 134.

<sup>36</sup> Chodzi tutaj przede wszystkim o koszty ponoszone nie przez dawcę, lecz osobę trzecią zaangażowaną w proces transplantacji (np. lekarza albo bank tkanek), związane m.in. z przewożeniem, przygotowaniem i przechowywaniem organów lub tkanek. Por. sprawozdanie wyjaśniające do II Protokołu, pkt 115.

<sup>37</sup> Prawo do rekompensaty nie będzie obejmowało szkód, które są normalnym następstwem procedury transplantacyjnej.

#### IV. CELE I ZAKRES PRZEDMIOTOWY KONWENCJI

Zasadniczym celem Konwencji jest „zapobieganie i zwalczanie handlu ludzkimi organami poprzez zapewnienie kryminalizacji pewnych działań”, o których jest mowa w dalszej części dokumentu. Niemniej warto zwrócić uwagę na pozostałe cele wymienione w jej art. 1 dotyczącym także ochrony praw ofiar oraz współpracy na poziomie międzynarodowym i krajowym.

Zakres przedmiotowy Konwencji wykracza poza problem handlu organami w kontekście transplantacji i obejmuje również handel organami w innych celach, a także inne formy nielegalnego pobierania i przeszczepiania organów. Z uwagi na skomplikowany charakter przestępstwa, w które zaangażowanych jest z reguły wiele podmiotów i które obejmuje różne czynności sprawcze, autorzy tekstu Konwencji zdecydowali się nie tworzyć na jej potrzeby definicji pojęcia „handlu organami”<sup>38</sup>. Zamiast tego postanowiono wymienić działania, które samodzielnie lub w związku z innymi zachowaniami składają się na handel organami. Natomiast jeśli chodzi o definicję „ludzkiego organu”, to została ona sformułowana na podstawie art. 3 lit. h dyrektywy 2010/53/EU Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 lipca 2010 r. w sprawie norm jakości i bezpieczeństwa narządów ludzkich przeznaczonych do przeszczepu<sup>39</sup>. Pod tym pojęciem rozumieć należy również fragment narządu, o ile może spełniać takie same funkcje jak cały organ i którego struktura oraz system naczyniowy zostały zachowane<sup>40</sup>.

Pojęcie „handel organami” obejmuje zachowania przewidziane w art. 4 ust. 1 (nielegalne pobieranie organów), art. 5 (wykorzystanie nielegalnie pobranych organów do ich przeszczepienia albo w innym celu), art. 7 (nagabywanie, rekrutowanie dawców lub biorców, oferowanie oraz żądanie nienależnych korzyści), art. 8 (przygotowywanie, zabezpieczanie, przechowywanie, przewóz, przekazywanie, otrzymywanie, wwożenie lub wywożenie nielegalnie usuniętych organów), art. 9 (podżeganie lub pomocnictwo oraz usiłowanie).

Trzeba podkreślić, że konwencyjne pojęcie „handel organami” odnosi się nie tylko do przeszczepienia narządu, ale również innych sposobów jego wykorzystania. Warto zatem wyjaśnić, w jakich innych celach — poza transplantacją — mogą zostać użyte nielegalnie pobrane organy. Przede wszystkim chodzi tu o potrzeby badań naukowych oraz pobieranie z nich tkanek i komórek<sup>41</sup>. Przy czym, co istotne, handel samymi tkankami i komórkami nie jest już objęty postanowieniami traktatu. Z kolei przez sformułowanie „inne formy nielegalnego pobierania i przeszczepiania organów” (które nie są kwalifikowane jako handel organami) należy rozumieć działania, do których odnosi się art. 4 ust. 4 oraz art. 6<sup>42</sup>. Wspomniane przepisy dotyczą sytuacji, gdy do pobrania i przeszczepienia organu dochodzi ze złamaniem podstawowych zasad

<sup>38</sup> Sprawozdanie wyjaśniające, pkt 23.

<sup>39</sup> Sprawozdanie wyjaśniające, pkt 24.

<sup>40</sup> Przykładem ilustrującym taki przypadek może być np. fragment wątroby.

<sup>41</sup> Sprawozdanie wyjaśniające, pkt 21.

<sup>42</sup> Sprawozdanie wyjaśniające, pkt 20.



krajowego ustawodawstwa w zakresie transplantacji lub poza krajowym systemem transplantacyjnym.

## V. ZAKRES CZYNÓW KRYMINALIZOWANYCH (POSTANOWIENIA KARNOMATERIALNE)

Umieszczone w rozdziale II postanowienia dotyczące materialnego prawa karnego stanowią trzon całego traktatu. Zawierają one szereg zobowiązań państw do takiego ukształtowania swego prawa karnego, aby było ono zgodne z Konwencją i realizowało jej cele. Obowiązek kryminalizacji obejmuje:

- nielegalne usuwanie (pobieranie) organów (art. 4);
- wykorzystanie nielegalnie pobranych organów do implantacji (przeszczepienia) albo w innym celu (art. 5);
- implantację organów poza krajowym systemem transplantacyjnym albo z naruszeniem podstawowych zasad krajowego prawa transplantacyjnego (art. 6);
- nielegalne nagabywanie, rekrutowanie dawców lub biorców, oferowanie oraz żądanie nienależnych korzyści (art. 7);
- przygotowywanie, zabezpieczanie, przechowywanie, przewóz, przekazywanie, otrzymywanie, wwożenie lub wywożenie nielegalnie usuniętych organów (art. 8);
- podżeganie lub pomocnictwo oraz usiłowanie (art. 9).

Należy podkreślić, że wszystkie wymienione czyny mogą rodzić odpowiedzialność karną wyłącznie, gdy zostaną zrealizowane umyślnie. Choć Konwencja ma zapewnić ujednolicenie prawa karnego poszczególnych państw w odniesieniu do jej przedmiotu, niektóre jej postanowienia pozwalają na pewną elastyczność. W Konwencji nie zdefiniowano pojęcia umyślności, pozostawiono to do uregulowania w prawie krajowym, podobnie jak do decyzji krajowego ustawodawcy pozostawiono ewentualne poszerzenie standardu (wymogu minimum) i karalność również zachowań nieumyślnych<sup>43</sup>. Ponadto przewidziano dość specyficzny mechanizm składania zastrzeżeń do niektórych postanowień Konwencji, o którym będzie mowa w dalszej części artykułu.

### 1. Nielegalne pobranie organów

Przedmiotem przestępstwa, wyłaniającym się na tle analizy jego znamion, jest zdrowie człowieka, jego prawo do samostanowienia, poszanowanie ludzkiego ciała oraz godności ludzkiej. Przedmiotem czynności wykonawczej nielegalnego usunięcia (pobrania) organów mogą być zarówno organy pochodzące od dawcy żyjącego, jak i zmarłego. Warto dodać, że w art. 4 Konwencji w ogóle nie wspomina się o celu, w jakim organ został pobrany. Pominięcie tego aspektu należy ocenić jako słuszne, gdyż konieczność jego udowodnienia mogłaby istotnie ograniczyć skuteczność przepisu.

Generalnie znamiona strony przedmiotowej omawianego przestępstwa są dość rozbudowane i obejmują kilka elementów. Jeden z nich dotyczy zgody na pobranie organu — usunięcie narządu musi nastąpić bez uzyskania swobodnej, świadomej i szcze-

---

<sup>43</sup> Sprawozdanie wyjaśniające, pkt 28.

gólowej (ang. *specific*) zgody dawcy lub — w przypadku zmarłego dawcy — bez upoważnienia przewidzianego w prawie krajowym. Kolejny element odnosi się do zysku finansowego lub innej porównywalnej korzyści otrzymywanej w zamian za pobranie organu. W przypadku żyjącego dawcy adresatem wspomnianej korzyści może być sam dawca albo osoba trzecia, natomiast w przypadku dawcy zmarłego — rzecz jasna — wyłącznie osoba trzecia. Analizując treść przepisu art. 4, można mieć pewne wątpliwości, czy wymienione elementy muszą być spełnione łącznie, czy też wystarczy wypełnienie tylko jednego z nich. Pierwsza interpretacja oznaczałaby, że nie popełniłaby przestępstwa osoba, która pobrała narząd za zgodą dawcy, który otrzymał z tego tytułu wynagrodzenie (lub gdyby zysk trafił do osoby trzeciej)<sup>44</sup>, albo przeciwnie — gdy dawca zgody nie wyraził, ale jednocześnie ani on, ani nikt inny nie uzyskał żadnej korzyści materialnej. W naszej ocenie, takie rozumienie byłoby niezgodne z celem Konwencji i mogłoby doprowadzić do istotnego ograniczenia jej skuteczności. Wątpliwości w tym zakresie rozwiewa sprawozdanie wyjaśniające, w którym zaznaczono, że do stwierdzenia popełnienia przestępstwa wystarczy, aby jeden z powyższych elementów został spełniony<sup>45</sup>. Należy przy tym jednak pamiętać, że sprawozdanie nie jest dokumentem zawierającym wykładnię legalną i ma jedynie służyć jako instrument wspomagający stosowanie Konwencji.

Do poprawnej implementacji Konwencji niewątpliwie istotne będzie doprecyzowanie dwóch pojęć, tj. pojęcia „swobodna, świadoma i konkretna zgoda” oraz pojęcia „zysk finansowy lub inna porównywalna korzyść”. W odniesieniu do pierwszego z nich należy uznać, że sam fakt wyrażenia zgody przez dawcę nie przesądza o tym, że była to zgoda skuteczna w świetle prawa. Łatwo można wyobrazić sobie sytuację, gdy dawca wyraził zgodę (nawet w formie pisemnej), ale zrobił to pod przymusem albo nie był do końca świadomy skutków zabiegu. Warunek uzyskania zgody na interwencję medyczną jest jedną z podstawowych zasad leżących u podstaw całego systemu EKB, do którego warto się w tym miejscu odwołać. Na początek przypomnijmy, że reguła ogólna zawarta w art. 5 EKB wymaga, aby zgoda była swobodna i świadoma. Kolejny warunek polegający na tym, aby zgoda była konkretna, pojawia się w art. 19 EKB oraz art. 13 II Protokołu dodatkowego<sup>46</sup> i stanowi, tym samym, dodatkowe zabezpieczenie interesów dawcy. Taka zgoda musi być dodatkowo udokumentowana, tzn. wyrażona w sposób wyraźny, na piśmie lub przed właściwym organem. W specyficznym kontekście handlu organami szczególnego znaczenia nabiera wymóg zgody „swobodnej”, co należy rozumieć jako brak przymusu i nacisków ze strony jakiegokolwiek osoby (leka-

<sup>44</sup> Jest to często spotykana w praktyce sytuacja, choć oczywiście w odniesieniu do każdego przypadku z osobna należałoby ustalić, czy zgoda spełniała trzy wymogi, które decydują o jej skuteczności, tzn. czy była swobodna, świadoma i konkretna.

<sup>45</sup> Zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 31.

<sup>46</sup> Zgoda ma być konkretna, tzn. dotyczyć na przykład pobrania fragmentu lub części szczegółowo określonego organu. Niedopuszczalne więc będą przypadki pobrania organu w przypadku wyrażenia zgody ogólnej w momencie przyjęcia do szpitala. Ten warunek będzie również miał zastosowanie wobec osób zmarłych. Może się np. zdarzyć, że dana osoba za życia wyraziła wolę zostania dawcą pewnych organów, co oznacza, że inne nie będą mogły zostać pobrane. Por. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 35.

rza, wierzyciela, a nawet członka rodziny) lub pozostawania pod wpływem leków lub środków odurzających<sup>47</sup>. W rzeczywistości do podjęcia decyzji o sprzedaży organu dochodzi najczęściej z przyczyn ekonomicznych, co można by uznać za spełnienie formalnego warunku zgody „swobodnej”. Taki wniosek wydaje się jednak dość kontrowersyjny, ponieważ wydaje się, że o pełnej swobodzie można jedynie mówić w przypadku oddania organu z pobudek altruistycznych. Wymóg dotyczący świadomości wiąże się z kolei z prawem do informacji o celu i naturze interwencji, jej konsekwencjach i związanym z nią ryzyku. Poza tym, zgodnie z art. 12 II Protokołu dodatkowego do EKB, biorąc należy poinformować o jego prawach i gwarancjach przewidzianych prawem w celu jego ochrony. Niestety, informowanie pacjentów w sposób niezrozumiały jest nadal często spotykanym problemem<sup>48</sup>. Choć w żadnym z omawianych traktatów nie wspomina się o wymogu przekazania informacji w sposób przystępny, jest oczywiste, że informacja musi być dostosowana do zdolności percepcyjnych i poznawczych pacjenta (jego wieku i wykształcenia itd.)<sup>49</sup>. W przeciwnym razie warunek „świadomości” nie zostanie spełniony i zgoda nie będzie skuteczna<sup>50</sup>.

W przypadku pobierania organów *post mortem* w art. 17 II Protokołu, podobnie jak w art. 4 Konwencji przeciwko handlowi ludzkimi organami, przewidziano wymóg uzyskania zgody lub odpowiedniego upoważnienia. *A contrario* nie można pobrać organu, jeżeli dana osoba się temu sprzeciwiała za życia. Ani w Protokole, ani w Konwencji nie sprecyzowano jednak, w jaki sposób należy postępować w sytuacji, gdy wola i życzenia osoby zmarłej nie są znane i jednoznaczne. Sposoby ustalania woli zmarłego oraz mechanizmy upoważnienia pozostawiono do uregulowania w prawie krajowym<sup>51</sup>.

Kolejnym ze znamion strony przedmiotowej przestępstwa jest osiągnięcie „zysku finansowego lub innej porównywalnej korzyści”. W Konwencji przewidziano, że pojęcie to nie będzie obejmowało rekompensaty za utracone zarobki ani innych uzasadnionych wydatków spowodowanych pobraniem narządu lub powiązаныmi usługami medycznymi i badaniami lekarskimi. Nie będzie również odnosiło się do odszkodowania za uszczerbek, który nie jest oczywistym i przewidywalnym skutkiem usunięcia organów (art. 4 ust. 3).

Ostatni ustęp art. 4 Konwencji odnosi się do przestępstwa nielegalnego pobrania organów, które nie będzie kwalifikowane jako „handel organami”. Zgodnie z tym prze-

<sup>47</sup> Por. wyroki ETPC w sprawach dotyczących sterylizacji kobiet pochodzenia romskiego w trakcie porodu: V.C. przeciwko Słowacji z 8 listopada 2011 r. (skarga nr 18968/07) oraz N.B. przeciwko Słowacji z 12 czerwca 2012 r. (skarga nr 29518/10).

<sup>48</sup> Więcej na temat obowiązku informowania pacjenta w prawie polskim i porównawczym zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 174 i n.

<sup>49</sup> Por. sprawozdanie wyjaśniające do II Protokołu, pkt 71.

<sup>50</sup> Por. wyrok ETPC w sprawie V.C. przeciwko Słowacji.

<sup>51</sup> Zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 35 i sprawozdanie wyjaśniające do II Protokołu, pkt 101, 102. Zagadnienie to jest również uregulowane w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/53/UE z dnia 7 lipca 2010 r. w sprawie norm jakości i bezpieczeństwa narządów ludzkich przeznaczonych do przeszczepienia (Dz.U. UE L 207 z 6.08.2010 r.). Najczęściej spotykanymi w Europie metodami wyrażania zgody *post mortem* są systemy: *opt in* (polegający na konieczności wyrażenia wyraźnej zgody na pobranie narządów po śmierci) oraz *opt out* (działający na podstawie domniemanej zgody wobec braku wyraźnego sprzeciwu).

pisem, państwa strony powinny rozważyć — co oznacza, że nie jest to postanowienie obligatoryjne — ustanowienie w swoim prawie karnym przestępstwa pobrania organów od dawców żyjących lub zmarłych w dwojakiego rodzaju przypadkach: po pierwsze, gdy do pobrania doszło poza krajowymi ramami systemu transplantacyjnego, po drugie, gdy pobranie było niezgodne z podstawowymi krajowymi zasadami wykonywania przeszczepów<sup>52</sup>. Jeżeli krajowy ustawodawca implementuje ten przepis, powinien również objąć kryminalizacją czyny z art. 9 Konwencji, a więc pomocnictwo, podżeganie i usiłowanie. Jeśli chodzi o polskie prawo karne, to nie wymagałoby to dodatkowych zabiegów legislacyjnych ze względu na regulacje dotyczące form zjawiskowych i stadialnych czynów zabronionych, ujęte w części ogólnej kodeksu karnego i zasadniczo mające — w świetle art. 116 k.k. — zastosowanie do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną.

## **2. Sposoby wykorzystania nielegalnie pobranych organów**

Postanowienia art. 5 i 6 Konwencji koncentrują się na sposobach wykorzystania nielegalnie pobranych organów, przy czym art. 5 stanowi niejako kolejny etap „handlu organami”, natomiast art. 6 jest przedłużeniem działań z art. 4 ust. 4.

W art. 5 zobowiązuje się państwa strony do kryminalizacji zachowań polegających na implantacji (przeszczepieniu) lub innym sposobie wykorzystania nielegalnie pobranych organów (tzn. pobranych w sposób przewidziany w art. 4 ust. 1)<sup>53</sup>. Należy przypomnieć, że penalizacja ma objąć przestępstwa popełniane umyślnie (choć państwa mogą wyjść ponad standard minimum). Kolejnym elementem wprowadzającym pewną elastyczność jest możliwość ograniczenia zastosowania art. 5 Konwencji wyłącznie do przeszczepienia organów<sup>54</sup>. Oznacza to, że w krajach, które z tego skorzystają, można będzie *lege artis* wykorzystywać nielegalnie pobrane organy np. do badań naukowych. W tym przypadku pozostawienie państwom swobody autorzy opracowania oceniają negatywnie.

Inaczej skonstruowany został art. 6, w którym (podobnie jak w art. 4 ust. 4) jest mowa o rozważeniu potrzeby wprowadzenia niezbędnych środków ustawodawczych lub innych w celu penalizacji przeszczepienia organów poza krajowym systemem transplantacyjnym lub z naruszeniem podstawowych zasad krajowego prawa transplantacyjnego.

## **3. Nielegalne nagabywanie, rekrutowanie dawców lub biorców, oferowanie oraz żądanie nienależnych korzyści**

Postanowienia art. 7 oraz kolejnych przepisów Konwencji są konsekwencją przyjęcia założenia, zgodnie z którym handel organami jest zjawiskiem złożonym, wieloetapowym i z reguły angażującym szeroki krąg podmiotów. W raportach i publika-

<sup>52</sup> Za umieszczeniem tego przepisu przemawiały istotne różnice w krajowych ustawodawstwach transplantacyjnych. Podczas negocjowania treści Konwencji wystąpiły różnice zdań odnośnie do tego, czy działania wymienione w art. 4 ust. 4 będą jednocześnie wypełniały znamiona ust. 1 tego przepisu. Zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 43–45.

<sup>53</sup> Przestępstwem nie będzie zatem przeszczepienie organu pobranego w sposób opisany w art. 4 ust. 4.

<sup>54</sup> Zob. art. 30 Konwencji.

cjach zauważa się, że coraz częściej handel organami przybiera formę przestępczości zorganizowanej, co powoduje, że w walce z tym procederem należy uwzględnić jego specyfikę<sup>55</sup>.

Konwencja zobowiązuje państwa, po pierwsze, do kryminalizacji przestępstwa nagabywania i rekrutowania dawców lub biorców. To właśnie pośrednictwo uważane jest za bardzo istotne ogniwo handlu ludźmi, dlatego penalizacja tego rodzaju działań uznawana jest za konieczną. Rekrutowanie może oczywiście przyjmować różne formy, od bezpośredniej po ogłaszanie zapotrzebowania na organy. Należy przy tym uściślić, że zakaz ogłaszania (informowania) o takim zapotrzebowaniu nie będzie obejmował — zgodnego z prawem krajowym — rekrutowania dawców<sup>56</sup>. O tym, czy osoba pośrednicząca między dawcą, biorcą oraz innymi podmiotami będzie objęta tym przepisem, decyduje osiągnięcie przez nią samą lub osobę trzecią zysku finansowego lub porównywalnej korzyści. Oznacza to, że przestępstwo nie zostanie popełnione, jeżeli rekrutujący będzie oferował taki zysk lub korzyść wyłącznie biorcy lub dawcy albo jeżeli on sam ani nikt inny takiej korzyści nie uzyska. Choć zazwyczaj pośrednicy kierują się zamiarem osiągnięcia zysku dla siebie albo osoby trzeciej, należy rozważyć inne możliwe „scenariusze”. Aby prawidłowo antycypować skutki takiej konstrukcji normy, posłużymy się następującymi przykładami.

A. Przypadek I — osobą pośredniczącą i rekrutującą dawcę jest członek rodziny potencjalnego biorcy. Rekrutujący i dawca nie osiągają korzyści finansowej, natomiast jest ona oferowana dawcy.

B. Przypadek II — pośrednikiem jest członek rodziny dawcy. Sam pośrednik nie otrzymuje korzyści, uzyskuje ją wyłącznie dawca.

Nasuwa się pytanie, czy brak sankcji wobec tego rodzaju pośredników był zamierzony przez twórców Konwencji. Wobec braku odpowiednich przepisów w traktacie, objęcie sankcjami karnymi takich pośredników leży w gestii poszczególnych państw. Z jednej strony, przeciwko ściganiu i karaniu niektórych osób (przypadek I) przemawia fakt, że kierują się one altruistycznymi pobudkami. Jednak w obu przypadkach dojdzie do naruszenia praw i godności dawcy, który staje się ofiarą handlu organami. Przy systemowej interpretacji art. 7 Konwencji przez pryzmat jej celów oraz postanowień art. 4 nie powinno mieć decydującego znaczenia, czy pośrednik (lub osoba trzecia) uzyska korzyść majątkową, lecz czy doszłoby do pogwałcenia praw i godności dawcy. Przy czym za ofiarę handlu organami należałoby uznać osoby, których narząd został pobrany w sposób przewidziany w art. 4. *A contrario* ofiarą nie byłaby osoba, która z własnej woli wyraziła skuteczną zgodę (w świetle prawa) i która nie uzyskała z tego tytułu korzyści majątkowej (przy czym jednocześnie nie uzyskała jej osoba trzecia). Jest to — jak się wydaje — jedyna etycznie i prawnie dopuszczalna sytuacja uzasadniająca wyłączenie ścigania i karania pośrednika.

<sup>55</sup> Zob. F.G. Madsen, *Organ Transplantation...*

<sup>56</sup> Por. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 52. Legalną formą ogłaszania takiego zapotrzebowania będą np. publiczne kampanie zachęcające do wyrażania zgody na pobranie organów *post mortem* albo promujące tzw. przeszczepy rodzinne.

Kolejne czyny, w przypadku których — zgodnie z Konwencją — państwa strony są zobowiązane wprowadzić odpowiedzialność karną, odnoszą się do działań, które można ogólnie określić jako rekrutowanie pracowników służby zdrowia oraz przyjmowanie lub żądanie przez nich korzyści, czyli do zjawiska biernej i czynnej korupcji (art. 7 ust. 2 oraz ust. 3)<sup>57</sup>. Chodzi tu o obiecywanie (ang. *promising*), oferowanie oraz przekazywanie (ang. *giving*) przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakiegokolwiek nienależnej korzyści (ang. *undue advantage*) pracownikom służby zdrowia, jej funkcjonariuszom publicznym/osobom pełniącym funkcje publiczne (ang. *public officials*) lub osobom, które kierują lub pracują dla jednostek sektora prywatnego w jakimkolwiek charakterze, w zamian za dokonanie lub ułatwienie pobrania lub przeszczepienia ludzkiego organu, jeżeli do pobrania lub przeszczepienia dochodzi w okolicznościach przewidzianych w art. 4 ust. 1, art. 5<sup>58</sup>. Zakłada się również penalizację żądania lub przyjmowania korzyści przez wymienione osoby. Przepięstwo z art. 7 ust. 2 będzie więc przestępstwem powszechnym, natomiast podmiotem przestępstwa z art. 7 ust. 3 mogą być tylko osoby w nim wymienione, a zatem będzie to przestępstwo indywidualne.

#### 4. Pozostałe czyny zabronione

W art. 8 Konwencji zobowiązano państwa do penalizacji szeregu czynności sprawczych, tj. przygotowywania, zabezpieczania, przechowywania, przewozu, przekazywania, otrzymywania, wwożenia lub wywożenia nielegalnie usuniętych organów. Karalne mają być również podżeganie lub pomocnictwo oraz usiłowanie popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa, zgodnie z postanowieniami Konwencji (art. 9). W Konwencji nie zdefiniowano pojęć użytych w art. 9, zatem ich interpretacja została pozostawiona krajowemu ustawodawcy. W Sprawozdaniu do Konwencji znajduje się istotna wskazówka, że z uwagi na różnice w systemach prawnych państw członkowskich Rady Europy przewiduje się możliwość ustanowienia przez prawo krajowe odrębnego przestępstwa z art. 8 Konwencji albo potraktowania tych czynów jako objętych hipotezą art. 9<sup>59</sup>. Należy przypomnieć, że podobnie do wszystkich pozostałych objętych Konwencją czynów zabronionych przestępstwa wymienione w art. 8 oraz art. 9 można popełnić tylko umyślnie.

#### 5. Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych (*corporate liability*)

W analizowanych do tej pory przepisach Konwencji sprawcą przestępstwa mogła być wyłącznie osoba fizyczna. W trakcie negocjowania tekstu traktatu zauważono jednak potrzebę rozszerzenia odpowiedzialności na inne podmioty, takie jak przedsiębiorstwa komercyjne, stowarzyszenia oraz inne organizacje, za czyny popełnione w ich imieniu przez osoby piastujące określone stanowiska oraz za zaniedbania i brak nadzoru<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt. 54–55. Potrzebę umieszczenia tego przepisu w Konwencji uzasadniono tym, że może się zdarzyć, że niektóre przyszłe państwa strony nie będą związane prawnokarną konwencją o korupcji (ETS No 173).

<sup>58</sup> Oraz okoliczności przewidzianych w art. 4 ust. 4 lub art. 6, jeżeli dane państwo zdecydowało się na penalizację czynów w nich wymienionych.

<sup>59</sup> Zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 57.

<sup>60</sup> Zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 76.

W art. 11 ust. 1 Konwencji przewidziano kilka warunków decydujących o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych. Po pierwsze, musi dojść do popełnienia przestępstwa (czynu zabronionego) przewidzianego w Konwencji, włącznie z jego postaciami zjawiskowymi, tj. pomocnictwem i podżeganiem. Po drugie, przestępstwo musi zostać popełnione w celu przyniesienia korzyści danemu podmiotowi. Po trzecie, czyn musi zostać popełniony przez osobę działającą indywidualnie albo jako przedstawiciel organu, np. osoby prawnej, która piastuje istotne stanowisko (ang. *leading position*). Wykorzystane w przepisie sformułowanie jest niewątpliwie mało precyzyjne, stąd pomocna w dookreśleniu tego, czyje działania będą skutkowały odpowiedzialnością, jest jego dalsza część, w której wymienia się: osoby uprawnione do reprezentowania osoby prawnej, osoby posiadające kompetencje do podejmowania decyzji w imieniu osoby prawnej oraz osoby uprawnione do sprawowania kontroli (nadzoru) w ramach struktury osoby prawnej. W dalszej części przepisu art. 11 przewidziano odpowiedzialność podmiotów zbiorowych, jeżeli brak nadzoru lub kontroli ze strony osoby wymienionej w ust. 1 umożliwił popełnienie przestępstwa wymienionego w Konwencji przez osobę fizyczną działającą z jej upoważnienia (z reguły za czyny jej pracownika).

Na koniec należy wspomnieć, że odpowiedzialność podmiotu zbiorowego może przybrać różne formy odpowiedzialności: karnej, cywilnej lub administracyjnej, w zależności od systemów prawnych poszczególnych państw. Nie wyłącza ona również indywidualnej odpowiedzialności karnej osoby fizycznej, która popełniła przestępstwo.

## 6. Sankcje oraz okoliczności obciążające

Wybór rodzaju sankcji oraz ich wymiaru pozostawiono ustawodawcom krajowym, choć w Konwencji zawarto pewne wskazówki w tym zakresie (art. 12). Przy wyborze sankcji państwa powinny brać pod uwagę trzy kwestie: ich skuteczność, proporcjonalność oraz działanie prewencyjne. W stosunku do osób fizycznych, które popełniły przestępstwa wymienione w art. 4 ust. 1<sup>61</sup>, sankcje powinny obejmować karę pozbawienia wolności, która może stanowić postawę do ekstradycji. W ust. 2 art. 12 przewidziano z kolei cały wachlarz możliwych sankcji wobec podmiotów zbiorowych.

Na wymiar kary powinny mieć wpływ okoliczności obciążające wymienione w art. 13 Konwencji, o ile nie stanowią one już jednego ze znamion czynu zabronionego. Te okoliczności to:

- a) śmierć lub poważny uszczerbek na zdrowiu (fizycznym lub psychicznym) ofiary;
- b) popełnienie przestępstwa przez osobę z nadużyciem jej pozycji;
- c) działanie w ramach organizacji kryminalnej<sup>62</sup>;
- d) wcześniejsze skazanie za przestępstwa przewidziane w Konwencji;

<sup>61</sup> Odpowiednio również w odniesieniu do przestępstw z art. 5, 7 i 9 Konwencji.

<sup>62</sup> W Konwencji posłużono się pojęciem „organizacji kryminalnej” (*criminal organisation*). Zgodnie ze sprawozdaniem wyjaśniającym (pkt 92), do jego interpretacji przydatne mogą być definicje pojęcia „zorganizowana grupa przestępcza” zawarte w art. 2(a) Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 15 listopada 2000 r., Rekomendacji Rec(2001)11 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad przewodnich w zakresie zwalczania przestępczości zorganizowanej (*Recommendation concerning guiding principles on the fight against organized crime*) oraz decyzji ramowej Rady 2008/841/JHA z 24 października 2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej.

e) przestępstwo skierowane wobec dziecka albo innej szczególnie narażonej/bezradnej osoby (ang. *particularly vulnerable person*<sup>63</sup>).

## VI. POSTANOWIENIA DOTYCZĄCE POSTĘPOWANIA KARNEGO

Aspektem proceduralnym poświęcony został rozdział III Konwencji. W art. 15 została zawarta zasada, zgodnie z którą organy krajowe powinny ścigać przestępstwa wymienione w traktacie *ex officio*, bez potrzeby składania przez ofiarę jakiegokolwiek wniosku w tym zakresie. Działanie z urzędu *ab initio* ma niewątpliwie istotne znaczenie wobec obaw zastraszania ofiar oraz innych form wpływania na ich działania i decyzje.

W kolejnym przepisie Konwencji zobowiązano państwa do zapewnienia skuteczności śledztw, zgodnie z zasadami prawa krajowego. Zasadne wydaje się, aby wspomnianą skuteczność rozumieć zgodnie ze standardami praw człowieka, szczególnie z gwarancjami przewidzianymi w art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Ostatni przepis omawianego rozdziału dotyczy rozbudowanych obowiązków współpracy między państwami. Duży nacisk położony w Konwencji na współdziałanie państw jest konieczny z uwagi na transgraniczny z reguły charakter wymienionych w niej przestępstw.

Usprawnienie śledztw dzięki współpracy stanowi także *ratio legis* przyjętej w ubiegłym roku dyrektywy w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych<sup>64</sup>. Jej implementację przez państwa członkowskie UE można uznać jednocześnie za realizację założeń konwencyjnych, ponieważ dyrektywa ma zastosowanie do ścigania poważnych przestępstw, w tym handlu organami i tkankami. Nakaz stanowi kolejny etap tworzenia kompleksowego unijnego systemu pozyskiwania dowodów w sprawach o charakterze transgranicznym, czemu ma służyć wzajemne uznawanie decyzji o pozyskiwaniu materiału dowodowego. Nielegalny handel organami i tkankami ludzkimi jest jednym z przestępstw, w przypadku których nie będzie można odmówić uznania i wykonania nakazu, nawet jeśli czyn, w związku z którym wydano nakaz, nie stanowi przestępstwa na mocy prawa państwa wykonującego (pod warunkiem, że w kraju wydającym nakaz przestępstwo to będzie zagrożone karą co najmniej trzech lat pozbawienia wolności).

## VII. OCHRONA I PRAWA OFIAR ORAZ ŚWIADKÓW

Ochronie ofiar oraz świadków poświęcono w Konwencji wiele miejsca, co stanowi kontynuację realizowanej od wielu lat przez Radę Europy koncepcji nieograniczania się do działań skierowanych przeciwko sprawcom przestępstw, ale również świad-

<sup>63</sup> Zauważa się, że w zasadzie każda ofiara handlu organami należy do grupy osób bezradnych (*vulnerable persons*), dlatego w przepisie posłużono się dodatkowo słowem „szczególnie”, co może sugerować stosowanie takich kryteriów jak niepełnosprawność umysłowa albo uzależnienie (rodzinne i ekonomiczne) ofiary od sprawców (zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 94).

<sup>64</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz.U. UE L.2014.130.1).



czenia pomocy ofiarom. Tendencja ta była do tej pory widoczna w Konwencji przeciwko handlowi ludźmi oraz Konwencji o ochronie dzieci przed wykorzystywaniem seksualnym z 2007 r., ale nie tylko<sup>65</sup>.

Ochrona może przyjmować różne formy, wśród których w Konwencji wymienia się zapewnienie ofiarom dostępu do informacji, które są istotne w odniesieniu do ich sprawy oraz które są konieczne do ochrony ich zdrowia oraz innych praw; wspomaganie ofiar w ich rehabilitacji fizycznej, psychicznej i społecznej; zagwarantowanie w prawie krajowym możliwości dochodzenia przez ofiary roszczeń odszkodowawczych od sprawców<sup>66</sup> (art. 18). Poza wymienionymi środkami pomocy ofiarom, w interesie ich samych oraz w celu zapewnienia skuteczności wymiaru sprawiedliwości istotne jest zagwarantowanie im uprawnień procesowych. Postanowienia Konwencji w tym zakresie są rozbudowane i obejmują różne mechanizmy mające na celu ochronę interesów ofiar na wszystkich etapach postępowania karnego (art. 19). Ochronie interesów ofiar służyć mają przede wszystkim: prawo do informacji oraz środki zapewniające czynne uczestnictwo w toczącym się postępowaniu, takie jak prawo do bycia wysłuchanym, prawo do przedstawiania dowodów, prawo do prezentowania swoich opinii, potrzeb oraz wątpliwości. W Konwencji przewidziano ponadto obowiązek zapewnienia ofiarom odpowiednich mechanizmów wspierających (ang. *support services*) mających zapewnić należyłą reprezentację ich praw i interesów oraz to, że zostaną one wzięte pod uwagę.

W kontekście skuteczności dochodzenia swoich praw przez ofiary handlu organami, które zazwyczaj są osobami bardzo ubogimi oraz niewydukowanymi, nabiera znaczenia kwestia nieodpłatnej pomocy prawnej oraz możliwość składania skargi w kraju swojego zamieszkania, jeżeli przestępstwo zostało popełnione poza jego terytorium (co pozwala na wyeliminowanie bariery językowej, nieznanomości obcego systemu prawnego oraz innych niewygód związanych z przebywaniem czy podróżowaniem na terytorium innego państwa)<sup>67</sup>. W art. 19 ust. 3 Konwencji przewidziano, że ofiary powinny mieć także dostęp (zgodnie z zasadami przewidzianymi w prawie krajowym) do nieodpłatnej pomocy prawnej, jeżeli są stronami postępowania karnego<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Por. również: Europejska Konwencja o kompensacji dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy (ETS No. 116) z 1983 r. oraz nawiązujące do niej zalecenia: rekomendacja R (85) 11 w sprawie pozycji ofiary w prawie i procesie karnym (*Recommendation on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure*), rekomendacja R (87) 21 w sprawie pomocy ofiarom przestępstw i zapobiegania wiktymizacji (*Recommendation on the assistance to victims and the prevention of victimisation*) oraz rekomendacja Rec(2006)8 w sprawie pomocy ofiarom przestępstw (*Recommendation on assistance to crime victims*).

<sup>66</sup> Zgodnie ze sprawozdaniem wyjaśniającym (pkt 113), odszkodowanie może obejmować szkodę materialną i niematerialną (krzywdę), które w zależności od systemu krajowego powinny być dochodzone w ramach postępowania karnego albo odrębnego postępowania cywilnego.

<sup>67</sup> Przepis ten wzorowany jest na art. 17 ust. 2 dyrektywy 2012/29/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25 listopada 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw (Dz.U. UE L 315 z 14.11.2012, s. 57–73). Podobne rozwiązania znalazły się również w art. 38 ust. 2 Konwencji o ochronie dzieci przed wykorzystaniem seksualnym z 27 października 2007 r. oraz art. 20 ust. 4 Konwencji o podrabianiu produktów medycznych oraz podobnych przestępstwach zagrażających zdrowiu publicznemu (tzw. *Medicine Convention*) z 28 października 2011 r.; zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 120.

<sup>68</sup> Należy podkreślić, że nie zobowiązano państwa do automatycznego przyznawania takiej pomocy każdej ofierze. Por. sprawozdanie wyjaśniające, pkt 118.

W przepisie tym nie wspomina się natomiast o postępowaniach cywilnych, niemniej brak takiego uprawnienia oznaczałby w wielu przypadkach iluzoryczność prawa do sądu. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby osoba żyjąca na skraju ubóstwa, która przeszła podstawową edukację, była w stanie samodzielnie dochodzić swoich praw.

Poza uprawnieniami *stricte* procesowymi Konwencja zobowiązuje państwa do podjęcia kroków w celu zapewnienia bezpieczeństwa ofiarom oraz ich rodzinom przed zastraszaniem oraz odwetem. Ochrona ma również objąć świadków, ich rodziny oraz inne osoby bliskie.

#### VIII. PRZECIWDZIAŁANIE HANDLOWI ORGANAMI

Potrzeba zapobiegania przestępczości, podobnie jak ochrona praw ofiar, jest mocno eksponowana w traktatach Rady Europy. W art. 21 Konwencji zobowiązano państwa do zapewnienia istnienia przejrzystego krajowego systemu transplantacyjnego, słusznego dostępu do usług transplantacyjnych dla pacjentów oraz gromadzenia, analizowania i wymiany informacji na temat przestępstw związanych z handlem organami przez odpowiednie instytucje. Pomocne mogą okazać się również inne tzw. miękkie środki, takie jak szkolenie pracowników służby zdrowia i innych funkcjonariuszy oraz społeczne kampanie informacyjne.

Przeciwdziałaniu handlowi organami ma również służyć wymiana informacji między państwami oraz składanie sprawozdań Komitetowi traktatowemu z liczby odnotowanych przypadków handlu organami oraz na temat prowadzonych postępowań dotyczących tego zjawiska.

#### IX. ZASTRZEŻENIA DO KONWENCJI

Pewną elastyczność wdrażania postanowień Konwencji gwarantuje mechanizm składania zastrzeżeń, dobrze znany w prawie międzynarodowym i często przez państwa wykorzystywany<sup>69</sup>. Ponieważ w analizowanym przez nas traktacie wyraźnie dopuszczono w kilku miejscach możliwość składania zastrzeżeń, nie powinny one budzić wątpliwości co do swej legalności oraz zgodności z przedmiotem i celem traktatu. Należy przy tym podkreślić, że jakiegokolwiek inne zastrzeżenie jest niedopuszczalne<sup>70</sup>. Negocjatorzy postanowili pozostawić państwom stronom swobodę decydowania o wprowadzeniu wyjątków od zasady kryminalizacji czynu stypizowanego w art. 4 ust. 1 lit. a, tj. usunięcia organu dokonanego bez swobodnej, świadomej i szczegółowej zgody. Tym samym, państwa mogą (ale tylko w wyjątkowych okolicznościach i pod warunkiem zapewnienia stosownych gwarancji w prawie krajowym) nie stosować tego przepisu do żyjących dawców<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Szczegółowo na temat zastrzeżeń do umów międzynarodowych: A. Wyrozumka, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 230 i n.

<sup>70</sup> Zgodnie z wyraźnym postanowieniem art. 30 ust. 3.

<sup>71</sup> Uwzględnienia możliwości składania takiego zastrzeżenia domagały się państwa, które uważały, że należy pozostawić tzw. otwartą furtkę w sytuacji, gdy dawcą byłaby osoba nieposiadająca zdolności do wyrażenia zgody, albo która fizycznie nie jest w stanie jej wyrazić. Państwa te uznały, że w wyjątkowych oko-

W świetle art. 9 ust. 3 państwa mogą z kolei zastrzec, że nie będą w ogóle stosować art. 9 ust. 2, a zatem penalizować usiłowania, lub będą to robić jedynie w określonych przypadkach i pod pewnymi warunkami w odniesieniu do przestępstw ustanowionych zgodnie z art. 7 i 8 Konwencji. Zastrzeżenia mogą dotyczyć również postanowień odnoszących się do jurysdykcji (art. 10 ust. 3 i ust. 5). Ponadto państwa mogą zdecydować, czy obejmą kryminalizacją czyny z art. 5 oraz art. 7 ust. 2 i 3 wyłącznie w sytuacji, gdy zostaną one popełnione z zamiarem wszczęcia organu bądź zarówno w tym celu, jak i w jakimkolwiek innym wskazanym w prawie krajowym, np. może chodzić o wykorzystanie organu w badaniach naukowych.

## X. ZAGADNIENIE JURYSDYKCJI (W TYM JURYSDYKCJI POZATERYTORIALNEJ)

W związku z tym, że handel organami zaliczany jest do przestępczości zorganizowanej, nie można pominąć istotnego w tym kontekście problemu jurysdykcji, a więc ustalenia państwa odpowiedzialnego za ściganie i karanie osób związanych z tym procederem.

Z koncepcji suwerenności państw wywodzona jest dominująca w prawie międzynarodowym zasada jurysdykcji krajowej (na podstawie zasady terytorialności) oznaczająca, że państwo sprawuje karną jurysdykcję w odniesieniu do osób i zdarzeń na swoim terytorium<sup>72</sup>. Niemniej w praktyce państw stosowane są również inne podstawy wykonywania jurysdykcji<sup>73</sup>.

W Konwencji przeciwko handlowi ludzkimi organami przewidziano pięć przypadków, kiedy państwo musi wykonywać jurysdykcję (art. 10). Pierwszy z nich odnosi się do przestępstw popełnionych na terytorium państwa, a więc do zasady terytorialności. Dwa kolejne dotyczą wariantów zasady terytorialności, tj. przestępstw popełnionych na pokładzie statku płynącego pod banderą danego państwa oraz na pokładzie samolotu zarejestrowanego zgodnie z prawem danego państwa.

Z jurysdykcją pozaterytorialną (ekstraterytorialną) wiążą się dwa ostatnie przypadki. Pierwszy z nich odnosi się do zasady obywatelstwa, tzn. zobowiązuje do objęcia jurysdykcją obywateli danego państwa, nawet jeśli popełnili przestępstwo poza jego terytorium. Wynika to z założenia, że obywatele są zobowiązani do przestrzegania prawa państwa obywatelstwa nawet poza jego granicami. Zasada ta została w trakcie negocjowania treści traktatu uznana za kluczową, z uwagi na fakt, że niektóre państwa, na których terytorium dochodzi do handlu organami, nie mają interesu/motywacji/woli, odpowiedniego ustawodawstwa albo wystarczających środków pozwalających skutecznie ścigać sprawców<sup>74</sup>. Jurysdykcja pozaterytorialna państwa zo-

licznościach prawo krajowe mogłoby przewidywać uzyskanie zgody od przedstawiciela ustawowego albo właściwego organu, np. sądu; zob. sprawozdanie wyjaśniające, pkt. 38.

<sup>72</sup> M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 373–374, 376–379 oraz *Wielka Encyklopedia Prawa. Prawo międzynarodowe publiczne*, t. IV, red. J. Symonides, D. Pyć, Warszawa 2014, s. 141–142.

<sup>73</sup> Ch. Staker, *Jurisdiction*, [w:] *International Law*, red. M. D. Evans, Oxford 2014, s. 313–322; I. Shearer, *Jurisdiction*, [w:] *Public International Law. An Australian Perspective*, red. S. Blay, R. Piotrowicz, B.M. Tsamenyi, Oxford 1997, s. 166–170.

<sup>74</sup> Sprawozdanie wyjaśniające, pkt 67.

stała dodatkowo poszerzona o osoby, które nie są jego obywatelami, ale które mają na jego terytorium miejsce zamieszkania (ang. *habitual residence*). Fakultatywnie jurysdykcją mogą zostać ponadto objęte sytuacje, gdy przestępstwo zostało popełnione przeciwko osobie będącej obywatelem danego państwa albo osobie, która ma w nim swoje miejsce zamieszkania (art. 10 ust. 2). Zatem w tym przypadku to obywatelstwo bądź zamieszkanie ofiary, a nie sprawcy, będzie decydujące. Tak szerokie ujęcie jurysdykcji powinno zapewnić skuteczną walkę z bezkarnością sprawców przestępstw objętych Konwencją. Skuteczność ta wydaje się w dużej mierze uzależniona od tego, czy państwa będą zainteresowane wykonywaniem jurysdykcji pozaterytorialnej. Wynika to z faktu, że do nielegalnego pobrania i przeszczepienia organów dochodzi najczęściej na terytorium państw, które niechętnie lub niewydolnie zwalczają proceder handlu organami i których obywatele są najczęściej zarówno sprawcami, jak i ofiarami. Dlatego, w kontekście skuteczności ścigania sprawców, należy krytycznie ocenić pozostawioną państwom elastyczność przy decydowaniu o implementacji zasady jurysdykcji pozaterytorialnej<sup>75</sup>. Efektywność zwalczania zjawiska handlu organami może również zostać ograniczona w wyniku możliwości wyłączenia lub ograniczenia stosowania art. 10 ust. 4 Konwencji, zgodnie z którym jurysdykcja ekstraterytorialna (wszczęcie postępowania) nie powinna być uzależniona od złożenia wniosku przez ofiarę lub przekazania informacji przez państwo, na terytorium którego popełniono przestępstwo. Ściganie powinno zatem zostać zainicjowane z urzędu, niemniej również w tym przypadku państwa mogą złożyć zastrzeżenia.

Przy tak rozbudowanych podstawach jurysdykcyjnych stosunkowo często może dochodzić do zbiegu jurysdykcji. Aby uniknąć powielania procedur i czynności śledczych, w Konwencji przewidziano, gdy to właściwe, porozumienie się państw co do tego, które z nich powinno odpowiadać za całość lub określoną część postępowania.

## **XI. MECHANIZMY KONTROLI IMPLEMENTACJI KONWENCJI ORAZ JEJ INTERPRETACJI**

W celu zapewnienia skutecznej implementacji postanowień Konwencji powołano specjalny mechanizm *follow-up* (art. 1 ust. 2). Postanowienia szczegółowe na ten temat zawarte zostały w rozdziale VI Konwencji. Wspomniany mechanizm ma wspierać Komitet Stron składający się z przedstawicieli państw stron Konwencji (art. 23) oraz przedstawicieli innych ciał i organów (art. 24).

Komitet został wyposażony w kilka mechanizmów proceduralnych, które mają ułatwić prawidłowe stosowanie oraz interpretację Konwencji<sup>76</sup>. Komitet ma przede

<sup>75</sup> W art. 10 ust. 3 Konwencji przewidziano możliwość składania zastrzeżeń, których przedmiotem jest zupełne wyłączenie lub ograniczenie stosowania art. 10 ust. 1 lit. d, e.

<sup>76</sup> Wybór oraz kompetencje konwencyjnego mechanizmu *follow-up* mogą budzić wątpliwości. Sama potrzeba weryfikacji i monitorowania sposobów i skuteczności Konwencji jest oczywista, jednak wydaje się, że właściwsze byłoby powierzenie zadania monitorowania Konwencji Grupie Ekspertów do spraw Działań Przeciwko Handlowi Ludźmi (GRETA), a Komitetowi Stron pozostawić uprawnienia analogiczne jak te, które przyznano Komitetowi działającemu na podstawie Konwencji w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi. Monitoring dokonywany przez niezależnych ekspertów jest generalnie uznawany za lepszy mecha-

wszystkim monitorować implementację Konwencji, a szczegółowe *modus operandi* w tym zakresie także leży w gestii Komitetu. Można oczekiwać, że monitoring przyjmie formę badania sprawozdań państw, podobnie jak w przypadku komitetów traktatowych ONZ oraz grupy ekspertów GRETA. Ponadto Komitet Stron będzie miał za zadanie ułatwianie gromadzenia, analizowania oraz wymiany informacji, doświadczeń oraz dobrych praktyk między państwami. Komitet będzie mógł także formułować zalecenia skierowane do państw stron, dotyczące implementacji Konwencji oraz wyrażać opinie na temat skutków deklaracji i zastrzeżeń do Konwencji oraz odpowiadać na wszelkie pytania dotyczące jej stosowania<sup>77</sup>.

## XII. HANDEL ORGANAMI A POLSKIE PRAWO KARNE (UWAGI *DE LEGE LATA*)

W Polsce problematyka handlu ludzkimi organami raczej nie istnieje w powszechnej świadomości (choć w mediach pojawiają się niekiedy sensacyjne wiadomości na ten temat) i na ogół nie cieszy się pogłębionym zainteresowaniem kryminologów i badaczy prawa karnego<sup>78</sup>. Co za tym idzie, wciąż brak jest jej wszechstronnej, solidnej analizy naukowej<sup>79</sup>. Niewątpliwie przyćmiewa ją zagadnienie handlu ludźmi w podstawowym rozumieniu tej kategorii pojęciowej, a zatem jako handlu istotami ludzkimi, nie zaś częściami ich ciał, i współczesnych aspektów niewolnictwa, gdzie na pierwszy plan wysuwa się eksploatacja seksualna kobiet i dzieci, a także wykorzystywanie człowieka w pracy przymusowej. Rodzaje wskazanych form wyzysku wiążą się z osiągnięciem wysokich korzyści majątkowych, a te z kolei jak magnes przyciągają zorganizowaną przestępczość. Handel ludzkimi organami jest też „lukratywnym biznesem”,

nizm niż działania organów politycznych, w których zasiadają przedstawiciele państw. Poza tym mnożenie gremiów i ciał monitorujących może doprowadzić do pogorszenia koordynacji działań i polityk między nimi samymi oraz na poziomie krajowym.

<sup>77</sup> Przy czym tę kompetencję można ocenić jako dość enigmatyczną, gdyż ani w Konwencji, ani w sprawozdaniu wyjaśniającym nie sprecyzowano, kto takie pytania miałby zadawać. Ponieważ w Konwencji użyto sformułowania „każde pytanie” (*any question*) należy uznać, że może to być każdy zainteresowany, niekoniecznie państwo i jego organy, a zatem także organizacje pozarządowe, a nawet jednostki.

<sup>78</sup> Zob. np. L. Dawidowicz, *Nerkę szybko sprzedam. W Polsce kwitnie handel organami*, na stronie: <ttp.info,http://www.tvp.info/15117617/nerke-szybko-sprzedam-w-polsce-kwitnie-handel-organami> (dostęp: 9.05.2015 r.); *Polski ślad w handlu organami*, na stronie: <http://player.pl/programy-online/superwizjer-odcinki,337/odcinek-936,polski-slada-w-handlu-organami,S00E936,4022.html> (dostęp: 9.05.2015 r.).

<sup>79</sup> Wśród opracowań, w których znajdują się odniesienia do tej problematyki, można wymienić np. monografię E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 306 i n.; B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2009, s. 407–417; J.W. Wójcik, *Przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej. Zagadnienia prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne*, Warszawa 2011, s. 256 i n. Wskazać można także następujące prace: A. Liszewska, *Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów*, „Medycyna i Prawo” 1999, z. 3, s. 82–83; A. Złotek, *Odpowiedzialność karna lekarza transplantologa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 1, s. 40–42; Sz.M. Buczyński, P. Snopek, *Aspekty kryminologiczne nielegalnego obrotu narządami, tkankami oraz komórkami ludzkimi*, „Hygeia Public Health” 2013, nr 49, s. 229–234; J. Jurewicz, *Nielegalny obrót komórkami, tkankami i narządami ludzkimi*, [w:] *Nielegalne rynki. Geneza, skala zjawiska oraz możliwości przeciwdziałania*, red. W. Pływaczewski, P. Chlebowicz, Olsztyn 2012, s. 115–132; R. Antonów, *Handel ludźmi. Kierunki, metody i rodzaje zniewolenia ofiar*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2014, t. LXI, nr 1, s. 15–16.

a więc również jest atrakcyjny dla zorganizowanej przestępczości. W Polsce — gdy chodzi o wykazanie istnienia tego właśnie atrybutu omawianego zjawiska patologicznego — należałoby je jednak lepiej rozpoznać kryminologicznie.

Zgodnie z treścią legalnej definicji handlu ludźmi, zawartej w art. 115 § 22 kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.<sup>80</sup>, jednym z przejawów tego procederu jest werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem przemocy lub groźby bezprawnej, uprowadzenia, podstępny, wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności, udzielenia (albo przyjęcia) korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Wypada dodać, że jeżeli zachowanie sprawcy dotyczyłoby pozyskiwana komórek, tkanek lub narządów od osób małoletnich stanowiłoby ono handel ludźmi, nawet gdyby nie zostały użyte wskazane metody lub środki. W świetle zaprezentowanego ujęcia definicyjnego, należy skonstatować, że chodzi o pozyskiwanie komórek, tkanek lub narządów od osób żyjących (*ex vivo*). Pojęcie „handel ludźmi” z art. 115 § 22 k.k. w kontekście nielegalnego pozyskiwania komórek, tkanek lub narządów nie będzie się odnosiło do sytuacji, w której przedmiotem transakcji będą komórki, tkanki lub narządy pozyskane od osób nieżyjących (*ex mortuo*). Z kolei kodeksowe pojęcie „handel ludźmi” w świetle analizy znamion określających czynności sprawcze odnosi się do transakcji, których przedmiotem są istoty żywe, a zatem również — adekwatnie — części ciała (komórki, tkanki, narządy) pochodzące od istot żywych (tj. od żyjących dawców).

Kodeksowa definicja pojęcia „handel ludźmi” pozwala ustalić zakres kryminalizacji tego zachowania i zrekonstruować kluczowe znamię strony przedmiotowej przestępstwa przewidzianego w art. 189a kodeksu karnego [dalej: k.k.]. Zgodnie z tym przepisem, odpowiedzialność karną ponosi się nie tylko za czynności z zakresu ustawowego ujęcia handlu ludźmi (w tym dotyczące nielegalnego pozyskiwania komórek, tkanek i narządów), ale także za zachowania będące przygotowaniem do takiego handlu (rozumianym zgodnie z formułą określającą tę stadialną postać czynu zabronionego, wyrażoną w art. 16 § 1 k.k.). Art. 189a § 1 k.k. stanowi, że osoba dopuszczająca się handlu ludźmi podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat trzech. Z kolei według § 2 tego artykułu, kto czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa określonego w § 1, podlega karze pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. W kontekście ciężaru gatunkowego obu zachowań już na pierwszy rzut oka widać, że czyn stypizowany w § 1 jest zbrodnią, natomiast czyn stypizowany w § 2 jest występkiem.

Przepisy te — zgodnie z ich umiejscowieniem w kodeksie — chronią głównie dobro prawne w formie przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka i wyrastającej z niej wolności od bycia traktowanym jak przedmiot, rzecz, a więc w sposób urągający wartości osoby — *persona humana*. Godność człowieka w przypadku handlu ludź-

<sup>80</sup> Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, ze zm.

mi chroniona jest przez prawo karne nawet wówczas, gdy człowiek ten w większości przypadków i form wykorzystania go wyraża zgodę na określony sposób postąpienia z nim, który „wpisuje się” w proceder handlu ludźmi, a zatem kiedy świadomie podejmuje decyzję woli stanowiącą ekspresję jego osobowości, czyli — innymi słowy — kiedy realizuje swą wolność. Ubocznym przedmiotem ochrony karnoprawnej jest w przypadku art. 189a k.k. porządek publiczny, wynikający z akceptowanego, stanowiącego fundament społeczeństwa systemu aksjologicznego, w którym istota ludzka jest naczelną wartością<sup>81</sup>.

Od strony podmiotowej oba czyny opisane w art. 189a k.k. polegają na umyślności, a podmiotem tych czynów (sprawcą przestępstwa) może być każda osoba spełniająca ogólne cechy predestynujące ją do ponoszenia odpowiedzialności karnej, a zatem taka, która ukończyła 17 lat i jest poczytalna, nawet jeśli ta poczytalność jest w znacznym stopniu ograniczona. Z kręgu sprawców handlu ludźmi wyłączone są jednak osoby, które „same sobą handlują” (same czynią z siebie przedmiot określonej transakcji, kumulują zatem w sobie rolę „handlarza” i zarazem cechę bycia „towarem”). Jeśli więc dana osoba podejmuje decyzję o handlu swoimi organami (np. sprzedaje swoją nerkę osobie poszukującej takiego narządu) lub czyni przygotowania do takiej transakcji (np. oferując sprzedaż swej nerki w zamieszczonym w Internecie ogłoszeniu), nie ponosi ona odpowiedzialności karnej za przestępstwo handlu ludźmi z art. 189a § 1 k.k. lub za przygotowanie do przestępstwa, o którym mowa w art. 189a § 2 k.k. Natomiast każda inna osoba, która w relacji z osobą chcącą sprzedać swój organ stwarza warunki służące zaaranżowaniu i realizacji transakcji, np. wyszukuje kontrahentów czy pośredniczy w transakcji, uzgadniając cenę sprzedaży organu, przyjmując zaliczkę itp., może, w zależności od charakteru jej czynu, ponieść odpowiedzialność karną za przygotowanie do przestępstwa handlu ludźmi, usiłowanie lub dokonanie tego przestępstwa (art. 189a § 2 k.k., art. 13§ 1 k.k. w zw. z art. 189a § 1 k.k. lub art. 189a § 1 k.k.).

Oczywiście tego typu zachowania mogą wystąpić w związku z działalnością w ramach zorganizowanej grupy przestępczej lub związku mającego na celu popełnianie przestępstw (art. 258 k.k.). Zachowania takie mogą nadto składać się na działalność podejmowaną w strukturach zorganizowanej przestępczości lub poza nimi (a zatem w formie sprawstwa indywidualnego lub zwykłego współsprawstwa), która stanowi dla danej osoby stałe źródło dochodu, co ma z kolei znaczenie w odniesieniu do wymiaru kary i środków karnych oraz stosowania środków związanych z poddaniem sprawcy próbie (art. 65 § 1 k.k.).

Świadoma, podjęta bez jakiegokolwiek presji zewnętrznej, mającej swe źródło w zachowaniach innej osoby lub we własnej trudnej sytuacji ekonomicznej, zgoda żywego, dorosłego dawcy na uczynienie jego organu (organów) przedmiotem obrotu (handlu) dokonywanego przez osoby trzecie, może mieć znaczenie w kontekście odpowiedzialności karnej tych osób z art. 189a k.k. (może tę odpowiedzialność eliminować ze wzglę-

<sup>81</sup> Por. np. P. Chrzczonowicz, A. Ornowska, *Handel ludźmi w ujęciu międzynarodowych regulacji prawnych i polskich przepisów prawa karnego materialnego*, [w:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009, s. 97.

du na brak realizacji znamion strony przedmiotowej „dopuszcza się handlu ludźmi”). Wniosek taki jest uprawniony w świetle wykładni art. 115 § 22 k.k., gdzie sformułowanie „nawet za jej zgodą” jest logicznie powiązane z „celem wykorzystania osoby w różnych formach eksploatacji poniżających jej godność”, a „cel pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy” wyraźnie oddziela się od wspomnianego celu wykorzystania osoby w związku z zastosowaniem przez ustawodawcę spójnika „albo”, czyli równoznacznika funktora alternatywy rozłącznej<sup>82</sup>.

W przypadku nielegalnego obrotu organami, poza możliwością zastosowania w odniesieniu do pewnej kategorii osób odpowiedzialności karnej za handel ludźmi przewidzianej art. 189a k.k., należy zwrócić uwagę na odpowiedzialność karną, której podstawę stanowią przepisy tzw. ustawy transplantacyjnej<sup>83</sup>. Pomijając już pewne kwestie szczegółowe mieszczące się w zakresie regulacyjnym wspomnianej ustawy i wykraczające poza ramy niniejszego opracowania, wypada wskazać, że ustawa ta *in extenso* normuje pobieranie i przeszczepianie komórek, tkanek i narządów, które pochodzą ze zwłok ludzkich albo od żywego dawcy. W ustawie uregulowana została m.in. problematyka prawnie relewantnej zgody na czynności objęte materiają ustawową, zarówno w odniesieniu do jej formy, treści, przedmiotu, jak i do kręgu osób uprawnionych do jej wyrażenia. Zgoda taka — po spełnieniu ustawowych przesłanek — stanowi jedną z okoliczności mających znaczenie w odniesieniu do oceny legalności procedury medycznej w transplantologii (tj. okoliczność kontratypową, czyli wyłączającą bezprawność zachowań podejmowanych w obszarze medycyny transplantacyjnej)<sup>84</sup>. Warto przy tym zwrócić uwagę, że jedną z wiodących idei ustawy transplantacyjnej stanowi zasada nieodpłatności, a także zakaz handlu organami ludzkimi. Oznacza to, że zabronione jest żądanie lub przyjmowanie zapłaty lub innej korzyści za pobrane od dawcy komórki, tkanki lub narządy<sup>85</sup>. Zgodnie z ustawą, korzyścią (a tym samym zapłatą) nie jest jednak zwrot kosztów pobrania, przechowywania, przetwarzania, sterylizacji, dystrybucji i przeszczepiania komórek, tkanek lub narządów, które pobrane zostały od dawcy<sup>86</sup>. Rozdział 10 tej ustawy obejmuje kilka przepisów karnych, ujętych w art. 43–46b, w których stypizowane zostały następujące przestępstwa:

— rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia. Sprawca tego występku podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności lub karze pozbawienia wolności do roku (art. 43);

— nabywanie lub zbywanie cudzej komórki, tkanki lub narządu, pośredniczenie w ich nabyciu lub zbyciu bądź branie udziału w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów, pochodzących

<sup>82</sup> Por. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1997, s. 87.

<sup>83</sup> Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 793).

<sup>84</sup> Por. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 254; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 347–348, 358–390.

<sup>85</sup> Zob. E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów...*, s. 289.

<sup>86</sup> Tamże, s. 289.



od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich, przy czym zachowania te muszą być podjęte w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej. Sprawca tego występku podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do pięciu lat (art. 44 ust. 1);

— uczynienie sobie stałego źródła dochodu z popełniania opisanego przestępstwa. Sprawca tego występku podlega karze pozbawienia wolności od roku do dziesięciu lat (art. 44 ust. 2);

— prowadzenie bez wymaganego pozwolenia działalności przewidzianej przepisami ustawy odnoszącymi się do banku tkanek i komórek. Sprawca tego występku podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku (art. 45);

— pobieranie bez wymaganego pozwolenia komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia albo ich przeszczepianie. Sprawca tego występku podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat trzech (art. 46);

— wywożenie z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub wwożenie na to terytorium bez wymaganej zgody komórki, tkanki lub narządu. Sprawca tego występku podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat trzech (art. 46a);

— niezgłaszanie — wbrew przepisom ustawy — potencjalnych biorców narządów, szpiku, komórek krwiotwórczych krwi obwodowej lub krwi pępowinowej na liście dokonanych przeszczepień komórek, tkanek i narządów do rejestru przeszczepień albo pozyskanych potencjalnych dawców szpiku i komórek krwiotwórczych krwi obwodowej do rejestru szpiku i krwi pępowinowej. Sprawca tego występku podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności (art. 46b).

Niektóre stypizowane w ustawie transplantacyjnej przestępstwa już *prima facie* można uznać za wchodzące w zakres wyobraźalnej puli zachowań charakteryzujących przygotowanie do handlu ludźmi lub handel ludźmi w aspekcie, w jakim pojęcie to odnosi się do wykorzystania człowieka w celu pozyskania jego komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy i ujęte zostało w kodeksie karnym (art. 189a k.k. w zw. z art. 115 § 22 k.k.). Z kolei, wychodząc z tradycyjnego, słownikowego rozumienia pojęcia „handel” jako transakcji będącej zorganizowaną wymianą dóbr, towarów czy usług, polegającą na kupnie lub sprzedaży<sup>87</sup>, za nielegalny handel ludzkimi organami — zgodnie z ustawą transplantacyjną — należałoby uznać zachowanie podjęte w celu uzyskania korzyści majątkowej, polegające na nabywaniu lub zbywaniu cudzej komórki, tkanki lub narządu czy też pośredniczenie w ich nabyciu lub zbyciu oraz uczynienie sobie z takich działań stałego źródła dochodu (art. 44 ust. 1 i 2). W szerszym nieco ujęciu, nawiązującym do perspektywy rozpowszechnionej w ekonomii, bezprawny „handel ludzkimi organami” poza samą transakcją kupna–sprzedaży określonego organu objąłby również, jak się wydaje, działalność towarzyszącą takiej transakcji i ją wspomagającą, czyli rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia (zachowanie z art. 43 ustawy transplanta-

<sup>87</sup> Zob. *Nowy słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 2003, s. 252.

cyjnej), pobieranie komórki, tkanki lub narządu, bez wymaganego pozwolenia, w celu ich przeszczepienia albo ich przeszczepianie (zachowania z art. 46 ustawy transplantacyjnej), prowadzenie bez wymaganego pozwolenia działalności przewidzianej przepisami ustawy odnoszącej się do banku tkanek i komórek (zachowanie z art. 45 ustawy transplantacyjnej) czy wywożenie z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub wwożenie na to terytorium — bez wymaganej zgody — komórki, tkanki lub narządu (zachowania z art. 46a ustawy transplantacyjnej).

Patrząc jednak przez pryzmat pojęcia „handel ludzkimi organami”, jakiego użyto w Konwencji RE przeciwko handlowi ludzkimi organami, a także na zakres zachowań, które według tej konwencji są „handlem organami” stanowiącym proceder, którego powinny dotyczyć zakazy karnoprawne, można powiedzieć, że wszystkie przestępstwa stygizowane w ustawie transplantacyjnej odnoszą się do czynów, które można zaliczyć do tego proceduru. Nadto w Konwencji RE odnosi się pojęcie „handel organami” (postrzegany jako nielegalny obrót nimi) do innych możliwych zachowań, które na gruncie polskich unormowań prawnych są zachowaniami karnoprawnie indyferentnymi.

Warto przyrzeć się nieco bliżej przepisom karnym ustawy transplantacyjnej. Rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu w celu ich przeszczepienia z art. 43 ustawy jest przestępstwem powszechnym. Sprawcą tego występku może być więc np. osoba, która motywowana pragnieniem ozdrowienia oferuje w ogłoszeniu nabycie organu (organów) dla siebie. Wydaje się, że sprawcą tego przestępstwa nie mogłaby być jednak taka osoba, która motywowana ekonomicznie oferuje w ogłoszeniu sprzedaż własnego organu (własnych organów). Można to wywnioskować z tego, że zachowanie takiej osoby polegające na zbywaniu własnego organu (organów) nie jest karalne, a skoro można bezkarnie sprzedawać własny organ, to tym bardziej można ogłosić wolę takiej sprzedaży, bez narażania się na odpowiedzialność karną (*argumentum a fortiori* — *argumentum a maiore ad minus*).

Dobrem prawnym, które chroni ten przepis, jest godność człowieka, szacunek dla ludzkich zwłok oraz integralność medycyny transplantacyjnej<sup>88</sup>. „Rozpowszechnianie ogłoszeń” oznacza zaś udostępnienie innym osobom co najmniej dwóch przekazów: pism (wykonanych dowolną techniką) lub ustnych wypowiedzi zawierających informację (której treścią jest odpłatne zbycie, nabycie lub pośredniczenie w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki czy narządu), powszechne udostępnienie takiej informacji, umożliwienie, aby stała się ona szerzej znana (informacja taka może być rozpowszechniona w dowolny sposób, np. w rozmowie, na plakatach czy w ulotkach rozprowadzanych na danym obszarze, za pomocą radia, prasy, telewizji czy systemu teleinformatycznego). Od strony podmiotowej występki ten polega na umyślności. Rozpowszechnianie ogłoszenia o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórek, tkanek lub narządów w celu ich przeszczepienia można przede wszystkim w zamiarze bezpośrednim, choć nie jest tu wykluczony zamiar ewentualny.

<sup>88</sup> Zob. E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów...*, s. 307.

Kolejnymi zachowaniami przestępnymi opisanymi w ustawie są: nabywanie lub zbywanie cudzej komórki, tkanki lub narządu, 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 z ludzkich zwłok, przy czym sprawca każdego z wymienionych czynów działać musi w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej. Przedmiotem ochrony tego przepisu — analogicznie zresztą, jak i w poprzednio omawianym przypadku — jest godność człowieka, szacunek dla ludzkich zwłok oraz integralność medycyny transplantacyjnej, rozumianej jako działalność medyczna odbywająca się w prawnie określonych ramach<sup>89</sup>. Za przedmiot ochrony prawnej można uznać też integralność fizyczną (cielesną) żywego człowieka. Analizując wybrane znamiona strony przedmiotowej, należy wskazać, że zbycie, a także pośrednictwo w zbyciu, dotyczy tylko cudzych komórek, tkanek czy narządów (nie odnosi się zatem do własnych). Jasna, literalna wykładnia tych znamion nie pozostawia więc wątpliwości co do niekaralności zbywania własnych komórek, tkanek lub narządów bądź też pośredniczenia w tej czynności<sup>90</sup>. Karalność nie rozciąga się również na zachowanie polegające na udziale w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów pochodzących od żywego dawcy, gdy osobą biorącą udział w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów jest sam żywy dawca (a zatem pozyskane komórki, tkanki lub narządy są jego własne). Jeśli chodzi o stronę podmiotową, to zachowania wymienione w art. 44 ust. 1 ustawy polegają na umyślności w formie zamiaru bezpośredniego, i to o szczególnym zabarwieniu (*dolus directus coloratus*). Mamy tu zatem do czynienia z występkiem kierunkowymi. Znamieniem kwalifikującym, skutkującym ponoszeniem surowszej odpowiedzialności karnej przez sprawców wskazanych zachowań, jest uczynienie sobie z popełniania takich występków stałego źródła dochodu (art. 44 ust. 2 ustawy).

Z kolei występkiem opisanym w art. 45 ustawy jest prowadzenie bez wymaganego pozwolenia działalności przewidzianej w przepisach ustawy odnoszących się do banku tkanek i komórek. Zachowania tego może dopuścić się każdy — jest to więc przestępstwo powszechne. Przedmiot ochrony tego przepisu to transparentność prowadzenia działalności polegającej na funkcjonowaniu banków tkanek i komórek, która obwarowana jest pewnymi wymogami administracyjno-prawnymi, a także integralność medycyny transplantacyjnej. Znamiona strony przedmiotowej tego przestępstwa niewątpliwie wymagają doprecyzowania przez odwołanie się do przepisów ustawy transplantacyjnej regulujących wspomnianą działalność, zawartych w jej rozdziale 6. Banki tkanek i komórek tworzy się w celu gromadzenia, przetwarzania, sterylizacji i dystrybucji tkanek i komórek przeznaczonych do przeszczepiania (art. 25 ustawy transplantacyjnej), a czynności te mogą być wykonywane przez te instytucje po uzyskaniu pozwolenia ministra właściwego do spraw zdrowia (art. 26 ust. 1 ustawy transplantacyjnej).

<sup>89</sup> Tamże, s. 310.

<sup>90</sup> Por. A. Złotek, *Odpowiedzialność karna...*, s. 41.

Dalsze przepisy rozdziału 6 ustawy regulują szczegółowe zagadnienia odnoszące się do pozwolenia oraz funkcjonowania banków tkanek i komórek. Aspekty funkcjonowania banków tkanek i komórek unormowane są także w przepisach kolejnych rozdziałów ustawy transplantacyjnej. Strona podmiotowa tego wystętku polega na umyślności; w grę wchodzi zamiar bezpośredni albo ewentualny<sup>91</sup>. W praktyce, jak się wydaje, najczęściej identyfikowanym zamiarem będzie jednak zamiar bezpośredni.

Przestępstwo z art. 46 ustawy jest przestępstwem powszechnym<sup>92</sup>. Choć przyjęcie takiego stanowiska oznacza, że jego sprawcą może być każdy człowiek, to chyba najczęściej — ze względu na charakter i specyfikę czynności sprawczych („pobiera komórkę, tkankę lub narząd w celu ich przeszczepienia”, „przeszczepia” taką komórkę, tkankę lub narząd) — sprawcami będą osoby dysponujące pewnym *know-how* w dziedzinie medycyny transplantacyjnej, mające wiedzę i umiejętności z zakresu zabiegów eksplantacji lub implantacji komórek, tkanek lub narządów, a zatem przede wszystkim lekarze. Dobrami prawnie chronionymi, zgodnie z analizowanym przepisem, są przede wszystkim: godność człowieka, szacunek dla ludzkich zwłok, wiarygodność procedur transplantacyjnych oraz integralność medycyny transplantacyjnej. W kręgu wartości chronionych tą regulacją znajdują się ponadto zdrowie lub życie dawców i biorców<sup>93</sup>, choć te istotne dobra należy jednak uznać za uboczny przedmiot ochrony karnoprawnej. Znamiona strony przedmiotowej określają inkryminowane zachowanie polegające na pobraniu komórki, tkanki lub narządu bez wymaganego pozwolenia w celu ich przeszczepienia lub na przeszczepieniu komórki, tkanki lub narządu bez pozwolenia. Pojęcie „pobieranie” zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 10 ustawy transplantacyjnej. Zgodnie z tą legalną definicją, pobieraniem są czynności, w wyniku których są pozyskiwane komórki, tkanki lub narządy w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych lub dydaktycznych. W art. 46 ustawy transplantacyjnej chodzi o „pobieranie w celu przeszczepienia”, a zatem w celu leczniczym (przeszczepianie komórek, tkanek lub narządów jest bowiem czynnością leczniczą)<sup>94</sup>. Działalność polegająca na pobieraniu komórek, tkanek lub narządów w celu ich przeszczepienia bądź już konkretnie polegająca na zabiegu przeszczepiania jest działalnością wymagającą odpowiedniego pozwolenia, wydanego przez ministra właściwego do spraw zdrowia (art. 36 ust. 1a ustawy transplantacyjnej). Omawiane przestępstwo może być popełnione jedynie umyślnie (w rachubę wchodzi zamiar bezpośredni albo ewentualny).

Przestępstwo z art. 46a ustawy transplantacyjnej, polegające na wwożeniu na terytorium Polski lub wywożeniu z tego terytorium bez wymaganej zgody komórki, tkanki lub narządu, jest występkim powszechnym. W kontekście tradycyjnych elementów struktury przestępstwa, przedmiotem zamachu sprawcy jest przede wszystkim transparentność i integralność procedur organizacyjnych służących celom medycyny transplantacyjnej, realizowanej w prawnie określonych granicach, a dotyczących

<sup>91</sup> Por. E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów...*, s. 316–317.

<sup>92</sup> Tamże, s. 317.

<sup>93</sup> Por. tamże, s. 317.

<sup>94</sup> Tamże, s. 318.

transportu z kraju lub do kraju komórek, tkanek lub narządów. Znamiona strony przedmiotowej — wywożenie lub wwożenie bez wymaganej zgody komórek, tkanek lub narządów — wymagają w procesie ich właściwej interpretacji uwzględnienia treści art. 37a ustawy transplantacyjnej, w którym uregulowano właściwość podmiotów uprawnionych do wywozu z Polski lub przywozu do Polski komórek tkanek lub narządów, a także wiążące się z takim transportem wymagania administracyjnoprawne. Strona podmiotowa tego występkę polega na umyślności (w formie zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego).

W art. 46b ustawy transplantacyjnej stypizowano natomiast czyn zabroniony będący występkem powszechnym, którego alternatywnie wskazanymi formami są: brak zgłoszenia biorców narządów lub szpiku, komórek krwiotwórczych krwi obwodowej lub krwi pępowinowej na listę; brak zgłoszenia dokonanych przeszczepów do rejestru przeszczepień, jak również brak zgłoszenia potencjalnych dawców szpiku lub komórek krwiotwórczych krwi obwodowej do rejestru szpiku i krwi pępowinowej. Przedmiotem ochrony tego przepisu jest przede wszystkim transparentność i integralność systemu organizacyjnego w obrębie medycyny transplantacyjnej realizowanej w prawie określonych ramach. Wykładnia znamion strony przedmiotowej przestępstwa, ustalenie, że brak wskazanych zgłoszeń jest wbrew przepisom ustawy, wymaga sięgnięcia do innych szczegółowych regulacji ustawy transplantacyjnej. W zależności od identyfikowania konkretnego braku zgłoszenia należałoby zwrócić uwagę na stosowne przepisy zawarte w artykułach: 16, 16a (w zw. z art. 16c), 17 oraz 18 ustawy transplantacyjnej<sup>95</sup>. Omawiane przestępstwo jest przestępstwem umyślnym, które może być popełnione w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym.

Analiza przepisów karnych ustawy transplantacyjnej, zapewniających ochronę przyjętego w Polsce modelu systemu funkcjonowania medycyny transplantacyjnej, gwarantuje dużą szczelność tego systemu i buduje do niego zaufanie społeczne. W modelu tym wyeksponowano poszanowanie dla wartości fundamentalnej, jaką jest w naszej kulturze prawnej godność człowieka, a ponadto zapewniono w nim poszanowanie dla zmarłych. Ochrona prawna (w tym karnoprawna) w zakresie medycyny transplantacyjnej ma zapobiegać sytuacjom, w których ludzkie ciało traktowane jest jak „skład z częściami zapasowymi”, i ma umożliwić odpowiednią reakcję, gdy taka patologia się pojawia.

W przypadku konkretnych zachowań związanych z pozyskiwaniem (eksplantacją), przechowywaniem oraz wszczepianiem (implantacją) komórek, tkanek lub narządów, stanowiących niepożądane zjawiska w sferze medycyny transplantacyjnej i naruszających prawne wymogi jej uprawiania, możliwe jest oczywiście wykorzystanie instrumentarium prawa karnego w znacznie większym stopniu niż zostało to dotychczas przedstawione. Wspomniane zachowania — w zależności od tego, czy procedury wykorzystywane w medycynie transplantacyjnej odnoszą się do osób żyjących, czy też nieżyjących — mogą godzić w takie dobra prawne, jak życie człowieka, jego zdro-

<sup>95</sup> Zob. szerzej A. Złotek, *Krótki komentarz do zmian w przepisach karnych ustawy transplantacyjnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1, s. 26–28.

wie, prawo do prywatności i wolność w zakresie samostanowienia w sytuacjach medycznych czy wreszcie porządek publiczny i szacunek należny zmarłym. Możliwe są tu zatem najczęściej kwalifikacje prawne wskazujące na zrealizowanie przez sprawców (lekarzy, jak i nielekarzy) znamion przestępstw opisanych w art. 155 k.k. (nieumyślne spowodowanie śmierci), art. 156 k.k. (tzw. ciężki uszczerbek na zdrowiu, w formie umyślnej bądź nieumyślnej), art. 157 k.k. (tzw. średni uszczerbek na zdrowiu, w formie umyślnej bądź nieumyślnej), art. 160 k.k. (umyślne bądź nieumyślne narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub spowodowania tzw. ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), art. 192 k.k. (zabieg leczniczy bez zgody pacjenta) czy art. 262 k.k. (znieważenie ludzkich zwłok). Nie można przy tym wykluczyć zastosowania innych potencjalnych regulacji karnoprawnych w kontekście omawianej problematyki: art. 148 k.k. (określającego zabójstwo, choć — gdy chodzi o kwestię ustalenia zamiaru — zapewne raczej w zamiarze ewentualnym niż bezpośrednim); art. 150 k.k. (opisującego tzw. zabójstwo eutanatyczne); art. 162 k.k. (typizującego nieudzielenie pomocy człowiekowi, który znalazł się w stanie bezpośrednio zagrożenia życia lub sytuacji bezpośrednio grożącej mu wystąpieniem tzw. ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) czy art. 191 k.k. (określającego przestępstwo zmuszania, np. stosowania podstępów w celu zmuszenia danej osoby do preferowanego przez sprawcę zachowania)<sup>96</sup>.

### XIII. PODSUMOWANIE

Handel organami jest realnym zagrożeniem z perspektywy globalnej i mniej widocznym na poziomie europejskim. Przyjęcie przez Radę Europy Konwencji przeciwko handlowi ludzkimi organami można zatem ocenić pozytywnie jako dowód na dostrzeżenie problemu. Niemniej, aby skuteczniej z nim walczyć, konieczne byłoby w przyszłości przyjęcie instrumentu o charakterze uniwersalnym (powszechnym). Choć Konwencja jest traktatem o charakterze otwartym, jest raczej mało prawdopodobne, aby kraje nie będące członkami Rady Europy chętnie i licznie się nim wiązały.

Dokonana w opracowaniu analiza postanowień Konwencji przeciwko handlowi ludzkimi organami oraz polskich regulacji karnoprawnych w tym zakresie pozwala na sformułowanie kilku wniosków oraz zasygnalizowanie pewnych wątpliwości.

Po pierwsze, Konwencja wypełniła istotną lukę w zakresie ochrony praw człowieka, wzbogacając istniejący system o precyzyjnie sformułowany i szczegółowy instrument o charakterze karnoprawnym. Zdecydowanie można stwierdzić, że dotychczasowe regulacje międzynarodowe nie były wystarczające i dotyczyły problemu handlu organami jedynie w ograniczonym zakresie. Należy przy tym zauważyć, że w ramach Unii Europejskiej kwestie te zostały w dużej mierze zharmonizowane w ramach ustawodawstw „transplantacyjnych”, niemniej Konwencja może zmobilizować pozostałe kraje Rady Europy do przyjrzenia się swojemu ustawodawstwu.

<sup>96</sup> O odpowiedzialności karnej w kontekście działalności związanej ze sferą transplantacyjną piszą m.in.: M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000; J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 255; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza...*, s. 377–398.

Po drugie, ocena tego, czy polskie ustawodawstwo w badanym przedmiocie jest satysfakcjonujące i odpowiada założeniom Konwencji, jest pozytywna. Uważamy, że obowiązujące przepisy ustawy transplantacyjnej w znacznym stopniu pokrywają się z postanowieniami Konwencji i mogą realizować jej cele. Pewne wątpliwości może budzić m.in. możliwość objęcia przestępstwami stypizowanymi w ustawie wszystkich czynów wymienionych w art. 8 Konwencji oraz karalności wykorzystania nielegalnie pobranych organów w celu innym niż implantacja. *De lege ferenda* należałoby rozważyć wprowadzenie odpowiedzialności karnej w związku z czynami wymienionymi w art. 7 ust. 2 oraz ust. 3 Konwencji oraz odpowiedzialności podmiotów zbiorowych (*corporate liability*), która — dodajmy na marginesie — w Polsce, zgodnie z ustawą o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary<sup>97</sup>, *de lege lata* odnosi się wyłącznie do handlu organami stanowiącego aspekt handlu ludźmi stypizowanego w art. 189a k.k. (interpretowanego naturalnie przez pryzmat art. 115 § 22 k.k.).

Po trzecie, w kontekście skuteczności Konwencji niezwykle istotne jest realizowanie założeń o współpracy państw oraz umożliwienie ścigania wymienionych w niej przestępstw *ex officio*. Z reguły transgraniczny charakter przestępstw związanych z handlem organami wymaga efektywnej walki z bezkarnością, czemu również mają służyć szeroko ujęte w Konwencji podstawy jurysdykcyjne. Pod tym względem należy krytycznie ocenić swobodę pozostawioną państwom z zakresie realizacji jurysdykcji pozaterytorialnej.

Ostatnia refleksja, która nasunęła się autorom w trakcie prac nad artykułem, związana jest z geograficznym rozłożeniem zjawiska handlu organami. Mając na uwadze, że kraje europejskie są w większości państwami o zwiększonym popycie na organy, skuteczność zapobiegania nielegalnym przeszczepom narządów niekoniecznie będzie uzależniona od objęcia kryminalizacją określonych czynów, lecz od polepszenia wydajności systemów transplantacyjnych. Należałoby zatem skoncentrować się na promowaniu przeszczepów *post mortem* oraz wprowadzeniu ułatwień w przeszczepach między osobami niespokrewnionymi, dokonywanych z pobudek altruistycznych.

---

<sup>97</sup> Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1417).