

Aleksander Stępkowski

Opinia prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności¹

Legal opinion on the substantive assessment of a Government bill on medical treatment of infertility: Some permissive and, at the same time, controversial solutions proposed in the bill are wrongly presented as the implementation of European Union law. This applies, in particular, to the construct of “donation”. This permissive idea, unknown to European law, creates the opportunity of far-reaching abuse, including the acceptance of the practice of surrogacy and the acquisition of parental rights by persons living in homosexual relationship. The bill treats instrumentally participants of assisted reproduction procedures, especially those who are in the embryonic stage of human development, violating thereby the constitutional guarantees of human life and dignity. It also allows for eugenic selection of human embryos, providing a very narrow limitation in this respect. The anonymity of a donor of reproductive cells, proposed in the bill, breaches in many respects the principle of protecting the child’s interests.

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

Doktor hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Warszawskiego;
astepkowski@uw.edu.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest rządowy projekt ustawy o leczeniu niepłodności (druk sejmowy nr 3245/VII kad.; dalej: projekt, u.l.n.), który w świetle uzasadnienia ma dostosowywać przepisy polskiego prawa do rozwiązań unijnych „w zakresie dotyczącym komórek rozrodczych i zarodków”, a mianowicie: dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testo-

¹ Opinia sporządzona 12 maja 2015 r. na zlecenie Biura Analiz Sejmowych (druk sejmowy nr 3245/VII kad.); BAS-925/15A.

wania przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich (Dz.Urz. UE L 102 z 7 lutego 2004 r., s. 48; dalej: dyrektywa 2004/23/WE), dyrektywy Komisji 2006/17/WE z 8 lutego 2006 r. wprowadzającej w życie dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących dawstwa, pobierania i badania tkanek i komórek ludzkich (Dz.Urz. UE L 38 z 9 lutego 2006 r., s. 40; dalej: dyrektywa 2006/17/WE), dyrektywy Komisji 2006/86/WE z 24 października 2006 r. wykonującej dyrektywę 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie wymagań dotyczących możliwości śledzenia, powiadamiania o poważnych i niepożądanych reakcjach i zdarzeniach oraz niektórych wymagań technicznych dotyczących kodowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich (Dz.Urz. UE L 294 z 25 października 2006 r., s. 32; dalej: dyrektywa 2006/86/WE), dyrektywy Komisji 2012/39/UE z 26 listopada 2012 r. zmieniającej dyrektywę 2006/17/WE w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących badania tkanek i komórek ludzkich w zakresie dotyczącym komórek rozrodczych i zarodków (Dz.Urz. UE L 327 z 27 listopada 2012 r., s. 24; dalej: dyrektywa 2012/39/UE).

Celem opinii jest dokonanie merytorycznej oceny rozwiązań prawnych przedmiotowego projektu w kontekście procedowania tego dokumentu w polskim parlamencie. W odniesieniu do oceny merytorycznej ustawy o leczeniu niepłodności rozpatrywane będą zarówno jej aspekty formalne, jak i materialne.

Ocena przedłożonego projektu

Założenia projektu a implementacja prawa Unii Europejskiej

Projektodawca w wielu miejscach wprowadza rozwiązania istotnie różniące się od treści obowiązków implementacyjnych. Może to budzić wątpliwości co do właściwego sposobu implementowania dyrektyw.

Po pierwsze, o ile na gruncie dyrektywy 2006/17/WE zastosowane zostało jedynie pojęcie „dawstwa partnerskiego” (art. 1 lit. b dyrektywy 2006/17/WE), przez które zgodnie z dyrektywą rozumie się intymny związek fizyczny kobiety i mężczyzny, o tyle w projektowanej ustawie przewidziane zostało dodatkowe pojęcie „dawstwa” (art. 2 ust. 1 pkt 7 u.l.n.), z którym projektodawca nie wiąże żadnych ograniczeń o charakterze podmiotowym. Po drugie, obok sformułowanej na gruncie dyrektywy 2004/23/WE definicji „dawcy”, do projektowanej ustawy wprowadzone zostało dodatkowo – obce przedmiotowej dyrektywie – pojęcie „dawców zarodka”. Po trzecie, zgodnie z motywem 6 preambuły do dyrektywy 2006/86/WE dyrektywa powinna objąć swoim zakresem jakość i bezpieczeństwo tkanek i komórek ludzkich w trakcie kodowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji do placówek opieki

zdrowotnej, w których będą wszczepione do ciała ludzkiego. Dyrektywa nie powinna jednak obejmować zastosowań tych tkanek i komórek u ludzi (takich jak chirurgia implantacyjna, perfuzja, zapłodnienie lub transfer embrionów). Abstrahując od powyższych uwag, projektodawca pomija fakt, że przepis art. 4 ust. 3 dyrektywy 2004/23/WE dopuszcza wprowadzenie ustawodawstwa, które zabraniałoby oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania, dystrybucji lub stosowania dowolnego rodzaju tkanek lub komórek ludzkich. Pozwala to stwierdzić, że polski projektodawca wprowadza standardy znacząco odmienne od tych, których implementację deklaruje. Co więcej, o ile dyrektywa przewiduje możliwość wprowadzania bardziej restrykcyjnych środków ochrony (art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/23/WE), o tyle projekt rządowy zawiera rozwiązania znacznie bardziej permissywne. W tym zakresie trudno zgodzić się z twierdzeniami, jakoby projektowane rozwiązania stanowiły implementację prawa Unii Europejskiej. Pod pozorami implementacji wprowadzane są rozwiązania nieobowiązujące ani w prawie UE, ani w prawie polskim.

Projekt aktu normatywnego narusza standardy wynikające z zasad prawidłowej legislacji (art. 2 Konstytucji)

Tytuł projektu ustawy nie jest adekwatny w stosunku do jego treści, co stanowi naruszenie wynikających z art. 2 Konstytucji zasad przyzwoitej legislacji. Jednocześnie naruszono w ten sposób § 2 oraz § 16 w związku z § 18 ZTP².

Projektowana ustawa wbrew swemu tytułowi reguluje przede wszystkim możliwość skorzystania z procedur medycznie wspomaganey prokreacji, które, ze swej istoty, nie usuwają przyczyny niepłodności po stronie kobiety lub mężczyzny (nie leczą)³. Tekst projektu odnosi się praktycznie w całości do procedur związanych ze sztucznie wspomaganym rozrodem, tj. inseminacji wewnątrzmacicznej (*in vivo*), procedury zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*), testowania komórek rozrodczych i zarodków oraz dawstwa zarodków.

Ponadto projektowana ustawa nie reguluje wyczerpująco zagadnienia objętego jej tytułem, pozostawiając poza zakresem swego unormowania inne metody leczenia niepłodności⁴. Pominięto w szczególności: poradnictwo medyczne, diagnostykę przyczyn niepłodności oraz procedury chirurgicznego i farmakologicznego leczenia niepłodności. Wprawdzie listę tych zagadnień

² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. nr 100, poz. 908 (dalej: ZTP).

³ S. Komori, H. Kato, S. Kobayashi i in., *Transmission of Y chromosomal microdeletions from father to son through intracytoplasmic sperm injection*, „Journal of Human Genetics” 2002, nr 46, s. 465–468.

⁴ Poza zakresem analizy pozostawiono kwestię oceny skuteczności procedur medycznie wspomaganey prokreacji. Szczegółowe rozważania w tym przedmiocie wykraczałyby znacznie poza objętość niniejszego opracowania.

zawarto w art. 5 ust. 1 w związku z art. 6–8 u.l.n., jednakże nie ma ona żadnej doniosłości normatywnej w świetle dalszych jej rozwiązań, które dotyczą jedynie procedur medycznie wspomaganey prokreacji, o których mowa w pkt 5 tego przepisu. Projektowana ustawa nie określa zatem sposobów leczenia niepłodności, ponieważ ogólne wskazanie zakresu czynności podejmowanych w zakresie leczenia niepłodności nie spełnia tego wymogu⁵.

Sporządzając projekt ustawy, nie wywiązano się z przewidzianego w § 1 ust. 1 pkt 1 ZTP prawnego obowiązku wyznaczenia i opisanego stanu stosunków społecznych w dziedzinie wymagającej interwencji, które powinno poprzedzać decyzję o przygotowaniu ustawy. W uzasadnieniu projektu zaledwie pozoruje się realizację tego obowiązku przez odwołanie się do ogólnych danych Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), które nie dotyczą Polski, ale całego świata i trudno na ich podstawie określać kształt krajowych stosunków społecznych. Nie sposób też ustalić tego, na podstawie jakich danych w uzasadnieniu stwierdzono, że: *krajowi eksperci przyjmują, że w naszym kraju leczenia [sic?! – A.S.] metodą medycznie wspomaganego rozrodu może obecnie wymagać ok. 15 tys. par*. Jednocześnie w projekcie ustawy nie powołano żadnych danych uzasadniających twierdzenie, że: *problem niepłodności narasta. Liczba par, które nie mogą doczekać się potomstwa stale rośnie*. Chociaż więc twierdzenie to wydaje się uzasadnione, to jednak w procesie legislacyjnym nie można ograniczać się do wiedzy intuicyjnej. Okoliczności te wskazują, że przedłożony projekt abstrahuje od jakichkolwiek miarodajnych dla Polski danych empirycznych dotyczących zjawiska, które chce regulować. Tym samym rażąco naruszono Zasady techniki prawodawczej.

Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy jedną z przyczyn narastania problemu niepłodności jest coraz późniejsze decydowanie się na posiadanie potomstwa przez pary⁶. Projektodawca na tej podstawie stwierdza, że: *w kolejnych latach będzie się zwiększać liczba przeprowadzanych procedur medycznie wspomaganey prokreacji*. Tym samym, projekt nie jest obliczony na usuwanie przyczyn problemu demograficznego, ale utrwałać będzie *status quo* generujące zapaść demograficzną w naszym kraju. Właściwszym rozwiązaniem w tym kontekście wydają się instrumenty promujące wcześniejsze decyzje o posiadaniu potomstwa, tym bardziej że skuteczność technik wspomaganego rozrodu znacznie obniża się wraz z wiekiem kobiet⁷. Przedmiotowe ustalenia pozwa-

⁵ Podobnie Rządowe Centrum Legislacji RCL.DSP-50-80/14.

⁶ Por. s. 77 Oceny Skutków Regulacji załączona do projektu ustawy o leczeniu niepłodności.

⁷ Por. S.F. Marcus, P.R. Brinsden, *In-vitro fertilization and embryo transfer in women aged 40 years and over*, „Human Reproduction Update” 1996, t. 2, nr 6 s. 459–468; S.D. Spandorfer, K. Bendikson, K. Dragisic, G. Schattman, O.K. Davis, Z. Rosenwaks, *Outcome of in vitro fertilization in women 45 years and older who use autologous oocytes*, „Fertility and Sterility”, t. 87, nr 1, January 2007, s. 74–76.

lają przyjąć, że nie uczyniono zadość obowiązkom wynikającym z § 1 ust. 1 pkt 2 ZTP przez nader fragmentaryczne przedstawienie: *prawnych i innych niż prawne, środków oddziaływania umożliwiających osiągnięcie zamierzonych celów*. Co prawda w art. 73 u.l.n. mowa jest w kontekście funkcjonowania Rady do spraw Leczenia Niepłodności o prowadzeniu działalności informacyjnej na temat stylu życia chroniącego potencjał rozrodczy człowieka i zwiększającego szanse urodzenia zdrowego dziecka oraz celowości opieki prekoncepcyjnej, to jednak nie ma wymaganej przez przepisy Zasad techniki prawodawczej oceny tych rozwiązań z punktu widzenia skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych i finansowych⁵.

Powyższe ustalenia nakazują podniesienie poważnych wątpliwości co do formalnej poprawności projektu. Projektowanie regulacji ustawowej, która nie tylko głęboko ingeruje w sferę praw obywatelskich, ale i pociąga za sobą ogromne wydatki publiczne, opierając się na niemiarodajnych szacunkach, nieopartych, a nawet nieuprawdopodobnionych, precyzyjnymi danymi empirycznymi dotyczącymi Polski, podobnie jak wiele innych naruszeń Zasad techniki prawodawczej, nakazuje przyjąć, że projekt w istotny sposób narusza zasady przyzwoitej legislacji, stanowiące integralny element zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

Projektowana ustawa w sposób przedmiotowy traktuje uczestników procedur wspomaganego rozrodu

Projektowana ustawa w wielu miejscach zawiera rozwiązania naruszające godność człowieka i tym samym sprzeczne z art. 30 oraz innymi przepisami Konstytucji RP (w szczególności z art. 18, art. 38, art. 47), Konwencją o prawach dziecka oraz orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Dotyczy to zarówno dorosłych uczestników procedury wspomaganego rozrodu, jak i zarodka ludzkiego, który na gruncie projektu jest traktowany wyjątkowo przedmiotowo.

W odniesieniu do osób dorosłych, art. 30 Konstytucji jest naruszany przez te rozwiązania projektu, które pozwalają wniknąć w procedury wspomaganego rozrodu osoby niewyrażające na to zgody i to w sposób, który trwale będzie determinował ich sytuację prawną w przyszłości.

Z sytuacją taką mamy do czynienia w przypadku przewidzianej w projekcie możliwości pobrania komórek rozrodczych od dawcy, w chwili gdy jest on niezdolny do świadomego wyrażenia zgody (art. 31 ust. 2 u.l.n.). Ingerowanie w tak intymną sferę, jaką jest ludzki potencjał prokreacyjny, bez zgody i wiedzy zainteresowanego, oznacza jego przedmiotowe potraktowanie, w rażący sposób naruszające jego godność i tym samym naruszające art. 30 Konstytucji (ochrona godności człowieka) oraz art. 47 Konstytucji i art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (prawo do poszanowania życia prywatnego i decydowania o swoim życiu osobistym). Jak słusznie za-

uważa L. Garlicki: *poszanowanie «życia prywatnego» jest niekiedy rozumiane jako odnoszące się do zakazu naruszania (nakazu zapewnienia poszanowania) integralności (nietykalności) fizycznej każdego człowieka*⁸. Co więcej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do sfer szczególnie silnie powiązanych z ochroną autonomii życia prywatnego zalicza się: *decyzje w sprawie stworzenia nowego życia, więc prokreacji. (...) Życie prywatne (...) obejmuje prawo do poszanowania zarówno decyzji o prokreacji, jak i decyzji o powstrzymaniu się od prokreacji*⁹.

Polski porządek prawny dopuszcza interwencję medyczną stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta bez jego zgody w sytuacji, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia (art. 34 ust. 7 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2008 r., nr 136, poz. 857, ze zm.). Tymczasem projekt dopuszcza działania bez zgody pacjenta, nie tylko nieukierunkowane bezpośrednio na ratowanie życia i zdrowia, nie tylko niepodejmowane w wypadku bezpośredniego zagrożenia ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, ale oznaczające eksploatację organizmu ludzkiego celem pozyskania gamet.

Osoby urodzone przy zastosowaniu metod wspomaganego rozrodu w ramach proponowanego w projekcie dawstwa niepartnerskiego będą miały, w myśl projektowanych rozwiązań, drastycznie ograniczone prawo do poznania tożsamości swoich rodziców, ściśle związane z ochroną godności człowieka.

Wydaje się przy tym, że należy pozytywnie ocenić fakt, iż projektodawca w art. 21 ust. 2 u.l.n. przewidział możliwość wydania zezwolenia przez sąd opiekuńczy na przeniesienie zarodka do organizmu biorczyni w sytuacji braku zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego w sytuacji, gdy już utworzono zarodek.

Redukcjonistyczna definicja zarodka (art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.) sprowadza go do: *grupy komórek powstałej wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej*. Projekt pomija bezsporny fakt naukowy, że zarodek ludzki stanowi wczesną formę rozwoju odrębnego organizmu ludzkiego o określonej, odrębnej tożsamości genetycznej (*nota bene* trudno zrozumieć, dlaczego definicja zarodka została zredukowana do sytuacji połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej *in vitro*, natomiast poza przedmiotową definicją pozostawiono przypadek połączenia się gamet męskich i żeńskich (*in vivo*). Tożsamość ta pozostaje bez zmian niezależnie od stadium rozwojowego człowieka i od samego początku zawiera pełen materiał genetyczny, determinu-

⁸ *Idem* [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010, s. 500.

⁹ *Ibidem*, s. 502.

jący indywidualne cechy fenotypowe tego organizmu w późniejszych stadiach rozwojowych. Tym samym traktowanie zarodka ludzkiego jedynie w kategorii „grupy komórek”, w istocie na równi z innymi komórkami lub tkankami, ignoruje jego obiektywną, odrębną nie tylko etycznie, ale i biologicznie tożsamość względem biologicznych rodziców. Stanowisko to jest sprzeczne z zasadą państwa prawnego oraz wynikającymi z niej gwarancjami z art. 30 i art. 38 Konstytucji, a także jest sprzeczne ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego: *wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie w prenatalnej fazie rozwoju, nie może być różnicowana*¹⁰. Konstytucyjne zakotwiczenie praw podmiotowych (szerzej podmiotowości człowieka) w przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka czyni konstytucyjnie niedopuszczalnym jego uprzedmiotawiające traktowanie na którymkolwiek etapie rozwoju. Określenie godności w art. 30 Konstytucji jako „przyrodzonej” wyraźnie nawiązuje do sformułowań preambuły Powszechnej deklaracji praw człowieka ONZ, która w języku angielskim posługuje się pojęciem „*inherent*”, czyli „wynikający z istoty”. Nie oznacza zatem czegoś, co nabywa się w trakcie rozwoju człowieka (wraz z urodzeniem lub na innym etapie rozwoju), ale coś, co się nabywa wraz z zaistnieniem. Z tego samego powodu, dla którego godność jest „przyrodzona”, jest ona „niezbywalna”, ustaje bowiem dopiero wraz z końcem istnienia bytu nią charakteryzowanego (tu: człowieka). Dopóki człowiek istnieje, dopóty przysługuje mu walor godności, której nie może się wyzbyć. O ile więc godność, jako kategoria stanowiąca *iunctim* między strukturą ontyczną i statusem etycznym, nie wynika z chemicznej struktury chromosomów, o tyle – jeśli traktujemy człowieka w sposób integralny – ciągłość biologiczna ludzkiego bytu, poświadczona niezmiennością jego struktury genetycznej, jest fizykalnym „objawem” ciągłości ontycznej całego bytu ludzkiego. Tym samym, choć nie warunkuje (!), to jednak poświadcza godność człowieka na wszystkich etapach jego rozwoju. Dlatego też życie ludzkie od momentu powstania jest przedmiotem ochrony konstytucyjnej i dotyczy to także fazy prenatalnej¹¹. Owo godnościowe zakotwiczenie ochrony życia wyraża się również w ustawowym potwierdzeniu przysługującej mu ochrony od chwili poczęcia w art. 1 ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. nr 17, poz. 78, ze zm.), który deklaruje ochronę życia ludzkiego również w fazie prenatalnej, choć przewidziane w ustawie wyjątki budzą już zasadnicze wątpliwości konstytucyjne, a były weryfikowane konstytucyjnie jedynie w odniesieniu do jednej przesłanki, którą uznano za konstytucyjnie niedopuszczalną. Trybunał Konstytucyjny potwierdził to stanowisko

¹⁰ Wyrok TK z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK 1997, nr 2 poz. 19.

¹¹ Wyrok TK z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK 1997, nr 2 poz. 19.

również w wyroku z 30 września 2008 r. (sygn. akt K 44/07), wskazując, że niezbywalny charakter ludzkiej godności, bez względu na aktualną sytuację życiową lub stan psychiczny, stanowi podstawę uznania podmiotowości człowieka i przesądza o konieczności jego podmiotowego traktowania¹².

Powyższe ustalenia pozostają aktualne na gruncie ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską Konwencji o prawach dziecka (Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526). Zgodnie z preambułą konwencji: *dziecko z uwagi na swą niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, a zwłaszcza właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu*. Ujęcie tej reguły w preambule konwencji musi prowadzić do wniosku, że zawarte w niej gwarancje odnoszą się również do prenatalnej fazy ludzkiego życia¹³.

Wielka Izba Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*¹⁴ jednoznacznie przypisuje kategorię godności człowieka każdej zapłodnionej, lub inaczej wzbudzonej do podziałów, ludzkiej komórce jajowej. Jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości, zapłodnienie ludzkiej komórki jajowej rozpoczyna proces rozwoju jednostki ludzkiej (sprawa C 34/10 § 35).

Tymczasem w projekcie ustawy człowiek w zarodkowym stadium rozwoju został potraktowany jak rzecz, która podlega przechowywaniu, transportowi, czy wreszcie ocenie jakości (sic!). Wielokrotnie w tekście użyto sformułowań: „testowanie zarodków” (por. np. art. 2 ust. 1 pkt 12 i 25 u.l.n.), „dystrybucja zarodków” (por. np. art. 28 ust. 3 pkt 2, art. 40 ust. 1 pkt 3 u.l.n.). Są to określenia, które w jednoznacznie przedmiotowy sposób traktują człowieka na embrionalnym etapie rozwoju. Jednocześnie są to sformułowania, które odnoszą się raczej do procesu technologicznego niż do procedur medycznych. Podobny wydzźwięk mają te rozwiązania projektu, które ograniczają ochronę do „zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju” (por. art. 83 u.l.n.), dopuszczają ludzkie zarodki do obrotu (por. art. 57 u.l.n.), nie rozstrzygają sytuacji „nadliczbowych” zarodków, które albo uznane zostały za niespełniające kryteriów pozwalających na ich implantację, albo nie zostały skierowane do adopcji prenatalnej.

Abstrahując zatem od intencji, które kierowały autorami projektu, należy stwierdzić, że sprowadzenie zarodka ludzkiego do poziomu rzeczy-produktu, z czym mamy do czynienia w projekcie, jest zabiegiem stojącym w jaskrawej sprzeczności z polskim porządkiem konstytucyjnym, konkretnie z art. 30 i 38 Konstytucji, zwłaszcza zaś rozpatrywanym w związku z art. 2 Konstytucji oraz obowiązującymi Rzeczpospolitą Polską rozwiązaniami międzynarodowymi. Rozwiązania te łamać będą zakaz praktyk eugenicznych, który znalazł m.in. wyraz w art. 3 Karty praw podstawowych UE.

¹² OTK-A ZU 2008, nr 7, poz. 126.

¹³ Wyrok TK z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK 1997, nr 2 poz. 19.

¹⁴ Wyrok TS z 18 października 2011 r. w sprawie C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*.

Projekt ustawy umożliwi eugeniczną selekcję zarodków ludzkich

W projekcie nie odniesiono się wprost do selekcji eugenicznej zarodków, jednakże treść proponowanych regulacji jednoznacznie wskazuje, że mogą one służyć legalizacji praktyk eugenicznych.

W art. 3 ust. 2 u.l.n. wyrażono zapewnienie o *niedopuszczalności ograniczenia rozrodu nosicielom chorób genetycznie uwarunkowanych*, co *prima facie* można traktować jako stanowisko antyeugeniczne. Jednakże w kontekście innych regulacji, ta ogólna deklaracja paradoksalnie zyskuje ewidentnie eugeniczny charakter. Przedmiotowa deklaracja może bowiem usprawiedliwiać selekcję eugeniczną zarodków (połączoną również z aborcją eugeniczną) w przypadku stwierdzonego nosicielstwa chorób genetycznie uwarunkowanych, w celu uniknięcia powtórzenia się tych schorzeń.

W art. 26 ust. 2 u.l.n. zabrania się *prima facie* genetycznej diagnostyki preimplantacyjnej (dalej: PGD), jednakże tylko w celu wyboru cech fenotypowych, w tym płci. Jednocześnie wyraźnie tworzy się kolosalnych rozmiarów wyjątek dla sytuacji, w których *wybór taki pozwala uniknąć ciężkiej nieuleczalnej choroby dziedzicznej*. W projekcie nie sprecyzowano, czy wyjątek zezwalający na eugeniczną selekcję pod kątem płciowym dotyczy chorób sprzężonych z płcią (np. hemofilia), czy też zaburzeń innego rodzaju, tj. zaburzeń w liczbie chromosomów płciowych (np. zespół Turnera lub Klinefeltera). Wyjątek sankcjonuje więc w praktyce stosowanie metod selekcji eugenicznej ze względu na występowanie co najmniej kilkudziesięciu (!) jednostek chorobowych, z którymi człowiek może żyć.

Na gruncie projektu mamy jednak do czynienia nie tylko z wyraźnym dopuszczeniem eugenicznej selekcji zarodków ludzkich ze względu na płeć celem uniknięcia ciężkiej nieuleczalnej choroby dziedzicznej w ramach PDG, ale również z *implicitie* wyrażoną dopuszczalnością selekcji zarodków z innych względów niż płeć dziecka. W projekcie nie ma bowiem żadnych formalnych ograniczeń dla takiej selekcji w przypadku chorób niewiązanych się z cechami fenotypowymi, tj. np. zespołu Downa, Edwardsa, Patau itp. Ustawa nie zabrania takich praktyk, czyli na nie zezwała.

Warto zwrócić uwagę, że obecnie w Polsce obserwuje się aktywność firm biotechnologicznych, oferujących technologię selekcji eugenicznej zarodków w okresie preimplantacyjnym¹⁵.

Innym eugenicznym rozwiązaniem projektu jest wprowadzenie terminu „testowanie” w celu: *określenia przydatności komórek rozrodczych lub zarodków do stosowania w procedurze medycznego wspomaganie rozrodu* (art. 2 ust. 1 pkt 25 u.l.n.).

¹⁵ Zob. materiał promocyjny firmy Illumina pt. *Advancing success in preimplantation genetics, leading solutions for PGS*, <http://res.illumina.com/documents/clinical/pgs-sequencing-arrays-brochure.pdf> [dostęp 2 maja 2014 r.].

Tworzona przez uregulowania projektu możliwość dokonywania selekcji zarodków ludzkich *implicite* oznacza, że kryterium dokonywania selekcji mogą być również czynniki powodujące niepełnosprawność. To zaś jest równoznaczne z zabronioną przez Konwencję o prawach osób niepełnosprawnych¹⁶ dyskryminacją ze względu na niepełnosprawność. Pod pojęciem dyskryminacji konwencja rozumie bowiem: *wszelkie formy różnicowania, wykluczania lub ograniczania ze względu na niepełnosprawność, których celem lub wynikiem jest utrudnienie lub uniemożliwienie uznania, korzystania lub egzekwowania wszelkich praw człowieka i fundamentalnych swobód, na równych zasadach z innymi* (art. 2). W świetle konwencji dyskryminacja stanowi wykroczenie przeciwko godności człowieka (preambuła lit. h). W tym kontekście, szczególnie jaskrawo ujawnia się dyskryminacyjny charakter art. 83 u.l.n., który prawnokarną ochronę zarodków ogranicza jedynie do grupy „zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju”.

Przewidziana w projekcie zasada anonimowości dawcy jest niespójna z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i narusza art. 30, 47 i 72 Konstytucji oraz art. 7 Konwencji o prawach dziecka

W projekcie ustawy przewidziano anonimowość dawców i biorczyni komórek rozrodczych oraz dawców i biorczyni zarodków (art. 38 ust. 1 u.l.n.). Osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganey prokreacji, w wyniku dawstwa innego niż partnerskie komórek rozrodczych lub dawstwa zarodków, ma prawo zapoznać się po osiągnięciu pełnoletniości jedynie z informacjami dotyczącymi wieku i stanu zdrowia swoich genetycznych rodziców lub jednego z rodziców. Jednocześnie stan zdrowia rodziców lub rodzica genetycznego będzie ujawniony jedynie na chwilę przekazania komórek rozrodczych lub zarodka. W porównaniu do pierwotnej wersji projektu anonimowość dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka została znacznie rozszerzona, choć i wówczas budziła ona zasadnicze wątpliwości. W porównaniu do wcześniejszej wersji projektu usunięto wymóg zamieszczenia w rejestrze ich imienia i nazwiska, daty ich urodzin (wymaga się podania jedynie roku), adresu zamieszkania i numeru PESEL.

Zgodnie z art. 38 ust. 2 u.l.n. osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganey prokreacji, w wyniku dawstwa innego niż partnerskie komórek rozrodczych lub dawstwa zarodka, ma prawo zapoznać się z informacjami dotyczącymi osoby dawcy, obejmującymi rok i miejsce urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka oraz informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka: wyniki badań

¹⁶ Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku 13 grudnia 2006 r., Dz.U. z 2012 r., poz. 1169.

lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka.

Rozwiązanie to budzi wątpliwości na gruncie prawa europejskiego, jest niekonstytucyjne, wprowadza sprzeczności do krajowego systemu prawnego, które musiałyby skutkować praktykami dyskryminacyjnymi, jak również wprowadzać będzie mechanizm pozwalający na powstawanie związków przyrodnych (kazirodczych).

Nie jest tak, że przyjęta w projekcie ustawy zasada anonimowości dawców i biorczyni komórek rozrodczych oraz dawców i biorczyni zarodków jest konsekwencją rozwiązań unijnych, rzekomo implementowanych przez projektowaną ustawę o leczeniu bezpłodności. Przeciwnie, prawodawca unijny uznał sytuację oddawania komórek rozrodczych za „wyjątkowy przypadek” i przewidział możliwość anulowania anonimowości dawcy (por. motyw 29 preambuły do dyrektywy 2004/23/WE). Wśród krajów, w których dawca jest znany, znajdują się m.in. Wielka Brytania, Holandia, Niemcy, Norwegia i Szwecja. Warto również nadmienić, że prawo do poznania tożsamości genetycznej jest także prawem chronionym konstytucyjnie w ustawie zasadniczej Szwajcarii. Zgodnie z art. 119 lit. d Konstytucji Szwajcarii: każdy będzie miał dostęp do danych dotyczących jego przodków (prawo do poznania swojej tożsamości).

Prawo do poznania tożsamości rodziców jest na gruncie Konstytucji RP konsekwencją prawa do poznania własnej osoby, które gwarantowane jest przede wszystkim przez przepisy art. 30 (godność człowieka), art. 47 (ochrona życia prywatnego oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym) oraz art. 72 (ochrona praw dziecka). Przewidziane w projekcie ustawy o leczeniu niepłodności drastyczne ograniczenia w tym zakresie są logiczną konsekwencją przedmiotowego traktowania człowieka na zarodkowym etapie jego życia, skutkując skrajnym ograniczeniem prawa dziecka do poznania tożsamości rodziców (do prawidłowego ustalenia filiacji). W kwestii tej wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16 lipca 2007 r. (sygn. akt SK 61/06, Dz.U. nr 134, poz. 947), wskazując, że: *regulacje dotyczące filiacji opierają się na trzech podstawowych zasadach. Po pierwsze, wartością konstytucyjną o szczególnym znaczeniu jest dobro dziecka. «Nakaz ochrony dobra dziecka stanowi podstawową, nadrzędną zasadę polskiego systemu prawa rodzinnego, której podporządkowane są wszelkie regulacje w sferze stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi, w tym też mechanizmy prawne dotyczące zagadnień filiacyjnych» (wyrok Trybunału Konstytucyjnego o sygn. K 18/02). Po drugie, z norm konstytucyjnych wynika prawo do prawidłowo ustalonej filiacji. Relacje rodzinne powinny być kształtowane – co do zasady – zgodnie z istniejącymi więziami biologicznymi. «Jednym z elementów konstytuujących pojęcie dobra dziecka jest prawidłowe ukształtowanie więzi filiacyjnych. Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez zapewnienie*

możliwości jego wychowania w rodzinie, przede wszystkim w rodzinie naturalnej, a więc poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną. Analiza mechanizmów filiacyjnych, na których tradycyjnie opierają się stosunki rodzinne, wyraża w sposób dość oczywisty tendencję do tego, aby relacje prawne na linii rodzice i dziecko odpowiadały rzeczywistości biologicznej » (tamże). Po trzecie, ustalenie więzi biologicznych i ukształtowanie stosunków rodzinnych zgodnie z tymi więziami nie jest wartością bezwzględną i dopuszcza ograniczenia podyktowane koniecznością ochrony dobra dziecka i dobra rodziny. (...) «Więź biologiczna doznaje ochrony z pewnością wówczas, gdy ta metoda filiacji nie konkurowałaby z innym ustalonym trwale pochodzeniem dziecka (np. po upływie terminów zawitych) (...) Eliminowanie z systemu prawnego możliwości ustalenia więzi rodzinnej zgodnie z rzeczywistością biologiczną musi jednak zawsze znajdować swoje uzasadnienie w innych wartościach konstytucyjnych». Opiniowany projekt w rażąco sposób narusza tę zasadę i tym samym wyżej wymienione przepisy Konstytucji RP (art. 30, 47 i 72).

Stanowisko to podziela E. Zielińska, odnosząc się do wyroku niemieckiego sądu, który uznał prawo kobiety poczętej *in vitro* do poznania ojca – dawcy nasienia. W komentarzu do tego wyroku autorka stwierdziła, że niemiecki sąd: odwołał się do społecznej hierarchii wartości, w której należy wyżej usytuować interes skarżącej niż interes dawcy. Sąd stwierdził także, że warunkiem zrozumienia własnej tożsamości i swobodnego rozwijania osobowości jest posiadanie wiedzy o wszystkich jej konstytutywnych elementach, w tym o pochodzeniu. Dlatego też prawo skarżącej powinno mieć priorytet nad prawem dawcy do zachowania anonimowości, zwłaszcza że prawo do poznania swego pochodzenia jest zagwarantowane w niemieckiej konstytucji¹⁷. Dalej już, odnosząc się do polskiego prawa, E. Zielińska zauważyła: za prawem do poznania własnego pochodzenia mogą też przemawiać względy medyczne. Może to się okazać ważne w razie konieczności znalezienia dawcy krwi do transfuzji czy dawcy organów do przeszczepu. Istotne są też względy społeczne, np. zapobieganie związkom kazirodczym.

Przedmiotowe ustalenia pozostają aktualne na gruncie Konwencji o prawach dziecka. Zgodnie z art. 7 ust. 1 konwencji Polska jest zobowiązana do zapewnienia dziecku od momentu urodzenia prawo do poznania swoich rodziców. Wprowadzenie zasady anonimowości narusza zatem istniejące zobowiązania międzynarodowe Rzeczypospolitej Polskiej.

Projekt ustawy w części dotyczącej dawstwa zarodków nie uwzględnia naczelnej w prawie rodzinnym zasady dobra dziecka

Polskie prawo rodzinne, podobnie jak międzynarodowe standardy wynikające z Konwencji o prawach dziecka, stoją na gruncie zasady dobra dziecka.

¹⁷ E. Zielińska w wywiadzie *Do czego ma prawo dziecko z in vitro?*, „Dziennik Gazeta Prawna” z dn. 8 marca 2013 r.

Wynika ona z podmiotowego traktowania dziecka, również na prenatalnym etapie rozwoju, i znajduje swój wyraz we wszystkich instytucjach prawa rodzinnego, w tym również w przypadku przysposobienia. Ponieważ w projektowanej ustawie traktuje się dziecko poczęte *in vitro* jako przedmiot, dlatego też nie kieruje się zasadą dobra dziecka, przedkładając nad nie interesy dawców gamet oraz osób chcących uzyskać dziecko w ramach procedur wspomagane- go rozrodu.

To przedmiotowe traktowanie dzieci poczętych *in vitro* wyraźnie jest widoczne na przykładzie, wprowadzanego przez unormowania projektowanej ustawy, dawstwa zarodków (por. art. 2 ust. 1 pkt 9 u.l.n.), polegającego na umieszczeniu w organizmie biorczynie zarodka anonimowych rodziców dawców. W takim wypadku mamy do czynienia z sytuacją funkcjonalnie identyczną względem przysposobienia. Ostatecznie kobieta lub kobieta i mężczyzna decydujący się na skorzystanie z procedury medycznie wspomaganego prokreacji decydują się na wychowywanie genetycznie obcego dla nich dziecka²⁸.

Dawstwo zarodków powinno być zatem traktowane jak specyficzna postać instytucji przysposobienia. Ta ostatnia natomiast postrzegana jest na gruncie prawa polskiego jako wyjątkowa, wymagająca od przysposabiających wielu badań zdrowotnych, w tym badań zdrowia psychicznego oraz dodatkowo zgody sądu opiekuńczego. Kształt instytucji przysposobienia w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (k.r.o.) jest zdeterminowany przez zasadę: dobra dziecka, niemajątkowego charakteru przysposobienia i niekontraktowej formy powstania przysposobienia, a więc na mocy orzeczenia sądowego, a nie w drodze dwustronnej czynności prawnej¹⁸.

Zgodnie z art. 141 k.r.o. przysposobić może osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych, jeżeli jej kwalifikacje osobiste uzasadniają przekonanie, że będzie należycie wywiązywała się z obowiązków przysposabiającego, posiada opinię kwalifikacyjną oraz świadectwo ukończenia szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny, o którym mowa w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, chyba że obowiązek ten z określonych ustawowo względów jej nie dotyczy¹⁹. Stanowisko to potwierdza Sąd Najwyż-

¹⁸ Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 16110 w sprawie adopcji ze wskazaniem, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/2C714046>.

¹⁹ *Sąd opiekuńczy jest zawsze zobligowany do zbadania i stwierdzenia występowania przesłanek przysposobienia określonych w prawie materialnym (w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym), w tym m.in. odnoszących się do kwalifikacji osobistych przysposabiającego – jego poziomu umysłowego, moralnego, wyrobienia obywatelskiego, zdolności wychowawczych. Dodatkowo – jako jedną z gwarancji prawidłowego ustalenia tych przesłanek – prawo procesowe nakłada na sąd obowiązek zasięgnięcia opinii ośrodka adopcyjno-opiekuńczego lub innej specjalistycznej placówki (art. 586 § 4 k.p.c.). W ramach tego obowiązku sąd zwraca się do ośrodka adopcyjno-opiekuń-*

szy, który w wyroku z 9 czerwca 1976 r. (sygn. akt III CZP 46/75) uznał, że ze względu na daleko idące skutki przysposobienia, orzeczenie o powstaniu w tym trybie stosunku rodzicielskiego powinno być zawsze poprzedzone przeprowadzeniem wnikliwego postępowania dowodowego. W szczególności ze względu na potrzebę zapewnienia dziecku prawidłowych warunków rozwoju i wychowania w przyszłej rodzinie należy starannie badać kwalifikacje podmiotowe przysposabiającego, a zwłaszcza jego sylwetkę moralną, zdolności wychowawcze i atmosferę domu rodzinnego.

Tymczasem w wypadku procedury wspomaganej prokreacji o charakterze dawstwa zarodków, rodzicem „na życzenie” może zostać każdy bez żadnych wstępnych badań, w tym także osoby z poważnymi chorobami psychicznymi. W projekcie nie ma mowy o przeciwwskazaniach medycznych dotyczących osób biorących udział w procedurze. Nie ma również w ogóle odniesień do sytuacji zdrowotnej zarówno mężczyzny, jak i kobiety biorących udział w procedurze. Nie ma nawet ograniczenia wieku, które występuje w rządowym „Programie zdrowotnym leczenia niepłodności metodą *in vitro*” (40 lat). W projekcie nie wskazano jednak żadnych kryteriów wykluczających możliwość zastosowania procedury.

Proponowany kształt dawstwa zarodków stanowi zatem ustawową instytucjonalizację obejścia przepisów prawnych regulujących możliwość dokonania przysposobienia. Nie tylko lekceważy się dobro dziecka, które projekt czyni przedmiotem (!) dawstwa zarodków, ale dodatkowo, regulacje te, jako służące obejściu rygorów przewidzianych przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy, godzą w porządek prawny Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto mechanizm łatwego (z punktu widzenia prawa) przeprowadzania implantacji zarodka do organizmu kobiety, która je urodzi, nie będąc jego matką biologiczną, zachęca wręcz do odrzucenia instytucji adopcji. Ta ostanía wymaga wielu zabiegów i wysiłków organizacyjnych wynikających z poszanowania zasady dobra dziecka, a niekiedy również daleko idących ingerencji w prywatność związanych z koniecznością uzyskania informacji pozwalających stwierdzić spełnienie kodeksowych przesłanek powierzenia dziecka danym małżonkom na wychowanie.

Nie od rzeczy jest dodatkowo podniesienie, że zgodnie z art. 115 § 1 k.r.o. przysposobić wspólnie mogą tylko małżonkowie. Tymczasem w projekcie ustawy o leczeniu niepłodności nie wprowadzono podmiotowej przesłanki dostępu do zabiegu zapłodnienia *in vitro* w postaci warunku, by para korzystająca

czego o wyrażenie opinii o kandydatach na przysposabiających. Placówki te, wydając opinię o kandydatach, mogą porównać kwalifikacje wnioskodawców z kwalifikacjami osób przygotowanych i oczekujących na adopcję w tych ośrodkach. Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 16110 w sprawie adopcji ze wskazaniem, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/2C714046>.

z procedury medycznie wspomaganey prokreacji, w szczególności dawstwa zarodków, była małżeństwem.

Projekt otwiera dostęp do zapłodnienia pozaustrojowego konkubentom, w tym parom homoseksualnym

Rządowy projekt nie wprowadza żadnych ograniczeń podmiotowych w dostępie do zabiegu zapłodnienia *in vitro*. Obok „dawstwa partnerskiego” zarezerwowanego dla par heteroseksualnych (przy czym nie wyklucza się tu nikogo, nawet pozostających we wspólnym pożyciu krewnych w linii prostej, rodzeństwa bądź powinowatych w linii prostej) wyróżnia także „dawstwo”, z którym nie wiąże żadnych ograniczeń podmiotowych. Projekt jest w tym zakresie znacznie bardziej permissywny niż standardy dyrektywy unijnej²⁰, na którą powołują się jego autorzy. Jak przyznają w uzasadnieniu do projektu: *na gruncie dyrektywy 2006/17/WE zastosowane zostało jedynie pojęcie «dawstwa partnerskiego», pod którym to terminem dyrektywa rozumie intymny związek fizyczny kobiety i mężczyzny*. Proponowane rozwiązania:

- a) ignorują dobro dziecka oraz związaną z nim konstytucyjnie uprzywilejowaną pozycję małżeństwa, która wynika nade wszystko z art. 18 Konstytucji,
- b) sprzyjają faktycznemu upowszechnieniu się praktyki macierzyństwa zastępczego, czyli tzw. surogacji, naruszając wiele norm prawa międzynarodowego oraz chronioną konstytucyjnie godność człowieka i zasadę ochrony dobra dziecka.

Przepis art. 18 Konstytucji jest jedną z zasad ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej, mogąc stanowić samodzielną podstawę kontroli konstytucyjności²¹. Nakazuje on rozpatrywanie konstytucyjnej ochrony macierzyństwa i rodzicielstwa nade wszystko w kontekście małżeńskiego związku kobiety i mężczyzny. Ten sposób sytuowania ochrony macierzyństwa i rodzicielstwa należy bez wątpienia wiązać również ze sposobem pojmowania na gruncie Konstytucji dobra dziecka. Nie jest to arbitralne rozstrzygnięcie ustrojodawcy, ale wniosek wyciągnięty z obiektywnych uwarunkowań biologicznych. Również Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie wskazał na doniosłość biologicznego znaczenia więzów rodzinnych, uznając za wartość chronioną zapewnienie możliwości wychowania dziecka przede wszystkim w rodzinie naturalnej, w której relacje między rodzicami i dziećmi są oparte na więzi biologicznej²². To oznacza, że konstytucyjna ochrona związku małżeńskiego, zwłaszcza w kontekście

²⁰ Zob. s. 165.

²¹ L. Garlicki, Komentarz do art. 18 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003, s. 2.

²² Wyroki TK z: 28 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 18/02, OTK-A ZU 2003, nr 4, poz. 32; 26 listopada 2013, Dz.U. z 2013 r., poz. 1439.

ochrony macierzyństwa i rodzicielstwa, tworzy istotne wskazanie co do sposobu rozumienia preferencji dla dobra dziecka. Związek zachodzący między zasadą dobra dziecka i ochroną małżeństwa wiąże się między innymi z zasadniczo większą stabilnością związku małżeńskiego niż pożycia konkubenckiego, co ma podstawowe znaczenie dla jakości warunków rozwojowych dla dziecka.

Przepis art. 18 Konstytucji stanowi normę programową, zgodnie z którą państwo powinno kształtować swą aktywność w sposób zapewniający ochronę wskazanych w tym przepisie wartości²³ (przede wszystkim małżeństwa i rodziny opartej na małżeństwie²⁴). Oznacza to, że: *preferowaną konstytucyjnie wizją rodziny jest trwały związek mężczyzny i kobiety, nakierowany na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo*²⁵. Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny zostało zinstytucjonalizowane nie tylko w celu zagwarantowania udogodnień dla dwojga ludzi jako takich, lecz również w założeniu, że będzie pełnić ważną funkcję społeczną, związaną z założeniem rodziny, macierzyństwem i rodzicielstwem²⁶. Właśnie tak rozumiane małżeństwo podlega ochronie, która nie tylko uzasadnia preferencje ustawodawcy dla związków małżeńskich, ale wręcz nakazuje ich wprowadzenie.

Odnoszenie tych samych regulacji dotyczących macierzyństwa i rodzicielstwa do małżeństw i do osób pozostających w pożyciu pozamałżeńskim powinno być uznane za naruszenie zasady równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji), która nakazuje nie tylko traktować podobnie podmioty podobne (odznaczające się tą samą cechą relewantną), ale również nakazuje zróżnicowane traktowanie podmiotów różnych. W świetle art. 18 Konstytucji, wśród życiowych relacji międzyludzkich, bezdyskusyjną preferencją ma związek małżeński. Pozostawanie w tym związku nie tylko więc usprawiedliwia preferencyjne zróżnicowanie sposobu traktowania małżonków względem konkubentów, ale wręcz nakazuje takie zróżnicowanie.

Rozpatrując więc konstytucyjność przepisów dotyczących chronionego konstytucyjnie rodzicielstwa i macierzyństwa przez regulację zapłodnienia pozaustrojowego, w świetle art. 18 Konstytucji, oczywisty jest konstytucyjny obowiązek preferencyjnego ukształtowania sytuacji prawnej osób pozostających w związku małżeńskim względem osób tworzących faktyczne związki pozamałżeńskie.

Z całą pewnością więc zgodne z Konstytucją byłoby ograniczenie dostępu do metod wspomaganego rozrodu jedynie do małżeństw. Ograniczenie takie

²³ Wyroki TK z: 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 21/99, Dz.U. nr 55, poz. 655; 27 stycznia 1999, sygn. akt K 1/98, Dz.U. nr 20, poz. 180.

²⁴ Por. wyrok TK z 16 lipca 2007 r., sygn. akt SK 61/06, Dz.U. nr 134, poz. 947.

²⁵ M. Zubik, *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 26–43.

²⁶ B. Banaszekiewicz, *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3, s. 617.

byłoby zgodne zarówno z art. 32 ust. 1 Konstytucji, jak również stanowiłoby afirmację art. 18 Konstytucji. Z tych samych powodów istnieją uzasadnione wątpliwości co do konstytucyjności przyznania dostępu do metod wspomagananej prokreacji parom niepozostającym w związku małżeńskim. Wątpliwości te są szczególnie intensywne w odniesieniu do związków osób tej samej płci.

Prawne ograniczenie stosowania metody zapłodnienia *in vitro* wyłącznie do par małżeńskich występuje w Czechach, Litwie, Portugalii, Szwajcarii i Turcji. Z kolei ograniczenie pomocy państwowej przy zapłodnieniu *in vitro* do par małżeńskich obowiązuje na Cyprze, w Czechach, Niemczech, Szwecji i Turcji.²⁷

Brak ograniczającego kryterium podmiotowego w odniesieniu do instytucji „dawstwa”, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 7 u.l.n. (przekazywanie komórek rozrodczych lub zarodków w celu zastosowania u ludzi), będzie kreować stan prawny pozwalający na objęcie tym terminem tzw. macierzyństwa zastępczego, zwanego również surogacją. Praktyka ta stanowi całkowite uprzedmiotowienie dziecka i sprowadzenie go do roli przedmiotu obrotu cywilnoprawnego.

Stanowi to drastyczne pogwałcenie zasady ochrony godności człowieka i zasady dobra dziecka. Praktyka macierzyństwa zastępczego sprowadza dziecko do roli towaru i nosi znamiona zakazanego w prawie międzynarodowym i europejskim handlu ludźmi. Przyjęcie rozwiązań normatywnych, które nawet *implicite* sankcjonowałyby tę praktykę, naruszałoby, w szczególności art. 2 lit a Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii (Dz.U. z 2007 r., nr 76, poz. 494), zgodnie z którym: *handel dziećmi oznacza jakiekolwiek działanie lub transakcję, w drodze której dziecko przekazywane jest przez jakąkolwiek osobę lub grupę osób innej osobie lub grupie za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek inną rekompensatą*. Zważywszy, że ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka wyraźnie uznaje w art. 2 ust. 1, że: *dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności*, nie sposób nie traktować surogacji jako formy handlu dziećmi. Praktyka ta narusza również art. 4 Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi (2005 r.) i art. 211 lit. d Konwencji o prawach dziecka 1989 r.), art. 5 i 17 Europejskiej konwencji o przysposobieniu dzieci (1967 r. i 1993 r.) oraz art. 21 konwencji bioetycznej²⁸.

Tym samym wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji „dawstwa” w kształcie proponowanym w projektowanym art. 2 ust. 1 pkt 7

²⁷ *Analiza przepisów prawnych dotyczących zapłodnienia pozaustrojowego obowiązujących w wybranych krajach*, Biuro Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu, 2009.

²⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie. Została otwarta do podpisu 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo w Hiszpanii, stąd też nazywana jest w skrócie konwencją z Oviedo.

u.l.n. prowadzi będzie do naruszeń art. 30 Konstytucji RP oraz wielu zobowiązań międzynarodowych Polski.

Projekt nieprecyzyjnie reguluje kwestię odpłatności zbywania komórek rozrodczych i zarodków, umożliwiając handlowanie nimi

Zgodnie z art. 28: *za pobrane od dawcy komórki rozrodcze lub zastosowane zarodki nie można żądać ani przyjmować zapłaty, innej korzyści majątkowej lub korzyści osobistej*. Przepis ten zakazuje żądania i przyjmowania zapłaty, ale nie zabrania takiej zapłaty oferować. Przepis w przywołanym kształcie umożliwia, wbrew formułowanym deklaracjom, utrzymanie takiego, opartego na korzyści materialnej, stanu rzeczy, zabezpieczając podmiotom stosującym procedurę *in vitro* możliwość zaopatrywania się w potrzebny materiał genetyczny.

Na uwagę zasługuje także modyfikacja, jakiej dokonano względem pierwotnego brzmienia unormowań projektu w zakresie pozwoleń na wywóz i przywóz komórek rozrodczych i zarodków z zagranicy. Otóż art. 44 ust. 1 stanowił, że: *Wywozu komórek rozrodczych lub zarodków z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i przywozu komórek rozrodczych lub zarodków na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokonuje bank komórek rozrodczych i zarodków, posiadający pozwolenie na wykonywanie tych czynności*. Z kolei po przeniesieniu do art. 57 przepis ten stanowi, że: *wywozu komórek rozrodczych lub zarodków z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na terytorium państw innych niż państwa członkowskie Unii Europejskiej i przywozu komórek rozrodczych lub zarodków na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z terytorium państw innych niż państwa członkowskie Unii Europejskiej dokonuje bank komórek rozrodczych i zarodków, posiadający pozwolenie na wykonywanie tych czynności*. Jako że, zgodnie z art. 57 ust. 2: *pozwolenia, o którym mowa w ust. 1, udziela minister właściwy do spraw zdrowia na wniosek banku komórek rozrodczych i zarodków*, taka zmiana oznacza, że wywóz i przywóz na terenie Unii Europejskiej nie będzie już wymagał pozwolenia ministra.

Podsumowanie

Przedstawiony przez Ministerstwo Zdrowia projekt ustawy o leczeniu niepłodności dotknięty jest wieloma istotnymi wadami formalnymi i materialnymi. W szczególności projektowana ustawa:

- 1) została sporządzona z naruszeniem zasad przyzwoitej legislacji oraz Zasad techniki prawodawczej, zwłaszcza w zakresie oceny sytuacji społecznej, bazując na szacunkach i apriorycznych założeniach bez oparcia na rzetelnych danych statystycznych,
- 2) przewiduje regulacje, które budzą zasadnicze wątpliwości konstytucyjne; najprawdopodobniej narusza ona artykuły 2, 18, 30, 33, 38, 47, 72 Kon-

stytucji, przy czym szczególnie istotne są rozwiązania naruszające godność człowieka (art. 30 Konstytucji) i to zarówno w odniesieniu do ludzi na wczesnym (zarodkowym) etapie rozwoju, jak i względem osób dorosłych, których prawa podstawowe są drastycznie ograniczane,

- 3) zawiera rozwiązania prawne sprzeczne z zobowiązaniami międzynarodowymi Rzeczypospolitej Polskiej, zwłaszcza wynikającymi z Konwencji o prawach dziecka, Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych oraz Europejskiej konwencji praw człowieka,
- 4) zawiera rozwiązania niespójne z obowiązującym prawem rodzinnym (odejście od zasady nadrzędności dobra dziecka) i potencjalnie generować będzie daleko idące problemy na płaszczyźnie stosowania prawa, zawierając unormowania instytucjonalizujące obchodzenie uregulowań prawa rodzinnego.