

# Agnieszka Liszewska

---

## Odpowiedzialność karna lekarza za niezgodne z prawem pobranie organów, tkanek lub narządów za życia dawcy

---

Palestra 40/5-6(461-462), 38-47

---

1996

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

## Odpowiedzialność karna lekarza za niezgodne z prawem pobranie organów, tkanek lub narządów za życia dawcy

26 października 1995 r. została uchwalona długo oczekiwana ustawa o przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów<sup>1</sup>. Stanowi ona pierwszą kompleksową regulację dopuszczalności transplantacji organów pobieranych zarówno po śmierci dawcy, jak i za jego życia<sup>2</sup>. Zakres niniejszego opracowania został ograniczony wyłącznie do problematyki odpowiedzialności karnej lekarza za niezgodne z przepisami powołanej wyżej ustawy pobranie *ex vivo* komórek, tkanek lub narządów do przeszczepu. Pominęte zostały zatem rozważania dotyczące transplantacji *ex mortuo*, które – jak wspomniałam – stanowią także przedmiot nowej regulacji prawnej.

Zanim jednak przejdę do omówienia poszczególnych warunków legalności przeszczepów *ex vivo* oraz skutków prawnych, które pociąga za sobą zabieg przeprowadzony niezgodnie z tymi warunkami, chciałabym przedstawić kilka uwag ogólnych dotyczących charakteru prawnego transplantacji wykonywanych za życia dawcy.

Na wstępie warto podkreślić, że przeszczepianie organów pobranych od oso-

by żyjącej jest czynnością o charakterze mieszanym. Z jednej bowiem strony, zabieg ten należy oceniać jako czynność leczniczą (chodzi przecież o przywrócenie zdrowia, czy choćby o przedłużenie życia biorcy), z drugiej zaś strony – nie ma on charakteru terapeutycznego w stosunku do osoby, od której następuje pobranie zdrowego organu do przeszczepu. Dawca zostaje podczas wykonywania takiej czynności okaleczony, a zachowanie lekarza realizuje znamiona typu przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu (najczęściej chodzi o przestępstwo z art. 155 § 1 k.k.)<sup>3</sup>. Ze względu na rozmiary powodowanego uszczerbku na zdrowiu dawcy, dopuszczenie do legalnego wykonywania przeszczepów *ex vivo* było od lat przedmiotem dyskusji. Wyrażano przy tym pogląd, że nawet społeczne uzasadnienie tego rodzaju zabiegów pozostaje w sprzeczności z generalnym zakazem uszkodzania ciała w celach nieleczniczych, przewidzianym w przepisach statuujących typy przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu<sup>4</sup>. Większość autorów podkreślała także, że transplantacje *ex vivo* powinny mieć

charakter wyjątkowy i służyć wyłącznie ratowaniu życia człowieka w sytuacji bezpośredniego zagrożenia śmiercią<sup>5</sup>. Pojawił się również w tych dyskusjach problem znaczenia zgody dawcy na ocalenie. Niektórzy autorzy negowali prawną skuteczność zgody na uszkodzenie ciała, inni uzależniali to od rozmiarów spowodowanego uszczerbku, jeszcze inni upatrywali w zgodzie na pobranie organu wystarczającą podstawę legalności tego typu zabiegów<sup>6</sup>. Niezależnie jednak od sporów na temat przesłanek dopuszczalności przeszczepów *ex vivo* nie ulegało wątpliwości, że – wobec faktycznego ich przeprowadzania – istniała pilna potrzeba wprowadzenia szczegółowej regulacji prawnej, która przewidywałaby ograniczenia w zakresie swobody pobierania organów, podyktowane koniecznością ochrony życia i zdrowia potencjalnego dawcy. Jednocześnie trzeba pamiętać, że z punktu widzenia oceny prawnokarnej omawiany zabieg winien być kwalifikowany jako umyślne spowodowanie uszczerbku na zdrowiu dawcy. Z tego też powodu pojawiła się konieczność ustawowego określenia przesłanek usprawiedliwiających omawianą czynność lekarza, których spełnienie czyni omawiane naruszenie legalnym.

Uwzględniając powyższe argumenty, dla zagwarantowania zarówno ochrony zdrowia dawcy, jak i pewności co do legalności działań lekarskich, granice dopuszczalności pobierania organów za życia zostały we wspomnianej wyżej ustawie kompleksowo uregulowane. Zespół warunków, które musi spełniać omawiana czynność, aby spowodowanie uszczerbku na zdrowiu w związku z pobraniem organu było zgodne z prawem, stanowi

zespół znamion stworzonego w ten sposób kontraktu. Na zakończenie uwag ogólnych trzeba zatem podkreślić, że pobieranie organów *ex vivo* – jako działanie naruszające dobra dawcy organu – ma charakter kontraktowy, co oznacza iż nie spełnienie któregokolwiek z warunków pociąga za sobą odpowiedzialność za skutki spowodowane w wyniku przeprowadzenia tego zabiegu<sup>7</sup>.

Ustawa z 26 października 1995 r. reguluje w sposób kompleksowy dopuszczalność pobrania organu od żywego dawcy, stanowiąc, że czynność taka jest zgodna z prawem, jeżeli:

1) pobranie następuje na rzecz krewnego w linii prostej, osoby przysposobionej, rodzeństwa lub małżonka; pobranie może nastąpić także na rzecz innej osoby bliskiej, wymaga to jednak wcześniejszego orzeczenia sądu rejonowego (art. 9 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10);

2) jeżeli przedmiotem pobrania jest szpik lub inna regenerująca się komórka lub tkanka, pobranie może nastąpić również na rzecz innej osoby, niż wymieniona w pkt 1 (art. 9 ust. 1 pkt 2); nie jest wówczas także konieczne uzyskanie zgody sądu (art. 10 ust. 2);

3) zasadność i celowość pobrania komórek, tkanek i narządu od określonego dawcy i dokonania ich przeszczepienia określone mu biorcy ustala, na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej, lekarz mający dokonać przeszczepu (art. 9 ust. 1 pkt 3);

4) pobranie zostało poprzedzone niezbędnymi badaniami lekarskimi ustalającymi, czy ryzyko zabiegu nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia dawcy (art. 9 ust. 1 pkt 4);

5) kandydat na dawcę został szczegółowo poinformowany o rodzaju zabiegu, ryzyku związanym z tym zabiegiem i o możliwych typowych następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości – przez lekarza nie biorącego bezpośredniego udziału w postępowaniu obejmującym przeszczepianie komórek, tkanek lub narządu (art. 9 ust. 1 pkt 5);

6) jeżeli kandydatem na dawcę lub biorcę jest kobieta ciężarna, ocena ryzyka powinna obejmować również następstwa dla mającego urodzić się dziecka (art. 9 ust. 1 pkt 6);

7) kandydat na dawcę ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraził dobrowolnie przed lekarzem pisemną zgodę na pobranie komórek, tkanek lub narządu w celu ich przeszczepienia określonego biorcy; wymóg określenia biorcy nie dotyczy pobrania szpiku lub innej regenerującej się komórki i tkanki (art. 9 ust. 1 pkt 7); wymóg posiadania przez dawcę pełnej zdolności do czynności prawnych zostaje złagodzony w kierunku dopuszczalności pobrania szpiku kostnego od małoletniego na rzecz wstępnych, zstępnych i rodzeństwa, jeżeli zachodzi jednocześnie bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia, którego nie można uniknąć w inny sposób niż przez dokonanie przeszczepu szpiku, a zabieg ten nie spowoduje dającego się przewidzieć upośledzenia sprawności organizmu dawcy (art. 9 ust. 2); pobranie szpiku od małoletniego może być dokonane za zgodą przedstawiciela ustawowego i po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego; w przypadku małoletniego, który ukończył lat trzynaście wymagana jest także jego zgoda (art. 9 ust. 3);

8) kandydat na dawcę został uprzedzony o skutkach dla biorcy wynikają-

cych z wycofania zgody na pobranie komórek, tkanek lub narządu, związanych z ostatnią fazą przygotowania biorcy do dokonania ich przeszczepienia (art. 9 ust. 1 pkt 8);

9) kandydat na biorcę został poinformowany o ryzyku związanym z zabiegiem pobrania komórek, tkanek i narządu oraz o możliwych następstwach pobrania dla stanu zdrowia dawcy, a także wyraził zgodę na przyjęcie komórek, tkanek lub narządu tego dawcy; wymóg wyrażania zgody na przyjęcie przeszczepu od określonego dawcy nie dotyczy szpiku lub innych regenerujących się komórek i tkanek (art. 9 ust. 1 pkt 9).

Przedstawione wyżej warunki legalności przeszczepów *ex vivo* można, moim zdaniem, w pierwszej kolejności podzielić na takie, które dotyczą przeszczepu szpiku kostnego oraz innych regenerujących się komórek czy tkanek oraz takie, które odnoszą się do przeszczepiania pozostałych organów<sup>8</sup>. Dopuszczalność pobierania szpiku została rozszerzona zarówno ze względu na krąg podmiotów, na rzecz których może być dokonany przeszczep (nie ma w tym wypadku żadnych ograniczeń podmiotowych), jak też ze względu na wiek dawcy (dawcą może być także pod pewnymi warunkami małoletni, ale już tylko na rzecz wstępnych, zstępnych i rodzeństwa). Pozostałe regenerujące się komórki i tkanki nie mogą być co prawda przeszczepiane od małoletniego dawcy, ale również w tym wypadku ustawodawca nie przewidział poza tym żadnych ograniczeń podmiotowych.

Za wprowadzeniem zróżnicowania warunków przeszczepów ze względu na rodzaj organów pobranych do transplantacji przemawiają względy natury medy-

cznej – pobieranie tkanek regenerujących się nie stanowi poważnego zagrożenia dla zdrowia pacjenta, ani też nie powoduje trwałego okaleczenia jego organizmu. Zagrożenie dla dóbr dawcy jest zatem w tym wypadku znacznie mniejsze, niż w sytuacji pobrania organu, który w żaden sposób nie może zostać „odtworzony” (np. oko, nerka).

Przechodząc do rozważenia warunków legalności pobierania nie regenerujących się komórek, tkanek i narządów chciałabym przedstawione wyżej szczegółowo w punktach przesłanki pogrupować – wzorem znamion kontraktów innych nieterapeutycznych czynności medycznych.

Pierwszą przesłanką legalności jest przestrzeganie przewidzianych w ustawie ograniczeń podmiotowych, zawężających krąg potencjalnych dawców tylko do osób odpowiednio spokrewnionych oraz bliskich biorcy. Postanowienia ustawy są w tym miejscu zgodne z zaleceniami Rady Europy i WHO (Światowej Organizacji Zdrowia)<sup>9</sup>. Jednym z argumentów uzasadniających wprowadzenie tego rodzaju ograniczeń jest potrzeba zapewnienia pełnej dobrowolności przekazywania organów do przeszczepu i wyeliminowania jakichkolwiek nadużyć, które mogłyby mieć miejsce, gdyby dawcą mógł zostać każdy. Warto wspomnieć, że nadużyciom tym ma zapobiec także wprowadzony w ustawie zakaz uzyskania jakiegokolwiek rekompensaty materialnej za pobrane komórki, tkanki lub narządy<sup>10</sup>. Szczególny stosunek osobisty zachodzący między dawcą i biorcą jest – zdaniem ustawodawcy – jedynym uzasadnieniem legalizacji uszkodzenia ciała, nawet za zgodą dysponenta naruszanego dobra prawnego.

Ze stanowiskiem tym można polemizować, ale już tylko na płaszczyźnie teoretycznej. Postanowienia ustawy nie dają bowiem podstaw do traktowania zgody na okaleczenie swojego organizmu w imię dobra innego człowieka jako wystarczającej przesłanki legalizacji działań lekarza dokonującego przeszczepu<sup>11</sup>. Należy zatem przyjąć, że lekarz pobierający organ w celu przeszczepienia go osobie spoza wymienionego kręgu podmiotów dopuszcza się umyślnego przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu, którego kwalifikacja prawna zależy od rozmiarów spowodowanego skutku. Podkreślić przy tym należy, że – wbrew wyrażanym wcześniej poglądom – ustawa nie zawiera ograniczeń przedmiotowych i nie wymaga, aby przeszczep był jedynym sposobem uratowania człowieka, którego życie jest bezpośrednio zagrożone. W tym kontekście ograniczenie kręgu dawców nabiera – jak sądzę – szczególnego znaczenia<sup>12</sup>.

Rozważając konieczność przestrzegania ograniczeń podmiotowych chciałabym zwrócić uwagę na pewną wątpliwość interpretacyjną. Jak już wspomniałam, intencją ustawodawcy było niewątpliwie ograniczenie możliwości dokonywania przeszczepów *ex vivo*, stanowiących w większości wypadków zabieg poważnie okaleczający dawcę. Krąg biorców został jednak przy tym ustalony w oparciu o różne kryteria. Z jednej strony wprowadzono kryterium formalne (z którego płynie domniemanie istnienia materialnego stosunku bliskości) w postaci pokrewieństwa w linii prostej, pokrewieństwa w linii bocznej – ograniczonego do rodzeństwa, stosunku przysposobienia oraz małżeństwa. Z drugiej strony ustawa przewiduje także kryte-

rium materialne – stosunek bliskości – które ma charakter ocenny. Aby wyłączyć w praktyce nadmiernie szeroką interpretację pojęcia „osoba bliska” ustawa wymaga w dalszej kolejności formalnego potwierdzenia stosunku bliskości przez sąd rejonowy w drodze postanowienia wydanego w postępowaniu nieprocesowym. Postępowanie wszczyna się na wniosek kandydata na dawcę. Do wniosku należy dołączyć pisemną zgodę biorcy na pobranie organu od tego właśnie dawcy oraz orzeczenie lekarza mającego dokonać przeszczepu o zasadności i celowości pobrania (art. 10 ust. 3). Nasuwa się w tym miejscu pytanie o kwalifikację prawną czynu lekarza, który dokonał pobrania organu od osoby bliskiej, ale bez uzyskania zgody sądu. Jeżeli brak orzeczenia sądowego potraktujemy jako naruszenie warunku legalności zabiegu stanowiącego znamię kontraty, to lekarz powinien ponieść odpowiedzialność karną na tych samych zasadach, co w sytuacji pobrania organu od osoby w ogóle nie należącej do kręgu potencjalnych dawców. Biorąc pod uwagę materialny aspekt wprowadzonego do ustawy ograniczenia podmiotowego nasuwa się jednak wątpliwość, czy słuszne jest jednakowe kwalifikowanie zachowania lekarza polegającego na pobraniu organu do przeszczepu od osoby bliskiej biorcy, ale bez zgody sądu i zachowania polegającego na pobraniu organu od osoby, która – w myśl przepisów ustawy – w ogóle nie może zostać dawcą. Z drugiej strony można w tym miejscu podnieść argument, że to właśnie sąd jest uprawniony do oceny, kto jest osobą bliską, a kto nie spełnia tego warunku. Powstaje jednak pytanie, czy okoliczność ta nie podlega badaniu w postępo-

waniu karnym, podjętym przeciwko lekarzowi. Jeśli z góry założymy, że formalny brak orzeczenia sądu w sprawie dopuszczalności pobrania organu na rzecz osoby bliskiej powinien być traktowany na równi z dokonaniem przestępstwa, w którym dawcą jest osoba spoza wyznaczonego kręgu podmiotów, to sąd karny badający sprawę lekarza nie będzie musiał zajmować się aspektem materialnym, czyli ustaleniem czy biorcę i dawcę rzeczywiście łączył stosunek bliskości. Przyjęcie stanowiska odmiennego pozwoliłoby uznać, że ustalenie tego stosunku wyłączy odpowiedzialność lekarza za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu dawcy, o ile spełnione zostały pozostałe warunki legalności przeszczepu.

Wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem omawianego problemu byłoby stworzenie odrębnego typu przestępstwa (albo wykroczenia), przewidującego odpowiedzialność za pobranie organu do przeszczepu bez zgody sądu, ale przy spełnieniu wszystkich pozostałych warunków legalności tego zabiegu. Powstaje pytanie, czy tego rodzaju zachowanie będzie mogło zostać zakwalifikowane na podstawie art. 20 ust. 1 ustawy, która stanowi: „Kto w celu uzyskania korzyści majątkowej nabywa lub zbywa cudze komórki, tkanki i narządy, pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów, pochodzących od żywego człowieka lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny”. Udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie napotyka – moim zdaniem – a pewne trudności. Są one

związane z wątpliwościami interpretacyjnymi pojawiającymi się na gruncie powołanego przepisu.

Na wstępie warto zwrócić uwagę, że w projekcie ustawy o przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów obecny art. 20 ust. 1 (art. 18 ust. 1 projektu) nie zawierał zasadniczego dla tych rozważań elementu (branie udziału w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządu) i odnosił się tylko do podjętego w celu uzyskania korzyści majątkowej zachowania, polegającego na nabywaniu lub sprzedaży, bądź pośredniczeniu w nabyciu lub sprzedaży organu<sup>13</sup>. Wykładnia art. 20 ust. 1 mogłaby zatem zmierzać w kierunku ustalenia, że penalizuje on jedynie takie uczestniczenie w przeszczepianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządu, którego celem jest uzyskanie korzyści majątkowej. Użycie przez ustawodawcę spójnika „bądź” nie przesądza jeszcze odmiennej interpretacji. W pierwotnym brzmieniu przepisu projektodawca też użył tego spójnika, który łączył jednak inne człony alternatywy (kto w celu uzyskania korzyści materialnej nabywa lub sprzedaje cudze komórki, tkanki lub narządy, b a d ż pośredniczy w sprzedaż komórki, tkanki lub narządu). Nie ulega moim zdaniem wątpliwości, że w art. 18 ust. 1 projektu chodziło o penalizację tylko takiego pośredniczenia w nabywaniu lub sprzedaży cudzych organów, którego celem było osiągnięcie korzyści majątkowej<sup>14</sup>. Przenosząc tę interpretację na obecne brzmienie tego przepisu można by przyjąć, że spójnik „bądź” nie oznacza alternatywy rozłącznej i karalne jest tylko takie branie udziału w przeszczepianiu pozyskanych

wbrew przepisom ustawy organów, którego celem było osiągnięcie korzyści majątkowej. Jeżeli wykładnia art. 20 ust. 1 ustawy poszłaby – zgodnie z pierwotną intencją projektodawców – we wskazanym wyżej kierunku, to rozważany przeze mnie problem nie mógłby znaleźć rozwiązania w oparciu o postanowienie ustawy. Wypadałoby zatem w rezultacie przyjąć, że zabieg pobrania organu od osoby bliskiej bez zgody sądu wypełnia znamiona umyślnego przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu, a nie szczególnego – łagodniej karanego – typu przestępstwa z art. 20 ust. 1 ustawy.

Odmienne wykładnia art. 20 ust. 1, zgodnie z którą spójnik „bądź” oznacza jednak, że mamy do czynienia z alternatywą rozłączną, pozwoliłaby rozwiązać sygnalizowaną wątpliwość, ale też tylko przy założeniu, że zgoda sądu nie stanowi znamienia kontrotypu uszkodzenia ciała dawcy organu. Nawet bowiem wtedy, gdy przyjmemy, że znamię „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” odnosi się wyłącznie do nabywania, zbywania i pośredniczenia w nabywaniu lub zbywaniu cudzych organów, to i tak pozostaje rozważyć, czy omawiane przeze mnie zachowanie lekarza (pobranie organu od osoby bliskiej bez zgody sądu) może być zakwalifikowane tylko na podstawie art. 20 ust. 1. Konieczne staje się przy tym ustalenie dwóch kwestii. Po pierwsze, czy zgoda sądu należy do znamion kontrotypu, czy też stanowi wymóg jedynie formalny, od spełnienia którego nie zależy legalność uszkodzenia ciała dawcy. Jeśli przyjmemy, że jest to znamię kontrotypu, to omawiane zachowanie lekarza należałoby zakwalifikować na podstawie art. 20 ust. 1 ustawy w zbiegu z przestępstwem przeciwko

zdrowiu. Wykluczenie zbiegu i kwalifikacja wyłącznie w oparciu o art. 20 ust. 1 może mieć miejsce tylko przy przyjęciu założenia, że zgoda sądu na pobranie organu od osoby bliskiej ma jedynie charakter formalny, materialnie bowiem osoba ta należy do kręgu podmiotów uprawnionych do bycia dawcą.

Drugi sygnalizowany przeze mnie problem dotyczy samego brzmienia art. 20 ust. 1 ustawy. Przepis ten typizuje zachowanie polegające nie tyle na pobraniu organu wbrew przepisom ustawy, ile na braniu udziału w przeszczepianiu pozyskanych już wbrew tym przepisom komórek, tkanek czy narządów. Można zastanawiać się, czy intencją ustawodawcy było karanie na podstawie tego przepisu zachowania podjętego już po dokonaniu pobrania organu, czy też mówiąc o wzięciu udziału w przeszczepianiu miał on na uwadze nie tylko moment implantacji, ale także wcześniejsze pozyskanie materiału do przeszczepu<sup>15</sup>. Uważam, że brzmienie przepisu nie jest jednoznaczne. Z jednej strony używa się określenia „przeszczepianie”, które obejmuje całość zabiegu, z drugiej zaś ustawodawca mówi o „pozyskanych” (w domyśle: przed przystąpieniem do wykonania czynności opisanej w zespole znamion art. 20 ust. 1 ustawy) komórkach, tkankach lub narządach. Rozstrzygnięcie tego problemu będzie także rzutowało na decyzję o kwalifikacji prawnej omawianego zachowania lekarza. Pragnę bowiem podkreślić, że niniejsze rozważania dotyczą odpowiedzialności za okaleczenie dawcy, uwzględniają zatem jedynie moment pobierania organu do przeszczepu.

Podsumowując dotychczasowe ustalenia chciałbym podkreślić, że znacznie

lepsza, moim zdaniem, byłaby rozszerzająca interpretacja art. 20 ust. 1, która pozwoliłaby w konsekwencji na przyjęcie łagodniejszej odpowiedzialności lekarza za pobranie organu od osoby bliskiej bez uzyskania orzeczenia sądu. Mam jednak poważne wątpliwości, czy taka interpretacja znajduje podstawy zarówno w treści powołanego przepisu, jak też w intencjach ustawodawcy. Z całą pewnością przepis art. 20 ust. 1 był projektowany jako przestępstwo kierunkowe, znamienne szczególnym celem działania sprawcy. Drugi człon tego przepisu został dodany w trakcie procesu legislacyjnego. Dlatego też trudno jednoznacznie rozstrzygnąć, czy uprawniona jest wykładnia, zgodnie z którą karze podlega już samo pobranie organu wbrew przepisom ustawy bez względu na to, czy celem sprawcy było osiągnięcie korzyści majątkowej. Sądzę, że problem ten pojawi się w trakcie stosowania ustawy i będzie wymagał rozstrzygnięcia zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo.

Kolejnym warunkiem legalności pobrania organu za życia dawcy jest ustalenie zasadności i celowości przeszczepu w oparciu o aktualny stan wiedzy medycznej. Oznacza to konieczność wcześniejszego przeprowadzenia badań lekarskich ustalających stopień ryzyka zabiegu dla biorcy i dawcy. W przypadku kobiety ciężarnej ocena ryzyka powinna obejmować także następstwa dla dziecka. Pobranie organu mieści się zatem w granicach kontratypu jeżeli zostało przeprowadzone *lege artis*, tj. zgodnie z aktualnym stanem wiedzy i przy zachowaniu reguł ostrożnego postępowania.

Ostatnim warunkiem jest zgoda dawcy. Zgoda powinna być dobrowolna



i świadoma, co oznacza konieczność odpowiedniego poinformowania dawcy o ryzyku związanym z zabiegiem oraz możliwych następstwach pobrania organu dla jego zdrowia. Bez przekazania dawcy takich wiadomości trudno byłoby mówić o świadomym wyrażeniu przez niego woli przekazania organu do przeszczepu. Dawca musi mieć przy tym pełną zdolność do czynności prawnych, nie jest zatem możliwe pobranie od osoby, która takiej zdolności nie posiada, nawet za zgodą przedstawiciela ustawowego<sup>16</sup>. Ustawa przewiduje także, że zgoda powinna być wyrażona w formie pisemnej. Jest to jednak, jak się wydaje, znowu wymóg formalny, gwarantujący jedynie obiektywizm oceny istnienia zgody, który nie może być podniesiony do rangi znamienia kontratypu. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej lekarza za umyślne uszkodzenie ciała dawcy liczy się przecież to, czy zgoda na uszkodzenie faktycznie istniała, a nie czy była ona odpowiednio wyrażona. Znowu zatem powstaje problem oceny

prawnej braku odpowiedniej formy oświadczenia zezwalającego na pobranie organu do przeszczepu. Sądzę jednak, że w tym wypadku należałoby zrezygnować w ogóle z odpowiedzialności karnej, chociaż niezyskanie zgody na piśmie w istocie narusza przepisy ustawy.

Na zakończenie warto podkreślić, że przedstawione wyżej zagadnienia dotyczą tylko niewielkiego fragmentu omawianej ustawy, która – oprócz przeszczepów *ex vivo* – reguluje wiele innych, bardzo ważnych kwestii związanych z zabiegami transplantacji organów. Szczegółowe rozważenie legalności pobierania komórek, tkanek czy narządów od żyjącego dawcy uważam jednak za potrzebne, chociażby ze względu na to, że do czasu uchwalenia omawianej ustawy sprawa ta praktycznie nie była w Polsce w żaden sposób uregulowana<sup>17</sup>. Jest to zatem zagadnienie zupełnie nowe i wymagające szerszego opracowania w doktrynie, zwłaszcza że brzmienie niektórych przepisów ustawy nasuwa jednak pewne wątpliwości interpretacyjne.

## Przypisy:

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 138, poz. 682. Ustawa ta weszła w życie 7 marca 1996 r.

<sup>2</sup> Do czasu wejścia w życie ustawy problem pobierania organów do przeszczepu ze zwłok regulowały przepisy art. 24 ust. 2 i art. 25 ustawy z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408 z późn. zm.). Jedynym aktem prawnym dotyczącym przeszczepów *ex vivo* były natomiast wytyczne Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 9 października 1975 r. w sprawie zabiegu przeszczepiania nerek (Dz.Urz. MZiOS Nr 21, poz. 79).

<sup>3</sup> Przykładowo, usunięcie jednej nerki powoduje co najmniej 30% inwalidztwo i skracca przeciętnie życie człowieka o 5 lat. Por. G. Rejman: *Odowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 85. Autorka powołuje się na wypowiedzi autorytetów w dziedzinie medycyny.

<sup>4</sup> Por. J. Radzicki: *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 191.

<sup>5</sup> J. Sawicki jako warunek legalności przeszczepu dokonanego z jednego żywego człowieka na innego podawał, że operacja tego rodzaju „winna być jedynym pozostającym do dyspozycji lekarza środkiem uratowania życia pacjenta”. J. Sawicki: *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warszawa 1966, s. 234; zdaniem J. Radzickiego „pobieranie tkanek powodujące trwałą szkodę dla organizmu dawcy związane z wyższym, niż przeciętne ryzykiem powinno być dopuszczalne tylko wtedy, gdy przeszczep ma służyć do ratowania życia człowieka (...)”. J. Radzicki, op. cit., s. 191–192. Także M. Sośniak podkreślał, że pobranie organu *ex vivo* jest dopuszczalne, jeżeli stanowi jedyną drogę uratowania chorego i jednocześnie zachodzi sytuacja bezpośredniego zagrożenia życia biorcy. M. Sośniak: *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 221.

<sup>6</sup> Poglądy na ten temat przedstawia G. Rejman, op. cit., s. 80 i n. Sama autorka zaprezentowała własną oryginalną koncepcję uzasadniającą legalność pobrania organu od żywego dawcy. Punktem wyjścia rozwiązania przyjętego przez G. Rejman było założenie, że przeszczep należy rozpatrywać jedynie w relacji dawca–biorca, z pominięciem lekarza. Dawca występuje w roli osoby decydującej się na okaleczenie w celu niesienia pomocy biorcy. Ponieważ jednak nie może dokonać tego sam, posługuje się lekarzem, występującym w roli sprawcy pośredniego. Z uwagi na to, że odpowiedzialność sprawcy pośredniego jest uzależniona od odpowiedzialności sprawcy głównego – czyli dawcy, który nie ponosi odpowiedzialności karnej za samookaleczenie, w rezultacie brak jest także podstaw do odpowiedzialności lekarza. G. Rejman, op. cit., s. 84.

<sup>7</sup> Nieco inaczej sprawa legalności transplantacji *ex vivo* przedstawia się z punktu widzenia biorcy organu, w stosunku do którego jest to czynność o charakterze leczniczym, nie wymagająca kontratypowego usprawiedliwienia. Na temat charakteru prawnego czynności leczniczych zob. A. Zoll: *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 6–16.

<sup>8</sup> Zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 ustawy nie dotyczy ona pobierania i przeszczepiania komórek rozrodczych i gonad, tkanek embrionalnych i płodowych oraz narządów rozrodczych i ich części, a także pobierania, przechowywania, przetaczania i dystrybucji krwi.

<sup>9</sup> Zalecenia te szczegółowo omawia E. Zielińska: *Transplantacja w świetle prawa w Polsce i na świecie*, PiP 1995, nr 6, s. 18 i n.

<sup>10</sup> Art. 18 ust. 1 ustawy stanowi: „Za pobrane od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich komórki, tkanki i narządy nie można żądać ani przyjmować zapłaty lub innej korzyści majątkowej”. Warto wspomnieć, że przeciwnikiem takiej regulacji był w Polsce M. Sośniak, który uważał, że zasadę bezwarunkowej nieodpłatności należy stosować wyłącznie w stosunku do przeszczepów *ex mortuo*. Przy przeszczepach *ex vivo* okaleczonemu dawcy nie sposób – zdaniem tego autora – odmówić rekompensaty, pod warunkiem oczywiście, że się jej domaga. Jako przykład M. Sośniak podawał krwiodawstwo, które jest przecież odpłatne, co nie przeszkadza, że istnieją również w praktyce honorowi dawcy krwi. Por. M. Sośniak, op. cit., s. 208. Wydaje się jednak, że przy takim ograniczeniu kręgu dawców, jakie wprowadza ustawa, zakaz odpłatności jest całkowicie uzasadniony. Jednocześnie wypada zauważyć, że ustawa w ograniczonym tylko stopniu penalizuje zachowanie polegające na nabywaniu, zbywaniu lub pośredniczeniu w nabyciu lub zbyciu komórek, tkanek i narządów. Art. 20 ustawy przewiduje karalność wymienionych czynności tylko wtedy, gdy dotyczą one cudzych, a nie własnych organów oraz gdy osoba ich dokonująca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a nie w jakimkolwiek innym celu (np. dla ratowania życia swojego lub swoich bliskich). Dlatego też generalny zakaz wprowadzony w art. 18 tylko częściowo został opatrzone sankcją karną.

<sup>11</sup> Odmienne zagadnienie to zostało uregulowane w prawie austriackim, gdzie podstawą legalności przeszczepów *ex vivo* jest § 90.1 kodeksu karnego, który stanowi: „Uszkodzenie ciała lub zagrożenie bezpieczeństwa cielesnego nie jest bezprawne, jeżeli zgodziła się na nie osoba, której ono dotyczy, a uszkodzenie lub zagrożenie jako takie nie wykracza przeciw dobrym obyczajom”. Regulacja ta przyznaje prymat woli dawcy organu nad potrzebą ochrony jego zdrowia w granicach wyznaczonych przez dobre obyczaje.

<sup>12</sup> Odmiennego zdania jest E. Zielińska, która komentując projekt ustawy stwierdziła m.in.: „Wprawdzie wynika to pośrednio z treści przepisów dotyczących przeszczepów *ex vivo*, zasługuje jednak na uwagę podkreślenie terapeutycznego i subsydiarnego charakteru tego typu działań lekarskich przez

wskazanie w ustawie, że pobranie komórki, tkanki lub narządu od żyjącego człowieka jest dopuszczalne jedynie w celach leczniczych i w przypadkach, gdy zastosowanie innej metody terapeutycznej, a zwłaszcza przeszczepienie organu ze zwłok, nie rokuje szans powodzenia”. E. Zielińska, op. cit., s. 27. Można zgodzić się jedynie z twierdzeniem, że ustawa przewiduje, iż pobranie narządów od żywego człowieka – w odróżnieniu od pobrania po śmierci – może nastąpić jedynie w celach leczniczych. Wynika to *a contrario* z art. 2 ustawy. Nie ma natomiast mowy o subsydiarnym charakterze zabiegu, a w szczególności o konieczności wyczerpania możliwości przeszczepienia organu ze zwłok.

<sup>13</sup> Art. 18 ust. 1 projektu miał następujące brzmienie: „Kto w celu uzyskania korzyści materialnej nabywa lub sprzedaje cudze komórki, tkanki lub narządy, bądź pośredniczy w nabyciu lub sprzedaży komórki, tkanki lub narządu pochodzącego od żywego człowieka lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny”.

<sup>14</sup> Ostatecznie zrezygnowano z jakiegokolwiek spójnika, co usuwa wszelkie wątpliwości i sprawia, że karalne jest tylko takie pośredniczenie w nabyciu lub zbyciu cudzych komórek, tkanek i narządów, które miało na celu uzyskanie korzyści majątkowej.

<sup>15</sup> Wypada w tym miejscu zauważyć, że w praktyce może zdarzyć się, iż inny lekarz dokonuje zabiegu pobrania organu, a inny jego implantacji, co jeszcze bardziej komplikuje stosowanie art. 20 ust. 1. Powstaje bowiem pytanie, czy odpowiedzialność ponosi tylko ten lekarz, który wykonuje zabieg implantacji, czy także ten, który jedynie „pozyskuje” materiał do przeszczepu w sposób sprzeczny z przepisami ustawy. Uważam, że obaj lekarze powinni ponosić odpowiedzialność karną, co jednak przesądza określoną interpretację powołanego przepisu.

<sup>16</sup> Wyjątek stanowi pobranie od małoletniego szpiku kostnego, o czym była już mowa.

<sup>17</sup> Nie można bowiem – moim zdaniem – przyjąć, że wystarczającą regulację stanowił tak niskiej rangi akt prawny, jakim były wytyczne Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej.