

Teresa Gardocka

Opinia na temat projektu ustawy o leczeniu niepłodności¹

Opinion on a Bill on medical treatment of infertility: The Act responds to an urgent and important social need. It is also indispensable to implement the EU directives mentioned in the explanatory note to the bill. The bill draws on the *acquis communautaire* and seems to correspond to the requirements of the directives, as well as the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine of 1997. The lack of regulation of the procedures, particularly medical procedure of *in vitro* fertilization, currently results in inability of control the operation of clinics carrying out this kind of medical treatment. There is, however, need to clarify the proposed legislation, including the definition of partner donation, fertility security for the future, phenotypic data, anonymous embryo donation, the use of embryos after the death of the donor. The bill should specify the maximum age for a woman who wishes to undergo *in vitro* fertilization. It should also specify the attributes of an offense involving the destruction of the embryo which was created out of the medical procedure. The bill needs more work.

Keywords: children | *in vitro* | constitution | health protection | bill
Słowa kluczowe: dzieci | *in vitro* | konstytucja | ochrona zdrowia | projekt ustawy

Doktor hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu SWPS;
teresa.gardocka@swps.edu.pl.

Ustawa realizuje pilną i istotną potrzebę społeczną. Zapłodnienia wspomaganego są od lat rzeczywistością medyczną także w Polsce, a w myśl zasady, co nie jest zabronione, jest dozwolone w klinikach przeprowadzających tego rodzaju procedury medyczne wiele rzeczy pozostaje poza kontrolą społeczną i prawną.

Ustawa o leczeniu niepłodności potrzebna jest także dla zrealizowania dyrektyw unijnych, wymienionych w uzasadnieniu projektu. Projekt wykorzystuje dorobek prawa wspólnotowego i wydaje się odpowiadać wymaganiom stawianym w dyrektywach.

¹ Opinia sporządzona 12 maja 2015 r. na zlecenie Biura Analiz Sejmowych; BAS-811/15.

Przyjęcie ustawy będzie również jednym z ważnych kroków umożliwiających ratyfikowanie przez Polskę (dawno podpisanej) Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. (dalej: konwencja bioetyczna, konwencja). Projektowana ustawa reguluje, zgodnie z wymaganiami konwencji, następujące kwestie:

- zakaz dyskryminacji skierowany przeciwko danej osobie ze względu na dziedzictwo genetyczne (art. 11 konwencji – art. 3 ust. 2 projektowanej ustawy);
- zakaz prognozowania chorób genetycznych dla innych celów niż zdrowotne (art. 12 konwencji – art. 26 ust. 1 projektowanej ustawy),
- zakaz interwencji mającej na celu dokonanie zmian w genomie ludzkim w innym celu niż profilaktyczny, terapeutyczny lub diagnostyczny i tylko wtedy, gdy jej celem nie jest wywołanie dziedzicznych zmian genetycznych u potomstwa (art. 13 konwencji – art. 25 ust. 2 projektowanej ustawy),
- zakaz dokonywania wyboru płci w toku medycznie wspomaganego prokreacji, z wyjątkiem sytuacji, gdy wybór płci pozwala uniknąć poważnej choroby genetycznie dziedzicznej, zależnej od płci dziecka (art. 14 konwencji – art. 26 ust. 2 projektowanej ustawy),
- zakaz tworzenia embrionów ludzkich dla celów naukowych (art. 18 konwencji – art. 25 ust. 1 projektowanej ustawy),
- zakaz osiągania zysku z wykorzystania ciała ludzkiego lub jego części (art. 21 konwencji – art. 28 ust. 1 projektowanej ustawy, która zarazem określa, jakie koszty mogą być zwracane).

W ustawie przewidziano również zakaz tworzenia chimer i hybryd oraz klonowania ludzi (art. 25 ust. 2 i 3 projektowanej ustawy i protokół dodatkowy do konwencji bioetycznej), definiując w niej pojęcie chimery i hybrydy.

Pozostawianie tak ważnej indywidualnie i społecznie kwestii, jak wspomaganie rozrodu jako jednej z form leczenia niepłodności, bez specyficznej regulacji prawnej jest obecnie wadą polskiego systemu prawnego. Zgodnie ze zwykłą zasadą oceny prawnej w wypadku braku regulacji specyficznej stosuje się do tych przypadków ogólne przepisy prawa, w rzeczywistości niepasujące do sytuacji i dające rezultaty dalece niezgodne ze społecznym poczuciem prawnym i etycznym. Brak uregulowania procedur, szczególnie medycznej procedury zapłodnienia *in vitro*, skutkuje obecnie niemożnością kontroli nad funkcjonowaniem klinik, przeprowadzających tego rodzaju zabiegi medyczne, w tym specyficznym zakresie. Przy braku prawnej regulacji i wyraźnego określenia procedur nie wiadomo, jakim standardom powinna odpowiadać działalność kliniki, czyli nie ma wzorca do kontroli jej prawidłowości.

Przygotowana ustawa naprawia tę sytuację, proponując specyficzną regulację procedury i systemu zapewnienia jakości, zdefiniowanego dość szczegółowo w projektowanym art. 2 ust. 1 pkt 26.

Przy ogólnej bardzo pozytywnej ocenie ustawy pod względem zakresu i sposobu regulacji i wysokiej ocenie wielu jej szczegółowych rozwiązań, warto zwrócić uwagę na kilka przyjętych w niej norm, które budzą z różnych względów wątpliwości prawne.

1. Ustawa zawiera wiele regulacji odwołujących się do dawstwa partnerskiego. W części definicyjnej podaje również definicję dawstwa partnerskiego (art. 2 ust.1 pkt 8), która ma znaczenie dla wszystkich kwestii dotyczących tego rodzaju dawstwa. Dawstwo partnerskie to: *przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyznę w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji u biorczyni pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczyni.*

Polskie prawo w żadnym innym miejscu nie odwołuje się do partnerów ani do związków partnerskich. W kilku miejscach w systemie prawa pojawia się natomiast pojęcie „wspólnego pożycia”, jako nieformalnego związku o cechach przypominających małżeństwo. Na przykład zarówno w procesie karnym, jak i cywilnym osobom pozostającym z oskarżonym lub stroną we wspólnym pożyciu przysługuje prawo odmowy zeznań. Posłużenie się tym pojęciem w projektowanej ustawie pozwala przyjąć, że również na gruncie tej ustawy będzie ono rozumiane w dotychczasowy sposób. Pozostawanie we wspólnym pożyciu możliwe jest również przez osobę pozostającą formalnie w związku małżeńskim. Konkubinat często powstawał w sytuacji, gdy zawarcie małżeństwa nie było możliwe, bo jedno z partnerów było już związane małżeństwem. Obecnie często niezawieranie małżeństwa jest wyborem partnerów, którzy tworzą związek nieformalny o cechach pewnej trwałości.

Pozostawanie we wspólnym pożyciu w myśl projektowanej ustawy o leczeniu niepłodności ma być potwierdzone zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczyni. Jeżeli biorczyni jest osobą zamężną, ustawa w innym miejscu wymaga zgody jej męża na procedurę *in vitro*. Zgoda związana jest z istnieniem w prawie rodzinnym domniemania ojcostwa męża matki. Sprawa jest więc rozwiązana innym przepisem. Gdy będziemy mieli do czynienia z zonatym kandydatem na dawcę i zarówno on, jak i niezamężna biorczyni zgodnie oświadczą, że pozostają we wspólnym pożyciu, nie znajdziemy w ustawie podstawy, by odmówić takiemu związkowi przeprowadzenia procedury zapłodnienia *in vitro* w dawstwie partnerskim. Zgoda żony dawcy nie jest do niczego potrzebna, chociaż jej interesy mogą być w istotny sposób naruszone, np. dziecko urodzone dzięki procedurze *in vitro* przez partnerkę jej męża będzie obciążać męża alimentami, będzie także dziedziczyć na równi z dziećmi pochodzącymi z małżeństwa. To tylko względy prawne, a należy brać również pod uwagę względy emocjonalne.

Z powodu braku definicji związku partnerskiego w polskim prawie, dla jasności regulacji powinno się dodać w omawianej definicji, że żadne z partnerów nie może w chwili składania oświadczenia pozostawać w związku małżeńskim.

Definicja powinna brzmieć: *dawstwo partnerskie – przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyznę w celu zastosowania ich w procedurze medycznej wspomaganey prokreacji u biorczynie pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo w przypadku pozostawania zainteresowanych osób we wspólnym pożyciu, potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy, niepozostającego w związku małżeńskim, i biorczynie.*

2. Wątpliwości budzi regulacja zabezpieczenia płodności na przyszłość, uregulowana w projektowanym art. 10 ustawy, z odwołaniem się do jej art. 5 ust. 1 pkt 6. Regulacja obejmuje zarówno mężczyznę, jak i kobietę, więc zarówno plemniki, jak i komórki jajowe, z uwagi na definicję dawcy zapisaną w art. 2 ust. 1 pkt 5. Wątpliwość powstaje także w stosunku do projektowanego art. 31 ust. 1 pkt 7 ustawy, w którym przewidziano możliwość pobrania tych komórek na przyszłość od dawcy małoletniego, nawet poniżej 13. roku życia na wniosek lub za pisemną zgodą przedstawiciela ustawowego lub od dawcy ubezwłasnowolnionego, z analogicznym wymaganiami co do zgody lub wniosku przedstawiciela ustawowego. Czy tworzenie banków przechowujących takie „zabezpieczające płodność na przyszłość” komórki rozrodcze, pobrane od małoletnich ma uzasadnienie społeczne? Łatwo wyobrazić sobie przyszłe roszczenia dawnych przedstawicieli ustawowych owych małoletnich do przechowywanych komórek i ich użycia, szczególnie po śmierci dawcy.

3. W unormowaniach projektowanej ustawy posługuje się przy zastosowaniu komórek rozrodczych, pochodzących z dawstwa innego niż partnerskie, dla ustalenia podobieństwa między dawcą komórek rozrodczych a prawnym ojcem planowanego dziecka lub jego matką, pojęciem „dane fenotypowe” (art. 32 ust. 2 pkt 2). Pojęcie „dane fenotypowe” z powodu jego niejasności powinno być określone w części definicyjnej ustawy.

4. Przeprowadzenie procedury zapłodnienia *in vitro* w dawstwie innym niż małżeńskie wymaga zapewnienia uregulowania ojcostwa tak poczętego dziecka. Ma ono się odbywać w dwóch etapach. W pierwszym, mężczyzna, który jest dawcą plemnika, ale nie jest mężem matki albo jest mężem matki, a plemnik pochodzi od anonimowego dawcy, ma złożyć oświadczenie, że uznaje swoje ojcostwo (zmiana w art 75¹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego). Złożenie oświadczenia jest warunkiem rozpoczęcia procedur (art 32 ust. 2 pkt 6 lit. b). Uznanie zaś jest skuteczne z chwilą urodzenia się dziecka, jeżeli urodzi się ono w ciągu 2 lat od daty oświadczenia.

Mężczyzna składa oświadczenie na przyszłość, że będzie ojcem tak poczętego dziecka, a kobieta ma potwierdzić jednocześnie albo w ciągu 3 miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny, że ojcem dziecka będzie ten mężczyzna. Takie oświadczenie jest skuteczne, jeżeli dziecko urodzi się w wyniku tej procedury medycznej w ciągu 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę. Złożenie oświadczenia słusznie jest warunkiem implementacji zarodka do organizmu

biorczynie, pozostającej we wspólnym pożyciu (art. 36 ust. 1 pkt 7 lit. b projektowanej ustawy).

Uznanie ojcostwa następuje z dniem urodzenia się dziecka, zatem od tego momentu jest skuteczne. Tak wyraźnie stanowi nowy art. 75¹, wprowadzany do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Oświadczenie takie jest odnotowywane w aktach stanu cywilnego, zgodnie z art. 92 projektowanej ustawy. Adnotacja jest usuwana z akt stanu cywilnego, jeżeli dziecko nie urodzi się w ciągu 2 lat od dnia przyjęcia oświadczenia złożonego przez mężczyznę, koniecznego do uznania ojcostwa.

Rezultatem takiej regulacji jest sytuacja, że w okresie ciąży mamy płód, który ma tylko matkę, nie ma zaś ojca. Ojcostwo jest uznane ze skutkiem od dnia urodzenia dziecka. Dziś taka sytuacja nie wydaje się być źródłem kłopotów, ale w wypadku zmiany prawa, przyznającej ojcu prawo uczestniczenia w pewnych decyzjach co do dziecka poczętego, będzie ona musiała ulec zmianie. Może więc lepiej nie konstruować regulacji zawieszonoego ojcostwa?

5. Wśród warunków anonimowego dawstwa zarodka pojawia się w art. 36 ust. 1 pkt 9 lit. b projektowanej ustawy obowiązek poinformowania dawcy przed wyrażeniem zgody na pobranie zarodka: *o braku jakichkolwiek praw wobec dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomagannej prokreacji*.

Przepis ten powinien mieć zapis: *o braku jakichkolwiek praw i obowiązków wobec dziecka*.

6. Kwestia użycia zarodków po śmierci dawcy jest regulowana w odniesieniu do dawstwa partnerskiego w art. 33 projektowanej ustawy, pozwalającym na implementację zarodka do organizmu biorczynie po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek. Literalna interpretacja tego zapisu prowadzi do wniosku, że aż do śmierci dawcy plemnika, jego żona lub partnerka może swobodnie zdecydować o implementacji zarodka w swoim organizmie i urodzić dziecko pogrobowe.

Jak natomiast będzie w wypadku śmierci żony lub partnerki, która była dawczynią komórki jajowej istniejącego już zarodka w procedurze medycznie wspomaganego zapłodnienia (*in vitro*). Czy jej mąż lub partner ma jakikolwiek wpływ na los zarodka, szczególnie, czy może zdecydować o jego implementacji do organizmu innej kobiety? Jeżeli z unormowań ustawy nie możemy wprowadzić takiej możliwości, nie jest to regulacja równoprawna dla mężczyzny i kobiety. Jednocześnie warto zauważyć, że zgodnie z projektowanym art. 21 ust. 3 pkt 2 powstały już w procedurze zarodek w przypadku dawstwa partnerskiego przekazuje się do dawstwa zarodka po śmierci obojga dawców zarodka. Status takiego zarodka, którego dawczyni komórki jajowej zmarła, staje się po śmierci dawcy plemnika zupełnie niejasny.

Wydaje się przy tym, że regulacja zawarta w art. 18 ust. 1 pkt 2 projektowanej ustawy, która brzmi: *Niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze*

medycznie wspomaganey prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeżeli: (...) – dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego, zmarł – nie pasuje do regulacji z art. 33 tejże ustawy, który pozwala przenieść po śmierci dawcy komórek rozrodczych (plemników) do organizmu kobiety zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego. Różnica między tymi sytuacjami, różnie uregulowanymi, jest tylko w stopniu zaawansowania procedury. Nie powstał jeszcze zarodek – nie wolno. Powstał – wolno. To nikłe uzasadnienie dla zupełnie odmiennej regulacji.

7. Projektowana ustawa nie określa górnej granicy wieku kobiety, która chce poddać się zapłodnieniu *in vitro*. Wydaje się, a odczucie to wzmacniające jest przez pojawiające się doniesienia o urodzeniu dziecka przez kobietę w wieku dalekim od normalnej (przeciętnej) zdolności do prokreacji, że trzeba przewidzieć w ustawie taką granicę dla implementacji zarodka, przynajmniej dla kobiety. Płodność kobiet jest ograniczona biologicznie. Poczęte w wyniku procedury wspomaganego zapłodnienia dziecko powinno mieć prawo do dzieciństwa z rodzicami, jak wszystkie dzieci. Oczywiście, granicy nie trzeba ustalać zbyt nisko. Obecnie wydaje się, że takim wiekiem granicznym dla kobiety powinno być 48–50 lat, co zbliża sytuację do przeciętnej granicy płodności i zabezpiecza dziecku prawdopodobieństwo normalnego dzieciństwa.

Gdy nie ma określonej granicy wieku, lekarz nie ma podstawy prawnej do odmowy poddania zabiegowi *in vitro* kobiety w wieku odległym od zwykłego wieku zdolności do prokreacji. Przynajmniej, gdy kobieta sama zabieg finansuje, bo w przypadku zabiegów refundowanych można odpowiednio ograniczenia wprowadzić przy regulowaniu zasad refundowania. Problem wieku matki (rodziców) wydaje się być jednak problemem etycznym, który powinien wynikać z ustawy.

8. Projektowana ustawa zawiera przepisy karne, w których przewidziano surowe sankcje karne. Najsurowsza sankcja – do 10 lat pozbawienia wolności – przewidziana jest za *de facto* nieuprawnione prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na obrocie zarodkami (art. 79 ust. 2), jeżeli sprawca uczynił z tego stałe źródło dochodu. Sankcja wydaje się w górnej granicy zbyt wysoka.

Projektowany art. 83 ustawy konstruuje przestępstwo zniszczenia zarodka zdolnego do prawidłowego rozwoju. Cenne jest posłużenie się w tym miejscu neutralną terminologią (zniszczenie zarodka). Z przestępstwem tym powiązano sankcję w postaci kary pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat. To sankcja wyższa niż za dzieciobójstwo. Artykuł 149 Kodeksu karnego przewiduje za dzieciobójstwo karę w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat. To także wyższa kara niż Kodeks karny przewiduje za przerwanie ciąży za zgodą kobiety, lecz z naruszeniem przepisów ustawy (art. 152 § 1 k.k. przewiduje karę do lat 3).

Jeżeli akceptujemy, że sankcja karna za zniszczenie życia jest różna i podstawowo zależna od etapu rozwoju życia (zabójstwo i nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka – dzieciobójstwo – przerwanie ciąży – zniszczenie zarodka

zdolnego do prawidłowego rozwoju), warto ponownie przeanalizować grożące za te przestępstwa sankcje.

Projektowany art. 83 zawiera wśród znamion sformułowanie, że zarodek zdolny do prawidłowego rozwoju ma powstać w procedurze medycznie wspomagannej prokreacji. Nie obejmuje zatem zniszczenia zarodka, który powstał poza procedurą. Czy jest to zamierzone ograniczenie karalności? Warto na to spojrzeć w kontekście projektowanych w ustawie uregulowań dotyczących przestępstwa prowadzenia działalności przewidzianej przepisami ustawy wyłącznie dla ośrodka medycznie wspomagannej prokreacji lub banku komórek rozrodczych i zarodków bez wymaganego pozwolenia (projektowany art. 80), które jest zagrożone karą pozbawienia wolności do roku. Wytworzone w ten sposób zarodki są wytworzone poza procedurą medycznie wspomaganego rozwoju, bo procedura wymaga pozwolenia i spełnienia jego warunków.

W projekcie zawarto tylko przestępstwo tworzenia zarodka w celu innym niż procedura medycznie wspomagannej prokreacji (art. 85) zagrożone karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.

W rezultacie interpretacja będzie taka, że zniszczenie zarodka powstałego poza procedurą nie będzie przestępstwem.

Należałoby więc określić znamiona przestępstwa opisanego w projektowanym art. 83 w taki sposób: *Kto niszczy zarodek ludzki zdolny do prawidłowego rozwoju, podlega karze.* I raz jeszcze rozważyć, czy zagrożenie karą w górnym progu przy tym przestępstwie i przy kilku innych projektowanych nie jest zbyt wysokie.

Projektowany art. 84 penalizuje pobranie komórki rozrodczej ze zwłok ludzkich w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomagannej prokreacji z zagrożeniem karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat (znowu wyższym niż za dzieciobójstwo – art. 149 k.k.). Przepis karny powiązany jest z zakazem statuowanym przez projektowany art. 24, dotyczącym pobierania komórek rozrodczych ze zwłok ludzkich w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomagannej prokreacji.

Obie projektowane normy odwołują się do celu pobrania, który jest trudno udowodnić w ewentualnym procesie karnym. Warto zastanowić się, czy jest jakiś dozwolony cel pobrania ze zwłok ludzkich komórki rozrodczej. Jeżeli takiego dozwolonego celu nie ma, nie jest potrzebne w obu powyżej wskazanych przepisach odwołanie się do celu.

Rozważenie tych szczegółowych uwag może przyczynić się do poprawienia kształtu ustawy, która jest ważna społecznie i dotyczy bardzo czulej na odbiór społeczny materii prawnej i etycznej.

Co do zakresu regulowanej materii, regulacja w projektowanej ustawie wydaje się wyczerpująca, a jej ujęcie językowe doskonałe w tym sensie, że unika się pojęć i sformułowań wartościujących i przez to budzących emocje.