

SYSTEM ŹRÓDEŁ PRAWA RFN Z UWZGLĘDNIENIEM OBSZARU MEDYCZYNY TRANSPLANTACYJNEJ

EWA M. GUZIK-MAKARUK

Dedykując ten artykuł Szacownemu Jubilatowi, Autorka miała na względzie szeroki obszar zainteresowań badawczych Pana Profesora Bogdana Wierzbickiego, który porusza się głównie w kręgu problematyki prawa międzynarodowego, wiele uwagi poświęcając sytuacji prawnej uchodźców. Z kolei zainteresowania Autorki oscylują wokół prawnokarnych i kryminologicznych aspektów transplantacji organów, tkanek i komórek. Wydawałoby się z pozoru, że trudno będzie znaleźć punkty styczne pomiędzy sytuacją uchodźców a zagadnieniami medycyny transplantacyjnej. Tak w istocie jednak nie jest, gdyż uchodźcy często padają ofiarami handlarzy ludzkimi organami. W listopadzie 2011 r. amerykańska telewizja informacyjna Cable News Network (CNN) podała, że jeden z działaczy New Generation Foundation¹, organizacji zajmującej się ochroną praw człowieka, własnoręcznie sfotografował martwe ciała znalezione na pustyni w Egipcie. Wszystkie zwłoki uchwycone na zdjęciach posiadają podobne blizny w okolicach brzucha. Są to ofiary handlarzy organami. Stożki rogówek oczu, nerki oraz wątroby to organy, które są najczęściej pozyskiwane z ciał bezbronnych uchodźców².

Biorąc pod uwagę, że Szacowny Jubilat jest naukowo związany z prawem międzynarodowym, Autorka postanowiła przybliżyć system źródeł prawa RFN z uwzględnieniem obszaru medycyny transplantacyjnej.

Ustawa Zasadnicza RFN³ obejmuje 146 artykułów zgromadzonych w jedenastu rozdziałach, poprzedzonych wzniosłą preambułą. Akt ten zmieniany do tej pory już ponad pięćdziesięciokrotnie, obwieszczony przez Radę Parlamentarną w dniu 23 maja 1949 r., wszedł w życie dzień później.

Konstytucja zawiera przepisy, w oparciu o które można skonstruować system aktów prawnych obowiązujących na terytorium Niemiec. Republika Federalna Niemiec jest demokratycznym i socjalnym państwem federalnym. Wszelka władza

1 Organizacja zajmuje się ochroną praw człowieka i pomocą uchodźcom udającym się do Egiptu.

2 Uchodźcy ofiarami handlarzy ludzkimi organami, <http://wiadomosci.onet.pl/uchodzcy-ofiarami-handlarzy-ludzkimi-organami/ltn5k>.

3 Konstytucja RFN, Grundgesetz vom 23. Mai 1949, BGBl I S. 1.

państwa pochodzi od narodu, który sprawuje ją poprzez wybory, głosowania, organy ustawodawstwa, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości. Ustawodawstwo opiera się na porządku konstytucyjnym, zaś władza wykonawcza i wymiar sprawiedliwości związane są obowiązującym prawem⁴.

Rozdział VII konstytucji został w całości poświęcony ustawodawstwu Federacji. Przewidziano w tym zakresie podział uprawnień ustawodawczych pomiędzy Federację (*Bund*) i kraje związkowe (*Land*)⁵ w oparciu o tzw. kompetencje wyłączne i kompetencje konkurencyjne. Z reguły kraje związkowe posiadają prawo do uchwalania ustaw, o ile konstytucja nie powierza kompetencji ustawodawczych Federacji. Wynika z tego, że Federacja uprawniona jest do stanowienia prawa tylko wówczas, gdy przysługuje jej wyraźnie przyznana przez przepisy konstytucyjne kompetencja⁶. Ustawodawcze kompetencje Federacji są bardzo szerokie, w rzeczywistości w dziedzinie ustawodawstwa pozostawiono krajom związkowym tylko niewielki obszar przedmiotowy⁷.

W zakresie ustawodawstwa wyłącznego Federacji kraje posiadają prawo do uchwalania ustaw tylko wtedy, gdy zostały do tego wyraźnie upoważnione w ustawie federalnej. Jeżeli mowa o ustawodawstwie konkurencyjnym, poszczególne kraje związkowe posiadają prawo do wydawania ustaw, dopóki Federacja nie skorzysta w drodze ustawy ze swojej właściwości ustawodawczej⁸. W praktyce zatem mamy do czynienia z tzw. podwójną kompetencją Federacji i krajów związkowych (*die Doppelzuständigkeit von Bund und Ländern*)⁹.

Wyłączne ustawodawstwo Federacji dotyczy np. spraw zagranicznych oraz obrony kraju, imigracji, emigracji czy ekstradycji, spraw walutowych, jedności obszaru celnego i handlowego, swobody obrotu towarowego, komunikacji lotniczej, poczty oraz telekomunikacji, ochrony prawnej działalności wytwórczej, prawa autorskiego czy chociażby współpracy Federacji i krajów w dziedzinie policji kryminalnej¹⁰.

4 Art. 20 Konstytucji RFN.

5 Republikę Federalną Niemiec tworzą następujące kraje związkowe: Badenia-Wirtembergia (*Baden-Württemberg*), Bawaria (*Bayern*), Berlin, Brandenburgia (*Brandenburg*), Brema (*Bremen*), Hamburg, Hesja (*Hessen*), Meklemburgia-Pomorze Przednie (*Mecklenburg-Vorpommern*), Dolna Saksonia (*Niedersachsen*), Nadrenia Północna-Westfalia (*Nordrhein-Westfalen*), *Rheinland-Pfalz*, Saara (*Saarland*), Saksonia (*Sachsen*), Saksonia-Anhalt (*Sachsen-Anhalt*), Szlezwik-Holsztyn (*Schleswig-Holstein*), Turyngia (*Thüringen*).

6 P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, München 1986, s. 372.

7 H.H. Klein, *Funkcje Bundestagu*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof (red.), *Parlament Republiki Federalnej Niemiec*, Warszawa 1995, s. 61.

8 Szeroko na ten temat: Th. Maunz, [w:] Th. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Band V, Art. 70-99, Lieferungen 1 bis 43, München, s. 70, 1-23, s. 71, 1-20, s. 72, 1-13, stan na luty 2004.

9 B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, Krieffel-Berlin 1995, s. 965.

10 Art. 73 Konstytucji RFN.

Wraz z ukształtowaniem treści art. 73 Ustawy Zasadniczej, wyliczającego dziedziny wyłącznej legislacji Federacji, rozpoczęła się w niemieckim ustawodawstwie tradycja enumeratywnego, wyczerpującego konstruowania kompetencji ustawodawczych. Podobnie w enumeratywny sposób wyliczono dziedziny ustawodawstwa konkurencyjnego, tzw. przepisów ramowych dla ustawodawstwa krajów czy ustawodawstwa wyłącznego bądź konkurencyjnego w zakresie cel i monopolu finansowego¹¹.

Art. 74 konstytucji wylicza dziedziny tzw. ustawodawstwa konkurencyjnego. Są nimi np. prawo cywilne, prawo karne, ustroj sądów, postępowanie sądowe, ustroj adwokatury czy notariatu, prawo o stowarzyszeniach i zgromadzeniach, przepisy dotyczące broni i materiałów wybuchowych, sprawy uchodźców i wypędzonych, opieka społeczna, prawo gospodarcze, prawo pracy, ruch drogowy, obrót nieruchomościami czy prawo gruntowe.

Katalog dziedzin enumeratywnie wskazanych w tym przepisie jest bardzo szeroki. Na szczególne podkreślenie w aspekcie tematu niniejszej publikacji zasługuje brzmienie art. 74 ust. 1 pkt 26 konstytucji, który przewiduje wprost, że ustawodawstwo konkurencyjne dotyczy także sztucznego zapłodnienia u ludzi, badania i sztucznej zmiany informacji dziedzicznych, jak również regulacji w zakresie transplantacji organów i tkanek organicznych.

W tym miejscu krótko należałoby scharakteryzować wspomniane wyżej tzw. przepisy ramowe Federacji. Federacja ma prawo wydawania przepisów ramowych dla ustawodawstwa krajów, np. w sprawach stosunków prawnych osób pozostających w służbie publicznej krajów, gmin i innych korporacji prawa publicznego, powszechnych zasad szkolnictwa wyższego, powszechnych stosunków prawnych w dziedzinie prasy czy w sprawach meldunkowych i dowodów osobistych. Przepisy ramowe mogą tylko w wyjątkowych przypadkach zawierać unormowania wchodzące w szczególności i bezpośrednio obowiązujące regulacje. Jeśli Federacja wyda przepisy ramowe, powoduje to po stronie krajów obowiązek wydania odpowiednich ustaw krajowych w określonym terminie¹².

Przepisy ramowe Federacji stwarzają zatem możliwość wpływu na treść ustawodawstwa krajów związkowych, materia objęta ewentualną ingerencją jest wyliczona w sposób wyczerpujący, zaś nadzwyczaj krótki katalog obejmuje problematykę o szczególnym znaczeniu¹³.

11 Th. Maunz, [w:] Th. Maunz, G. Dürig, *op. cit.*, s. 73, 3.

12 Art. 75 Konstytucji RFN.

13 P. Badura, *op. cit.*, s. 377.

Konstytucja wśród źródeł prawa wymienia ustawy federalne¹⁴, ustawy związane, rozporządzenia czy tzw. wyżej powołane przepisy ramowe. Rozporządzenia nie są samoistnymi aktami prawnymi, służą jedynie wykonaniu ustaw, a do ich wydawania z mocy art. 80 Ustawy Zasadniczej upoważnione są następujące organy: rząd federalny, ministrowie federalni lub rządy poszczególnych krajów związkowych (landów).

Art. 23 Konstytucji otwiera drogę prawodawstwu unijnemu, zaś art. 25 zawiera postanowienia w zakresie prawa narodów. Ogólne zasady prawa międzynarodowego są częścią prawa federalnego i wywołują bezpośrednie skutki względem obywateli w zakresie ich praw i obowiązków. Zwłaszcza w aspekcie prawa międzynarodowego i mogących na tym tle powstać wątpliwości pomocnym jest art. 100 Ustawy Zasadniczej, usytuowany w rozdziale IX zatytułowanym „Orzecznictwo”. Jeżeli przy rozpatrywaniu konkretnej sprawy zachodzi wątpliwość, czy reguła prawa międzynarodowego jest częścią składową prawa federalnego i czy tworzy ona bezpośrednio prawa i obowiązki dla jednostki, sąd orzekający powinien uzyskać orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego.

Z mocy art. 31 ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym¹⁵ rozstrzygnięcia tegoż Trybunału wiążą organy konstytucyjne Federacji i krajów związkowych, jak też wszystkie sądy i urzędy. W pewnych wypadkach orzeczenia Trybunału mają moc wiążącą równą ustawie. Katalog właściwości rzeczowej Trybunału został zbudowany szeroko, ale i zarazem wyczerpująco¹⁶. I tak w następujących przypadkach orzeczenia Trybunału mają moc ustawy:

- jeśli dotyczą zgodności formalnej lub merytorycznej prawa federalnego i prawa stanowionego na szczeblu krajów związkowych z konstytucją;
- jeśli rozstrzygają wątpliwości, czy ogólna reguła prawa międzynarodowego jest częścią ustawodawstwa federalnego;
- jeśli zawierają rozstrzygnięcie w zakresie mocy obowiązującej prawa federalnego.

Mamy tutaj zatem do czynienia z sytuacją, kiedy to organ sądowniczy współtworzy przepisy prawa przy pomocy swego orzecznictwa. Trzeba przyznać, że Federalny Trybunał Konstytucyjny czyni to w sposób dość aktywny.

Nieco inną, ale dość istotną kwestią jest próba zbudowania hierarchii aktów prawnych w systemie prawa niemieckiego. Każda norma prawna czerpie swoją moc

14 Art. 77 przyznaje w tym zakresie inicjatywę ustawodawczą na szczeblu federalnym Parlamentowi Federalnemu (Bundestag) i Radzie Federalnej (Bundesrat). Przepis ten szczegółowo określa procedurę ustawodawczą.

15 Ustawa o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerGG) vom 11.08.1993, BGBl I S. 1473, zmieniona przez art. 1 ustawy z dnia 16.07.1998, BGBl I S. 1823.

16 Art. 13 ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym.

obowiązującą z normy prawnej wyższego stopnia. Zasada ta, sformułowana przez Ernsta Rudolfa Bierlinga, dzisiaj przypisywana jest austriackim przedstawicielom doktryny – Adolfowi Juliusowi Merkle'owi (często mylonemu z Adolfem Merkel – wybitnym niemieckim znawcą prawa karnego) i Hansowi Kelsenowi, którzy znacznie ją rozwinęli¹⁷. W niemieckiej dogmatyce państwa i prawa zwykło się mówić o tzw. „poziomowej budowie porządku prawnego” (*Stufenbaus der Rechtsordnung*). Zgodnie z tą nauką na szczycie piramidy aktów prawnych stoi konstytucja, z której moc czerpią normy prawne niższego rzędu¹⁸.

Th. Schilling zauważa, iż aby przedstawić wewnątrzpaństwowy porządek prawny Niemiec, należałoby stworzyć budowlę zakończoną nie tylko jedną, ale wieloma wieżami. Uzasadniając swoje stanowisko, wywodzi, że ustawy stanowione na szczeblu poszczególnych krajów związkowych wywodzą się nie tylko z konstytucji danego landu, ale też częściowo z Ustawy Zasadniczej, natomiast konstytucje krajów związkowych stoją w jednym rzędzie z konstytucją całej Federacji. Aby być w zgodzie z ideą jedności porządku prawnego, konstytucja federalna przewiduje zasygnalizowany powyżej podział kompetencji ustawodawczych pomiędzy Federację i poszczególne kraje, chociażby poprzez tzw. wyłączne ustawodawstwo federalne i ustawodawstwo konkurencyjne. Jakkolwiek konstytucje krajów związkowych są starsze aniżeli konstytucja Federacji, nie przewidują one żadnych zastrzeżeń w zakresie koordynacji prawodawczej ustanowionej w tej ostatniej¹⁹.

Bez wątpienia w hierarchii aktów prawnych na pierwszym miejscu stoi konstytucja, następnie umowy międzynarodowe niewymagające inkorporacji, ustawy i rozporządzenia. Z brzmienia art. 25 Konstytucji wynika, że ogólne reguły prawa narodów mają pierwszeństwo przed ustawami. Obowiązywanie ogólnych reguł prawa narodów w niemieckim porządku prawnym przewidywała w art. 4 już konstytucja weimarska z 11 lipca 1919 r.²⁰

W dogmatyce konstytucyjnej dyskutowano nad wykładnią tego przepisu, przede wszystkim w aspekcie sformułowania „ustawa”, gdyż konstytucja jako taka jest przecież również ustawą. Zarysowały się w tej sprawie cztery teoretyczne stanowiska:

- ogólne reguły prawa narodów położone są wyżej w hierarchii aktów prawnych aniżeli wewnątrzpaństwowe ustawy zwykłe, tuż pod prawem konstytucyjnym;

17 K.F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln-Berlin-Bonn-München 1994, s. 296.

18 Th. Schilling, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin 1994, s. 163.

19 *Ibidem*, s. 180, 181; art. 28, 31, 70 i n. Konstytucji RFN.

20 R. Streinz, *Der Bund und die Länder. Allgemeines Völkerrecht als Bestandteil des Bundesrechts*, [w:] M. Sachs (red.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 1999, s. 911.

- ogólne reguły prawa narodów mają rangę równą konstytucji, jednakże związane jest to z zastrzeżeniem nienaruszalnej istoty konstytucyjnej;
- ogólne reguły prawa narodów mają rangę konstytucyjną;
- ogólne reguły prawa narodów mają rangę ponadkonstytucyjną.

Wiodące obecnie w teorii i praktyce stanowisko nakazuje traktować te umowy międzynarodowe niewymagające inkorporacji do prawa wewnętrznego jako mające rangę podkonstytucyjną, jednak tuż przed wewnątrzpaństwowymi ustawami²¹. Za przyjęciem takiego rozwiązania przemawia chociażby argument w postaci art. 79 konstytucji, który stanowi, że Ustawa Zasadnicza może zostać zmieniona tylko w drodze ustawy, wyraźnie zmieniającej bądź uzupełniającej, a zatem umowa międzynarodowa nie jest aktem mogącym służyć zmianom czy uzupełnieniom postanowień konstytucyjnych. Sformułowanie: „ogólne reguły prawa narodów” należy interpretować w oparciu o art. 38 I lit. a, b, c Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości²². Powołany przepis, umiejscowiony w rozdziale II Statutu, noszącym nazwę: „Kompetencja Trybunału”, stanowi, iż „Trybunał, którego zadaniem jest orzekać na podstawie prawa międzynarodowego w sporach, które będą mu przekazane, będzie stosował:

- konwencje międzynarodowe bądź ogólne, bądź specjalne, ustalające reguły, wyraźnie uznane przez państwa spór wiodące;
- zwyczaj międzynarodowy, jako dowód istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo;
- zasady ogólne prawa, uznane przez narody cywilizowane.”²³

Wymienia się zatem międzynarodowe prawo umów, międzynarodowe prawo zwyczajowe i ogólne zasady prawa, takie jak chociażby *pacta sunt servanda*.

Nieco inaczej przedstawia się problem umów międzynarodowych, w przypadku których wymagana jest zgoda w formie ustawy federalnej. W oparciu o art. 59 konstytucji zgody w formie ustawy federalnej i współdziałania właściwych w tym zakresie organów wymagają umowy regulujące stosunki polityczne Federacji lub dotyczące spraw będących przedmiotem ustawodawstwa federalnego. Co do ich położenia w hierarchii aktów prawnych (w piśmiennictwie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego) ugruntowała się zasada, że umowy takie nie mają mocy równej konstytucji, nie posiadają także pierwszeństwa przed ustawami, lecz ich moc obowiązująca równa jest mocy ustawy²⁴. W razie pozornej sprzeczności norm

21 B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, *op. cit.*, s. 557 i n.

22 R. Streinz, *Der Bund...*, s. 916, 917, 925, 926; S. Hölscheidt, M. Ridinger, A. Zitterbatt, *Grundzüge des Völkerrechts und seine Bezüge zum Europa- und Verfassungsrecht*, „Jura. Juristische Ausbildung” 2005, z. 4, s. 224-230.

23 Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

24 B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, *op. cit.*, s. 854.

prawnych późniejsze ustawy federalne mają pierwszeństwo przed umowami, zgodnie z ogólną regułą rozumowania prawniczego: *lex posterior derogat legi priori*²⁵.

W prawodawstwie Unii Europejskiej obowiązują w tym zakresie reguły wynikające z faktu bycia członkiem tej struktury. Jak pokrótce wspomniano, drogę unijnemu prawodawstwu otwiera art. 23 konstytucji w całości poświęcony Unii Europejskiej. Powołany przepis został wprowadzony do konstytucji w 1992 r. w miejsce uchylonego dwa lata wcześniej w związku ze zjednoczeniem państwa niemieckiego²⁶. Stanowi on, że RFN współdziała z UE dla urzeczywistnienia zjednoczonej Europy i w tym zakresie zobligowana jest zasadami państwowoprawnymi, socjalnymi, federacyjnymi i zasadą subsydiarności. Ponadto Federacja może przekazać UE ustawą za zgodą Rady Federalnej prawa zwierzchnie. Do umocowania Unii Europejskiej, jak również do zmian jej traktatowych podstaw, w wyniku których treść Konstytucji uległaby zmianie lub uzupełnieniu, stosuje się odpowiednie przepisy w tym zakresie²⁷.

W sprawach Unii Europejskiej współdziałają Parlament Federalny i kraje związkowe poprzez Radę Federalną. Na system aktów prawnych w Unii Europejskiej składają się: normy prawa pierwotnego oraz wtórnego, pochodnego. Prawo pierwotne Unii Europejskiej tworzą kluczowe traktaty²⁸. Prawo pierwotne jest wiążące dla państw, które podpisały traktaty założycielskie, jak również nakłada obowiązki i przyznaje uprawnienia państwom-członkom, ale też i obywatelom tych państw. Prawo wtórne (nazywane często pochodnym) znajduje swoje umocowanie w art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dawnym art. 249 TWE²⁹.

Do prawa wtórnego zalicza się: rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia, opinie. Pierwsze trzy z wymienionych mają charakter prawnie wiążący, w odróżnieniu od zaleceń i opinii. Organy Unii Europejskiej mogą wydawać akty prawne wyłącznie na podstawie upoważnienia zawartego w traktatach³⁰. Tę konstrukcję nazywa się zasadą enumeratywnego upoważnienia jednostkowego³¹.

25 R. Streinz, *Der Bundespräsident. Völkerrechtliche Vertretungsmacht*, [w:] M. Sachs (red.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 1999, s. 1267; B. Banaszak, *System konstytucyjny Niemiec*, Warszawa 2005, s. 78.

26 Art. 23 Konstytucji RFN został uchylony wcześniej przez: *Einigungsvertrag vom 31.8.1990 in Verbindung mit Art. 1 des Einigungsgesetzes*, BGBl II S 885 890 z mocą obowiązującą od 23.9.1990 r. Następnie nową treść przepisu wprowadzono w dniu 21.12.1992 r. przez *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 50, 115 e, 23, 24, 28, 45, 52, 88)*, BGBl I S. 2086.

27 Mowa tutaj o art. 79, który przewiduje, iż Ustawa Zasadnicza może zostać zmieniona tylko w drodze ustawy, wyraźnie zmieniającej bądź uzupełniającej brzmienie tego aktu. Taka ustawa wymaga zgody dwóch trzecich członków Parlamentu Federalnego i dwóch trzecich głosów Rady Federalnej.

28 Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2012 C 326), wersja skonsolidowana Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Dz. Urz. UE 2012 C 327).

29 *Ibidem*.

30 V. Epping, *Grundstrukturen der Europäischen Union*, „Jura. Juristische Ausbildung” 1995, z. 9, s. 455, 456.

31 T. Siwiński, *System prawny Unii Europejskiej. Struktura i funkcjonowanie oraz podobieństwa i różnice z systemem prawa polskiego*, Uniwersytet Jagielloński, http://www.tnz.most.org.pl/przepisy/1/syst_prawny_ue.htm.

Rozporządzenia są, można by rzec, ustawami wspólnot. Wywołują one bezpośrednie skutki w każdym państwie członkowskim i nie wymagają implementacji do prawa wewnętrznego. Dyrektywy z kolei są wiążące dla państw członkowskich, do których są skierowane, przy czym wiążą one tylko co do celu, zaś nie co do środków. Oznacza to, iż państwo jest zobowiązane wprowadzić do własnego systemu prawnego regulacje, które pozwolą osiągnąć cel założony przez dyrektywę. Dyrektywy nie wywołują bezpośrednich skutków w państwach członkowskich, a zatem podmioty prawa nie nabywają na ich podstawie praw i obowiązków³². Stanowią instrumenty harmonizacji prawa w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 23 listopada 1977 r. stwierdził, że dyrektywa ma pierwszeństwo przed sprzecznymi z nią przepisami prawa wewnętrzkrajowego³³.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości stanął na stanowisku i taka interpretacja jest obecnie powszechnie obowiązująca w Unii Europejskiej, że prawo unijne posiada pierwszeństwo stosowania przed prawem krajowym. Zdaniem Trybunału wynika to z faktu, że państwa członkowskie poprzez przystąpienie do Unii Europejskiej dobrowolnie przekazały część swej suwerenności organom Unii Europejskiej, a w konsekwencji wszelkie prawnie wiążące akty podjęte przez organy Unii posiadają pierwszeństwo przed aktami wewnętrzkrajowymi, nawet w przypadku, gdy kolidują z konstytucją danego państwa³⁴. Pogląd ten został skrytykowany przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, który w szeregu swoich orzeczeń podkreślił, iż prawo unijne stanowi *lex superior* w stosunku do przepisów konstytucyjnych, lecz tylko pod warunkiem, że nie narusza praw podstawowych zawartych w konstytucji. Myśl taka znalazła się pierwotnie w tzw. wyroku Maastricht (*Maastricht-Urteil*) z 1993 r.³⁵ czy w orzeczeniu dotyczącym „rynku bananowego” (*Alcan-, Bananenmarkt- und Approbationsentscheidung*) z 2000 r.³⁶

Przed dwudziestu laty K.F. Röhl zauważył, że: „pierwszeństwo zastosowania” prawa europejskiego jest swego rodzaju eufemizmem, jednak nie da się zaprzeczyć,

32 K.F. Röhl, *op. cit.*, s. 564, 565.

33 Judgment of the Court of 23 November 1977. – Enka BV v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem. Case 38-77,61977J0038, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0038:EN:HTML>; T. Siwiński, System prawny Unii Europejskiej. Struktura i funkcjonowanie oraz podobieństwa i różnice z systemem prawa polskiego, Uniwersytet Jagielloński, http://www.tnz.most.org.pl/przepisy/1/syst_prawny_ue.htm

34 T. Siwiński, *op. cit.*

35 Urteil des Zweiten Senats vom 12. Oktober 1993, 2 BvR 2134, 2159/92, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1994, Band 89, s. 155-213.

36 BverfG, 2 BvL 1/97 z 07. 06. 2000, Absatz-Nr 1-69, <http://www.bverfg.de>. Na stronie internetowej Federalnego Trybunału Konstytucyjnego opublikowano w wersji elektronicznej, w pełnej, nieskróconej formie wszystkie orzeczenia Trybunału, począwszy od dnia 1 stycznia 1998 r. Dodatkowo wszelkie rozstrzygnięcia, także te sprzed dnia 1 stycznia 1998 r., publikowane są w tradycyjnej wersji pisanej w „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, wydawanych na bieżąco w Tybindze w postaci poszczególnych kolejnych tomów. Pierwszy tom ukazał się w 1952 r., obecnie ukazało się już ponad 100 tomów.

że „prawo europejskie przelamuje prawo niemieckie”. Wszelako jednak niedoskonałym pozostaje pierwszeństwo prawa europejskiego, ponieważ Wspólnocie (obecnie Unii – przyp. E. G.-M.) brakuje kompetencji stanowienia prawa, a Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości brakuje kompetencji do badania zgodności prawa narodowego z prawem europejskim.³⁷ Obecnie sytuacja ewoluowała. Przepis art. 267 TFUE dotyczy. Przepis art. 267 TFUE dotyczy wydawania orzeczenia wstępnego w zakresie wykładni przepisów Traktatów, wtórnej legislacji i ich ważności³⁸.

Już na sam koniec tych ogólnych rozważań w zakresie konstytucyjnie wyróżnionych źródeł prawa należałoby wskazać na bardzo ważną kwestię, jaką niewątpliwie jest stosunek norm prawnych zawartych w regulacjach federalnych z jednej strony, a regulacjach na szczeblu poszczególnych krajów związkowych z drugiej.

Art. 31 konstytucji reguluje sytuację konfliktu norm prawnych i wyraźnie przyznaje pierwszeństwo ustawodawstwu federalnemu przed ustawodawstwem związkowym. Oznacza to, że w razie treściowej kolizji norm prawnych stanowionych na poziomie federacji i poszczególnych landów stosowana jest norma prawna zawarta w akcie federalnym. Jeżeli dana norma (norma federalna) została ustanowiona później aniżeli odpowiedni przepis w ustawodawstwie związku (norma związkowa), to z chwilą wejścia w życie aktu federalnego norma na szczeblu związku traci swoją moc obowiązującą. W odwrotnej sytuacji, mianowicie gdy norma związkowa zostaje uchwalona później niż odpowiednia treściowo norma federalna, od samego początku nie posiada ona mocy obowiązującej. Należy przy tym pamiętać, że idzie tu o wszystkie przepisy prawne, jednak gdy normy związkowe zawarte zostały w konstytucji poszczególnych związków, norma federalna nie uchyla ich mocy obowiązującej, a jedynie norma związkowa nie ma zastosowania w danej konkretnej sytuacji³⁹.

Jak wyżej zasygnalizowano, obszar medycyny transplantacyjnej został zaklasyfikowany w Konstytucji RFN do ustawodawstwa konkurencyjnego (wskazuje na to brzmienie art. 74 ust. 1 pkt 26 konstytucji).

37 K.F. Röhl, *op. cit.*, s. 582.

38 W trybie orzeczenia wstępnego Europejski Trybunał Sprawiedliwości ocenia sprawy dotyczące wykładni Traktatu, ważności oraz wykładni aktów prawnych instytucji Wspólnoty i Europejskiego Banku Centralnego, wykładni statutów instytucji utworzonych przez Radę Unii Europejskiej, o ile przewidują one taką możliwość. Wnioski o wydanie takiego wstępnego orzeczenia mogą być wnoszone przez sądy krajowe, jeśli uznają one, iż odpowiedź na jedną z kwestii przedstawionych w art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej jest niezbędna do rozstrzygnięcia rozpatrywanej sprawy. Na temat prawa wspólnotowego (przed 20-laty) zob.: P. Meyer, *Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, „Jura. Juristische Ausbildung” 1994, z. 9, s. 455-458, a współcześnie: Wykładania Prawa Unii Europejskiej, C. Mik (red.), Toruń 2008, s. 9 i nast.

39 P. Badura, *op. cit.*, s. 374.

W międzyczasie, wskutek konkretnych potrzeb, został przygotowany w 1987 r. Kodeks transplantacyjny, którego twórcami byli członkowie Roboczego Związku Centrów Transplantacyjnych (Arbeitsgemeinschaft der Transplantationszentren)⁴⁰. Kodeks (poprawiony w 1992 r.) zawierał zbiór najważniejszych reguł medycznych, lekarskich, etycznych i prawnych, jakie winny znaleźć zastosowanie przy transplantacji organów. Szczególną uwagę zwrócono na ustalenie przyzwolenia dawcy na pobranie organów *ex mortuo*, zasady darowania organów pomiędzy żyjącymi i wyraźnie wykluczono każdą możliwą formę komercjalizacji donacji i transplantacji organów. W dalszej kolejności treść kodeksu obejmowała kryteria i zalecenia w zakresie pośrednictwa w czynnościach transplantacyjnych. W oparciu o kodeks lekarze praktykowali przy eksplantacji organów od osób zmarłych rozwiązanie tzw. rozszerzonej zgody⁴¹, choć – co należy wyraźnie podkreślić – charakter wiążący kodeksu można porównać jedynie do mocy prawnej wytycznych czy zaleceń⁴².

Prawnie wiążący charakter posiada Ustawa o darowaniu, pobieraniu i przeszczepianiu organów zwana w skrócie „ustawą transplantacyjną”⁴³. Została ona uchwalona przez Bundestag 25 czerwca 1997 r., Bundesrat zgodził się na jej przyjęcie 26 września, Prezydent Roman Herzog podpisał ją w dniu 5 listopada, a weszła w życie niecały miesiąc później, w dacie 1 grudnia 1997 r. Przepisy w zakresie organizacji komisji związkowych do spraw rozstrzygania o wolnej woli dawców *ex vivo* weszły w życie w dniu 1 grudnia 1999 r. Ustawa uchyliła rozporządzenie z dnia 4 lipca 1975 r. o przeprowadzaniu transplantacji organów oraz przepisy wykonawcze do niego z dnia 29 marca 1977 r.⁴⁴ Tym samym Republika Federalna Niemiec jako jeden z ostatnich krajów Europy wypracowała ustawową regulację w tej jakże ważnej dziedzinie życia⁴⁵.

40 R. Sasse, Das deutsche Transplantationsgesetz. Geschichte, Inhalt, Erfahrungen, [w:] H. Barta, K. Weber (red.), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa. Organtransplantation zwischen rechtlicher Bindung und gesellschaftlichem Konsens, Wien 2001, s. 105, 106.

41 „Transplantationsmedizin” 1995, nr 7, s. 154-156.

42 R. Kiesecker, Die Schwangerschaft einer Toten. Strafrecht an der Grenze von Leben und Tod – der Erlanger und der Stuttgarter Baby-Fall, Frankfurt am Main 1996, s. 143, 146.

43 Transplantationsgesetz. Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) vom 5. November 1997, BGBl I 1997, 2631.

44 § 26 ustawy transplantacyjnej. Szeroko na temat genezy ustawy zob.: K. Dippel, Zur Entwicklung des Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) vom 5. 11. 1997, [w:] U. Ebert (red.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, Berlin 1999, s. 675-696.

45 H.L. Schreiber, Lange Phase der Rechtsundeutlichkeit geht zu Ende. Das Transplantationsgesetz aus der Sicht eines Rechtswissenschaftlers, Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen. Der Gesetzestext mit Stellungnahmen von Experten und Betroffenen, Deutsche Stiftung Organtransplantation, Emil von Behring-Passage, Neu-Isenburg 1997, s. 20.

Przyjęta ustawa oparta jest w istocie na wspólnym projekcie frakcji CDU⁴⁶, CSU⁴⁷, SPD⁴⁸ i FDP⁴⁹ z dnia 16 kwietnia 1996 r. Wprawdzie frakcja Bündnis 90/Die Grünen⁵⁰ przygotowała własny projekt, jednak nie uzyskał on wymaganej większości⁵¹. Warto zaznaczyć, że ustawa transplantacyjna została przyjęta w Bundestagu większością prawie trzech czwartych głosów⁵². Do dnia dzisiejszego była już kilkakrotnie zmieniana⁵³, zbudowana jest z ośmiu rozdziałów, na które składają się przepisy ogólne (I), pobieranie organów od dawców zmarłych (II), pobieranie organów od dawców żyjących (III), pobieranie, pośrednictwo i przeszczepianie określonych organów (IV), zawiadomienia, ochrona danych, terminy, wytyczne co do stanu poznania wiedzy medycznej (V), przepisy zakazujące (VI), przepisy karne i porządkowe (VII) oraz przepisy końcowe (VIII).

Ustawa transplantacyjna nie zajmuje się problematyką transfuzji krwi czy transplantacji szpiku kostnego. Regulacje odnośnie do tych dziedzin znajdują się w ustawie transfuzyjnej⁵⁴ i wytycznych Rady Naukowej Federalnej Izby Lekarskiej dotyczących allogenicznej transplantacji szpiku kostnego pomiędzy niespokrewnionymi⁵⁵. Uzupełnieniem ustawy są przepisy wykonawcze wydane przez Federalne Ministerstwo Zdrowia oraz pozaustawowe źródła uzupełniające – umowy i wytyczne w zakresie aktualnego stanu wiedzy medycznej.

Umowy zawarte w oparciu o §§ 11 i 12 ustawy transplantacyjnej dotyczą określenia zadań dwóch instytucji odgrywających ogromną rolę w postępowaniu transplantacyjnym, a mianowicie Instytucji Koordynującej i Instytucji Pośredniczącej.

Wydanie wytycznych w zakresie aktualnego stanu wiedzy medycznej przekazane zostało na mocy § 16 ustawy Federalnej Izby Lekarskiej. Federalna Izba Lekarska z siedzibą w Berlinie jest najwyższą organizacją samorządu lekarskiego i przedstawicielem interesów ok. 400 tysięcy lekarzy w Niemczech. Wspomaga pracę Związkowych Izb Lekarskich i wypełnia swoje ustawowe zadania, w tym także na polu medycyny transplantacyjnej. Związkowe izby lekarskie posiadają osobowość prawną i występują w formie stowarzyszeń prawa publicznego⁵⁶.

46 Christlich Demokratische Union Deutschlands, Chrześcijańsko-Demokratyczna Unia Niemiec.

47 Christlich Soziale Union, Unia Chrześcijańsko-Społeczna.

48 SPD – Sozialdemokratische Partei Deutschlands, Socjaldemokratyczna Partia Niemiec.

49 Freie Deutsche Partei – Wolna Partia Niemiec.

50 Sojusz 90/Zieloni, posiadający w Bundestagu 55 przedstawicieli, stan na listopad 2004 r.

51 S. Rixen, Kommentar zum Transplantationsgesetz – Einführung, [w:] W. Höfling (red.), Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG), Berlin 2003, s. 59-62.

52 Th. Gutmann, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, „Neue Juristische Wochenschrift” 1999, z. 46, s. 3389.

53 Ostatnia zmiana BGBl. I S. 2423, 2429.

54 Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens vom 1. Juli 1998, BGBl I 1998, 1752.

55 Richtlinien der Bundesärztekammer für die allogene Knochenmarktransplantation, „Deutsches Ärzteblatt” 1994, Nr 91, B. 578-582.

56 Oficjalny portal Federalnej Izby Lekarskiej, <http://www.baek.de>.

Federalna Izba Lekarska posiada możliwość stanowienia wytycznych⁵⁷, linii przewodnich⁵⁸ oraz zaleceń i opinii⁵⁹. Jako że jakość wykonywania zawodu lekarza zależy od wielu czynników, w uprawianiu tego zawodu mają im pomóc wszystkie wyżej wymienione akty, w których kształcie uwzględnione są opinie ekspertów i specjalistów z poszczególnych dziedzin medycyny, ale też przedstawiciele nauk prawnych, filozofii, etyki czy teologii. Ze względu na moc wiążącą na czele tej triady aktów stoją wytyczne, które posiadają charakter techniczno-imperatywny. W dalszej kolejności wskazuje się na linie przewodnie, mające pomocniczy charakter przy rozstrzyganiu diagnostycznych i terapeutycznych problemów i wreszcie na zalecenia i opinie, charakteryzujące się najmniejszym stopniem mocy wiążącej, których celem jest przede wszystkim udzielanie istotnych nowych informacji i objaśnień⁶⁰.

Wytyczne, które zostały przewidziane w § 16 ustawy transplantacyjnej, nie są tylko wytycznymi w znaczeniu podanym powyżej, albowiem poprzez legislacyjną inkorporację do ustawy ustawodawca nadał im szczególny charakter⁶¹.

W § 16 przewidziano następujące wytyczne, w zakresie:

- reguł stwierdzania śmierci zgodnie z § 3 ust. 1 nr 2 ustawy oraz reguł postępowania w celu stwierdzenia ostatecznego, nieodwracalnego ustania funkcji mózgu zgodnie z § 3 ust. 2 nr 2, włączywszy w to wymagania odnośnie do kwalifikacji lekarzy uczestniczących w poszczególnych czynnościach;
- reguł przyjęcia na listę oczekujących stosownie do § 10 ust. 2 nr 2 wraz z dokumentacją powodów, z których przyjęto na listę oczekujących bądź odmówiono przyjęcia;
- oceny lekarskiej stosownie do § 11 ust. 4, a zatem oceny, czy dany pacjent w stanie śmierci mózgowej może być brany pod uwagę jako dawca organów;
- wymogów służących ochronie biorcy organów, włączywszy w to dokumentację odnośnie do badań dawcy organów, organów oraz samego biorcy, w szczególności po to, aby jak najbardziej zmniejszyć ewentualne ryzyko przeniesienia chorób. Wytyczne te winny również określać wymagania w stosunku do konserwacji, przygotowania, przechowywania, transportu i zachowania odpowiedniej jakości organów;
- reguł obowiązujących przy pośrednictwie w transplantacji organów, zgodnie z § 12 ust. 3, czyli dokonywanym przez Instytucję Pośredniczącą – Eurotransplant;

57 Die Richtlinien.

58 Die Leitlinien.

59 Die Empfehlungen und Stellungnahmen.

60 Zur Frage der Verbindlichkeit von Richtlinien, Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen, oficjalny portal Federalnej Izby Lekarskiej, <http://www.baek.de>

61 W. Höfling, Richtlinien zum Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft, [w:] W. Höfling (red.), Kommentar..., s. 367.

- określenia koniecznych środków w celu zapewnienia bezpieczeństwa jakości przy pobieraniu i przeszczepianiu organów.

Federalna Izba Lekarska skorzystała z powierzonych jej kompetencji i uchwaliła wytyczne, które można podzielić na trzy grupy:

- w zakresie stwierdzania śmierci mózgowej⁶²;
- w zakresie szeroko pojętej alokacji organów⁶³;
- w odniesieniu do określenia koniecznych środków w celu zapewnienia bezpieczeństwa jakości przy pobieraniu i przeszczepianiu organów⁶⁴.

W drugiej grupie – wytycznych, wydanych w oparciu o § 16 ustawy, które nazywano ogólnie wytycznymi w zakresie alokacji organów, znajdują się najliczniejsze szczegółowe dokumenty, a mianowicie:

- wytyczne w zakresie list oczekujących na transplantację nerek i (nerek)-trzustki⁶⁵;
- wytyczne w zakresie list oczekujących na transplantację wątroby⁶⁶;
- wytyczne w zakresie list oczekujących na transplantację serca, płuco-serca i płuc⁶⁷;
- wytyczne w zakresie pośrednictwa przy transplantacji nerek⁶⁸;
- wytyczne w zakresie pośrednictwa przy transplantacji nerek u osób powyżej 65 roku życia⁶⁹;
- wytyczne w zakresie pośrednictwa przy transplantacji wątroby⁷⁰;
- wytyczne w zakresie pośrednictwa przy transplantacji serca⁷¹;
- wytyczne w zakresie pośrednictwa przy transplantacji płuco-serca i płuc⁷²;

62 Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, Dritte Fortschreibung 1997 mit Ergänzungen gemäß Transplantationsgesetz (TPG), „Deutsches Ärzteblatt” 1998, vol. 95, Heft 30.

63 Richtlinien zur Organtransplantation gemäß § 16 Transplantationsgesetz, „Deutsches Ärzteblatt” 2000, vol. 97, Heft 7.

64 Richtlinie zur Organtransplantation gemäß § 16 Transplantationsgesetz „Anforderungen an die im Zusammenhang mit einer Organentnahme und – übertragung erforderlichen Maßnahmen zur Qualitätssicherung”, „Deutsches Ärzteblatt” 2001, vol. 98, Heft 34-35.

65 Richtlinien für die Warteliste zur Nieren- und zur (Nieren-) Pankreas-Transplantation, Zweite Fortschreibung, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2003, Heft 45.

66 Richtlinien für die Warteliste zur Lebertransplantation, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2003, Heft 45.

67 Richtlinien für die Warteliste zur Herz-, Herz-Lungen und Lungentransplantation, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2003, Heft 45.

68 Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation, Zweite Fortschreibung, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2004, Heft 51/52.

69 Richtlinien für die Organvermittlung zur Nierentransplantation: Sonderregelung für Spender und Empfänger, die älter als 65 Jahre sind, www.bundesaeztekammer.de

70 Richtlinien für die Organvermittlung zur Lebertransplantation, Zweite Fortschreibung, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2004, Heft 51/52.

71 Richtlinien für die Organvermittlung thorakaler Spenderorgane (Herz), Vierte Fortschreibung, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2004, Heft 51/52.

72 Richtlinien für die Organvermittlung thorakaler Spenderorgane (Herz-Lungen und Lungen), Dritte Fortschreibung, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2004, Heft 51/52.

- wytyczne w zakresie pośrednictwa przy transplantacji trzustki⁷³;
- wytyczne w zakresie pośrednictwa przy transplantacji jelita cienkiego⁷⁴.

Ustawa wyraźnie postanawia w § 16 ust. 1, iż istnieje domniemanie postępowania zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej, wówczas gdy przestrzegane są wytyczne wydane przez Federalną Izbę Lekarską w określonych powyżej dziedzinach.

W aspekcie demokratycznej legitymacji i kontroli parlamentarnej mocno problematyczne wydaje się powierzenie wytycznych w zakresie aktualnego stanu wiedzy medycznej Federalnej Izbie Lekarskiej dlatego, iż po pierwsze, nie jest ona organem władnym do stanowienia prawa, po drugie, nie jest do końca pewne i niebudzące zastrzeżeń, że wydane przez nią wytyczne rzeczywiście zgodne są z aktualnym stanem wiedzy medycznej⁷⁵.

Poruszona w niniejszym szkicu problematyka została jedynie zasygnalizowana⁷⁶, ale wypada także wskazać, że obszar medycyny transplantacyjnej pozostaje w centrum regulacji wielu aktów o charakterze prawnomiędzynarodowym. Na ich przybliżenie nie pozwalają jednak ograniczone ramy opracowania, należy však mieć na względzie, że nie tylko Autorka niniejszego tekstu, ale wielu Autorów pragnie wyrazić szacunek i sympatię Szanownemu Jubilatowi, Profesorowi Bogdanowi Wierzbickiemu, czyniąc to w drodze dedykowanych opracowań.

73 Richtlinien für die Organvermittlung zur Pankreastransplantation, Zweite Fortschreibung, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2004, Heft 51/52.

74 Richtlinien für die Organvermittlung zur Dünndarmtransplantation, ostatnia zmiana: „Deutsches Ärzteblatt” 2003, Heft 45.

75 S. Rixen, Kommentar zum Transplantationsgesetz – Einführung, [w:] W. Höfling (red.), Kommentar..., s. 66, 67.

76 Szerokie opracowanie zob.: E.M. Guzik-Makaruk, Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym, Białystok 2008.