



**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

BSA I-021-104/15

Do druku nr 3245

Warszawa, dnia 13 maja 2015 r.

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L. dz.

Data wpływu 15.05.2015r.

**Pan
Adam PODGÓRSKI
Zastępca Szefa
Kancelarii Sejmu**

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 18 marca 2015 r., GMS-WP-173-66/15
uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do **rządowego projektu ustawy
o leczeniu niepłodności.**

Z poważaniem

Prof. dr hab. Małgorzata GERSDORF

Warszawa, dnia 13 maja 2015 r.



SĄD NAJWYŻSZY
BIURO STUDIÓW I ANALIZ
Pl. Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa
BSA I/II-021-104/15

Opinia

o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności

(Druk Sejmu RP VII kadencji nr 3245)

1. Uwagi wprowadzające

Problematyka medycznie wspomaganej prokreacji wymaga pilnego unormowania ustawowego, z tej choćby przyczyny, iż zabiegi z tego zakresu odbywają się w Polsce od dłuższego czasu ze znaczną częstotliwością, w licznych ośrodkach o różnej wiarygodności. Obecny brak unormowań stanowi zagrożenie dla ochrony interesów pacjentów, których uprawnienia i obowiązki zwykle wynikają jedynie z umów nienazwanych, do których stosuje się odpowiednio przepisy o umowie zlecenia (art. 750 k.c.). Umowy często są zawierane z pominięciem formy pisemnej¹. W literaturze przedmiotu bywają, między innymi, wypowiadane opinie kwestionujące, co do zasady, ważność umów, których przedmiotem jest zapłodnienie pozaustrojowe, bądź związane z nim postanowienia umów o określonej treści². Jakkolwiek niekiedy nie są one pobawione słuszności, to w konsekwencji pogłębiają stan niepewności prawnej, którego główną przyczyną jest brak unormowania ustawowego problematyki medycznie wspomaganej prokreacji.

¹ M. Boratyńska, *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, Prawo i Medycyna 2008, nr 1, też *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 606. Z zawartych w powołanych opracowaniach ustaleń wynika, że często o zawarciu umowy świadczą jedynie pokwitowania, lub dokumenty zawierające wyrażenie w formie pisemnej zgody na poszczególne zabiegi. Niektóre placówki stosują wzorce umowne z klauzulą tajności. W konsekwencji rekonstrukcja treści umowy może być trudna, co stanowi zagrożenie dla należytej ochrony faktycznie słabszej strony umowy, czyli pacjenta. Można bowiem domniemywać, że precyzyjne ustalenie treści umowy nabiera szczególnego znaczenia, gdy kwestionowane jest należyte wykonanie umowy w związku z powstałą szkodą.

² J. Haberko, K. Olszewski, *Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro)*, Prawo i Medycyna 2008, nr 1 (30), oraz *cięż Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności in vitro - polemika*, Prawo i Medycyna 2008, nr 2 (31), J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 358.

Należy odnotować, że złożoność problematyki ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji została dostrzeżona w polskiej literaturze prawniczej i jest przedmiotem rozważań teoretycznych co najmniej od ćwierćwiecza³. W kilku ostatnich latach doktryna prawa wykazała jednak wzmożoną aktywność w dyskusji nad skutkami prawnymi stosowania technik wspomaganego rozrodu⁴. Podjęto w tej kwestii szereg prób legislacyjnych (po 2009 roku – siedmiu). Wiele z nich doczekało się wnikliwej oceny prawnej w toku procesu legislacyjnego, ale nie zaowocowało to jeszcze zmianą stanu prawnego. Dyskusja ujawniła, bowiem zasadnicze rozbieżności stanowisk⁵.

Nie wypracowano dotychczas projektu ustawy możliwego do akceptacji przez zwolenników różnych opcji światopoglądowych. Potwierdziła to dyskusja podczas pierwszego czytania opiniowanej ustawy, oraz 34% głosów poselskich za odrzuceniem tego projektu⁶. Z tej przyczyny poniższe uwagi nie będą się odnosiły do kwestii szczególnie spornych z przyczyn światopoglądowych.

Przedmiotem dalszych uwag nie będą też rozwiązania organizacyjne, ani ocena prawidłowości definicji pojęć medyczno-biologicznych używanych w projekcie. Powinna być zweryfikowana w toku dalszych prac w komisjach w oparciu o dodatkowe opinie ekspertów z zakresu biologii rozrodu. Dalsze uwagi będą głównie odnosiły się do projektowanych unormowań, które są związane z prawem „sądowym”.

³ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, T. Smoczyński (red), *Wspomagana prokreacja ludzka*, Poznań 1996, J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010.

⁴ Zob. T. Gardocka, *Wokół wspomaganego rozrodu człowieka, czyli o uregulowaniu tak zwanego zapłodnienia in vitro*, *Medyczna Wokanda* 2/2010, s. 14-26 i cytowana tam obszerna literatura.

⁵ Nie jest to zaskoczeniem, skoro proponowane rozwiązania muszą dotyczyć bezpośrednio lub pośrednio wartości o tak zasadniczym znaczeniu, jak pojęcie osoby ludzkiej, ochrona życia, godność człowieka, dobro dziecka, prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, wolność sumienia i religii, model rodziny.

⁶ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej Kadencja VII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 90. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 9 kwietnia 2015 r. (drugi dzień obrad)*, Warszawa 2015, s. 155 i n. Za odrzuceniem projektu w pierwszym czytaniu było 150 posłów, przeciw odrzuceniu i skierowaniu do dalszych prac w Komisji Zdrowia było 286 posłów, 3 posłów wstrzymało się od głosu, nie głosowało 23 posłów. W tym samym dniu głosowano, między innymi, nad projektem ustawy „O ochronie genomu ludzkiego” (druk Sejmu VII kadencji nr 1107). Projekt ten został odrzucony w pierwszym czytaniu większością głosów (265 posłów głosowało za odrzuceniem projektu) wynoszącą 60,5%. Przeciwno odrzuceniu było 169 głosujących, 4 posłów wstrzymało się od głosu. Nie głosowało 22 posłów.

2. Status prawny zarodka

Fundamentalne znaczenie dla całego systemu prawa miałyby jednoznaczne sprecyzowanie statusu prawnego zarodka. Zasygnalizować jedynie wypada, że z całokształtu projektowanych przepisów, w szczególności zaś zawartego w art. 23 projektu zakazu niszczenia zarodków zdolnych do życia poza organizmem matki, przyjęty model regulacji nie zakłada zrównania w systemie prawa statusu komórek i tkanek oraz zarodków. Jednak projektowana ustawa, szczegółowo reglamentując szereg pojęć z dziedziny medycyny i rozrodu, nie określa właściwie statusu prawnego zarodka⁷. Wiedza medyczna nie pozostawia najmniejszej wątpliwości, iż stanowi on najwcześniejszą formę życia ludzkiego. Z taką definicją legalną wiąże się szereg skutków prawnych odmiennych od tych, jakie towarzyszą obrotowi i przeszczepowi komórek, tkanek i narządów. System prawa, decydując się na reglamentację prawną, musi wszystkie te skutki przewidzieć i uregulować z uwzględnieniem niesprzeczności i racjonalności systemu prawa. To elementarne stwierdzenie odnosi się w sposób szczególny do sfery ludzkiej eugeniki, w której materiał biologiczny (komórka rozrodcza lub zarodek) pochodzą od osób trzecich.

Nie precyzując statusu prawnego zarodków, projekt nie rozstrzyga tym bardziej relacji między pojęciem „najwcześniejsza forma życia ludzkiego” a pojęciem „osoby ludzkiej”. W tej kwestii istnieje wiele kontrowersji, które mogą mieć wpływ na zakres ochrony prawnej.

W procesie legislacyjnym na gruncie tożsamyh problemów interpretacyjnych pojawiających się we wcześniejszych projektach legislacyjnych wyrażano zarówno przekonanie, że zarodek taki jest formą życia ludzkiego, nie będąc osobą ludzką jak i stanowisko przeciwne (że jest on osobą ludzką)⁸. To ostatnie stwierdzenie wydaje się zbieżne z interpretacją dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu

⁷ Szerzej na ten temat zob. przykładowo J. Haberkó, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplentacyjnej*, PS 2008, nr 10, s. 17-31, oraz też *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s.95 – 110 i powołana tam literatura.

⁸ To ostatnie stanowisko zdaje się wyrażać J. Lipski w opinii prawnej w przedmiocie projektu ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (druk sejmowy nr 2707) z 25 marca 2011 r.

z dnia 28 maja 1997 r., K. 26/96⁹, które przydaje zarodkom przymiot godności osoby ludzkiej, jak się wydaje ze wszelkimi tego konsekwencjami.

W proces wspomaganej medycznie prokreacji zaangażowanych jest wiele podmiotów a dotyczy on, z założenia, dóbr konstytucyjnych, o których wypowiadał się Sąd Najwyższy m. in. w takich orzeczeniach, jak postanowienie z dnia 30 października 2008 r. I KZP 13/08¹⁰ oraz wyrok z dnia 27 września 2010 r. V KK 34/10¹¹, co jednak nie wydaje się rozstrzygać tego problemu, poza konstatacją, że życie ludzkie jest chronione od chwili poczęcia. Podstawowe jest więc pytanie, czy zarodek taki jest *nasciturusem*. Wydaje się to również zależeć od nadania mu statusu osoby ludzkiej. Mimo że *nasciturus* nie jest podmiotem prawa, to cieszy się, zwłaszcza z mocy dokonywanej przez Sąd Najwyższy interpretacji, licznymi uprawnieniami. Względy społeczne i poczucie sprawiedliwości skłaniają nawet do tezy, że współcześnie obowiązywać powinna rzymska zasada w myśl której *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* (dziecko poczęte, lecz jeszcze nienarodzone, uważa się za już urodzone ilekroć chodzi o jego korzyść)¹². Przedmiot opiniowanej ustawy skłaniał ku oczekiwaniu stosownych unormowań tego złożonego zagadnienia. Wymagało by to jednak współpracy z Komisjami Kodyfikacyjnymi Prawa Cywilnego i Prawa Karnego.

3. Definicje „dawstwa”

Projekt ustawy przewiduje trzy formy dawstwa, czyli „przekazywania komórek rozrodczych lub zarodków w celu zastosowania u ludzi” (art. 2, ust.1., pkt 7).

Dwie z nich określone są w ramach ogólnych definicji ustawowych (dawstwo partnerskie i dawstwo zarodków), trzecia zaś („dawstwo inne niż partnerskie” – art. 30 projektu) konkludentnie uregulowana została w projekcie ocenianego aktu normatywnego.

⁹ OTK 1997, nr 2, poz. 19.

¹⁰ OSNKW 2008, nr 11, poz. 90.

¹¹ OSNKW 2010, nr 12, poz. 105.

¹² Zob. M. Pazdan (w:) *System Prawa Prywatnego*, tom 1 *Prawo cywilne – część ogólna* (red. M. Safjan), Warszawa 2007, s. 940 – 944 i powołaną literaturę.

Takie rozwiązanie nie jest wystarczająco precyzyjne. O jego istocie stosujący prawo wnioskuje z przepisów regulujących ogólną dostępność i warunki korzystania z procedur zapłodnienia pozaustrojowego, nie zaś na podstawie odpowiedniej definicji legalnej.

4. Dostępność procedury zapłodnienia pozaustrojowego

4.1. Uwagi ogólne

Opiniowany projekt przewiduje bardzo szeroki dostęp do procedury zapłodnienia pozaustrojowego umożliwiając je w ramach "dawstwa partnerskiego" nie tylko małżonkom, ale i biorczynie (przyszłej matce) pozostającej z dawcą męskich komórek rozrodczych „we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczynie” (art. 2 ust.1. pkt 8 projektu). W ramach dawstwa zarodków oraz dawstwa innego, niż partnerskie dostęp do procedury zapłodnienia pozaustrojowego nie jest uzależniony od pozostawaniu w związku małżeńskim ani we wspólnym pożyciu. Projekt nie zawiera także żadnych ograniczeń wieku osób poddających się tym procedurom. Niewątpliwie uzasadnienie takiego rozwiązania można wywodzić z prawa jednostki do korzystania z najwyższego osiągalnego stanu zdrowia fizycznego i psychicznego, gwarantowanego przez art. 12 Paktu Praw Ekonomicznych, Społecznych i Kulturalnych oraz z konstytucyjnego prawa do decydowania o swoim życiu osobistym.

Jeśli prawo do procedur medycznie wspomaganej prokreacji wywodzić z wymienionych wyżej praw, to i tak nie jest ono absolutne i może (a nawet powinno), jak każde inne prawo, podlegać pewnym ograniczeniom, czego opiniowany projekt nie wydaje się uwzględniać.

4.2. „Dawstwo partnerskie”

„Dawstwo partnerskie” dotyczy sytuacji, w której mężczyzna niezachowujący anonimowości przekazuje swoje komórki rozrodcze w celu ich zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u znanej mu biorczynie – kobiety, która jest jego żoną albo pozostaje z nim we wspólnym pożyciu, choć żoną nie jest. Procedura jest przeprowadzana z zastosowaniem komórek rozrodczych biorczynie –

przyszłej matki biologicznej (a zarazem matki genetycznej) dziecka. Oboje rodzice genetyczni dziecka urodzonego wskutek zastosowanej procedury są znani.

4.3. Małżeńskie dawstwo partnerskie

1. Należy odnotować, że formułując definicję małżeńskiego dawstwa partnerskiego w projekcie za przesadzające uznano pozostawanie biorczyni w związku małżeńskim z mężczyzną przekazującym swoje komórki rozrodcze bez zaznaczenia, że nie dotyczy to sytuacji gdy została orzeczona separacja. W takim przypadku małżeństwo trwa, dawca i biorczyni mają prawny status małżonków, jednakże orzeczenie separacji ma takie skutki jak rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 61⁴ k.r.o.). Nie stosuje się domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, gdy dziecko urodziło się po upływie 300 dni od orzeczenia separacji (art. 62 § 1 zdanie drugie k.r.o.). Małżonkowie mogą jednak zapewne złożyć oświadczenia o pozostawaniu w pożyciu. Wydaje się jednak, że skoro nie doprowadzili do zniesienia separacji (art. 61⁶ k.r.o.) oświadczenie o pozostawaniu we wspólnym pożyciu jest wyjątkowo niewiarogodne. Może też skłaniać do przypuszczenia, iż orzeczenie separacji miało inny cel niż ten, dla którego ta instytucja prawna jest przeznaczona¹³.

2. W świetle prawa matką jest kobieta, która dziecko urodziła (art. 61⁹ k.r.o.). W przypadku „dawstwa partnerskiego” jest ona matką genetyczną. Gdy dziecko zostało urodzone w okresie objętym domniemaniem pochodzenia od męża (art. 62 § 1 k.r.o.) już w chwili urodzenia stan cywilny dziecka, jako pochodzącego w świetle prawa od obojga rodziców, jest ustalony. W optymalny sposób unormowana jest więc sytuacja dziecka – stan prawny odnośnie do pochodzenia od obojga rodziców w pełni jest zgodny z pochodzeniem genetycznym.

¹³ Warto przypomnieć, że po wprowadzeniu instytucji separacji do polskiego prawa w literaturze dosyć popularny był pogląd, iż często celem orzeczenia separacji nie bywa zorganizowanie życia w rozłączeniu wywołanym zupełnym rozkładem pożycia małżeńskiego, ale (mimo pozostawania we wspólnym pożyciu) pragnienie osiągnięcia innego celu, zwykle stanowiącego obejście prawa. Na ten temat Ewa Michniewicz – Broda, *Majątkowe skutki separacji sądowej*, Rejent nr 6 z 2000 r., s. 80-81. Przykładowo wzrost wpływu spraw o separację w okresie od stycznia do kwietnia 2004 r., średnio o 150% w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (ale w niektórych sądach okręgowych wzrost o kilkaset procent) wynikał z pragnienia uzyskania korzystniejszych świadczeń dla „samotnych” rodziców, jak wynikało z raportu Zespołu Badań i Analiz Biura Rzecznika Praw Dziecka, Warszawa, maj 2004 r. nie publ.

3. W aktualnie obowiązującym prawie (od wejścia w życie ustawy nowelizującej kodeks rodzinny i opiekuńczy z 6 listopada 2008 r., Dz. U. nr 220, poz. 1431), mimo braku unormowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji, obowiązuje zakaz (art. 68 k.r.o.) zaprzeczenia ojcostwa, jeżeli dziecko zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego, na który mąż matki wyraził zgodę.

Dotychczas wykładnia ograniczała stosowanie tego przepisu do tylko przypadków, gdy dziecko urodzone w okresie domniemania pochodzenia z małżeństwa genetycznie nie pochodziło od męża, a on na zabieg medyczny, wskutek którego doszło do urodzenia dziecka przez żonę wyraził zgodę. Powszechnie uważa się¹⁴ za oczywiste, że mimo wadliwości zgody (braku zgody) na poczęcie dziecka z użyciem rozrodczych komórek męża, jeżeli doszło do urodzenia przez żonę pochodzącego od niego dziecka art. 68 k.r.o. nie ma zastosowania (dla stanu cywilnego dziecka urodzonego w następstwie zabiegu medycznego przesądzające jest genetyczne pochodzenie od męża matki, a nie łącznie dwie przesłanki – pochodzenie genetyczne i niewadliwa zgoda na zabieg).

Należy jednak odnotować, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym nie ma szczególnych unormowań ustawowych dotyczących procedury medycznie wspomaganej prokreacji, a więc i jednoznacznie przewidzianych dla takich sytuacji wymagań odnośnie do zgody męża (choć w praktyce, jak się wydaje jednak jest ona wymagana)¹⁵.

Z kolei w projekcie ustawy o leczeniu niepłodności kwestie te zostały unormowane (art. 32 ust.2 pkt 6 a). Procedura nie powinna się rozpocząć bez zgody męża.

¹⁴ Zob. przykładowo K. Piasecki w komentarzu do art. 68 (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (red. K. Piasecki), Warszawa 2011, s. 669, T. Smoczyński w Systemie Prawa Prywatnego, tom 12 *Prawo rodzinne i opiekuńcze* (red. T. Smoczyński), Warszawa 2011, s. 114, W. Stojanowska (w:) *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 129, M. Nazar (w:) J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2012, s. 290 – 291, B. Trębska w komentarzu do art. 68 (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (red. J. Wierciński), Warszawa 2014, s. 630 – 631. Na taką wykładnię miała wpływ „historia” przepisu, o którym mowa, zainspirowanego stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale składu 7 Sędziów SN z dnia 27 października 1983 r., III CZP 35/83, OSNCP 1984, nr 6, poz. 86. Sąd Najwyższy orzekł wówczas, że żądanie męża matki zaprzeczenia ojcostwa dziecka poczętego w wyniku sztucznego zapłodnienia nasieniem innego mężczyzny, na które mąż wyraził zgodę, może być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.).

¹⁵ Należy jednak w tym kontekście odnotować przeświadczenie, niektórych autorów, iż „W przypadku inseminacji homologicznej (..) nie jest (..) potrzebny wymóg zgody na zabieg”, W. Stojanowska, op. cit., s. 129.

Jednakże nie można wykluczyć uchybienia tym wymaganiom, w szczególności donośnie do szczegółowości informacji poprzedzającej wyrażenie zgody. Nie można wykluczyć także, że choć mąż potwierdził swym podpisem wyrażenie zgody, to po urodzeniu dziecka zakwestionuje jej skuteczność (przykładowo, gdy w chwili składania oświadczenia nie miał pełnej zdolności do czynności prawnych, nie działał świadomie lub dobrowolnie bądź z innych przyczyn zgoda była wadliwa).

W projekcie ustawy proponuje się nowe brzmienie art. 68 k.r.o. Różnica sprowadza się jednak wyłącznie do zastąpienia słów: „*zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego*” słowami; „*urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji*”.

Prawdopodobieństwo zmiany wykładni wymienionych przepisów nie wydaje się wysokie, nie mniej skoro i tak przewidziano zmianę, można byłoby tak przeformułować art. 68 k.r.o., żeby było oczywiste, że dotyczy on wyłącznie inseminacji heterologicznej. Nie wydaje się bowiem dopuszczalne podważanie stanu cywilnego dziecka pochodzącego genetycznie od męża matki z tej przyczyny, że zgoda ojca na procedurę medycznie wspomaganej prokreacji była wadliwa. Dbłość o dobro dziecka przemawia nawet za „przeregulowaniem” tej kwestii, byleby uniknąć jakichkolwiek wątpliwości sprzyjających kwestionowaniu ojcostwa. Znajomość praktyki sądowej bowiem poucza, że są stany faktyczne, których nie przewidział ustawodawca, ani nie podsunęła ich nawet bogata i „twórcza” wyobraźnia komentatorów prawa.

4. Projektowana nowelizacja art. 62 k.r.o. nie nasuwa uwag w kontekście tematyki opiniowanej ustawy. Skoro jednak przewidywana jest nowelizacja tego artykułu celowe byłoby odniesienie się do okresu objętego domniemaniem pochodzenia małżeńskiego po ustaniu małżeństwa oraz stanów faktycznych, w których pochodzenie dziecka od męża jest mało prawdopodobne lub w ogóle nie jest prawdopodobne¹⁶.

¹⁶ Działanie domniemania jest rażąco sprzeczne z doświadczeniem społecznym, gdy małżeństwo ustało wskutek domniemania śmierci męża wynikającej z uznania go za zmarłego (co może nastąpić w typowych przypadkach po upływie 10.lat od końca roku kalendarzowego, w którym według istniejących wiadomości mąż jeszcze żył – art. 29 k.c.), a także gdy orzeczono rozwód bądź separację a matka dziecka urodzonego w okresie domniemania nie zawarła nowego małżeństwa. Przestanką orzeczenia rozwodu i separacji jest zawsze zupełny rozkład pożycia małżeńskiego (w przypadku

5. Projektowana zmiana art. 85 § 1 k.r.o. nie nasuwa zastrzeżeń z punktu widzenia potrzeb wynikających z opiniowanej ustawy. Można rozważyć, mając na uwadze, iż adresatami przepisu są osoby bez przygotowania prawniczego, czy w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości nie byłoby celowe dodanie w art. 84 k.r.o. dodatkowego § 1¹ (lub § 1a) stwierdzającego:

„Nie można żądać sądowego ustalenia ojcostwa, gdy dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, a komórka rozrodcza została pobrana od ojca na rzecz anonimowej biorkownicy.”

6. Sposób ustalenia ojcostwa dziecka urodzonego wskutek procedury medycznie wspomaganej prokreacji, gdy zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego męża zostały przeniesione do organizmu biorkownicy (byłej żony) po śmierci dawcy tych komórek zależałby od tego, jaki upłynął okres pomiędzy dniem śmierci męża a dniem urodzenia dziecka. Zważywszy, że aktualnie okres objęty domniemaniem jest dłuższy od przeciętnego czasu trwania ciąży, ustalenie ojcostwa w niektórych stanach faktycznych będzie dokonane (bez potrzeby prowadzenia procesu) na podstawie art. 62 § 1 k.r.o. Jeżeli urodzenie nastąpi po upływie 300 dni od śmierci męża konieczne będzie sądowe ustalenie ojcostwa, ułatwione dzięki propozycji nowelizacji art. 85 § 1 k.r.o.

Dziecko, o którym mowa, może urodzić się po znacznym upływie czasu od śmierci swego ojca – w sytuacji skrajnej nawet po okresie zbliżonym do lat dwudziestu (art. 21 ust. 3 pkt 1 projektu ustawy). Konieczne wydaje się dokonanie przeglądu systemu prawa w celu dostosowania go do takich sytuacji. Wydaje się bowiem, że potencjalne komplikacje prawne nie były rozważane.

rozvodu musi on dodatkowo być trwały – art. 56 § 1 k.r.o., art. 60¹ § 1 k.r.o.), którego stwierdzenie przez sąd w dniu wyrokowania opierać się musi na udowodnionym zaprzestaniu obcowania przez małżonków. Tymczasem podstawą faktyczną konstrukcji domniemania pochodzenia dziecka od męża matki jest założenie, że małżonkowie pozostają w relacjach intymnych (obcują ze sobą seksualnie). Ustawa nie odnosi się także do konfliktu dwóch (lub więcej) domniemań w przypadku pozostawania matki („bigamistki”) w więcej niż jednym małżeństwie. Potrzeba stosownej nowelizacji była dostrzeżona w literaturze (przykładowo zob. E. Holewińska – Łapińska, *Czy jest potrzebna zmiana polskiego prawa rodzinnego w zakresie ustalenia pochodzenia dziecka?* [w] *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie* pod red. P. Kasprzyka, Lublin 2004, zwłaszcza s. 475 – 478). Uznano jednak prawdopodobnie, że przypadki „nietypowe” nie są na tyle częste aby należało zmienić prawo. Zważywszy na obserwowaną „ostrożność” w zawieraniu kolejnego małżeństwa po rozwodzie, która nie jest równoznaczna z powstrzymywaniem się od tworzenia związku nieformalnego z nowym partnerem i posiadaniem z niego potomstwa problem nie wydaje się już całkowicie marginalny.

5. Normatywny model rodziny oraz zasada dobra dziecka a proponowane regulacje

1. Art. 18 Konstytucji RP wymienia jako przedmiot ochrony małżeństwo, rodzinę, macierzyństwo, rodzicielstwo. Kolejność ta stanowi wskazówkę dla tworzonego przez ustawodawstwo zwykłe normatywnego modelu małżeństwa i rodziny. Preferowane konstytucyjnie jest tworzenie rodziny przez małżeństwo, traktowane jako „*trwały związek mężczyzny i kobiety, nakierowany na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo*”¹⁷. Konstytucyjne znaczenie małżeństwa dla istnienia rodziny uzasadnia szczególne unormowania o charakterze protekcyjnym i promocyjnym w systemie prawa dotyczące małżeństwa, a także przewidziane dla małżonków (w szczególności z zakresu prawa rodzinnego, spadkowego, mieszkaniowego, socjalnego, podatkowego)¹⁸.

Nie tracąc z pola widzenia przemian społeczno-obyczajowych, których wyrazem jest zmiana wzorca zawierania małżeństw, zwiększający się udział alternatywnych wobec małżeństwa form życia par (homo i hereoseksualnych)¹⁹ i w konsekwencji wzrost udziału urodzeń pozamałżeńskich²⁰ wśród wszystkich urodzeń, konieczne jest podkreślenie że dopóki nie zmieni się normatywny model rodziny preferujący

¹⁷ Tak, M. Zubik: *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, Przegląd Legislacyjny 2007, nr 2, s. 41 i powołane tam orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. B. Banaszak, komentując art. 18 Konstytucji, wypowiedział pogląd, iż założenie rodziny „dotyczy wyłącznie par, które zawarły związek małżeński” (B. Banaszak: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 119). Zob. też T. Jasudowicz: *O potrzebie rzeczywistego upodmiotowienia rodziny* (w) Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego, Toruń 2008, M. Kosek: *Pojęcie rodziny w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i negatywne skutki jej redefinicji w wybranych aktach prawnych* (w) *W trosce o rodzinę. Księga Pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej* (red. M. Kosek, J. Słyk), Warszawa 2008, s. 229 – 240.

¹⁸ Przyjmuje się w literaturze przedmiotu, że nie mogą być one kwestionowane z powołaniem na inne normy Konstytucji, w szczególności art. 32 Konstytucji (zasada równości, zakaz dyskryminacji), dlatego, że z art. 18 Konstytucji zawiera zasadę ustrojową. Także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie budzi wątpliwości, że zasada równości nie oznacza, że w stosunku do wszystkich i w takim samym stopniu stosuje się te same przepisy prawne. Nie jest tożsama z pojęciem identyczności i zakazem różnicowania. Trybunał nie wyklucza preferowania pewnych grup. (B. Banaszak, op. cit., s. 184 - 185). Należy jednak odnotować także stanowisko odmienne – przykładowo A. Kobińska, *Ograniczenie in vitro tylko do małżeństw*, Prawo i Medycyna on line 2009, nr 1, www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=162 (tekst był dostępny w dniu 27 kwietnia 2015 r.)

¹⁹ K. Slany: *Związki konsensualne – nowa forma małżeństw?*, Problemy Rodziny 1990, nr 3, s. 32 i n., L. Kocik: *Wzory małżeństwa i rodziny. Od tradycyjnej jednorodności do współczesnych skrajności*, Kraków 2002, B. Balcerzak - Paradowska: *Rodzina i polityka rodzinna na przełomie wieków*, Warszawa 2004, A. Kwak: *Rodzina w dobie przemian. Małżeństwo i kohabitacja*, Warszawa 2005.

²⁰ W 2013 r. urodziło się 86446 dzieci pozamałżeńskich, co stanowiło 23,4% urodzeń żywych, GUS. Rocznik Demograficzny 2014, tabl. 56 (115), s. 300.

małżeństwo, obowiązkiem państwa jest realizowanie wynikających z niego wskazówek. Zwraca na to uwagę, między innymi, Rządowa Rada Ludnościowa, która sformułowała, jako pierwszy cel polityki ludnościowej, „tworzenie warunków sprzyjających powstawaniu rodzin, przede wszystkim poprzez zawieranie małżeństw²¹”. Nie budzi wątpliwości, że racjonalny ustawodawca powinien brać pod uwagę rzeczywistość społeczną. Nie jest to jednak równoznaczne z zasadnością rezygnacji z wpływu na zachowania adresatów norm prawnych i dostosowywaniem prawa do oczekiwań określonych grup obywateli²². Ustawodawca może w znaczący sposób wpływać na podejmowanie racjonalnych decyzji przez adresatów norm, w tym opóźniać zmiany, które nie są korzystne z punktu widzenia modelu życia rodzinnego uznanego za optymalny. Jest to szczególnie istotne współcześnie, gdy zważy się, że najliczniejszą grupą ludności powyżej 15 roku życia w Polsce są osoby pozostające w związku małżeńskim²³, oraz że większość dzieci pochodzi z małżeństwa rodziców. Powyższe potwierdza, że akceptowanym i realizowanym przez większość obywateli sposobem tworzenia rodziny jest nadal zawarcie związku małżeńskiego, co jest zgodne z modelem normatywnym znajdującym „zakotwiczenie” w Konstytucji. Realizację owego modelu ustawodawca powinien wspierać a nie osłabiać. W najpełniejszy sposób w obszarze, który miałyby normować opiniowana ustawa, wyrażałoby się to w adresowaniu jej rozwiązań tylko do par małżeńskich.

2. Małżeństwo, w sytuacjach typowych, oczekiwanych przez ustawodawcę ma realizować funkcję prokreacyjną i opiekuńczo-socjalizacyjną. Służyć powinno rodzinie powstałej wskutek jego zawarcia, co potwierdza, między innymi, brzmienie art. 23 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nakładającego na małżonków obowiązek współdziałania „dla *dobra rodziny, którą przez swój związek założyli*”.

²¹ B. Balcerzak – Paradowska, B. Kołaczek, D. Głogosz, *Cel i Tworzenie warunków sprzyjających powstawaniu rodzin, przede wszystkim poprzez zawieranie małżeństw i realizację planów prokreacyjnych* (w:) Rządowa Rada Ludnościowa, *Rekomendacje Rządowej Rady Ludnościowej w zakresie polityki ludnościowej Polski*, Warszawa 2014, s. 16 – 65.

²² Wg danych Narodowego Spisu Powszechnego z 2002 r. dotyczącego „faktycznego stanu cywilnego” 0,13% ludności w wieku powyżej 15 roku życia miała status partnerów w związkach niesformalizowanych, według Narodowego Spisu Powszechnego z 2011 r. taki status miało 1,97% (GUS, *Ludność. Stan i struktura demograficzno-społeczna. Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011*, Warszawa 2013, s. 68, tabl.2.10). 80% partnerów mieszkało w miastach.

²³ Wg danych Narodowego Spisu Powszechnego z 2011 r. (op. cit, s. 61-62) wśród osób powyżej 15 w związku małżeńskim pozostawało 55,8% osób, 28,8% to kawalerowie i panny, osób owdowiałych było 9,6%, rozwiedzionych 5%.

Najistotniejsze jednak, że zasadą prawa rodzinnego jest trwałość małżeństwa. Mimo dopuszczenia możliwości jego rozwiązania z precyzyjnie określonej przyczyny (zupełny i trwały rozkład pożycia) obowiązują zakazy rozwodu (nazywane „ujemnymi przesłankami rozwodowymi”). Najważniejszym z nich jest zakaz orzeczenia rozwodu (mimo zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego), jeżeli skutek jego orzeczenia miałoby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków (art. 56 § 2 k.r.o.)²⁴. Nadal aktualne jest stwierdzenie zawarte w uchwale Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r. III CZP 46/75²⁵, zawierającej *Zalecenia kierunkowe w sprawie wzmożenia ochrony rodziny*: „Państwo i społeczeństwo jest zainteresowane w utrzymaniu trwałości związku małżeńskiego, zwłaszcza gdy pochodzą z niego dzieci. W trwałym bowiem i harmonijnym małżeństwie istnieją największe szanse prawidłowego wychowania dzieci i młodzieży”.

W sytuacjach typowych pozytywną prognozę trwałości związku rodziców oraz wychowywania dziecka przez matkę i ojca tworzy małżeństwo. Z tej też przyczyny możliwość przysposobienia wspólnego dziecka została zastrzeżona wyłącznie dla małżonków (art. 115 § 1 k.r.o.).

Osoby pozostające w niesformalizowanym heteroseksualnym związku partnerskim pragnące wspólnie przysposobić dziecko muszą uprzednio zawrzeć małżeństwo. Badania aktowe spraw o przysposobienie potwierdzają, że tak właśnie czynią, niekiedy po wieloletnim pozostawaniu w konkubinacie. Pośrednio więc stan prawny może sprzyjać realizacji ustawowego modelu rodziny uzależniając pewne możliwości (w tym przypadku wspólnego przysposobienia dziecka przez parę heteroseksualną) od uprzedniego zawarcia małżeństwa.

Pozostawanie we wspólnym pożyciu, które nie wynika z zawarcia związku małżeńskiego, należy do sfery prywatności partnerów. Może być stanem krótkotrwałym, a decyzja o jego zmianie należy wyłącznie do zainteresowanych.

W projekcie ustawy „dawstwo partnerskie” dotyczy zarówno małżonków jak i pary, która oświadcza, że pozostaje we wspólnym pożyciu. Niezależnie od tego, że

²⁴ Na ten temat zob. (zamiast wielu) W. Stojanowska w *Systemie Prawa Prywatnego*, tom 11 *Prawo rodzinne i opiekuńcze* (red. T. Smyczyński), Warszawa 2014, s. 630 – 682.

²⁵ OSNCP 1976, nr 9, poz. 184.

deklaracja zainteresowanych nie podlega weryfikacji, rozwiązanie to pozostaje w kolizji z ustawowym modelem tworzenia rodziny przez zawarcie małżeństwa. W konsekwencji osłabia spójność systemu prawa oraz może być oceniane jako niosące potencjalne zagrożenie dobra dziecka wobec braku prawnego mechanizmu sprzyjającego trwałości związku rodziców. Z tej też przyczyny jego zasadność budzi poważne wątpliwości.

3. Wychowanie dziecka, jeśli jest to możliwe, przez oboje rodziców, służy generalnie jego dobru rozumianemu jako zasada prawa rodzinnego. W świetle powyższego, istotne jest to, że fakt wspólnego pożycia jako przesłanka dawstwa partnerskiego może być traktowany w procesie medycznie wspomaganej prokreacji w sposób zupełnie instrumentalny, wyłącznie w celu zapewnienia w ten sposób określonej osobie potomstwa. Co jednak wręcz istotniejsze, większość uwag i argumentów zawartych w niniejszej jednostce odnosi się tym bardziej do regulacji dawstwa zarodków oraz dawstwa innego, niż partnerskie. Niezrozumiałe jest traktowanie tych rodzajów dawstwa jako oderwanego od wymogu pozostawania w związku małżeńskim. Pojęcie dawstwa zarodków (podobnie jak dawstwa innego, niż partnerskie) powinno mieć na celu przede wszystkim określenie „źródła” pochodzenia zarodka lub jednej z komórek rozrodczych, nie zaś zakresu dostępności świadczeń. Nie powinno oznaczać zatem, że w przeciwieństwie do dawstwa partnerskiego podmiotem tak określonej procedury zapłodnienia pozaustrojowego może być również osoba samotna.

6. Uznanie ojcostwa partnera matki, który nie jest genetycznym ojcem dziecka (projektowany art. 75¹ k.r.o.)

Projekt ustawy przewiduje możliwość nawiązania prawnego stosunku rodzicielskiego (ojcostwa) dziecka urodzonego wskutek zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji w stosunku do mężczyzny będącego (wg oświadczenia) partnerem matki, który nie jest genetycznym ojcem dziecka. Takie ustalenie nie jest możliwe w świetle aktualnie obowiązującego prawa. Bez zmiany przepisów partnerzy musieliby rozważyć celowość zawarcia małżeństwa. Gdyby to nastąpiło przed urodzeniem dziecka ojcostwo wynikałoby z art. 62 k.r.o., gdyby małżeństwo zawarli po urodzeniu dziecka mąż mógłby je przysposobić. Mogłoby to nastąpić po ustaleniu przez sąd, iż przysposobienie jest zgodne z dobrem dziecka (art. 114 k.r.o.).

Projektodawcy jednak takie rozwiązanie odrzucili i stało się konieczne zaproponowanie rozwiązania szczególnego. Nie jest oczywiste (i nie wynika z uzasadnienia projektu ustawy) dlaczego zdecydowano o wykorzystaniu do tego celu instytucji uznania ojcostwa. Jest to jednak rozwiązanie nasuwające uwagi krytyczne.

1. Do dnia 13 czerwca 2009 r. kodeks rodzinny i opiekuńczy przewidywał *uznanie dziecka*, jako czynność prawną, której ważność nie była uzależniona od tego, czy mężczyzna składający oświadczenie o uznaniu jest genetycznym ojcem dziecka²⁶. Od wymienionej daty (od wejścia w życie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r.²⁷) prawny stosunek ojcostwa, gdy dziecko nie pochodzi z małżeństwa rodziców, a ojcostwa nie ustalił sąd w prawomocnym wyroku, jest konsekwencją przyznania, w sposób opisany w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, faktu ojcostwa przez oboje rodziców.

Uznanie ojcostwa, które zastąpiło *uznanie dziecka*, w świetle brzmienia przepisów oraz uzasadnienia ich wprowadzenia, zawartego w rządowym projekcie ustawy nowelizującej kodeks rodzinny i opiekuńczy (druk Sejmu VI kadencji nr 888), jest zdarzeniem rodzinno-prawnym będącym „aktem wiedzy” osób przeświadczonych, że są rodzicami dziecka, bezskutecznym, gdy dziecko nie pochodzi od mężczyzny, który uznał ojcostwo²⁸. Z tej przyczyny, z samej istoty stanu faktycznego normowanego

²⁶ Stan prawny obowiązujący przed dniem 13 czerwca 2009 r. nie był zgodny z prawnomiędzynarodowymi zobowiązaniami Polski wynikającymi z ratyfikacji Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 z późn. zm.) Konwencja o prawach dziecka, która obowiązuje w Polsce od dnia 7 lipca 1991 r., przewiduje w art. 7 ust. 1, że dziecko ma „(...) jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką”. Prawo to jest m.in. rozumiane jako zapewniające (o ile istnieje taka faktyczna możliwość) ustalenie stanu cywilnego dziecka zgodnie z jego pochodzeniem genetycznym. Szerzej na ten temat zob. M. Działyńska, *Pochodzenie dziecka od rodziców* (w:) *Konwencja o Prawach Dziecka. Analiza i Wykładnia*, red. T. Smoczyński, Poznań 1999, s. 135 i n, oraz Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzonej w Strasburgu dnia 15 października 1975 r. (Dz. U. z 1999 r. Nr 79, poz. 888), przewidującej w art. 4, że „dobrowolne uznanie ojcostwa nie może być przedmiotem sprzeciwu ani zaskarżenia, chyba że prawo wewnętrzne przewiduje taką możliwość w przypadku, gdy osoba, która chce uznać ojcostwo lub je uznała, nie jest biologicznym ojcem dziecka”.

²⁷ Dz. U. nr 220, poz. 1431.

²⁸ W uzasadnieniu wyroku z dnia 19 kwietnia 2012 r., IV CSK 459/11, OSNC 2012, nr 10, poz. 122, Sąd Najwyższy stwierdził, że nowela z dnia 6 listopada 2008 r. „w sposób zasadniczy zmodyfikowała dotychczasową regulację dotyczącą ojcostwa, między innymi w zakresie charakteru prawnego oraz trybu uznania przez mężczyznę istnienia więzi rodzicielskiej z dzieckiem, a także środka i przesłanek negowania przez niego skuteczności złożonego oświadczenia o uznaniu”. Sąd Najwyższy odwołał się też do uzasadnienia projektu nowelizacji, który stał się obowiązującą ustawą. Może to być interpretowane jako wyraz aprobaty składu orzekającego w powołanej sprawie dla wykładni zgodnej z motywami ustawodawcy. Należy odnotować, że charakter prawny uznania ojcostwa nadal budzi spory doktrynalne. Syntetyczny, krytyczny przegląd wypowiedzi na temat charakteru prawnego uznania

w projektowanym art. 75¹ k.r.o. wynika, że w zasadniczy sposób różni się od stanów faktycznych dla których przewidziane jest uznanie ojcostwa.

2. Należy też wskazać, że przyjęta konstrukcja jest bardzo skomplikowana i pozostawia wykreowanie rodzinnego stosunku prawnego ojcostwa pomiędzy osobami obcymi poza wszelką kontrolą. Celowe wydaje się wskazanie, że służąca tworzeniu „sztucznego”, „prawnego” pokrewieństwa instytucja przysposobienia stawia przed kandydatami na rodziców adopcyjnych liczne wymagania, które przewidują zarówno przepisy prawa materialnego, procesowego²⁹, jak i przepisy o przygotowaniu przysposobienia w fazie przed-sądowej³⁰. Zewnętrznej, wieloetapowej kontroli podlegają osobiste kwalifikacje kandydatów na rodziców adopcyjnych.

Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że stosowana instytucja prawna „kreująca” stosunek ojcowski mężczyzny (przy założeniu, że w ogóle zostanie dopuszczone takie rozwiązanie), od którego dziecko nie pochodzi, który nie jest mężem matki w przypadku urodzenia dziecka wskutek zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji wymaga poważniejszego przemyślenia. Powinna być dostosowana do specyfiki normowanego stanu prawnego i mieć pozycję samodzielną.

7. Prawo do poznania tożsamości genetycznej

Projekt nie wydaje się też w sposób optymalny regulować problematyki prawa do poznania swojego pochodzenia biologicznego przez dziecko poczęte w wyniku procedur medycznie wspomaganej prokreacji. Informacja taka jest konieczna zwłaszcza wówczas, gdy zachodzi potrzeba profilaktyki i terapii chorób genetycznych. Nie może jednak ograniczać się do tej ostatniej sytuacji. Projektodawca w artykułach art. 30 ust. 1 pkt. 5 lit. c oraz art. 36 ust. 1 pkt. 5 lit. c przewiduje *implicite*, iż osoba urodzona w efekcie dawstwa innego niż partnerskie

ojcostwa zawiera opracowanie W. Stojanowskiej, M. Koska *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011, w szczególności s. 148–152.

²⁹ Dział II Tytułu II kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Oddział 3 rozdziału 2, Działu II Tytułu II Księgi II kodeksu postępowania cywilnego.

³⁰ Dział V „Postępowanie adopcyjne” ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej tekst jednolity Dz. U. 2015, poz. 332.

komórek rozrodczych lub dawstwa zarodków ma prawo zapoznać się z pewnymi (niesprecyzowanymi) informacjami dotyczącymi osoby dawcy, po dojściu do pełnoletniości. Należy rozumieć, że projektodawca reguluje w tym przepisie prawo do informacji o własnym pochodzeniu genetycznym. Takie enigmatyczne rozwiązanie nie może zostać uznane za zadawalające.

Prawo do poznania własnego pochodzenia biologicznego, nawet implikujące identyfikację dawcy, niezależnie od motywów, wydaje się być znacznie silniejszą wartością, niż „dobrostan” czy „dobre samopoczucie” rodziców. Dlatego przedstawiono tezę³¹, że prawo takie powinno przysługiwać wyraźnie każdej osobie, która poczęła się w wyniku medycznie wspomagannej prokreacji, po jej dojściu do pełnoletniości. Nie można bowiem utożsamiać prawa do poznania własnego pochodzenia biologicznego z prawem do formułowania roszczeń kierowanych później do tak ustalonego biologicznego rodzica. Wybór optymalnego rozwiązania (o ile nie nastąpi rezygnacja z dawstwa anonimowego) wymaga jednak nie tylko rozwiązania kolizji pomiędzy dobrami osobistymi kilku zaangażowanych osób (dziecko, osoby mające status rodziców dziecka, dawcy komórek rozrodczych) ale także uwzględniania aspektu społecznego i psychologicznego³². Być może celowe byłoby wykorzystanie interdyscyplinarnego dorobku z zakresu badań nad różnymi aspektami tajemnicy przysposobienia, a także obcych rozwiązań prawnych dotyczących organizacji kontaktu postaadopcyjnego³³.

8. Pozostałe uwagi szczegółowe

Projekt uwzględnia regulacje powołanych w uzasadnieniu dyrektyw wspólnotowych. Pod względem implementacji tych dyrektyw projekt nie budzi kontrowersji, choć zapewne było możliwe wystawienie wynikających z dyrektyw rozwiązań w sposób przystępniejszy dla adresatów i może nieco bardziej syntetyczny.

³¹ L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, KPP 2008, nr 4, s. 947–984) wypowiedział pogląd, iż: „Prawo do poznania własnej tożsamości biologicznej jest konstytucyjnym prawem osobistym, które *de lege lata* jest chronione przez art. 30 i 72 Konstytucji”. Powołany autor stwierdził, że prawo do poznania własnej tożsamości biologicznej zostało zagwarantowane również w art. 7 KoPD oraz art. 8 Europejskiej Konwencji, co oznacza, że można go dochodzić *de lege lata* zgodnie z art. 8 i 91 Konstytucji.

³² M. Szałajko, *Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki*, Rodzina i Prawo 2014, nr 28.

³³ J. Pawliczak, *Organizacja kontaktu postadopcyjnego w Anglii i Walii za pośrednictwem Rejestru Kontaktu Adopcyjnego*, Rodzina i Prawo, 2009, nr 12

Oceniany projekt kompleksowo reguluje problematykę zgody dawców oraz biorców zarodków i komórek rozrodczych, jak również skutki prawne jej wycofania. Konieczne jednak jest zaznaczenie, iż część tych przepisów jest niewykonalna. Dotyczy to sytuacji wycofania zgody na implantację zarodka przez jego dawców (niebędących dawcami partnerskimi). Zarodek taki tworzony jest z komórek rozrodczych anonimowych dawców. Trudno wyobrazić sobie realnie sytuację, w której zgodnie składają oni stosowne oświadczenie.

Pozytywnie wypada ocenić propozycję zawartą w art. 18, iż niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeśli w wyniku wcześniejszego zastosowania komórek rozrodczych pobranych od tego dawcy urodziło się już 10 dzieci. Projekt ustawy o leczeniu niepłodności, mimo utworzenia rejestru komórek rozrodczych i zarodków, nie wydaje się zawierać jednak praktycznie instrumentów weryfikacji i egzekwowania takiego zakazu.

9. Uwagi końcowe i wnioski

1. Stosowanie technik wspomaganego rozrodu wężej zaś „leczenia niepłodności” nie jest unormowane w polskim systemie prawa. Regulacja leczenia niepłodności jako kompleksowego zjawiska obejmującego szereg różnych rodzajowo świadczeń zdrowotnych byłaby pożądana, jednak jest w ocenianym projekcie tylko pozorna, ograniczająca się do wymienienia wszystkich metod postępowania. Całość regulacji dotyczy bowiem wyłącznie metod zapłodnienia pozaustrojowego. Zarówno w tytule, jak i enumeracji poszczególnych rodzajów świadczeń polegających na „leczeniu niepłodności”, projektodawca zalicza świadczenia polegające na zapłodnieniu pozaustrojowym do świadczeń o charakterze leczniczym. Czynności takie trudno jednak uznać za czynności terapeutyczne. Nie są one bowiem zasadniczo procedurą usuwającą stan niepłodności a więc leczniczą. Stąd też ryzyko z nimi związane pozostaje według doktryny prawa wyższe, niż ryzyko leczenia. Rozwiązanie polegające na uznaniu czynności zapłodnienia pozaustrojowego za nieterapeutyczne jest *de facto i de iure* korzystniejsze dla osób zaangażowanych w te procedury, zwłaszcza zaś kobiet, u których dokonywana jest implantacja zarodków.

2. Brak precyzyjnego określenia statusu zarodków jako najwcześniejszej formy życia ludzkiego stanowi zasadniczą wadę projektu.

3. Budzi wątpliwości brak ograniczenia dostępności procedur medycznie wspomaganej prokreacji do par małżeńskich. Wynikają one z przeświadczenia, że nie należy zmieniać normatywnego modelu rodziny i doniosłej roli małżeństwa w jej tworzeniu, a także z troski o realizację dobra dzieci. Dyskusyjne są niektóre propozycje rozwiązań rodzinno-prawnych, na co wskazano bardziej szczegółowo w poprzedzających uwagach. W szczególności dotyczy to „wtłoczenia” w instytucję uznania ojcostwa, której założeniem jest potwierdzenie rodzicielstwa genetycznego, stanu faktycznego, który w założeniu ma „wykreować” prawny stosunek ojcostwa między osobami obcymi bez udziału sądu.

4. Najistotniejszym argumentem przemawiającym za celowością podjęcia pracy nad projektem opiniowanej ustawy, mimo jego niedoskonałości w wielu kwestiach jest zasada pewności prawa. Sam fakt unormowania problematyki „leczenia niepłodności” w ustawie można uznać za wartość „samą w sobie”, a zarazem spełnienie wielokrotnie ponawianych postulatów wprowadzenia podstaw ustawowych dla tego typu czynności i tym samym zmniejszenia ryzyka prawnego, jakie tym procedurom towarzyszy.

5. Na aprobatę zasługuje przyjęty model regulacji, który polega na stworzeniu nowej ustawy, dotyczącej wyłącznie problematyki leczenia niepłodności, ze szczególnym uwzględnieniem metod zapłodnienia pozaustrojowego. Słusznie rezygnowano z koncepcji unormowania tej problematyki (dodania i zdefiniowania określonych pojęć) w ustawie o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów³⁴.

³⁴ Dz. U. Nr 169, poz. 1411 z 2005 r.