WYDZIAŁ PRAWA
i ADMINISTRACJI
Uniwersytet Łódzki

mgr Katarzyna Duszyńska-Misarko

Sytuacja cywilnoprawna embrionu w fazie przedimplantacyjnej

Rozprawa doktorska przygotowana
w Katedrze Prawa Cywilnego
pod kierunkiem
dr hab. Pawła Księżaka, prof. UŁ
w dyscyplinie nauki prawne

Łódź 2023

***

SYTUACJA CYWILNOPRAWNA EMBRIONU W FAZIE PRZEDIMPLANTACYJNEJ

WPROWADZENIE

Zanim przejdę do przedstawienia konspektu prezentowanej rozprawy, pragnę wskazać co zdecydowanie nie jest jej celem. Aspiracją tej pracy nie jest udzielenie odpowiedzi na pytanie kiedy zaczyna się życie, kiedy możemy mówić o człowieku na płaszczyźnie moralnej. Nie dokonuję w niej analizy filozoficznoprawnego podłoża problematyki podmiotowości ludzkiej, które jest bardzo rozbudowane i niejednolite[1]. Obszar filozoficznej dyskusji w tym temacie jest ogromny, co jest związane z wieloaspektowością rozważań i zdecydowanie wykracza poza ramy prezentowanej tutaj rozprawy. Pominięta również została kwestia prawnokarnej ochrony *nasciturusa*.

Trzeba też wskazać, że niniejsza rozprawa nie skupia się przede wszystkim na niemajątkowej cywilnoprawnej ochronie *nasciturusa*, który znajduje się w fazie przedimplantacyjnej w szeroko rozumianym kontekście aborcyjnym, a zatem w jakim zakresie powinny być chronione jego dobra osobiste jak zdrowie czy życie[2]. Kwestie te oczywiście również są poruszane, ponieważ elementy majątkowej i niemajątkowej cywilnoprawnej ochrony *nasciturusa* wzajemnie się przenikają i nie jest ani możliwe, ani celowe ich całkowite odseparowanie. Zostanie również poruszone zagadnienie gwarancji godności ludzkiej i jej wpływu na sytuację embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. Nie jest możliwe podejmowanie dyskusji o podmiotowości *nasciturusa* oraz jej zakresie bez odniesienia się do zasad konstytucyjnych.

W niniejszej rozprawie skupiam się w szczególności na aspektach cywilnoprawnej ochrony dziecka poczętego, która jest mu zapewniona w konkretnych przepisach prawa prywatnego.

---

[1] W tym zakresie por. A. Breczko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 80-173. Por. także ciekawą, zagraniczną literaturę w przedmiocie podmiotowości prawnej: Visa AJ Kurki, *A Theory of Legal Personhood*, Oxford Legal Philosophy, Oxford 2019; Visa AJ Kurki, T. Pietrzykowski, *Legal Personhood Animals Artificial Intelligence and the Unborn*, Law and Philosophy Library, Volume 119; Marc de Leeuw, Sonja Van Wichelen, *Personhood In The Age Of Biolegality*, Brave New Law, Biolegalities, Palgrave Macmillan 2020; B. Naffin, *Law's Meaning of Life, Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Oxford and Portland, Oregon 2009.

[2] W tym kontekście zob. w szczególności: T. Sokołowski, *Ochrona osobistego interesu nasciturusa oraz jego rodziców*, [w]: *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, red. J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski, Warszawa 2022, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.) oraz opinie stanowiące dokumentację prac eksperckich nad projektem ustawy o zmianie Konstytucji RP, w których podjęto problem konstytucyjnej formuły chroniącej życie człowieka, w tym także kwestię momentu, od którego człowiekowi należne jest prawne rozpoznanie podmiotowości i zapewnienie mu stosownej ochrony prawnej, zawarte [w:] *Konstytucyjna ochrona życia*, Druk sejmowy nr 993, Sejm V Kadencji, 3/2007.

Głównym celem rozprawy jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dziecku urodzonemu, które zostało poczęte *in vitro*, przysługują prawa, przykładowo prawo do dziedziczenia czy roszczenia odszkodowawcze, których źródło sięga fazy przedimplantacyjnej na takiej samej podstawie prawnej, jak przynależą dziecku poczętemu *in utero*. Zostaną jednak poruszone również inne wybrane zagadnienia, zwłaszcza w kontekście regulacji ustawy o leczeniu niepłodności, które dotykają szeroko rozumianej sytuacji cywilnoprawnej *nasciturusa*, znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej.

Znaczenie pojęcia „dziecka poczętego" wydaje się na pierwszy rzut oka niewątpliwe. Chodzi o dziecko, którego narodzin się oczekuje[3]. Definiując pojęcie „dziecka poczętego" trudność jednak sprawia jednoznaczne określenie, kiedy właściwie do poczęcia dochodzi, zwłaszcza w kontekście technik wspomaganego rozrodu. W tym miejscu należy zauważyć, że pojęcia: płód, embrion czy zarodek są określeniami człowieka w fazie przedurodzeniowej używanymi raczej w kontekście medycyny i biomedycyny. Natomiast gdy chodzi o status człowieka, jego podmiotowość i zdolność prawną przed urodzeniem używane jest częściej pojęcie dziecka poczętego i jego łaciński odpowiednik *„nasciturus"*[4]. Trzeba podkreślić, że zapewnienie ochrony cywilnoprawnej *nasciturusowi* w kontekście nieaborcyjnym, nie wymaga przesądzenia, czy należy odwoływać się do pojęcia osoby, czy też poprzestać na określeniu: płód[5]. To zaś oznacza, że zawsze tam, gdzie mowa jest w pracy o dziecku poczętym, można je zastąpić terminem płód, zarodek, embrion lub *nasciturus*. W niniejszej pracy powyższe pojęcia będą używane zamiennie, bez zamiaru ich wartościowania, w zależności od kontekstu wywodu.

Problematyka ochrony prawnej dziecka poczętego od zawsze budziła i nie przestała również współcześnie budzić emocje. Sprawy, w których zachodzi konieczność ustalenia w jakim zakresie oraz od kiedy dziecko poczęte powinno być chronione nie są łatwe do rozstrzygania, w szczególności gdy zachodzi niebezpieczeństwo pomieszania konieczności stosowania prawa pozytywnego, niejednokrotnie nieprecyzyjnego w tym zakresie, zasad moralnych oraz etyki. Nie jest to zadanie łatwe wpierw dla ustawodawcy, który uchwalając daną regulację prawną musi uwzględnić i wyważyć interesy różnych podmiotów, często sprzeczne, oraz opinię społeczeństwa, często bardzo zróżnicowaną. Również w procesie stosowania prawa, sądy niejednokrotnie muszą zmierzyć się z koniecznością rozstrzygnięcia spraw, w których prawo pozytywne nie zawsze daje jasną odpowiedź,

---

[3] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut prawny dziecka poczętego*, Studia Prawnicze 1989, nr 4, s. 3-4.

[4] Por. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 16-17.

[5] Tak też K. Kurosz, *Środki ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki w okresie ciąży* [w:] *Nasciturus pro iam nato habetur, O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, red. J. Mazurkiewicz, P. Mysiak, Wrocław 2017, s. 131.

co wymaga sięgnięcia po różnorodne wykładnie stosowania prawa, takie jak *per analogiam* albo *a contrario*, zasady słuszności i aspekty pozaprawne, jakimi są wartości moralne, którymi każdy sędzia kieruje się przy orzekaniu. Zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że *„to, że w danej sprawie istnieje dylemat etyczny, nie czyni jeszcze z sądu – sądu moralności"* (z ang. *court of moral*)[6]. Niewątpliwe wymaga jednak kierowania się zdrowym rozsądkiem (z ang. *common sense)* i szukania nowatorskich rozwiązań, w szczególności w przypadku braku wyraźnej regulacji prawnej[7].

W tej pracy, której przedmiotem jest analiza nie tylko etapu prenatalnego rozwoju człowieka, ale w szczególności etapu przedimplantacyjnego w razie poczęcia *in vitro*, istnieje wiele dylematów etycznych i tym większa istnieje pokusa, aby z sądu stykającego się z tymi zagadnieniami rzeczywiście uczynić „sąd moralności". W piśmiennictwie nie ma nawet zgody na temat tego, czy kwestia podmiotowości *nasciturusa* i początku życia ma wymiar prawny, czy też etyczny. Przykładowo, zdaniem M. Płatek, „spór o początek i koniec życia jest sporem ideologicznym, a nie prawnym, i na gruncie prawa można go rozstrzygnąć jedynie arbitralnie"[8]. Z kolei J. Kapelańska-Pręgowska zauważa, że wprawdzie „definitywne rozstrzygnięcie sporu o status embrionu i płodu ludzkiego w dyskursie naukowym i filozoficznym jest w pluralistycznym społeczeństwie bardzo trudne, a być może nawet nieosiągalne", to jednak na poziomie prawnym możliwe jest poszukiwanie przynajmniej wspólnego stanowiska w obrębie danego porządku prawnego"[9]. M. Safjan wskazuje, że na gruncie spraw dotykających skomplikowanych kwestii bioetycznych, sędzia w procesie stosowania prawa (prawa a nie moralności) zmuszony jest odnosić się w realiach konkretnego przypadku do konfliktu wartości i zasad[10].

Pomimo niewątpliwie wyjątkowego i nietypowego charakteru spraw, w których występuje *nasciturus*, niezależnie od ich kontekstu, nie pozbawia to analizowanych w tej pracy kwestii ich prawnego charakteru. Punktem wyjścia nie mogą być normy moralne. Celem tej pracy jest bowiem próba znalezienia odpowiedzi na pytanie o to jaka jest sytuacja cywilnoprawna embrionu w fazie przedimplantacyjnej, jego status na gruncie prawa cywilnego oraz jakie istnieją środki prawne jego

---

[6] Jak to ujęła sędzia E. Butler-Sloss w sprawie Re MB z 1997 r. dotyczącej kolizji ochrony płodu i autonomii matki na tle decyzji o odmowie o poddaniu się zabiegom medycznym. W sprawie tej przyjęto bezwzględny prymat woli kobiety w ciąży w zakresie decydowania o odmowie na poddanie się zabiegowi lekarskiemu, nawet jeżeli skutkowałoby to śmiercią nienarodzonego dziecka. Cyt. za: K. Kurosz, *„Środki ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki w okresie ciąży. Część 2."*, Metryka, Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego, 2017, Nr 1, s. 111.

[7] W zakresie roli sędziów rozpatrujących sprawy bioetyczne, por. A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op. cit.*, s. 75-79.

[8] M. Płatek, *Matka prawnie uregulowania – bioetyka i prawo do życia*, [w:] L. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska-Kozłowska red., *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, Warszawa 2013, s. 237. Cyt. za: K. Kurosz, *Środki ochrony…, op. cit.,* s. 111.

[9] J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011, s. 160. Cyt. za: K. Kurosz, *Środki ochrony…, op. cit,* s. 111.

[10] M. Safjan, *Wprowadzenie*, [w:] M. Safjan red., *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 15. Cyt. za: K. Kurosz, *Środki ochrony…, op. cit.*, s. 111.

ochrony i w jaki sposób można je realizować przed sądem. Nie jest natomiast celem roztrząsanie kwestii moralności. Co oczywiste, nie jest jednak tak, że wartości etyczne i moralne nie pełnią żadnej roli, ponieważ są one zwłaszcza w omawianej tematyce niezwykle istotne. Nie chodzi przecież o traktowanie prawa jako zespołu reguł o charakterze technicznym, których treść nie pozostaje w żadnym związku z normami moralnymi[11]. Nie wydaje się zresztą, aby uzyskanie całkowitego konsensu na płaszczyźnie moralnej było konieczne dla osiągnięcia porozumienia na gruncie prawa. Nie jest on chyba w ogóle możliwy, chociażby ze względu na pluralizm i relatywizm wartości we współczesnych państwach demokratycznych[12].

Na płaszczyźnie prawa cywilnego konieczne jest natomiast poczynienie wysiłku w celu ustalenia jednoznacznych wskazówek odnośnie do sytuacji cywilnoprawnej embrionu, znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. Niezależnie bowiem od oceny moralnej samych metod wspomaganego rozrodu czy też zapłodnienia lub implantacji *post mortem* ani stanowiska w przedmiocie tego kiedy można już mówić o poczęciu *nasciturusa*, liczba urodzonych dzieci poczętych *in vitro* stale rośnie. Fakt ten nie jest również zależny od decyzji ustawodawcy w przedmiocie dopuszczalności czy też niedopuszczalności stosowania metod wspomaganego rozrodu, które były praktykowane w Polsce zarówno przed wejściem 1 listopada 2015 r. w życie ustawy o leczeniu niepłodności[13], jak i po tej dacie.

Punktem wyjścia rozważań zawartych w tej pracy jest stwierdzenie, że w razie urodzenia się dziecka, które zostało poczęte *in vitro*, zgodne z dobrem tego dziecka jest uznanie, że jego sytuacja cywilnoprawna nie powinna być różnicowana ze względu na sposób poczęcia. Jeżeli zatem źródłem nabycia określonych praw jest okres, kiedy zarodek już istniał, ale znajdował się w fazie przedimplantacyjnej, zdecydowanie zgodne z dobrem tego dziecka jest uznanie, że te prawa nabywa w razie transferu i urodzenia. Przedmiotem tej rozprawy jest próba ustalenia, czy *de lege lata*, w świetle przepisów chroniących *nasciturusa* zawartych w kodeksie cywilnym, kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz ustawy o leczeniu niepłodności, postawienie takiej tezy jest uzasadnione.

Przedstawiając samą strukturę rozprawy, została ona podzielona na sześć merytorycznych rozdziałów. Pierwszy dotyczy zagadnień ogólnych związanych z *nasciturusem*, tego jak w doktrynie i judykaturze wyjaśniana jest jego sytuacja cywilnoprawna, czy przysługuje mu w kontekście art. 8 k.c. podmiotowość lub zdolność prawna (w tym jaki stosunek mają względem siebie te pojęcia) oraz jakie przepisy prawa prywatnego go chronią i w jakim zakresie. Rozważania dotyczą tego, czy dziecko poczęte może być spadkobiercą jak i zapisobiercą (art. 927 § 2 k.c. i art. 972 k.c.), możliwości

[11] Tak, K. Kurosz, *Środki ochrony…, op. cit.*, s. 116.
[12] Tak, A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op. cit.*, s. 183.
[13] Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności, Dz.U. 31 lipca 2015 r., poz. 1087 z późn. zm., dalej: u.l.n.

uznania ojcostwa dziecka poczętego (art. 75 § 1 k.r.o.), kosztów utrzymania dziecka poczętego (art. 142 k.r.o.), *curatora ventris* (art. 182 k.r.o.), roszczenia *nasciturusa* o naprawienie szkód doznanych przed urodzeniem (art. 446^1 k.c.), roszczeń odszkodowawczych *nasciturusa* z art. 446 § 2-4 k.c. oraz art. 446^2 k.c. oraz dopuszczalności dokonania darowizny na rzecz *nasciturusa.* Ponadto, przedstawione zostaną koncepcje wyjaśniające sytuację prawną *nasciturusa*, wśród których można wymienić: dziecko jako część ciała matki *(pars viscerum matris)*, dziecko poczęte uważa się za narodzone dla korzystnych dla niego skutków *(nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur), nasciturusowi* przynależy zdolność prawna warunkowa (pod warunkiem zawieszającym albo rozwiązującym), dziecku poczętemu przysługuje ograniczona zdolność prawna w zakresie wyznaczonym przez przepisy szczególne, dziecko poczęte *de lege lata* w ogóle nie posiada zdolności prawnej oraz retroaktywna ochrona dziecka urodzonego. W rozdziale tym celowo unikam postawienia pytania, jak na rozumienie pojęcia *nasciturusa* i momentu poczęcia wpłynął rozwój metod wspomaganego rozrodu oraz czy embrion znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej jest *nasciturusem*. Kwestie te podejmuję i rozwijam w następnych rozdziałach.

W drugim rozdziale poruszane są w pierwszej jego części kwestie *stricto* medyczne. Przybliżony zostaje rozwój prenatalny człowieka w świetle medycyny, zagadnienie zapłodnienia (w tym *in vitro*) i zaplemnienia w kontekście embriologii oraz współczesne metody wspomaganego rozrodu (zamiennie nazywane MAP – *medically assisted procreation)*. Objaśnione zostają ponadto pojęcia medyczne, które są używane w dalszym wywodzie, jednak w oderwaniu od konkretnych regulacji prawnych. Nie jest to jednak kompleksowe omówienie wszystkich pojęć związanych z MAP, a jedynie skrótowe, gdzie przedstawione zostają te kluczowe do analizy sytuacji prawnej *nasciturusa* na gruncie prawa prywatnego. Wyjaśnione natomiast zostają przyczyny i konsekwencje stosowania MAP na płaszczyźnie medycyny, co jest niezbędne dla cywilnoprawnej analizy pojęcia *nasciturusa*. W drugiej części rozdziału, zostanie przedstawiony wpływ rozwoju technik wspomaganego rozrodu na rozumienie pojęcia *nasciturusa*. Przy czym, trzeba podkreślić, że pobocznie potraktowana jest kwestia oceny stosowania MAP na płaszczyźnie moralnej oraz debata publiczna czy techniki takie powinny być dopuszczalne, zwłaszcza wobec faktu, że polski ustawodawca przesądził ich dopuszczalność w ustawie o leczeniu niepłodności. Dalej, zostaną wskazane problemy z ustaleniem statusu cywilno-prawnego embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej w kontekście medycyny o charakterze bardziej uniwersalnym, w szczególności: kontrowersje związane z ustaleniem kiedy dochodzi do poczęcia przy stosowaniu MAP (czy od zapłodnienia *in vitro* czy implantacji embrionu), przybliżone zostaje kryterium genetyczne, jako uzasadnienie przyjęcia momentu zapłodnienia za początek rozwoju dziecka poczętego, zagadnienie statusu prawnego embrionu w fazie przedimplantacyjnej (czy jest to osoba, rzecz, czy posiada status

sui generis, z czego wynika obowiązek traktowania go z należytym szacunkiem, tzw. *interim category)*, a dalej czy można postawić znak równości pomiędzy nim, a tradycyjnie rozumianym pojęciem *nasciturusa* oraz problem komu przysługuje prawo do „dysponowania" embrionami. Kwestie te zostaną rozwinięte na gruncie prawa polskiego w rozdziale IV i V.

W trzecim rozdziale przedstawione zostaną kwestie statusu embrionu w istniejących standardach międzynarodowych oraz kwestie prawnoporównawcze, w tym jakie modele regulacji prawnych w zakresie MAP można wyodrębnić w innych ustawodawstwach. Następnie przedstawię szerszą analizę regulacji prawnych w tym zakresie jednego wybranego przeze mnie państwa europejskiego, jakim jest Hiszpania. Wybór prawodawstwa tego kraju jest zabiegiem celowym. Po pierwsze, hiszpańska ustawa regulująca zagadnienia technik wspomaganego rozrodu była jedną z pierwszych ustaw europejskich podejmującą zagadnienia MAP (1988 r.). Po drugie, hiszpańskie regulacje częściowo są całkowicie odmienne od tych przyjętych przez polskiego ustawodawcę w ustawie o leczeniu niepłodności, a część uregulowań jest tożsamych, co stanowi doskonały materiał prawnoporównawczy. Wreszcie, regulacja hiszpańska ze względu na swoje uwarunkowania kulturowe i społeczne jest sama w sobie bardzo ciekawa i warta bliższej analizy, zaś w literaturze przedmiotu nieczęsto jest ona analizowana w porównaniu do ustawodawstw innych krajów.

W czwartym rozdziale zostanie dokonana analiza polskiej ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności. W świetle rozwoju technologii umożliwiających utworzenie zarodka i*n vitro* współczesna dyskusja o *nasciturusie* jest bowiem niepełna bez analizy przepisów krajowych dotyczących MAP. Kwestie medyczne i regulacja technik wspomaganego rozrodu przenikają się bowiem z cywilno-prawnymi aspektami ochrony dziecka poczętego. Z tej przyczyny, w tym rozdziale dokonana zostaje analiza wybranych zagadnień polskiej ustawy o leczeniu niepłodności, które dotykają szeroko rozumianej sytuacji cywilnoprawnej *nasciturusa*, znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. Zostaną przedstawione najważniejsze pojęcia zdefiniowane przez ustawodawcę w ustawie o leczeniu niepłodności, w szczególności zarodka oraz zostaną poruszone zagadnienia: kriokonserwacji zarodków, zapłodnienia i implantacji *post mortem*, licznych zakazów mających na celu ochronę i poszanowanie zarodków, warunki dopuszczalności implantacji zarodków oraz ograniczenia podmiotowe korzystania z MAP, w szczególności problem zarodków utworzonych z komórek jajowych kobiet samotnych przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, umowa o przechowywanie komórek rozrodczych lub zarodków, diagnostyka preimplantacyjna, instytucja dawstwa zarodka, rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków oraz kwestia anonimowości dawcy i prawa dziecka do znajomości prawdy biologicznej. Zostaną również przytoczone *in extenso* przepisy regulujące warunki dopuszczalności stosowania MAP, co będzie pomocne przy analizie akt sądowych w ostatnim rozdziale pracy.

W piątym rozdziale nastąpią kluczowe dla niniejszej rozprawy rozważania w przedmiocie ochrony cywilnoprawnej *nasciturusa*, a sytuacji zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej na gruncie prawa polskiego. Zostanie rozwinięta kwestia poruszona już w rozdziale II, a mianowicie, czy można postawić znak równości pomiędzy pojęciami embrionu w fazie przedimplantacyjnej oraz *nasciturusem* i jakie znaczenie ma to w świetle ochrony prawnej zapewnionej dziecku poczętemu w poszczególnych przepisach kodeksu cywilnego oraz kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Zostanie omówiony również status embrionu przebywającego *ex utero* w kontekście konstytucyjnej zasady godności ludzkiej, która stanowi źródło ochrony, w tym cywilnoprawnej *nasciturusa*. Ponadto, dokonany zostanie przegląd doktryny prawa cywilnego w przedmiocie statusu cywilno-prawnego *nasciturusa* w fazie przedimplantacyjnej. Kluczowe jest przeprowadzenie ponownej analizy poszczególnych przepisów prawa cywilnego i rodzinnego, w których *nasciturusowi* zapewniona jest ochrona cywilnoprawna. Zostały one już omówione w rozdziale I, jednak tym razem punkt odniesienia stanowi bezpośrednio zarodek, który znajduje się w fazie przedimplantacyjnej.

W szóstym rozdziale zostaną przedstawione wyniki analizy akt siedmiu spraw sądowych, w którym kognicję na mocy ustawy o leczeniu niepłodności ma sąd rodzinny. Sprawy te dotyczą w szczególności wniosku o wyrażenie zgody na dokonanie transferu zarodku w przypadku braku zgody mężczyzny, z którego komórek rozrodczych embrion utworzono. Z analizy spraw wypływają ciekawe wnioski w kontekście statusu prawnego zarodków oczekujących na transfer oraz praktyczne problemy, z jakimi sądy rozstrzygając tego typu sprawy muszą się zmierzyć.

Na końcu rozprawy znajdują się wnioski końcowe.

***

ROZDZIAŁ I

NASCITURUS – ZAGADNIENIA WSTĘPNE

I. Pojęcie *nasciturusa*

Człowieka przed urodzeniem określa się w różny sposób. Można wskazać chociażby na takie terminy używane zazwyczaj w języku prawniczym jak: płód, embrion, zarodek, dziecko poczęte bądź łacińskie słowo *nasciturus,* co dosłownie znaczy „mający się urodzić”[14]. Prawnicy rzymscy mieli bardzo rozbudowaną terminologię dla określenia dziecka poczętego, a jeszcze nienarodzonego. Wymienić spośród nich można: *center* (łono macierzyńskie,) *ventrem ferre* (ten kto znajduje się w łonie macierzyńskim), *uterus* (brzuch, łono zapłodnione, kobieta ciężarna), *nasci speratur* (dziecko poczęte), *partus* (dziecko urodzone oraz wydobyte z łona zmarłej matki), *conceptus* (dziecko pozamałżeńskie), *fetus* (poród lub płód), *postumus* (ten, który urodził się po śmierci swojego ojca; pogrobowiec). Najczęściej juryści określali dziecko poczęte, a jeszcze nienarodzone przy pomocy zwrotów: *qui in ventre est* (który jest w brzuchu); *qui in utero est* (który jest w łonie); *qui nasci speratur* (którego urodzenia się oczekuje). Pojęcie *nasciturusa*, które jest najczęściej współcześnie używane ma pochodzenie łacińskie, jednak nie pochodzi ze źródeł rzymskich i jest rezultatem prawotwórczej działalności jurysprudencji rzymskiej[15]. Natomiast analizując określenie „nienarodzonego” pojawiające się w języku prawnym można wyróżnić termin „dziecko poczęte” (por. art. 927 § 2 kodeksu cywilnego[16], art. 75 i 182 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[17]) i „dziecko”[18] w kontekście wskazującym na czas przed jego urodzeniem (por. art. 142 k.r.o. i art. 446^1 k.c.).

W takim kontekście wskazać trzeba, że uznanie „bytu” dziecka nienarodzonego, ale już poczętego w świetle prawa nie jest rzeczą oczywistą. W poprzednim stuleciu dyskusje w tym przedmiocie były burzliwe, a dotyczyły kwestii tak podstawowych jak to czy dziecko poczęte w ogóle może być oceniane w kategoriach prawnych odrębnie od swojej matki[19]. Zresztą również

---

[14] Tak, Z. Radwański*, Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s.148.

[15] Zob. P. Niczyporuk, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009, s. 29-42; A. Breczko, *Podmiotowość…, op. cit.*, s. 157-158.

[16] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 z późń. zm., dalej: k.c.

[17] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964 nr 9 poz. 59 z późń. zm., dalej: k.r.o.

[18] Por. szeroko o pojęciu „dziecka” w ogóle T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość* [w:] *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, T. Smyczyński (red.), Poznań 1999, s. 39-47.

[19] Por. B. Walaszek, *Nasciturus w prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 1956, z. 7, s. 121-132; S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa*, Nowe Prawo 1958, nr 2, s. 83-89, J. Rezler, *Przyczynek do*

współczesne koncepcje dotyczące statusu prawnego *nasciturusa* nie są ujednolicone. Mimo braku jednolitości w zakresie wielu kwestii związanych ze statusem prawnym *nasciturusa*, w polskiej doktrynie prawa cywilnego dostrzeżono potrzebę prawnego zabezpieczenia interesów dziecka jeszcze przed jego urodzeniem, przynajmniej w pewnym minimalnym zakresie. Najwięcej problemów sprawiało i wciąż sprawia ustalenie czy *nasciturusowi* przysługuje zdolność prawna lub – jeżeli w ogóle można o takiej mówić – innego rodzaju podmiotowość prawna. Istotne jest zatem w pierwszej kolejności omówienie tych pojęć i ustalenie ich wpływu na sytuację cywilno-prawną *nasciturusa*.

II. Pojęcie podmiotowości i zdolności w ujęciu cywilno-prawnym

Jak była mowa we wprowadzeniu, poza analizą niniejszej pracy znajdują się zagadnienia związane z filozoficznoprawnym podłożem problematyki podmiotowości ludzkiej, które jest bardzo rozbudowane i niejednolite[20]. W tym miejscu pragnę wskazać na pojęcia podmiotowości prawnej i zdolności prawnej jedynie w ujęciu cywilno-prawnym.

Pojęcie „zdolność prawna" zostało wypracowane w nauce niemieckiej (*Rechtsfähigkeit*) i przyjęło się w pozostałych krajach Europy kontynentalnej (por. fr. *Capacité de jouissance*, awore. *Capacidad juridica*, wł. *Capacità giuridica*)[21]. Pojęcie to definiuje się jako zdolność bycia podmiotem praw i obowiązków. W literaturze definicja ta jest powszechnie uznawana[22]. Ustawodawca polski nie zdecydował się na stworzenie definicji legalnej tego pojęcia, uznając to za zbyteczne; rozumienie tego terminu jest w doktrynie prawa cywilnego utrwalone i nie budzi wątpliwości[23]. Jest bowiem jasne, że każdy urodzony człowiek posiada zdolność prawną, czyli może być podmiotem praw i obowiązków. Zdolność prawna człowieka jest tak silnie z nim związana, że człowiek nie może być jej pozbawiony ani przez sąd, ani przez ustawodawcę (jest niezbywalna). Ponadto zdolność prawna nie jest prawem podmiotowym, w konsekwencji nie można się jej zrzec lub jej ograniczyć; nie podlega dyspozycjom podmiotu[24].

Odnosząc się do charakteru zdolności prawnej, wskazuje się w literaturze przedmiotu na dwa dominujące poglądy. Zgodnie z pierwszą koncepcją, zwaną realistyczną, człowiek jest podmiotem

---

charakterystyki sytuacji prawnej dziecka poczętego, Nowe Prawo 1970, nr 9, s. 1225-1235; T. Smyczyński, *Pojęcie i statut...,* s. 3-28; A. Szpunar, *Szkoda wyrządzona przed urodzeniem dziecka*, Studia Cywilistyczne 1969, nr 23-24.

[20] Zob. przypis nr 1 i literaturę tam wskazaną.

[21] Por. R. Majda [w:] *Komentarz. Kodeks Cywilny, Część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak, wyd. 2, Warszawa 2014, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 1, s. 157.

[22] Por. L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 268.

[23] Por. R. Majda [w:] *Komentarz..., op.cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 7-10, s. 160-61.

[24] L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 269-270.

prawa *ex definitione*, a posiadanie przez niego zdolności prawnej wynika z samego faktu bycia człowiekiem. Natomiast druga koncepcja, nazywana normatywną lub pozytywistyczną zakłada, że zdolność prawna jest kategorią stworzoną przez prawo i dla jego potrzeb i przede wszystkim czyni zadość niezbędnej w obrocie cywilnoprawnym jasności i pewności. Na gruncie prawa polskiego, należy opowiedzieć się za drugim stanowiskiem. Zdolność prawna nie jest zdolnością faktyczną i nie można postawić znaku równości pomiędzy podmiotem prawa, osobą fizyczną, a jednostką ludzką. To ustawodawca decyduje kogo wyposaża w zdolność prawną, ale już nie może zdecydować kogo traktować jako jednostkę ludzką, która jest z istoty rzeczy biopsychiczną jednostką. Dopiero na podstawie stwierdzenia kto jest człowiekiem wysnuwa się następnie wnioski normatywne, a samo człowieczeństwo wynika z pochodzenia od istot ludzkich, czyli od kobiety i mężczyzny, a zatem z posiadania „człowieczego genotypu”[25]. Należy jednak zauważyć, że współcześnie ciężko sobie wyobrazić sytuację, w której ustawodawca celowo decyduje się na pozbawienie osoby fizycznej zdolności prawnej, albowiem bez niej jednostka w obrocie prawnym faktycznie nie mogłaby uczestniczyć.

Mimo iż zasadniczo zdolność prawna przysługuje każdemu człowiekowi, nie oznacza to, że zdolność prawna jest nieograniczona. Otóż jej zakres jest wyznaczany przez obowiązujące prawo. I tak, dekret z dnia 29 sierpnia 1945 r. – Prawo osobowe[26] w art. 1 stanowił wprost, że: „Każdy ma zdolność prawną; w granicach ustawy może mieć prawa i obowiązki prawne”. To porządek prawny wyznacza granice zdolności prawnej[27]. Zasadą jest za to równa podmiotowość, co oznacza, że każdy żyjący człowiek jest podmiotem praw i obowiązków i posiada z zasady równą zdolność prawną[28]. Posiadania zdolności prawnej nie powinno uzależniać się od pewnych personalnych kwalifikacji, ponieważ w przeciwieństwie do zdolności do czynności prawnych, ma ona wymiar abstrakcyjno-generalny i ogólny i nie można jej ograniczyć do konkretnych stosunków prawnych i nie jest uzależniona od określonego statusu społecznego jednostki czy stopnia jej autonomiczności[29]. Pojęcie ograniczeń zdolności prawnej należy zawęzić do sytuacji, w której podmiot ani samodzielnie, ani przez przedstawiciela nie może stać się stroną określonych stosunków prawnych[30]; natomiast granice ograniczeń zdolności prawnej wyznaczają normy konstytucyjne, w tym gwarancja godności ludzkiej[31].

Kwestia zdolności prawnej wiąże się bezpośrednio z zagadnieniem podmiotowości prawnej.

---

[25] Por. *ibidem*, s. 271-274.
[26] Dz.U. 1945 nr 40 poz. 223.
[27] Por. L. Bosek, *Gwarancje...*, *op. cit.,* s. 280.
[28] *Ibidem*, s. 281.
[29] *Ibidem*, s. 283.
[30] O ograniczeniach szerzej por., *ibidem* s. 284-286.
[31] *Ibidem*, s. 286-288.

Czy są to pojęcia tożsame, a jak nie to czym się w zasadzie różnią?[32] Powyżej zostało wskazane, że nie budzi wątpliwości, że każdy urodzony człowiek posiada zdolność prawną. Zazwyczaj pojęcie zdolności prawnej jest zestawiane z pojęciem osoby i człowieka. Nie można jednak zapominać, że pojęcie „osoby" jest dużo starsze niż pojęcie zdolności prawnej rozumiane jako abstrakcyjna zdolność bycia podmiotem praw i obowiązków. Już w rzymskim prawie prywatnym pojęcie „osoba" było używane na określenie człowieka, a pojęcie ogólnej abstrakcyjnej zdolności bycia podmiotem praw i obowiązków cywilnych pojawiło się dopiero w wieku XVIII. Dużo później z kolei pojawiło się pojęcie „osoby fizycznej", które to pojęcie stale jest współcześnie zestawiane z posiadaniem zdolności prawnej. Natomiast pojęcie „podmiotu" i związane z tym zagadnienie „podmiotowości prawnej" oraz pojęcie „zdolności prawnej" jest produktem XIX-wiecznej myśli cywilistycznej, pozostającej pod wpływem prawnonaturalnych materialnych koncepcji osoby. Dopiero w tym wieku idea „jednolitego podmiotu prawa" stała się czołowym dogmatem współczesnego prawa cywilnego[33].

Ciekawe rozważania na temat podmiotowości jako kategorii prawnej przeprowadził Marek Benio[34]. Wskazał on, że pojęcie podmiotu jest dla języka prawa kluczowe oraz iż żadne prawo nie ma racji bytu, jeśli nie przysługuje jakiemuś podmiotowi. Zgodzić się trzeba, że podmioty nadają sens prawom, co oznacza, że nie może istnieć prawo podmiotowe bez podmiotu, któremu to prawo przysługuje. Innymi słowy podmiotowość prawna jest zauważalna dopiero, gdy podmiot ma prawo. Co ciekawe, pomimo istotności pojęcia podmiotowości prawnej, dość rzadko dochodzi do „roztrząsania" jego treści. Pomimo że pojęcie to należy do podstawowej siatki terminologicznej w nauce prawa, jest to jeden z bardziej kontrowersyjnych terminów i trudnych do jednoznacznego zdefiniowania[35]. „Podmiot prawa" nie stanowi „przedmiotu" definicji ustawowych i co jest wyraźnie widoczne, prawie nie jest używany w ustawach[36]. W kodeksie cywilnym słowo „podmiot" pojawia się tylko jeden raz: „Skarb Państwa jest w stosunkach cywilnoprawnych podmiotem praw i obowiązków" (art. 34 k.c.). Natomiast w doktrynie pojęcie to występuje bardzo często: albo jako synonim zdolności prawnej, albo służy do wyjaśnienia zdolności prawnej. Najczęściej jednak w doktrynie cywilistycznej podmiot prawa wymieniany jest (zawsze na pierwszym miejscu) jako jeden

---

[32] Por. J. Haberko, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, Przegląd Sądowy 2008, nr 10, s. 17.

[33] Por. *ibidem*, s. 267 i przytoczoną tam literaturę zagraniczną. Aktualnie niekwestionowane jest stwierdzenie, że każdy człowiek jest podmiotem prawa. Ale nie zawsze tak było. Niewolnicy od zarania dziejów, właściwie aż do drugiej połowy XIX w., traktowani byli jako przedmiot obrotu prawnego, a nie jak podmiot praw. To jednak bardzo uproszczony obraz. Niewolnik był przedmiotem prawa, gdy się go nabywało w drodze kupna – jak rzecz. Jego dzieci traktowano jak pożytki z rzeczy. Przez urodzenie także one stawały się niewolnikami. Tak por., M. Benio, *Podmiotowość jako kategoria prawna*, Zarządzanie Publiczne Nr 3 (29), 2014, s. 153-154.

[34] M. Benio, *Podmiotowość…, op. cit.*, s. 153-162. Zob. także A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 151-173.

[35] Tak, A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 151-166.

[36] Zwrócił na to uwagę M. Benio, *Podmiotowość…, op. cit.*, s. 153-162.

z czterech elementów stosunku cywilnoprawnego: podmiot, przedmiot, uprawnienie, obowiązek[37]. To właśnie stosunek cywilnoprawny jest centralnym pojęciem doktryny prawa cywilnego[38]. Wobec braku definicji ustawowej pojęcia podmiotu prawa, w większości przypadków, używając go, przechodzimy nad jego znaczeniem i treścią do porządku dziennego. Można to wytłumaczyć w ten sposób, że prawne znaczenie tego słowa nie odbiega od jego potocznego rozumienia[39].

Jeżeli zaś chodzi o pojęcie prawa podmiotowego, to pomimo że klasyczne teorie nie tworzą jednolitej definicji tego pojęcia, to możliwe jest wskazanie na jego cechy, jakimi są: swoboda postępowania, możliwość domagania się spełnienia swych żądań, korzyść płynąca z tej sytuacji[40]. Można również wskazać, że poprzez prawo podmiotowe najczęściej rozumie się sumę uprawnień przysługujących podmiotowi i obejmuje ono wyznaczoną przez przepisy sferę wolności postępowania podmiotu prawa[41].

W doktrynie wskazuje się równie na dylemat zależności pojęć podmiotu i prawa. Mianowicie: czy prawo może istnieć bez przypisania go konkretnemu podmiotowi i odwrotnie, czy podmiotowość prawna podmiotu jest potencjalna, czy też musi w każdym momencie jakieś prawo mu przysługiwać, by mógł być podmiotem prawa[42]. Niewątpliwie poprawna logicznie jest konstatacja, że oba pojęcia są nierozerwalnie ze sobą związane i wzajemnie warunkują swoje istnienie. Jeśli jedno znika, drugie traci rację bytu[43].

W polskiej doktrynie prawa cywilnego można wyróżnić kilka koncepcji zestawiających ze sobą pojęcia zdolności prawnej i podmiotowości prawnej:

1) Pierwsza z koncepcji wyraźnie odróżnia podmiotowość prawną od zdolności prawnej, ujmując tę pierwszą jako „kategorię szerszą, bogatszą i bardziej złożoną”[44]. Przedstawiciele tej koncepcji podnoszą, że te dwie kategorie są w istocie nieprzystawalne, zatem nie powinno się ich

---

[37] A. Klein (2005). *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego. Za: M. Benio, *Podmiotowość…, op. cit.*, s. 154.

[38] *Ibidem*, s. 154.

[39] *Ibidem*, s. 153-154. Autor ten trafnie wskazał, że taką zgodność intuicyjnego, zwyczajowego i potocznego rozumienia „podmiotu prawa” z jego prawniczym znaczeniem zawdzięczamy długiej historii tego terminu w doktrynach prawnych oraz jego utylitarnemu znaczeniu w obrocie prawnym.

[40] Tak, A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 152.

[41] Tak, *ibidem*, s. 154.

[42] Por. rozważania w tym zakresie, M. Benio, *Podmiotowość…, op. cit.*, s. 156.

[43] Tak, *ibidem*, s. 158. Autor ten wskazuje, że trudniejszą do rozstrzygnięcia kwestią pozostaje natomiast to, czy któreś z tych pojęć może istnieć bez drugiego lub które z nich jest pierwotne. Z jednej strony nie ma podmiotu prawa bez prawa lub obowiązku, z drugiej zaś nie istnieją prawa ani obowiązki niczyje. M. Benio trafnie zauważył, że z aksjologicznego punktu widzenia rozważania te przypominają nieco dylemat, co było pierwsze: kura czy jajo. Ostatecznie autor ten doszedł do słusznego wniosku, że z pozoru rozsądne i praktyczne wydaje się zatem podejście negujące celowość roztrząsania tego dylematu i uznał, że nie ma znaczenia czy podmiot jest warunkiem istnienia prawa, czy na odwrót: prawo to warunek istnienia podmiotu. Oba są nierozerwalnie związane. Jeśli jedno znika, drugie traci rację bytu.

[44] Tak, R. Majda [w:] *Komentarz..., op.cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 2, s. 157. Tak również P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, wyd. 30, Warszawa 2022*,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 5, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

porównywać ani konstruować między nimi zależności. Dalej wskazują, że podmiotowość jako cecha bytu przysługuje każdemu człowiekowi, w konsekwencji każdy człowiek jest podmiotem prawnym. Natomiast zdolność prawna jest kategorią wtórną i sztuczną, stworzoną przez prawo dla jego konkretnych celów[45]. Za tą koncepcją opowiedział się również w roku 1997 Trybunał Konstytucyjny, wskazując, że „podmiotowość jest kategorią powszechną i nadrzędną względem funkcjonalnej cywilistycznej konstrukcji zdolności prawnej"[46].

2) Druga z koncepcji zakłada, że podmiotowość prawna i zdolność prawna są pojęciami tożsamymi, które można używać zamiennie[47]. Według tej koncepcji, zdolność prawna powinna być przypisana każdemu człowiekowi, a pojęcie podmiotowości cywilnoprawnej jest tożsame z pojęciem zdolności prawnej[48].

3) W świetle trzeciej koncepcji, odwrotnie jak w przypadku pierwszej – to pojęcie zdolności prawnej jest pojęciem szerszym – abstrakcyjnym, bowiem polega na samej możliwości bycia podmiotem praw i obowiązków, podczas gdy pojęcie podmiotowości wiąże się z jakimś konkretnym stosunkiem cywilnoprawnym[49].

4) Czwarta z koncepcji z kolei zakłada, podobnie jak druga, że podmiotowość na gruncie prawa cywilnego to możność bycia podmiotem praw i obowiązków, którą zdolność prawna aktualizuje[50]. Pojęcia zdolności prawnej i podmiotowości prawnej są ze sobą sprzężone. Nie sposób bowiem określić zakresu zdolności prawnej osoby, nie przyjmując, że ma ona pewną szeroko pojętą podmiotowość w ogólności na gruncie całego systemu prawa[51].

Mówiąc o jakiejkolwiek podmiotowości, należy również wspomnieć o gwarancji godności

---

[45] *Ibidem*, s. 157-159.

[46] Orzeczenie z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19, w którym Trybunał podjął kwestię skutków usunięcia przez ustawodawcę w roku 1996 § 2 z przepisu art. 8 k.c. Zob. także w tym zakresie M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno-płodowego. Na kanwie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, Czasopismo Nauk Penalnych i Prawa Karnego 1997, nr 1.

[47] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op.cit,* s. 3-28. Autor w całym artykule używa zamiennie określenia „zdolność prawna" i „podmiotowość prawna", wyraźnie stawiając pomiędzy tymi pojęciami znak równości. Por. także Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Nowe Prawo 1990, nr 10-12, s. 110 i n. Autorzy zdają się również stawiać znak równości pomiędzy pojęciami zdolność prawna i podmiotowość prawna. Tak też W. Bendza, *Zdolność prawna nasciturusa – ze szczególnym uwzględnieniem kwestii odszkodowawczych*, Przegląd Legislacyjny nr 3 (97) 2016, s. 30.

[48] Tak, L. Bosek, *Gwarancje..., op.cit,* s. 275-276. Autor krytykuje koncepcję pierwszą R. Majdy, zakładającą kategorialną odrębność zdolności i podmiotowości cywilnoprawnej, a nawet wykluczającą porównywalność tych kategorii. Wskazuje, że przyjęcie takiej koncepcji uniemożliwia harmonizację kontekstu konstytucyjnego, na który się powołuje, z obowiązującymi przepisami prawa cywilnego albo wymusza uznanie istnienia normatywnego autonomicznego mechanizmu przepisywalności praw i obowiązków.

[49] Tak, S. Dmowski [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga I, Część ogólna*, pod red. S. Dmowskiego i S. Rudnickiego, wyd. 9, Warszawa 2009, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 3, s. 71-21; zob. także J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 5, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Warszawa 2013, komentarz do art. 8 k.c., Nb 1, s. 32. Por. także M. Benio, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 153-162.

[50] Tak, J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.,* s. 61-62; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.,* s. 17.

[51] Tak, J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.,* s. 71. Tak też A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna ojca dziecka poczętego w polskim prawie rodzinnym*, Warszawa 2021, rozdział I. 4.2 i 4.3, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.).

ludzkiej, zapewnionej każdemu człowiekowi w art. 30 Konstytucji[52]. Przepis ten stanowi, że: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych." Jak się wskazuje w literaturze, jest to norma bezpośrednio stosowalna w stosunkach cywilnoprawnych, określająca bezpośrednio zakazy naruszania godności i uznania podmiotowości każdego człowieka. Artykuł 30 wyklucza całkowicie uprzedmiotowienie istoty ludzkiej i wyznacza samodzielnie minimalne elementy podmiotowego statusu człowieka. Jest kwestią dyskusyjną, czy art. 30 Konstytucji dotyczy również *nasciturusa*. Już teraz należy wskazać, że w mojej ocenie, można zasadnie twierdzić, że uwagi te dotyczą również niego[53]. Należy bowiem zauważyć, że w art. 30 Konstytucji mowa o „godności człowieka". Człowiekiem jest z kolei ten, kto pochodzi od ludzkich rodziców tzn. wyposażony jest w ludzki kod genetyczny[54]. Indywidualny i właściwy jedynie jemu kod genetyczny i system immulogiczny posiada każde dziecko poczęte już od momentu zapłodnienia komórki jajowej. Oznacza to, w świetle powyższej definicji „człowieczeństwa", że istnieją istotne argumenty za zagwarantowaniem godności ludzkiej dziecku poczętemu. Szersza analiza tego zagadnienia znajdzie się w dalszej części pracy, tutaj jedynie pragnę zasygnalizować, że z treści przepisu art. 30 Konstytucji w żaden sposób nie wynika, aby przepis ten nie miał znaleźć zastosowania w przypadku *nasciturusa*.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na najświeższy wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r.[55], w którym szerzej pochylono się nad ochroną jego godności. Orzeczenie to stanowi kolejny etap „metodycznego i wyważonego" poszerzania zakresu ochrony nasciturusa[56]. Jako punkt wyjścia TK przyjął, że „Godność człowieka jako taka nie jest prawem, ale jest fundamentem i źródłem, z którego prawa dopiero są wywodzone. Ponieważ stanowi ona ich źródło, to nie może być przez nie w żaden sposób ograniczana". Dalej podkreślono, że „godność jest punktem odniesienia dla całego konstytucyjnego systemu wartości i leży u podstaw całego porządku prawnego" i „jako przyrodzona i niezbywalna, nie wymaga legitymacji normatywnej, gdyż jej źródłem nie jest żadne uprawnienie nadawane przez państwo. Co więcej, jest ona w stosunku do niego pierwotna i stanowi swego rodzaju otwarcie systemu konstytucyjnego na wartości pozaprawne i uprzednie względem prawa. W tym też sensie przywołanie w tekście Konstytucji godności stanowi

---

[52] Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r.

[53] Tak też, L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 276-277.

[54] Tak, Z. Radwański, *Prawo cywilne…, op. cit.*, s. 147, L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 271-274. Zagadnienie to będzie szeroko omawiane w następnym rozdziale, gdzie zostanie przytoczona medyczna literatura.

[55] K 1/20, Dz. U. z 2021 r. poz. 175. W orzeczeniu tym przede wszystkim bardzo obszernej analizie poddano granice ochrony życia *nasciturusa*.

[56] T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.*, pkt 7, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.).

rodzaj łącznika, pomostu pomiędzy porządkiem prawa naturalnego a prawem pozytywnym, będąc jednocześnie aksjologiczną podstawą całego porządku konstytucyjnego"[57]. Należy jednak pamiętać, że to prawo przedmiotowe jest źródłem praw podmiotowych i samej zdolności prawnej[58].

Odnosząc się do przedstawionych powyżej koncepcji związku pojęcia „zdolności prawnej" i „podmiotowości prawnej", należy opowiedzieć się za pierwszą. Odróżnienie podmiotowości prawnej od zdolności prawnej i ujęcie tej pierwszej jako kategorii szerszej oznacza bowiem, że nieprzyznanie przez ustawodawcę *nasciturusowi* zdolności prawnej nie przesądza o braku posiadania przez niego podmiotowości prawnej. W konsekwencji, *nasciturus* podlega ochronie prawnej, również w zakresie prawa prywatnego, chociażby w minimalnym zakresie[59]. Nie można natomiast zasadnie twierdzić, że pojęcia zdolności i podmiotowości prawnej są tożsame i można je używać zamiennie. Dla *nasciturusa* oznaczałoby to, że jeśli ustawodawca nie wyposaża go w zdolność prawną, to nie posiada on zarówno zdolności jak i podmiotowości prawnej. Nie można zgodzić się z taką tezą, ponieważ *nasciturus* jest odrębnym od swoich rodziców „podmiotem" niezależnie od tego czy decyzją ustawodawcy zdolność prawna mu przysługuje czy też nie. Źródła podmiotowości prawnej *nasciturusa* rozumianej szerzej, na tle całego systemu prawnego, można doszukiwać właśnie w przysługującej mu godności ludzkiej[60].

III. Kilka uwag na tle art. 8 k.c.

W kontekście powyższych uwag, należy teraz wskazać, jaką decyzję w przedmiocie posiadania przez *nasciturusa* zdolności prawnej podjął polski ustawodawca. I tak, w polskim systemie prawa cywilnego to art. 8 kodeksu cywilnego jest kluczowy w kontekście zagadnienia

---

[57] *Ibidem*.

[58] Tak, L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.*, s. 276-277. Por. też A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne, Zarys części ogólnej,* wyd. II, Warszawa 2001, s. 128. Autorzy trafnie wskazali, że źródłem praw podmiotowych, jako kategorii prawnej, w szczególności cywilnoprawnej, jest porządek prawny (prawo w znaczeniu przedmiotowym); determinantą porządku prawnego w tym zakresie jest natomiast zespół wartości, na które powołuje się Konstytucja, zwłaszcza godność człowieka, które to wartości wpływają na treść decyzji prawodawczych kształtujących prawa podmiotowe przysługujące podmiotom stosunków cywilnoprawnych, stanowiące treść tych stosunków.

[59] Por. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…,* s. 61-62; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.,*, s. 17. Autorka wskazała, że „wydaje się, że przyznana człowiekowi w fazie prenatalnej godność oraz wiążąca się z nią podmiotowość, a w jej ramach realizowana ochrona życia i zdrowia zapewniona przez ustawodawcę w przepisach Konstytucji, kodeksu cywilnego, kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a także ta którą zapewnia ustawodawca np. w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty, musi być na gruncie prawa cywilnego rozpatrywana także w kontekście zdolności prawnej dziecka poczętego".

[60] Por. J. Haberko, *Status cywilnoprawny…*, *op. cit.,* s. 17. Autorka wskazała, że fakt ten oznacza, że nawet w razie nieuzyskania zdolności prawnej wobec faktu martwego urodzenia nie można odmówić dziecku martwo urodzonemu przymiotu podmiotu prawa. Zob. także R. Majda [w:] *Komentarz..., op.cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 19, s. 165. Autor ten jednoznacznie wskazał, że *nasciturus* jest człowiekiem i podlega takiej samej ochronie, jak każdy inny człowiek, zatem nieprzyznanie zdolności prawnej *nasciturusowi*, w żaden sposób nie wpływa na jego podmiotowość prawną w znaczeniu ogólnym. Tak też P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 6, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

zdolności prawnej. Zgodnie z art. 8 § 1 k.c., każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną. Mimo tego, że zdolność prawna przysługuje dopiero osobie urodzonej, to atrybut człowieczeństwa istota ludzka posiada już przed urodzeniem: od momentu zapłodnienia komórki jajowej[61], który to proces szczegółowo zostanie omówiony w następnym rozdziale.

W ramach realizacji postulatu ochrony życia od jego poczęcia, w ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[62], dokonano zmiany treści art. 8 k.c. poprzez dodanie § 2, który brzmiał: „Zdolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe". Przepis ten zatem składał się z dwóch części: w pierwszej przyznano *nasciturusowi* pełną zdolność prawną w odniesieniu do praw niemajątkowych, a w drugiej przyznano mu zdolność warunkową w zakresie praw majątkowych[63]. *Nasciturus* posiadał wówczas szeroką ochronę prawną, a kwestia posiadania przez niego zdolności prawnej była wyraźnie uregulowana, co oceniano w doktrynie pozytywnie[64]. W świetle preambuły do ustawy o planowaniu rodziny: „życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy do podstawowych obowiązków państwa, społeczeństwa i obywatela". Z kolei art. 1 ust. 1 ustawy stanowił, że „Każda istota ludzka ma od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia", a art. 1 ust. 2: „życie i zdrowie dziecka od chwili jego poczęcia pozostają pod ochroną prawa". Oprócz dodania do art. 8 k.c. przytoczonego § 2, wprowadzono również do kodeksu cywilnego art. 446^1, który stanowi, że z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem.

Dokonane zmiany idące w kierunku wzmocnienia sytuacji prawnej *nasciturusa* nie wytrzymały jednak długo. Zaledwie trzy lata po nowelizacji, w roku 1996 zmieniono ustawę o planowaniu rodziny, jej art. 1, w którym stwierdzono, że „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie"; skreślono § 2 w art. 8 k.c., a do art. 446^1 k.c. dodano zdanie drugie, stanowiące, że „dziecko nie może dochodzić swoich roszczeń w stosunku do matki", co ostatecznie zostało uznane za niezgodne z Konstytucją RP[65].

Intencja ustawodawcy, który w krótkich odstępach dokonuje tak skrajnych zmian nie była postrzegana jednolicie[66]. Z jednej strony, wskazywało się w doktrynie, że zamiarem ustawodawcy,

---

[61] Por. T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz,* pod red. A. Kidyby, t. I, część ogólna, Warszawa 2009, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 1, s. 51.

[62] Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późń. zm., dalej zwana także: ustawa o planowaniu rodziny.

[63] Por. T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny..., op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 17, s. 57. Autor jako przykład zastosowania tej regulacji podał orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1996 roku (III ARN 96/95, OSNP 1996, nr 24, poz. 366) wskazujące, że pojęcie „osoby podlegającej represjom hitlerowskich obozach koncentracyjnych" obejmuje także dziecko poczęte, jeżeli urodziło się żywe.

[64] Por. A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1994, z. 3, s. 61.

[65] Por. *ibidem*, teza nr 10-11, s. 54-55

[66] Zob. O. Nawrot, *Nienarodzony na ławie oskarżonych*, Toruń 2007, s. 283-289.

który dokonał kolejnej nowelizacji było zaakcentowanie, że dziecko poczęte stanowi w zasadzie taki sam podmiot prawa jak dziecko już urodzone i nie ma potrzeby różnicowania ich sytuacji cywilnoprawnej. Z drugiej zaś strony, interpretacja poszła w kierunku zdecydowanie niekorzystnym dla *nasciturusa*. Tytułem przykładu należy wskazać na orzeczenie WSA w Białymstoku z 27 października 2005 r.[67], w którym sąd ten stwierdził, że uchylenie § 2 w art. 8 k.c. spowodowało po stronie *nasciturusa* „generalne ograniczenie możności warunkowego stania się podmiotem praw" i jest to obecnie dopuszczalne tylko na podstawie przepisów szczególnych. Sam art. 8 k.c. nie zapewnia dziecku poczętemu żadnej ochrony prawnej. Jak słusznie zauważa się w doktrynie, zdolność prawna ma znaczenie w kontekście funkcjonalnym, albowiem umożliwia podmiotom występowanie w obrocie cywilnoprawnym. Zatem nawet jeśli jakiś podmiot nie został wyposażony w zdolność prawną, nie oznacza to, że z punktu widzenia prawa w ogóle, również prawa cywilnego, nie jest on podmiotem prawa[68]. Dlatego też, należy zgodzić się ze stanowiskiem, że nie można traktować usunięcia tego przepisu w 1996 r. jako wyraz ustawodawcy pomniejszenia wartości *nasciturusa.* Głos w dyskusji na ten temat zabrał również Trybunał Konstytucyjny we wspomnianym już orzeczeniu z 28 maja 1997 r.[69], w którym wskazał, że uchylenie art. 8 § 2 k.c., zgodnie z którym dziecko poczęte także ma zdolność prawną, nie uzasadnia tezy o pozbawieniu go podmiotowości prawnej, która przynależy każdemu człowiekowi. Jak podkreślił Trybunał, podmiotowość jest kategorią powszechną i nadrzędną względem funkcjonalnej cywilistycznej konstrukcji zdolności prawnej. Derogacja tego przepisu w żadnym razie nie może uzasadniać wyłączenia czy ograniczenia ochrony interesów *nasciturusa*, a w szczególności jego godności i innych dóbr osobistych[70]. Trybunał zauważył ponadto, że „zdolność prawna, o której mówią przepisy kodeksu cywilnego, ma charakter czysto funkcjonalny i odnosi się wyłącznie do instytucji prawa cywilnego. W szczególności nie można utożsamiać zdolności prawnej określonej w art. 8 z podmiotowością prawną w całym systemie prawa. Podmiotowość prawna przynależna jest każdemu człowiekowi. Zdolność prawna w zakresie prawa cywilnego może być natomiast uzależniona od etapu rozwoju życia ludzkiego"[71]. Rozważania Trybunału Konstytucyjnego zasługują na aprobatę. Stanowisko zajęte przez Trybunał łączy się bezpośrednio z przyjęciem przedstawionej powyżej koncepcji, że zdolność i podmiotowość prawna

---

[67] II SA/Bk 503/05, Lex nr 173719, [za:] T. Sokołowski, *Sytuacja prawna nasciturusa w art. 9 Projektu Kodeksu Cywilnego*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny 2009, z. 2, s. 189-190.

[68] Tak, R. Majda [w:] *Komentarz...*, *op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 3-4, s. 158-159.

[69] K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19.

[70] L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii, Zbiór orzeczeń z komentarzami* pod red. M. Safjana, Warszawa 2011, teza nr 5, s. 44.

[71] Por. R. Majda [w:] *Komentarz... op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 4, s. 158. Autor stwierdza, że uzasadnienie TK wskazuje na pierwotność zagadnienia podmiotowości prawnej w stosunku do norm prawa cywilnego. Pogląd ten zasługuje na aprobatę. Por. też szeroko o powyższym orzeczeniu T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny..., op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 19-23, s. 59-62.

są odrębnymi kategoriami prawnymi i *nasciturus* może być podmiotem prawa nawet bez wyposażenia go przez ustawodawcę w zdolność prawną. Wynika to z nadrzędności człowieczeństwa i pojęcia podmiotowości prawnej nad konstrukcją zdolności prawnej, która jest wytworem wtórnym i sztucznym, mającym znaczenie czysto funkcjonalne. Należy zatem jeszcze raz wyraźnie podkreślić, że decyzja ustawodawcy o niewyposażeniu *nasciturusa* w zdolność prawną, nie świadczy o pozbawieniu go podmiotowości prawnej w znaczeniu ogólnym[72].

Na uwagę i całkowitą aprobatę zasługuje analiza dokonana przez T. Sokołowskiego, który z art. 8 § 1 k.c. wyprowadził sześć ważnych wniosków. Wskazał on, że: „Po pierwsze, *a contrario* wynika z niego stwierdzenie, że „do chwili urodzenia" człowiek nie ma zdolności prawnej. Po drugie, nie wynika jednak z tego przepisu, że ustawodawca kiedykolwiek przyjął, że istota ludzka nabywa w ogóle człowieczeństwo z chwilą narodzenia. Po trzecie, nie wynika też ze wskazanej przesłanki, że istota ludzka jakoby miałaby nabywać „pełne człowieczeństwo" dopiero z chwilą urodzenia. Tak nie jest: człowiek nabywa z chwilą narodzin tylko „zdolność prawną" (a także art. obywatelstwo), ale nie nabywa, i to żadną miarą, swojego „człowieczeństwa", które ma już przedtem. Nie jest ono ponadto stopniowalne, chociaż sam rozwój człowieka dokonuje się stopniowo. Po czwarte, w chwili urodzenia osoba posiada już atrybut człowieczeństwa, który przysługiwał jej także jeszcze przed urodzeniem. Człowieczeństwo *nasciturusa* wynika z jego pochodzenia od istot ludzkich, czyli od kobiety i mężczyzny, a zatem z posiadania „człowieczego genotypu". Po piąte, zdarzenia mające miejsce w czasie życia płodowego człowieka, zwłaszcza doznane urazy i szkody, są zdarzeniami, które miały miejsce w życiu tego konkretnego człowieka, są elementami historii jego życia, art. inwalidztwo dziecka wynikające z omyłkowego podania niewłaściwego leku jego matce w czasie ciąży. Po szóste, brak także jakiejkolwiek cywilnoprawnej przesłanki, aby różnicować „człowieczy statut" *nasciturusa* w czasie, czyli dzielić okres prenatalny na jakiekolwiek „podokresy", w których *nasciturus* miałby różną sytuację prawną"[73]. Myśli te stanowią doskonały punkt wyjścia do dalszych rozważań zawartych w tej pracy.

IV. Ochrona zapewniona dziecku poczętemu w poszczególnych przepisach prawa cywilnego

Niezależnie od chwiejnej polityki ustawodawcy polskiego, wyeliminowanie pojęcia „zdolności prawnej *nasciturusa*" z kodeksu cywilnego nie pozbawiło go ochrony prawnej, która jest

[72] Tak też, R. Majda [w:] *Komentarz... op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 19, s. 165.
[73] T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.*, pkt 1, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.).

mu zapewniona w określonych przepisach prawa obligacyjnego, spadkowego i rodzinnego[74].

1. Dziecko poczęte może być zarówno spadkobiercą jak i zapisobiercą – art. 927 § 2 k.c. i art. 972 k.c.

Pozycja *nasciturusa* ulega wzmocnieniu w zakresie prawa spadkowego. Co do zasady bowiem zdolność do dziedziczenia, a więc zdolność stania się spadkobiercą, czyli nabycia praw i obowiązków tworzących spadek posiadają jedynie osoby żyjące w chwili otwarcia spadku, a więc w chwili śmierci spadkodawcy (art. 927 § 1 k.c.). Ustawodawca od powyższej zasady uczynił wyjątek i przyznał w przepisie art. 927 § 2 k.c. zdolność dziedziczenia dziecku poczętemu w chwili otwarcia spadku, jeżeli urodzi się żywe. Przyjmuje się w doktrynie, że warunek ten ma charakter zawieszający, a jego ziszczenie się wywołuje skutki prawne *ex tunc*[75]. Dziecko poczęte, ale jeszcze nie urodzone, może być po określonym spadkodawcy zarówno spadkobiercą testamentowym, jak i spadkobiercą ustawowym[76].

Artykuł 972 k.c. odsyła ponadto do przepisów o zdolności dziedziczenia w przypadku zapisu zwykłego. Odesłanie z art. 972 k.c. nie znajdzie natomiast zastosowania do zapisu windykacyjnego w zw. z art. 981^6 k.c.[77] Tożsama materia została bowiem samodzielnie uregulowana na potrzeby zapisu windykacyjnego w art. 981^5 k.c.[78] Zatem *nasciturus* na tych samych warunkach może być

---

[74] Por. J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny... op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., nb. 15, s. 35, który określa te przepisy „szczególnymi". Zob. także P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, wyd. 30, Warszawa 2022, komentarz do art. 8 k.c. tezy nr 16-17, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.). Autor ten nie nazywa tych przepisów „szczególnymi", wskazując jedynie trafnie, że „szereg przepisów chroni pozycję *nasciturusa* poprzez przyznanie określonych praw dziecku po urodzeniu, których źródłem są zdarzenia z okresu prenatalnego"; J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona...*, *op. cit.,* s. 72-73.

[75] Tak, B. Kordasiewicz (red.), *Prawo spadkowe, System Prawa Prywatnego*, tom 10, wyd. 3, Warszawa 2015, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.). Autor precyzuje jednak, że nazywanie tej zdolności „warunkową" nie jest ścisłe, albowiem okoliczność, że dziecko urodzi się żywe, nie jest warunkiem w techniczno-prawnym znaczeniu tego słowa, lecz stanowi *conditio iuris*, jeden z elementów stanu faktycznego, który musi się spełnić, aby dziecko, będące w chwili otwarcia spadku tylko płodem w łonie matki, mogło ten spadek dziedziczyć. Dodał, że mówiąc o warunkowej zdolności prawnej *nasciturusa,* należy mieć na myśli stan zawieszenia, jaki istnieje, dopóki nie nastąpiła realizacja owej *conditio iuris*. Z kolei, realizacja przesłanki wymagającej, aby dziecko urodziło się żywe, wywiera skutek wsteczny od chwili otwarcia spadku. Zauważył on bowiem, że przepis art. 90 k.c., stanowiący, że ziszczenie się warunku nie ma mocy wstecznej, nie wchodzi tu w grę, ponieważ odnosi się on do warunku w ścisłym tego słowa znaczeniu. Uwagi te są zasadne. Tak też, W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz,* red. Konrad Osajda, 2022, wyd. 30, komentarz do art. 927 k.c., nb. 20-21.1. Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.); M. Pazdan, *Zdolność dziedziczenia w polskim prawie prywatnym międzynarodowym,* Studia Cywilistyczne, s. T. 21, 1974, s. 109 i n.; T. Felski, *Wpływ warunkowej zdolności do dziedziczenia na postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku,* Nowe Prawo 1986, nr 11-12, s. 40; A. Dyoniak, *Pozycja* nasciturusa *na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1994, z. 3, s. 49-52; S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte..., op. cit.,* s. 83-89 oraz K. Pietrzykowski, [w:] *Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 7, Warszawa 2021, komentarz do art. 75 k.r.o., Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.).

[76] Tak, W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny…, op. cit.*, komentarz do art. 927 k.c., nb. 25. Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

[77] Stosownie do treści art. 981^6 k.c. w sprawach nieuregulowanych w niniejszym rozdziale oraz w przepisach szczególnych do zapisu windykacyjnego stosuje się odpowiednio przepisy o zapisie zwykłym.

[78] Zgodnie z art. 981^5 k.c. przepisy o powołaniu spadkobiercy, przyjęciu i odrzuceniu spadku, o zdolności do

spadkobiercą, zapisobiercą zwykłym oraz zapisobiercą windykacyjnym. Dodatkowo należy wskazać na przepis art. 994 § 2 zd. 2 k.c., gdzie została przewidziana szczególna ochrona *nasciturusa* w zakresie ustalania jego zachowku – ustawodawca przewidział wyjątek od zasady niezaliczania do spadku darowizn w przypadku spadkodawcy, który nie miał zstępnych – reguła ta nie ma zastosowania w przypadku darowizn uczynionych na 300 dni przed urodzeniem się zstępnego. W doktrynie pojawiają się głosy, że jest to przykład regulacji, w której ustawodawca przyjmuje swoistą fikcję terminu poczęcia – bez względu na rzeczywisty jego termin za moment poczęcia przyjmuje się bowiem 300. Dzień przed urodzeniem się zstępnego spadkodawcy[79].

2. Możliwość uznania ojcostwa dziecka poczętego – art. 75 § 1 k.r.o. i art. 75^1 k.r.o.

W art. 75 k.r.o. ustawodawca wyraźnie przyznał możliwość uznania dziecka poczętego i nieurodzonego. Należy jednak podkreślić, że uznanie to staje się skuteczne dopiero z chwilą urodzenia, ponieważ z tą chwilą powstają wszelkie prawa i obowiązki rodzicielskie[80]. W doktrynie można spotkać stanowisko, że należy stosować analogicznie przepisy, które określają dla innych wypadków najdłuższy okres ciąży (art. 62 § 1 k.r.o., art. 85 § 1 k.r.o.), i przyjąć, że uznanie dziecka nieurodzonego jest skuteczne tylko o tyle, o ile dziecko urodzi się przed upływem 300 dni od daty jego domniemanego poczęcia. Jako datę domniemanego poczęcia należy uważać datę wskazaną przez mężczyznę w akcie uznania, a gdyby to nie nastąpiło – datę uznania[81]. W przypadku nienarodzenia się dziecka w tym terminie, niektórzy przedstawiciele doktryny uważają takie uznanie za nieskuteczne[82].

Już w tym miejscu sygnalizuję, że ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności dodany został art. 75^1 k.r.o., w którym to przepisie ustawodawca polski wyraźnie przewidział możliwość uznania ojcostwa dziecka poczętego *in vitro.* Nowa regulacja zostanie dokładnie omówiona w dalszej części pracy, w rozdziale IV, poświęconym w szczególności sytuacji prawnej

---

dziedziczenia i o niegodności stosuje się odpowiednio do zapisów windykacyjnych.

79 Tak, R. Majda [w:] *Komentarz...,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 31, s. 170.

80 Tak, *ibidem*, teza nr 32, s. 170. Por. też K. Pietrzykowski [w:] *Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 75 k.r.o., nb. 6, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

81 Tak, J. Ignatowicz [w:] *Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, 1975, s. 536 oraz K. Pietrzykowski, *Komentarz... op. cit.,* komentarz do art. 75 k.r.o., nb. 7, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

82 Tak, K. Pietrzykowski, *Komentarz…,* komentarz do art. 75 k.r.o., nb. 11, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.). Jak wskazał zdaniem J. Gwiazdomorskiego*, Uznanie ojcostwa dziecka,* Biblioteka Palestry, Warszawa 1976, s. 20 i K. Piaseckiego, *Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego,* 2009, s. 689*,* stanowisko J. Ignatowicza budzi wątpliwości. Wątpliwości są uzasadnione zwłaszcza biorąc pod uwagę techniki wspomaganego rozrodu w wyniku których może dojść do poczęcia dziecka i urodzenia w terminie dużo bardziej odległym jak 300 dni. Ustawodawca polski już wyraźnie wprowadził dla takich przypadków termin 2-letni (por. przepis art. 75^1 § 2 k.r.o.). Kwestia ta będzie przedmiotem analizy w rozdziale IV.

embrionowi *in vitro* oraz analizie ustawy o leczeniu niepłodności.

Aktualnie dominuje natomiast w doktrynie pogląd o niedopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego, a nie urodzonego[83].

3. Koszt utrzymania dziecka poczętego – art. 142 k.r.o.

W świetle art. 142 k.r.o. matka dziecka w sytuacji uwiarygodnionego ojcostwa mężczyzny nie będącego jej mężem może żądać, ażeby mężczyzna jeszcze przed urodzeniem przez nią dziecka przyczyniał się do kosztów utrzymania matki przez trzy miesiące w okresie porodu oraz do kosztów utrzymania dziecka przez pierwsze trzy miesiące po urodzeniu dziecka. Roszczenie, o którym mowa w tym przepisie ma na celu nie tylko ochronę interesu prawnego kobiety, ale także jej nienarodzonego jeszcze dziecka. Nawet jeżeli dziecko nie jest bezpośrednio wskazane jako podmiot tego roszczenia, to jest także odbiorcą wskazanego świadczenia alimentacyjnego[84]. Ma, wszakże na celu zabezpieczenie, jeszcze przed urodzeniem się dziecka, niezbędnych środków na utrzymanie dziecka i matki w najtrudniejszym dla niej okresie[85]. Nie ulega zatem wątpliwości, że jest to środek prawny służący ochronie prawnej interesów *nasciturusa* jeszcze w fazie prenatalnej jak i bezpośrednio po jego urodzeniu.

4. *Curator ventris* – art. 182 k.r.o.

Na podstawie art. 182 k.r.o. ustanawia się kuratora dla strzeżenia przyszłych praw dziecka poczętego – chodzi o zabezpieczenie przez kuratora pewnych praw do czasu żywego urodzenia, które dziecko poczęte nabędzie. Może on w szczególności uczestniczyć w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku po spadkodawcy (art. 510 w zw. z art. 669 i n. kodeksu postępowania cywilnego[86]) oraz dokonywać czynności zabezpieczających (art. 633 i n. k.p.c.)[87]. Potrzeba ustanowienia kuratora

---

[83] Tak, R. Majda [w:] *Komentarz... op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 32, s. 170-171. Odmiennie: B. Walaszek, *Nasciturus..., op. cit.,* s. 129, który uważa, że pogląd o dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa przed urodzeniem dziecka należy uznać za uzasadniony; J. Mazurkiewicz, *Dopuszczalność sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego*, RPEiS 1974, z. 4, który uznaje *de lege lata* za dopuszczalne sądowe ustalenie ojcostwa. Zob. także S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte..., op. cit.,* s. 87-88, który twierdzi, że jest to postulat jedynie *de lege ferenda*.

[84] Tak, T. Sokołowski, *Sytuacja prawna nasciturusa..., op. cit.,* s. 196.

[85] Tak, K. Pietrzykowski, *Komentarz...*, *op. cit.,* komentarz do art. 142 k.r.o., nb. 1, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

[86] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 z późń. zm. dalej zwany: k.p.c.

[87] Por. E. Skowrońska-Bocian [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, pod red. E. Skowrońskiej-Bocian, wyd. 9, Warszawa 2008, komentarz do art. 927 k.c., teza nr 4, s. 46-47; J. Kremis [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 5, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Warszawa 2013, komentarz do art. 927 k.c., nb. 1, 5-9, s. 1569.

wiąże się z tym, że władza rodzicielska powstaje dopiero z chwilą urodzenia się dziecka, zatem do momentu urodzenia rodzice nie są przedstawicielami ustawowymi *nasciturusa*[88]. W doktrynie podkreśla się, że kuratora ustanawia się dopiero wtedy, gdy istnieje potrzeba strzeżenia przyszłych praw dziecka i gdy nie mogą tego czynić sami rodzice[89]. Z drugiej strony twierdzi się, że kuratorem dziecka poczętego może być również jego rodzic[90], co z kolei nakazuje odrzucić pogląd, że kuratora wyznacza się tylko wtedy, gdy przyszłych praw dziecka nie mogą strzec jego rodzice[91]. Wskazuje się również, że to status prawny *nasciturusa*, tj. „istoty ludzkiej nie mającej jeszcze podmiotowości prawnej ani nie podlegającej władzy rodzicielskiej", wymaga ustanowienia w razie potrzeby kuratora[92]. Trzeba jednak powiedzieć, że potrzeba ustanowienia w określonych przypadkach kuratora nie wiąże się z brakiem podmiotowości prawnej *nasciturusa*, bo taką on posiada, a z brakiem posiadania zdolności prawnej i niemożnością samodzielnego strzeżenia praw, które będzie mógł realizować dopiero po urodzeniu. W doktrynie pojawiło się również stwierdzenie, że prawa przyszłe *nasciturusa* mogą być chronione przez kuratora ustanowionego zgodnie z art. 182 k.r.o. i do czasu jego urodzenia są prawami bezpodmiotowymi[93]. Większość przedstawicieli doktryny słusznie odrzuca jednak możliwość istnienia praw podmiotowych „bez ich podmiotu", co bezpośrednio łączy się z koniecznością postawienia spójnej systemowo tezy, że *nasciturus* posiada podmiotowość prawną. Owszem, art. 182 k.r.o. stanowi o „przyszłych prawach dziecka", jednak w żadnym razie nie można z tego wyciągać wniosku, że podmiot tych praw również jest „przyszły". Innymi słowy, wprawdzie prawa są przyszłe, w tym znaczeniu, że dziecko będzie mogło je wykonywać i nabędzie je definitywnie dopiero po urodzenia, ale podmiot tych praw już istnieje[94].

---

[88] Por. R. Majda [w:] *Komentarz... op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 34, s. 171; T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.*, s. 18-19. Spotkać się można jednak z poglądem, że rodzice są przedstawicielami ustawowymi dziecka jeszcze przed jego urodzeniem; por. J. Mazurkiewicz, *Przedstawiciel ustawowy dziecka poczętego*, Państwo i Prawo 1988, nr 1, s. 101.

[89] Por. T. Smyczyński, *ibidem*, s. 19 oraz przytoczoną tam literaturę: J. Ignatowicz, [w:] *System prawa rodzinnego*, s. 1195; B. Walaszek, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971, s. 241; A. Zieliński, *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975, s. 290.

[90] Wobec rozwoju technik wspomaganego rozrodu nie jest sprawą prostą odpowiedź na pytanie kto jest „rodzicem" dziecka poczętego. Kwestia ta na gruncie prawa polskiego będzie przedmiotem analizy w rozdziale IV. Już w tym miejscu należy jednak wskazać, że w zależności od rodzaju techniki, dziecko może mieć rodziców biologicznych, którzy są dawcami materiału genetycznego jak też „prawnych", czyli tych którzy są w świetle prawa uznani za rodziców konkretnego dziecka. Ustawodawca polski zaznaczył w art. 61^9 k.r.o., że matką dziecka, jest kobieta, która je urodziła, niezależnie od tego czy biologicznie dziecko od niej pochodzi.

[91] Tak, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.*, s. 19.

[92] *Ibidem*, s. 20. Należy zwrócić uwagę, że autor ten używa zamiennie pojęcia podmiotowości prawnej i zdolności prawnej. Jak zostało natomiast wskazane powyżej fakt, że ustawodawca polski nie przyznał nasciturusowi zdolności prawnej wcale nie oznacza, że dziecko poczęte nie stanowi w określonych przypadkach podmiotu praw (a raczej ich ekspektatyw, definitywnie nabywa je dopiero z momentem narodzin).

[93] Por. R. Majda [w:] *Komentarz..., op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 40, s. 175; T. Smyczyński, *ibidem,* s. 18-20.

[94] Tak, T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny..., op. cit,* s. 54. Autor wskazuje, że wprawdzie prawa są przyszłe, ale „podmiot stanu rzeczy obejmującego te ekspektatywy już istnieje (jest teraźniejszy)". Por. także L. Bosek, *Gwarancje...,* s. 300 i literaturę tam przywołaną.

Na końcu należy wskazać, że zasadniczo kurator powoływany jest, aby zabezpieczać prawa majątkowe dziecka poczętego. Powstaje pytanie, czy przysługuje mu uprawnienie do strzeżenia życia nienarodzonego dziecka – tzn. czy sprawuje również pieczę nad osobą *nasciturusa*? W doktrynie zauważa się, że dochodzi do absurdalnej sytuacji w razie odmówienia kuratorowi tego uprawnienia, albowiem w razie nieurodzenia się dziecka, zabezpieczenie jego praw jedynie majątkowych stanie się bezprzedmiotowe. Formułowany jest w konsekwencji postulat *de lege ferenda*, że skoro kurator ma kierować się dobrem dziecka, takie uprawnienie powinno mu przysługiwać[95]. Postulatowi temu wychodzi naprzeciw projekt nowego kodeksu cywilnego[96]. O ile sama idea możliwości ustanowienia kuratora dla dziecka poczętego, nie tylko w celu strzeżenia przyszłych praw dziecka, ale również praw przysługujących *nasciturusowi*, jest słuszna, należy poczynić pewne zastrzeżenie. Kurator mógłby strzec praw *nasciturusa*, takie jak przysługujące mu prawo do zdrowia lub życia, jednak jedynie w granicach prawa. Zatem, o ile zasadna jest ochrona dziecka poczętego przez kuratora w razie, kiedy jego życie lub zdrowie narażone jest na niebezpieczeństwo (przykładowo w razie konieczności zastosowania terapii prenatalnej na którą rodzice nie wyrażają zgody), to kurator nie mógłby sprzeciwić się zabiegowi usunięcia ciąży w razie zajścia któregoś z przypadków wymienionych w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny. Odmienna interpretacja prowadziłaby w zasadzie do całkowitego zakazu aborcji, ponieważ zawsze ustanowiony kurator mógłby się temu sprzeciwić kierując się dobrem dziecka. Taka wykładnia sprawiłaby, że prawo kobiety do dokonania aborcji w dwóch dozwolonych prawem przypadkach stałoby się w istocie iluzoryczne[97].

---

[95] J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona..., op. cit,* s. 88-90.

[96] Zgodnie z projektem nowego kodeksu cywilnego, to przepis art. 39 kodeksu cywilnego regulowałby kwestię *curator ventris* i miałby następującą treść: „§ 1. Dla dziecka poczętego ustanawia się kuratora, jeżeli jest to potrzebne do strzeżenia praw przysługujących dziecku oraz jego praw przyszłych. § 2. Kuratela ustaje z chwilą urodzenia się dziecka."

[97] Należy wskazać, że zgodnie z art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78) przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w dwóch przypadkach: gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (pkt 1) oraz zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (pkt 3). Trzeci przypadek dopuszczalności aborcji (pkt 2 ww. przepisu), tj., gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, która była przewidziana w art. 4a ust. 1 pkt 2 ww. ustawy został uznany za niezgodny z art. 38 w zw. z art. 30 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 175). Utrata mocy tego przepisu nastąpiła 27 stycznia 2021 r. Od tej daty dokonanie aborcji jest prawnie niedopuszczalne w razie zaistnienia sytuacji objętej dyspozycją ww. przepisu. Wyrok ten wzbudził ogromne kontrowersje zarówno wśród prawników, jak i całej społeczności polskiej i za granicą. Akcje protestacyjne nazwane tzw. „czarnymi marszami" organizowane przez rzesze Polek ogarnęły cały kraj. Wyrok ten został przez dużą część polskiego społeczeństwa odebrany jako zamach na wolność wyboru kobiety znajdującej się w sytuacji, kiedy dowiaduje się, że jej dziecku grozi ciężkie i nieodwracalne upośledzenie albo nieuleczalna choroba zagrażająca jego życiu, a mimo to odebrano jej możliwość podjęcia decyzji czy chce kontynuować czy zakończyć ciążę.

5. Roszczenie *nasciturusa* o naprawienie szkód doznanych przed urodzeniem – art. 446^1 k.c.

W przepisie art. 446^1 k.c. ustawodawca przyznał każdemu człowiekowi prawo żądania naprawienia szkód doznanych przez urodzeniem. Przepis został wprowadzony w roku 1993 ustawą o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, co wiązało się z ówczesną ideą ochrony życia od poczęcia. Wprowadzenie tego przepisu stanowi wzmocnienie pozycji dziecka poczętego i zapewnienie mu szerszej ochrony. Powyżej zostało już wspomniane, że w roku 1996 ustawodawca przy okazji uchylenia § 2 art. 8 dodał do przepisu art. 446^1 k.c. zdanie drugie o treści: „Dziecko nie może dochodzić tych roszczeń w stosunku do matki". Zdanie to utraciło jednak moc 22 grudnia 1997 roku na mocy obwieszczenia Prezesa TK z dnia 18 grudnia 1997 roku[98]. Analizując te roszczenie, należy wskazać, że dziecko może żądać naprawienia szkody lub krzywdy dopiero z chwilą żywego urodzenia i jego zdolność deliktowa powstaje z tą chwilą, ponieważ dopiero wtedy dziecko wystąpić może jako podmiot roszczenia odszkodowawczego[99]. Natomiast na mocy art. 446^1 k.c. działanie szkodzące skierowane przeciwko *nasciturusowi* jest bezprawne w czasie przed jego urodzeniem i już w tym czasie może powstać szkoda. Innymi słowy, z chwilą urodzenia aktualizuje się, co prawda, roszczenie, ale bezprawne zdarzenie szkodzące oraz szkoda i związek przyczynowy mają miejsce wcześniej (tj. w fazie prenatalnej rozwoju dziecka). Szkoda pozostająca w adekwatnym związku przyczynowym ze zdarzeniem szkodzącym może bowiem, w zależności od konkretnego stanu faktycznego, powstać jeszcze przed urodzeniem bądź dopiero po urodzeniu. Przykładowo, nienależyte wykonanie badania USG przez lekarza i przeoczenie wady płodu, która mogłaby zostać z łatwością naprawiona za pomocą terapii prenatalnej na początku ciąży może spowodować dodatkowe koszty jeszcze przed urodzeniem się dziecka (koszt dodatkowych badań art.) albo już po urodzeniu (koszt zabiegów, leków, specjalistycznej opieki nad dzieckiem). W istocie, szkodą będą wszystkie powstałe koszty wskutek zaniedbania lekarza, które nie powstałyby w razie należytego wykonania badania USG i dostrzeżenia wady płodu od razu. W doktrynie zauważa się jednak, że art. 446^1 k.c. nie chroni dziecka w sposób wystarczający, bowiem może się zdarzyć, że niemożliwe będzie wystąpienie z tym powództwem, jeśli szkody będą na tyle poważne, że dziecko w ogóle się nie urodzi[100].

Niektórzy w doktrynie podnoszą, że konstrukcja przyjęta w art. 446^1 k.c. przypomina tę z art. 927 k.c., ponieważ w obu sytuacjach występuje warunek żywego urodzenia – zatem *nasciturusowi*

---

[98] Por. R. Majda [w:] *Komentarz..., op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 30, s. 170.
[99] Zob. W. Bendza, *Zdolność prawna…, op. cit.*, s. 37-39.
[100] J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona..., op. cit.,* s. 84.

przysługuje w tych wypadkach warunkowa zdolność prawna pod warunkiem zawieszającym, mimo uchylenia § 2 art. 8 k.c.[101]. Można z tym poglądem polemizować. Owszem, *nasciturusowi* przysługuje podmiotowość prawna pomimo usunięcia § 2 art. 8 k.c. i tego ustawodawca go nie pozbawił (bo to nie ustawodawca decyduje o istnieniu bądź nieistnieniu podmiotowości prawnej), jednak ciężko zasadnie twierdzić, że *nasciturusowi de lege lata* przysługuje zdolność prawna. Artykuł 927 § 2 k.c. zapewnia *nasciturusowi* ochronę prawną w zakresie prawa spadkowego poprzez wyposażenie go w zdolność dziedziczenia w chwili otwarcia spadku, jeżeli urodzi się żywe. Natomiast omawiany art. 446^1 k.c. zapewnia *nasciturusowi* ochronę w zakresie prawa deliktowego poprzez wyraźne wskazanie, że każdy z chwilą urodzenia może żądać naprawienia szkód powstałych w fazie przedurodzeniowej. Jasne jest, że w obu tych przypadkach warunkiem jest żywe urodzenie się dziecka jednak nie jest to warunek w ścisłym tego słowa znaczeniu, a raczej *conditio iuris*, jeden z elementów stanu faktycznego, który musi się spełnić, aby dziecko mogło bądź dziedziczyć, bądź stać się podmiotem roszczenia odszkodowawczego. Brak jednak podstaw, aby twierdzić, że *nasciturus* został w tych dwóch sytuacjach wyposażony w warunkową zdolność prawną. Na potwierdzenie tej tezy należy wskazać, że jeszcze przed wejściem w życie art. 446^1 k.c. Sąd Najwyższy w zasadzie uznawał, że dziecko może po urodzeniu żądać naprawienia szkód, które zostały mu wyrządzone po poczęciu czynem niedozwolonym skierowanym przeciwko matce[102]. W orzecznictwie i doktrynie trafnie podnoszono, że byt tego roszczenia nie musi wcale zależeć od posiadania zdolności prawnej podmiotu tego roszczenia w chwili nastąpienia zdarzenia powodującego szkodę. Zasadność przyznania takiego roszczenia – mimo braku wyraźnej podstawy – tłumaczona była możliwością zachodzenia pomiędzy działaniem, skierowanym przeciwko matce ciężarnej, a szkodą doznaną – wskutek tego samego działania – przez urodzone później dziecko normalnego związku przyczynowego w znaczeniu wynikającym z art. 361 § 1 k.c.[103]. Normalny związek przyczynowy

---

[101] Por. T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny..., op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 25-26, s. 62-63.

[102] Por. wyrok SN z dnia 8 stycznia 1965 roku, II CR 2/65, z glosami A. Szpunara, OSPiKA 1967, z. 9, poz. 220, M. Sośniaka, PiP 1967, z. 10, poz. 636; wyrok SN z dnia 3 maja 1967 roku, II PR 120/67, OSNC 1967, nr 10, poz. 189 z glosami A. Szpunara, PiP 1968, z. 1, s. 151, S. Szera, NP 1968, nr 1, s. 121; wyrok SN z dnia 29 maja 1996 roku, III ARN 96/95, OSNAP 1996, nr 24, poz. 366 i inne orzeczenia dotyczące sytuacji prawnej *nasciturusa*: wyrok SN z dnia 7 października 1971 r., III CRN 255/71, OSP 1972, z. 9, poz. 170, z glosą B. Walaszka, OSPiKA 1972, nr 9, s. 415, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że wyznaczenie uposażonego (w § 3 ogólnych warunków ubezpieczenia następstw nieszczęśliwych wypadków) nie musi polegać na określeniu imiennym; wystarczy określenie w sposób zapewniający identyfikację, np. wskazanie dzieci; żadne względy nie wyłączają tu również dzieci poczętych już w chwili zajścia wypadku ubezpieczonego; wyrok NSA z dnia 28 listopada 1985 r., III SA 1183/85, z glosami J. Winiarza i J. Posłusznego, OSPiKA 1987, z. 2, poz. 28, K. Wesołowskiego, PiP 1987, z. 2, s. 145, M. Nesterowicza, NP 1988, nr 1, s. 141.

[103] Zob. wskazany powyżej wyrok SN z dnia 8 stycznia 1965 roku, II CR 2/65, OSPiKA 1967 poz. 220. W orzeczeniu tym przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego był swoisty rodzaj czynu niedozwolonego, który polegał na nieudolnym zabiegu przerwania ciąży, w wyniku czego nie doszło do usunięcia płodu, lecz do jego uszkodzenia i w konsekwencji do urodzenia dziecka kalekiego. Zdaniem Sądu Najwyższego „przedmiotem" tego czynu jest jedynie ciężarna matka, a nie *nasciturus* i tylko ona mogła być wówczas podmiotem praw cywilnych wypływających z tego czynu. Ponieważ taka wykładnia prowadziłaby do braku roszczenia po stronie dziecka urodzonego z kalectwem

łączy tu węzłem przyczynowo-skutkowym zdarzenie i stan wzajemnie od siebie oddalone w czasie[104]. Dodatkowo, pogląd, że roszczenie te przysługuje dziecku nie wymaga uzasadnienia przez konstruowanie zdolności prawnej dziecka poczętego również z tego względu, iż – jak słusznie zauważył J. Rezler – w zasadzie chodzi tu o roszczenie dziecka już urodzonego, więc w czasie, gdy posiada ono już zdolność prawną stosownie do art. 8 k.c. w aktualnym brzmieniu[105].

W tym miejscu należy zastanowić się nad tym jakie *de lege lata* istnieją środki ochrony dziecka poczętego przed ryzykownymi zachowaniami matki w okresie ciąży, które mogą stanowić źródło szkody dla samego *nasciturusa*[106]. Punktem wyjścia jest odpowiedź na pytanie co się dzieje w przypadku, kiedy matka nie wyraża zgody na wykonanie procedury medycznej mogącej uratować życie *nasciturusowi* w przypadku jego zagrożenia. Zarówno w literaturze polskiej jak i obcej zwycięża obecnie stanowisko, przyznające prymat autonomii matki[107]. Lekarz jest zatem związany odmową zgody matki na przeprowadzenie zabiegu lekarskiego, nawet jeżeli miałby on służyć ratowaniu życia dziecka poczętego. Nie istnieją aktualnie instrumenty prawne, które umożliwiałyby ingerencję w ciało kobiety bez jej zgody, nawet dla dobra dziecka poczętego[108]. K. Kurosz rozróżnia jednak sytuację odmowy zgody na zabieg medyczny przez kobietę w ciąży, a aktywne podejmowanie działań szkodzących (art. spożywanie alkoholu, narkotyków, innych substancji psychoaktywnych), które mogą doprowadzić do wad rozwojowych dziecka[109]. Wskazuje on, że brak karalności (uchylenie bezprawności karnej) nie przedkłada się automatycznie na uchylenie bezprawności

---

spowodowanym w czasie życia płodowego, Sąd Najwyższy przyjął, że przesłanką odpowiedzialności za szkodę jest istnienie związku przyczynowego między czynem sprawcy, a szkodą powstałą kiedykolwiek u jakiejkolwiek osoby. Ten zabieg interpretacyjny posłużył Sądowi Najwyższemu do przyznania roszczenia dziecku po urodzeniu ze względu na szkodę jakiej doznało ono w czasie, w którym jako *nasciturus* nie miało zdolności prawnej. Zob. także T. Smyczyński, *Pojęcie i statut…,* s. 11-12, 22. Zdaniem tego Autora należy mieć na względzie integralność bytu ludzkiego od samego poczęcia, skoro dopuszcza się uprawnienie do odszkodowania dla dziecka z tytułu szkody poniesionej przed urodzeniem. Zob. także J. Rezler, *Przyczynek..., op. cit.* s. 1225-1235; E. Wojtaszek, *Odpowiedzialność cywilna z tytułu szkód wyrządzonych dziecku przed jego poczęciem*, Nowe Prawo 1990, nr 10-12, s. 94-95.

[104] Por. J. Rezler, *Przyczynek..., op. cit.* s. 1225-1235. Autor ten uważa, że już samo pojęcie „normalnego związku przyczynowego" wprowadza dostatecznie wyraźne i być może wystarczające ograniczenie odpowiedzialności, bez zbyt sztywnych barier. A. Szpunar uważa natomiast brak wyznaczenia granic w czasie za podstawową wadę rozwiązania, które – rezygnując z konstrukcji zdolności prawnej dziecka poczętego – odwołuje się do związku przyczynowego. Por. A. Szpunar, *Szkoda wyrządzona..., op. cit.,* s. 376.

[105] Tak, J. Rezler, *ibidem*, s. 1234 oraz T. Smyczyński, *Pojęcie i statut...,* s. 22.

[106] Ciekawą analizę w tym zakresie przeprowadził K. Kurosz, zob.: K. Kurosz, *Środki ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki w okresie ciąży. Część 1*, Metryka, Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego, rok VI 2016, Nr 2, s. 71-75, K. Kurosz, *Środki ochrony…, op. cit.,* s. 105 i n.; K. Kurosz [w:] *Nasciturus…, op. cit.*, s. 104-134.

[107] Tak, K. Kurosz, *Środki ochrony... Część 1*, *op. cit.*, s. 71 i przywołaną tamże literaturę (przypis nr 4).

[108] J. Haberko proponuje *de lege ferenda* wprowadzenie rozwiązań ustawowych w celu ograniczenia autonomii woli kobiety ciężarnej. Por. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s. 375.

[109] Zob. także J. Mazurkiewicz, *W poszukiwaniu pola współpracy badawczej adwersarzy. Prawne aspekty alkoholowych uszkodzeń płodu*, Przegląd Sejmowy 2022, nr 1 (168), s. 103-117; B. Bernfeld, J. Mazurkiewicz, *„Za młody, by pić". Naruszenie prawa do życia lub zdrowia dziecka przez pijące alkohol kobiety ciężarne*, [w:] *Nasciturus pro iam nato habetur, O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, red. J. Mazurkiewicz, P. Mysiak, Wrocław 2017, s. 36 i n.

cywilnej[110]. Wręcz przeciwnie, wskazuje on, że podejmowanie działań szkodzących przez matkę, które bezpośrednio wyrządzają szkodę dziecku poczętemu jest z założenia bezprawne i nie stanowi realizacji zasady autonomii woli pacjenta[111]. W konsekwencji, dodaje, że skoro w pewnych sytuacjach prawo zezwala na pominięcie zgody pacjenta (pomimo że odmowa zgody na zabieg medyczny nie jest bezprawna) to tym bardziej możliwe jest zakwestionowanie dozwolonego charakteru tych działań matki, które wyrządzają szkodę *nasciturusowi*[112].

Wskazać trzeba, że właśnie z przepisu art. 446^1 k.c. da się wywieść obowiązek powstrzymywania się przed aktywnymi działaniami szkodzącymi dziecku. Przepis ten należy odczytywać w powiązaniu z art. 23 k.c. oraz art. 24 § 1 k.c., a zatem z przepisami, które w sposób ogólny przewidują ochronę dóbr osobistych oraz dotyczą zarówno naruszeń jak i działań zagrażających naruszeniem określonych wartości niemajątkowych. J. Haberko trafnie dostrzega w nim aksjologiczne uzasadnienie dla ograniczenia autonomii woli matki. Z art. 446^1 k.c. wynika także zakaz podejmowania działań szkodzących płodowi w okresie ciąży[113]. Nie można bowiem przyjąć, że prawo zezwala na zachowanie prowadzące do określonego skutku a jednocześnie zabrania sprowadzenia owego skutku[114]. K. Kurosz trafnie jednak dalej wskazuje, że problem polega na tym, że nawet jeżeli istnieje obowiązek matki dziecka powstrzymywania się przed używaniem w okresie ciąży substancji bezpośrednio wpływających na życie i zdrowie dziecka poczętego, to brak przepisów, które jednoznacznie umożliwiałyby wyegzekwowanie tego obowiązku. Oznacza to, że to zasadniczy problem dotyczy postępowania egzekucyjnego. Od strony postępowania rozpoznawczego istnieją normy prawne, z których można skutecznie wywieść powództwo. Taką podstawę powództwa, zmierzającego do ochrony dziecka w okresie prenatalnym przed ryzykownymi zachowaniami matki, polegającymi na spożywaniu alkoholu lub narkotyków mógłby mianowicie stanowić przepis art. 24 § 1 k.c. Istotą sprawy jest bowiem ochrona konstytucyjnie umocowanego prawa do życia, obejmującego również życie płodu ludzkiego[115]. Omawianej konstrukcji nie stoi na przeszkodzie pytanie o zdolność prawną *nasciturusa*. Powództwo o ochronę dóbr osobistych może być bowiem wytoczone przez kuratora ustanowionego na podstawie art. 182 k.r.o. Powyżej wskazywano już, że pomimo że geneza tego przepisu wiązana jest z ochroną interesów majątkowych, w samej treści przepisu nie ma żadnego ograniczenia wiążącego go jedynie z prawami majątkowymi i skutecznie można wywodzić, że można kuratora ustanowić dla ochrony praw również niemajątkowych, w tym

[110] K. Kurosz, *Środki ochrony… Część 1, op. cit.*, s. 73-75.
[111] *Ibidem*, s. 74-75.
[112] *Ibidem*, s. 75.
[113] Tak też J. Mazurkiewicz, *W poszukiwaniu…, op. cit.*, s. 108-109.
[114] Tak, K. Kurosz [w:] *Nasciturus…, op. cit.*, s. 124-125.
[115] *Ibidem*, s. 127-128.

zdrowia i życia dziecka poczętego[116].

Z powyższej analizy wynika, że prawo cywilne dysponuje instrumentami ochrony dziecka poczętego przed ryzykownymi zachowaniami matki. Są one jednak w tym sensie puste, że nie jest możliwa przymusowa realizacja orzeczenia nakazującego matce zaprzestanie używania alkoholu lub narkotyków w okresie ciąży, nawet jeżeli jest oczywiste, że szkodzą one zdrowiu lub nawet życiu dziecka poczętego. *De lege ferenda* konieczne jest zatem podjęcie dyskusji na temat zmian w prawie, które umożliwiliby realną ochronę prawa do życia i zdrowia *nasciturusa*, a nie tylko teoretyczne rozważania w tym zakresie. Słusznie zauważa K. Kurosz, że tworząc odpowiednią regulację należałoby zadbać o to, by nie mogła być ona wykorzystywana we wszystkich sytuacjach zaniedbań prenatalnych, a jedynie w tych, które niosą za sobą realne i poważne niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia dziecka poczętego. Konieczne byłoby wyważenie pozostających ze sobą w konflikcie dwóch wartości: wolności matki oraz prawa do życia i zdrowia *nasciturusa*. Zgodzić się trzeba z K. Kuroszem, że stan, w którym istnieje obowiązek, lecz nie może być wyegzekwowany, budzi poważne wątpliwości. Nie ma żadnej podstawy prawnej do odmowy *nasciturusowi* ochrony dobra osobistego w postaci życia lub zdrowia. To, że doznaje ona znaczących ograniczeń w kolizji z zasadą samostanowienia matki na tle spraw o odmowę poddania się zabiegowi medycznemu, nie sprzeciwia się uznaniu, że ochrona *nasciturusa* uzyskuje pierwszeństwo przed bezprawnymi zachowaniami matki, wpływającymi negatywnie w sposób bezpośredni na płód – takimi jak spożywanie alkoholu i narkotyków[117]. Z powyższym stwierdzeniem można się zgodzić, jednak należy poczynić kilka uwag dodatkowych. Truizmem jest mówienie, że w okresie ciąży kobieta nie powinna spożywać alkoholu i narkotyków. Dzisiejsza świadomość jest w tym zakresie wysoka, można to przeczytać w każdej książce z tej tematyki oraz usłyszeć nie tylko od lekarza, ale od każdej innej osoby posiadającej minimalną wiedzę w tym zakresie. Nieoceniona jest jednak w dalszym ciągu masowa działalność informacyjna na temat przyczyn nieuleczalnych chorób, które mogą doprowadzić do dużego uszczerbku na zdrowiu, upośledzenia umysłowego, a nawet śmierci dziecka wskutek spożywania przez kobietę alkoholu w ciąży[118]. Jeżeli zatem kobieta pomimo tej świadomości decyduje się na spożywanie alkoholu lub narkotyków, narażając tym samym płód na utratę zdrowia lub życia, postępuje bezprawnie i zachodzą podstawy ku temu, aby kurator ustanowiony dla strzeżenia prawa takiego dziecka do zdrowia i życia wytoczył stosowne powództwo o zaniechanie dalszych bezprawnych zachowań. Nawet jednak w razie wprowadzenia stosownej regulacji do postępowania

[116] Tak, *ibidem*, s. 128.
[117] Tak, K. Kurosz [w:] *Nasciturus…, op. cit.*, s. 129-130.
[118] Zob. o chorobach FAS *(fetal alcohol syndrome)* oraz FASD *(fetal alcohol spectrum disouder)* J. Mazurkiewicz, *W poszukiwaniu*…, op. cit., s. 104-105.

egzekucyjnego, której celem byłaby próba wymuszenia na ciężarnej kobiecie postępowania zgodnego z prawem, aby nie naruszać prawa jej nienarodzonego dziecka do zdrowia i życia, ciężko sobie wyobrazić, aby jakakolwiek egzekucja czy kontrola mogłaby tutaj przynieść zamierzony skutek. Żadna norma prawna zawarta w postępowaniu egzekucyjnym nie zdołałaby uchronić płodu przed bezprawnym działaniem matki, która decyduje się na spożywanie alkoholu lub zażywanie narkotyków będąc w ciąży. Żadna norma prawna ani organ egzekucyjny nie jest w stanie zapewnić *de lege lata* kontroli przez okres ciąży trwającej dziewięć miesięcy[119]. W tym tkwi właśnie dylemat prawno-moralny omawianych tutaj zagadnień. Ukazuje to bezradność prawa w obliczu tego dramatu. Rzecz w tym, że konflikt dwóch wartości: wolności matki oraz prawa do życia i zdrowia *nasciturusa* jest tego rodzaju, że nawet przy teoretycznym istnieniu podstaw prawnych do żądania od matki zaniechania bezprawnych zachowań mogących skutkować uszkodzeniem płodu, ostatecznie najwięcej zależy od postawy samej matki.

6. Roszczenia odszkodowawcze *nasciturusa* z art. 446 § 2-4 k.c. oraz art. 446^2 k.c.

Zgodnie z art. 446 § 2 zd. 1 k.c. osoba, względem której ciążył na zmarłym ustawowy obowiązek alimentacyjny, może żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody renty obliczonej stosownie do potrzeb poszkodowanego oraz do możliwości zarobkowych i majątkowych zmarłego przez czas prawdopodobnego trwania obowiązku alimentacyjnego. Z kolei w świetle § 3 sąd może ponadto przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego stosowne odszkodowanie, jeżeli wskutek jego śmierci nastąpiło znaczne pogorszenie ich sytuacji życiowej. Paragraf 4 stanowi natomiast, że sąd może także przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. W doktrynie przyjmuje się, że te roszczenia przysługują również dziecku poczętemu w momencie śmierci ojca, ale jeszcze nienarodzonemu. Na uzasadnienie takiego poglądu podnosi się, że szkoda, o której mowa w § 2 i 3 (oraz aktualnie krzywda, o której mowa w § 4) przepisu art. 446 k.c. jest w istocie szkodą przyszłą. Dlatego też naprawienie szkody, która może przecież powstać dopiero po przyjściu dziecka na świat, wymaga przyznania dziecku roszczeń odszkodowawczych z art. 446 § 2-4 k.c. jako surogatu niedoszłych roszczeń alimentacyjnych, rekompensaty za pogorszenie sytuacji życiowej oraz w obecnym stanie prawnym zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. W tym przypadku doszło do swoistego poszerzenia kręgu

[119] Zob. ciekawe projekty zmiany prawa w tym zakresie, w szczególności co do możliwości zarządzenia przez sąd leczenia szpitalnego oraz oddania pod nadzór zawodowego kuratora sądowego kobiety w ciąży nadużywającej alkohol – po wcześniejszym dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego lekarza psychiatry oraz psychologa. *Ibidem*, s. 110-115. Por. także B. Bernfeld, J. Mazurkiewicz, M. Zaporowska, Z. Zaporowska, *Czy prawo musi pozostać bezradne? Prawne aspekty przeciwdziałania poalkoholowym uszkodzeniom płodu*, Warszawa 2019.

osób uprawnionych do roszczeń odszkodowawczych o których mowa w art. 446 § 2-4 k.c., ale nie rozciągnięcia zdolności prawnej osoby fizycznej wstecz, poza chwilą wskazaną w art. 8 k.c.[120]. Analogicznie zatem do rozważań dotyczących art. 446^1 k.c. należy konsekwentnie uznać, że *nasciturus* nie został w tym przypadku wyposażony w warunkową zdolność prawną: stanie się on podmiotem roszczenia odszkodowawczego już po urodzeniu, ale zdarzenie szkodzące ma miejsce jeszcze w okresie fazy prenatalnej. Wymaga podkreślenia, że Sąd Najwyższy odrzucił taką wykładnię prawa, która zmierzałaby do pozbawienia dziecka roszczeń, jakie przysługują jego rodzeństwu, tylko dlatego że w momencie zdarzenia, która uzasadnia roszczenie, było ono wprawdzie poczęte, ale jeszcze nie urodzone[121].

Wydaje się, że powyższe uwagi znajdują zastosowanie również w przypadku nowego roszczenia przewidzianego dla najbliższych członków rodziny bezpośrednio poszkodowanego w przepisie art. 446^2 k.c. Zgodnie z tym przepisem w razie ciężkiego i trwałego uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, skutkującego niemożnością nawiązania lub kontynuowania więzi rodzinnej, sąd może przyznać najbliższym członkom rodziny poszkodowanego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Przepis ten dodany został do kodeksu cywilnego na podstawie art. 1 ustawy o zmianie ustawy kodeks cywilny z dnia 24 czerwca 2021 r.[122]. Zgodnie z art. 3 tejże ustawy nowelizacja weszła w życie miesiąc od dnia ogłoszenia. Ponieważ ustawa została opublikowana 18 sierpnia 2021 r., nowela weszła w życie 19 września 2021 r. Ustawodawca zdecydował jednak nadać temu przepisowi moc retrospektywną (stanowiącą w istocie łagodniejszą postać retroakcji)[123], bowiem zgodnie z art. 2 ustawy zmieniającej przepis ten należy stosować „do zdarzeń, których skutkiem jest niemożność nawiązania lub kontynuowania więzi rodzinnej przez najbliższych członków rodziny z poszkodowanym z powodu wyrządzenia u niego ciężkiego i trwałego uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy”[124]. Z uzasadnienia ustawy wprowadzającej ten przepis wynika, że główną intencją ustawodawcy było „ustanowienie prawidłowej podstawy normatywnej dla

---

[120] Tak, J. Rezler, *Przyczynek..., op. cit.,* s. 1225-1235.

[121] Por. na tle art. 166 kodeksu zobowiązań wyrok SN z 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66, OSPiKA 12/1966 z glosą A. Szpunara; por. także A. Wolter, *Glosa do wyroku SN z dnia 4 kwietnia 1966, II PR 139/66*, NP 1966, nr 12. s. 1615-1619; T. Smyczyński, *Pojęcie… op. cit.,* s. 12; S. Garlicki, *Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki*, Warszawa 1971, s. 475.

[122] Dz.U. z 2021 r. poz. 1509. Zob. w kontekście tego przepisu: A. Sosna, *Więzi rodzinne jako dobro osobiste w świetle przepisów Kodeksu cywilnego i orzecznictwa sądowego,* MoP 2022, nr 12; R. Strugała, *Artykuł 446[2] KC jako podstawa zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę wyrządzoną naruszeniem więzi rodzinnej spowodowanym ciężkim i trwałym uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia najbliższego członka rodziny,* MoP 2021, nr 21; T. Nowakowski, *Prawo najbliższych członków rodziny poszkodowanego do zadośćuczynienia pieniężnego za zerwanie więzi rodzinnej – wątpliwości dotyczące nowelizacji art. 446^2 Kodeksu cywilnego*, PS 2023, nr 1.

[123] Tak, M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*. Wyd. 3, Warszawa 2022, komentarz do art. 446^2 k.c., nb. 2, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

[124] Zob. w tym kontekście B. Lackoroński, *Aspekty intertemporalne wprowadzenia art. 446^2 k.c.*, PS 2022, nr 9.

odpowiedzialności cywilnej za krzywdę najbliższych członków rodziny poszkodowanego, która polega na niemożności nawiązania lub kontynuowania więzi rodzinnej z poszkodowanym, z powodu wyrządzenia u poszkodowanego trwałego i ciężkiego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia"[125]. Chciano jednocześnie przeciąć ujawniające się w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego rozbieżności dotyczące możliwości żądania zadośćuczynienia w tego rodzaju sytuacjach[126]. Fundamentalne znaczenie dla pojawienia się wspomnianych rozbieżności ma uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych z 22 października 2019 r., I NSNZP 2/19[127]. Uchwała ta jest radykalnie niezgodna z utrwalającym się, choć niejednolitym, orzecznictwem, zgodnie z którym najbliższym osoby, która na skutek deliktu doznała ciężkiego i nieodwracalnego uszczerbku na zdrowiu, uniemożliwiającego nawiązanie lub utrzymanie więzi emocjonalnej, sąd może przyznać odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę[128]. Podstawy prawnej dla tego typu zadośćuczynień upatrywano przy w tym w art. 448 k.c., jako że uważano tego rodzaju stany faktyczne za naruszenie dobra osobistego, zazwyczaj nazywanego więzią rodzinną. Taki wynik wykładni znalazł wyraz art. w trzech uchwałach Sądu Najwyższego (zob. uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 27 marca 2018 r., III CZP 69/17[129]; uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 27 marca 2018 r., III CZP 60/17[130]; uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 27 marca 2018 r., III CZP 36/17[131]; zob. też wyrok SN z 9 sierpnia 2016 r., II CSK 719/15).

Podmiotami uprawnionymi do dochodzenia roszczenia o zadośćuczynienie na podstawie art. 446^2 k.c. są najbliżsi członkowie rodziny bezpośrednio poszkodowanego[132]. Pojęcie najbliższych członków rodziny użyte w art. 446^2 k.c. powinno być rozumiane w taki sam sposób, jak użyte w art.

---

[125] Druk sejmowy IX kadencji Nr 1125.

[126] Por. L. Bosek, *W sprawie kwalifikacji więzi rodzinnej jako dobra osobistego. Krytyczne uwagi na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Forum Prawnicze 2015, nr 3.

[127] OSP 2020, Nr 5, poz. 38.

[128] Jakkolwiek uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych z 22 października 2019 r. (I NSNZP 2/19) rzeczywiście radykalnie zrywała z utrwalającym się orzecznictwem, zgodnie z którym najbliższym osoby, która na skutek deliktu doznała ciężkiego i nieodwracalnego uszczerbku na zdrowiu, uniemożliwiającego nawiązanie lub utrzymanie więzi emocjonalnej, sąd może przyznać odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c., jako że uważano tego rodzaju stany faktyczne za naruszenie dobra osobistego, zazwyczaj nazywanego więzią rodzinną, to w całości zgodzić się trzeba z wywodem prawnym zawartym w uzasadnieniu tej uchwały. Do momentu wprowadzenia przepisu art. 446^2 k.c. nie było podstawy prawnej do zasądzenia zadośćuczynienia pośrednio poszkodowanym najbliższym osoby, która na skutek deliktu doznała ciężkiego i nieodwracalnego uszczerbku na zdrowiu, uniemożliwiającego nawiązanie lub utrzymanie więzi emocjonalnej wskutek jedynie odwołania się do powstania krzywdy i naruszenia dobra osobistego w postaci więzi rodzinnej w oparciu o art. 448 k.c. Wprowadzenie tego przepisu jest przykładem reaktywnego tworzenia prawa, które w tym przypadku miało rzeczywiste uzasadnienie.

[129] MoP 2018, Nr 8, s. 387.

[130] *Ibidem*.

[131] *Ibidem*.

[132] Por. K. Tokarz, *Krąg podmiotów legitymowanych materialnie do indemnizacji krzywdy za naruszenie więzi rodzinnych*, MoP 2022, nr 19.

446 § 3 i 4 k.c.[133]. Oznacza to, że podobnie jak przy roszczeniach wywodzonych z art. Art. 446 § 3 i 4 k.c., również przy roszczeniu o zasądzenie zadośćuczynienia na podstawie art. 446^2 k.c. należy odrzucić taką wykładnię prawa, która zmierzałaby do pozbawienia dziecka roszczeń, jakie przysługują jego rodzeństwu, tylko dlatego że w momencie zdarzenia, która uzasadnia roszczenie, było ono wprawdzie poczęte, ale jeszcze nie urodzone.

W odwrotnej sytuacji, tzn. nie gdy podmiotem roszczenia o zasądzenie zadośćuczynienia jest dziecko poczęte, lecz w przypadku, gdy bezpośrednio poszkodowanym jest poczęte i nienarodzone albo rodzące się dziecko treść przepisu art. 446^2 k.c. uzasadnia stwierdzenie, że z perspektywy dziecka więzi rodzinne mogą podlegać ochronie w sposób określony w tym przepisie od chwili, kiedy zaczyna ono odczuwać fizyczną bliskość matki, a innych członków rodziny z dzieckiem od dnia uzyskania wiedzy o jego poczęciu. Należy się zgodzić, że nie ma podstaw do przyjęcia, że ochrona więzi rodzinnych z dzieckiem poczętym, lecz nienarodzonym, jest uzależniona od jego zdolności do życia poza organizmem matki, czy od uzyskania przez to dziecko zdolności prawnej. Ostatnia okoliczność może mieć znaczenie jedynie dla nabycia przez dziecko jego własnych roszczeń. Pozostaje ona jednak obojętna dla powstania więzi rodzinnych z tym dzieckiem i ich cywilnoprawnej ochrony na podstawie art. 446^2 k.c.[134].

7. Dopuszczalność dokonania darowizny na rzecz *nasciturusa*

Przedmiotem zainteresowania w doktrynie i judykaturze była również kwestia dopuszczalności dokonania na rzecz *nasciturusa* darowizny[135]. Można w tym zakresie wyróżnić dwa skrajne stanowiska. Zgodnie z pierwszym poglądem, kierując się zasadą, że mającego się narodzić uważa się za narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyści, należy dopuścić możliwość dokonania takiej darowizny. Wskazuje się również, że z uwagi na dobro dziecka oraz cel ochrony interesów dziecka poczętego należy zastosować analogię i uznać za dopuszczalną umowę darowizny na rzecz dziecka poczętego[136]. Natomiast zgodnie z drugim stanowiskiem nie można uznać, że jest prawnie

---

[133] Tak też, B. Lackoroński, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz,* K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Wyd. 30, Warszawa 2022, komentarz do art. 446^2 k.c., nb. 39, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

[134] Tak, B. Lackoroński, [w:] *Kodeks cywilny…, op. cit.*, komentarz do art. 446^2 k.c., nb. 28, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.). Autor ten dodał, że stopień zaawansowania ciąży można rozważać jako okoliczność, która może mieć wpływ na stopień rozwoju więzi rodzinnych oraz na zakres krzywd doznanych wskutek spowodowania śmierci dziecka poczętego, lecz nienarodzonego. Por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 marca 2012 roku*, *I CSK 282/11*, OSP 2012, Nr 11, poz. 106, s. 750, aczkolwiek dotyczy to przepisu art. 446 § 4 k.c., a nie art. 446^2 k.c.

[135] Zob. w szczególności M. Tenenbaum-Kulig, *Darowizna w polskim prawie zobowiązań*, Warszawa 2021. Tematyce darowizny dla *nasciturusa* poświęcony jest rozdział II.2, w którym bardzo szeroko omówiono wszystkie zagadnienia w tym temacie.

[136] Tak, S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte…, op. cit.,* s. 87; B. Walaszek, *Glosa…, op. cit*., s. 416, J. Mazurkiewicz, *Przedstawiciel ustawowy…, op. cit.,* s. 103. Zob. także wyrok NSA z 28 listopada 1985 r., III SA 1183/85, z glosami

dopuszczalne zawarcie umowy darowizny, której stroną byłby *nasciturus*[137]. Należy wskazać, że zasadniczo zdarzenia mające miejsce w okresie prenatalnym powodujące pojawienie się praw, które dziecko może realizować po urodzeniu, są niezależne od woli osób, których dotyczą skutki prawne tych zdarzeń, art. w przypadku otwarcia spadku spadkobierców bądź w przypadku wyrządzenia czynu niedozwolonego poszkodowanym[138]. Inny natomiast charakter mają korzyści jakie są przedmiotem czynności prawnych, jaką niewątpliwie jest darowizna, która jest umową, a nie jednostronnym oświadczeniem woli darczyńcy[139]. Przeciwnicy dopuszczenia możliwości dokonania darowizny na rzecz *nasciturusa* podkreślają, że nie jest jasne, w jaki sposób darowizna taka miałaby być dokonana, tzn. czy *nasciturus* może być stroną tej umowy, a ponadto kto miałby go reprezentować w tym zakresie[140]. Co do zasady przyszłych praw *nasciturusa* może strzec kurator ustanowiony na podstawie art. 182 k.r.o. Jednak w przypadku umowy już w momencie jej zawierania strony muszą być określone co do tożsamości, a w tym przypadku nie mamy jeszcze do czynienia z osobą fizyczną w znaczeniu art. 8 k.c. Wyznaczenie kuratora w tym przypadku nie miałoby zatem na celu jedynie strzeżenia przyszłych praw dziecka, przykładowo roszczenia o wykonanie darowizny, lecz przede wszystkim reprezentowanie *nasciturusa* w obrocie prawnym. Wydaje się jednak, że zarówno treść art. 8 k.c. jak i art. 182 k.r.o. nie pozwalają na uznanie, że kurator może w imieniu dziecka złożyć oświadczenie woli[141]. Pojawia się również wątpliwość, dlaczego *nasciturus* miałby zdolność do bycia stroną stosunku prawnego darowizny, a nie art. sprzedaży lub zamiany[142]. Broniąc stanowiska, że taka darowizna jest dopuszczalna, można zauważyć, że czynności prawne pod innym tytułem niż *causa donandi* nie wchodzą w rachubę z tego powodu, że wzgląd na *nasciturusa* może dotyczyć tylko jego korzyści, a nie obowiązków[143]. Z drugiej jednak strony, klauzula *„interesu nasciturusa”* nie wynika z żadnego przepisu, a sama jej treść jest niejasna[144]. Ostatecznym

J. Winiarza i J. Posłusznego, OSPiKA 1987, z. 2, poz. 28, K. Wesołowskiego, PiP 1987, z. 2, s. 145, M. Nesterowicza, NP 1988, nr 1, s. 141, w którym przesądzono możliwość dokonania darowizny na rzecz *nasciturusa* i jest ono przez większość autorów przytaczane i akceptowane.

[137] A. Wolter, *Glosa…, op.cit.,* s. 1617, P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 20-21, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.); T. Smyczyński, *Pojęcie i statut...*, *op. cit*., s. 13-15. Zob. także M. Tenenbaum-Kulig, *Darowizna… op. cit*., rozdział II. 2.3.2, Legalis, (dostęp: 14.02.2023 r.). Autorka wskazuje, że zwykle darowizny można bez przeszkód dokonać już po urodzeniu się dziecka. Ostatecznie dochodzi do wniosku, że nie jest prawnie dopuszczalne zawarcie umowy darowizny, której stroną byłby *nasciturus*.

[138] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 13.

[139] Zgodnie z art. 888 § 1 k.c. przez umowę darowizny darczyńca zobowiązuje się do bezpłatnego świadczenia na rzecz obdarowanego kosztem swego majątku.

[140] Por. P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 20, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.); T. Smyczyński, *Pojęcie i statut... op. cit.,* s. 13-15.

[141] Tak, T. Smyczyński, *ibidem*, s. 14.

[142] Tak, P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 20, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.).

[143] Tak, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 13.

[144] Tak, P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 20, Legalis (dostęp: 14.02.2023 r.). Artykuł 927 k.c. nie ogranicza dziedziczenia *nasciturusa* jedynie do aktywów, a kierując się ściśle tą klauzulą, pasywa powinny być wyłączone.

argumentem odrzucającym możliwość dopuszczenia dokonania darowizny na rzecz dziecka poczętego jest uznanie, że jakąkolwiek umowę, w tym umowę darowizny może zawrzeć jedynie ten, kto ma zdolność prawną; *nasciturus* takiej zdolności *de lege lata* nie posiada, więc umowy zawrzeć nie może[145].

Należy opowiedzieć się za stanowiskiem, zgodnie z którym nie jest prawnie dopuszczalne dokonanie darowizny na rzecz *nasciturusa*. Przede wszystkim nieuzasadnione jest rozróżnianie sytuacji prawnej *nasciturusa* w zależności od rodzaju umowy. Nie można twierdzić z jednej strony, że nie może być on stroną umowy sprzedaży bądź zamiany, a z drugiej, że może być stroną umowy darowizny. Nawet przy uznaniu klauzuli „interesu *nasciturusa*", nie każda darowizna jest obiektywnie korzystna dla dziecka poczętego (przykładowo obdarowanie starym budynkiem generującym więcej strat jak pożytków). *De facto,* aby uznać, czy *nasciturus* może być stroną umowy darowizny, należałoby każdorazowo badać przedmiot takiej umowy. Nie może być jednak tak, że w zależności od jej przedmiotu, przyznamy *nasciturusowi* w drodze wyjątku zdolność prawną w zakresie zawarcia umowy darowizny bądź też odmówimy tej zdolności. Należy zauważyć, że taka interpretacja nie wynika z żadnego przepisu prawa. Jeżeli ustawodawca faktycznie chciałby taki wyjątek uczynić, mógłby wyraźnie zastrzec w przepisach dotyczących darowizny, że można ją dokonywać na rzecz *nasciturusa,* czego nie zrobił. Oznacza to, że *de lege lata*, *nasciturus* nie może być stroną umowy darowizny.

Niemniej, w doktrynie trafnie podniesiono, że zamiar dokonania przysporzenia na rzecz *nasciturusa* darczyńca mógłby zrealizować poprzez obciążenie obdarowanego (art. matkę, ojca lub jakąś inną osobę posiadającą zdolność prawną) poleceniem[146]. W rezultacie takiej darowizny *cum modo* dziecko poczęte nie staje się wierzycielem, a realizacja ciążącego na obdarowanym obowiązku pozostaje w rękach darczyńcy[147]. Inną koncepcją zabezpieczającą interesy *nasciturusa* jest dokonanie darowizny w ramach *pacti in □aworem tertii* (art. 393 § 1 k.c.)[148]. Darczyńca nie może zawrzeć

---

[145] Tak, P. Księżak, *ibidem*. Zob. też T. Smyczyński, *Pojęcie i statut...*, s. 13.

[146] Tak, T. Smyczyński, *ibidem*, s. 14. Zob. art. 893 k.c. zgodnie z którym darczyńca może włożyć na obdarowanego obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem (polecenie).

[147] W świetle art. 894 § 1 k.c. darczyńca, który wykonał zobowiązanie wynikające z umowy darowizny może żądać wypełnienia polecenia, chyba że ma ono wyłącznie na celu korzyść obdarowanego. § 2 tego przepisu stanowi natomiast, że po śmierci darczyńcy wypełnienia polecenia mogą żądać spadkobiercy darczyńcy, a jeżeli polecenie ma na względzie interes społeczny – także właściwy organ państwowy.

[148] Tak, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 15. Zgodnie z art. 393 § 1 k.c., jeżeli w umowie zastrzeżono, że dłużnik spełni świadczenie na rzecz osoby trzeciej, osoba ta, w braku odmiennego postanowienia umowy może żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia. § 2 tego przepisu stanowi natomiast, że zastrzeżenie co do obowiązku świadczenia na rzecz osoby trzeciej nie może być odwołane ani zmienione, jeżeli osoba trzecia oświadczyła którejkolwiek ze stron, że chce z zastrzeżenia skorzystać. Zob. szerzej o tym M. Tenenbaum-Kulig, *Darowizna… op. cit*., rozdział II. 2.4., Legalis, (dostęp: 14.02.2023 r.), gdzie autorka przeprowadza szczegółową analizę trzech wariantów, kiedy w wyniku zastosowania konstrukcji *pactum in favorem tertii* w związku z darowizną możliwe jest dojście do skutku umowy darowizny. Autorka słusznie wskazuje, że taką osobą trzecią może być *nasciturus*, ponieważ uprawniony z *pactum in favorem tertii* nie musi zostać oznaczony wprost i może być nim

umowy bezpośrednio z *nasciturusem*, jednak może działać na jego korzyść zawierając umowę darowizny z inną osobą z tym zastrzeżeniem, że dłużnik dokona świadczenia na rzecz osoby trzeciej, tj. dziecka poczętego. Ponieważ dokona tego dopiero po urodzeniu się dziecka należy uznać, że umowę tę zawarto pod warunkiem zawieszającym[149]. Konstrukcję umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej zastosowano również w ubezpieczeniach osobowych (art. 808 i 831 k.c.). Sąd Najwyższy uznał uprawnienie dziecka już poczętego w chwili zajścia wypadku do otrzymania świadczenia z tytułu ubezpieczenia w razie śmierci ubezpieczającego[150]. Posłużono się tutaj analogią do art. 927 § 2 k.c. oraz zwrócono uwagę, że wyznaczenie uposażonego nie musi polegać na określeniu imiennym, a wystarczy określenie w sposób zapewniający identyfikację, przykładowo wskazanie dzieci. Roszczenie o wypłatę świadczenia z tytułu ubezpieczenia realizuje się jednak dopiero po urodzeniu dziecka, choć wynika ono ze zdarzenia sprzed jego urodzenia. Zachodzi tu sytuacja analogiczna jak w przypadku uprawnienia do odszkodowania z tytułu czynu niedozwolonego[151].

Podsumowując, nawet *de lege lata* istnieją instrumenty prawne umożliwiające dokonanie przysporzenia na rzecz nasciturusa bez konieczności sięgania po umowę darowizny, której *nasciturus*, który na mocy decyzji ustawodawcy nie został wyposażony w zdolność prawną, nawet w razie ustanowienia kuratora, zawrzeć nie może. Nie da się obronić stanowiska, nawet sięgając po zasadę *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* (mającego się narodzić uważa się za narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyści), że w drodze wyjątku należy uznać, że *nasciturus* akurat ten konkretny stosunek zobowiązaniowy może zawiązać. Rozpowszechnianie tez, zgodnie z którymi można dokonać darowizny na rzecz *nasciturusa* jest nie tylko stanowiskiem z założenia błędnym, jak również niebezpiecznym, ponieważ może doprowadzić do destabilizacji stosunków prawnych i umożliwienia osobom postronnym skutecznego podważenia dokonania takiej czynności prawnej, co zniweczy skutek takiej czynności prawnej. Ostatecznie *nasciturus* i tak nie zostanie obdarowany, wbrew oczywistej woli darczyńcy. Jeżeli komuś zależy na zawarciu takiej

dziecko poczęte – wówczas umowę o świadczenie na rzecz osoby trzeciej należy kwalifikować jako zawartą pod warunkiem zawieszającym żywych narodzin dziecka poczętego.

[149] Por. T. Smyczyński, *ibidem*, s. 15-18. Autor zauważa, że w literaturze prawniczej wysunięto wątpliwość co do zastosowania konstrukcji *pacti in favorem tertii* przy darowiźnie, albowiem skuteczność darowizny wymaga jej przyjęcia przez obdarowanego, chociaż skuteczność klauzuli z art. 393 § 1 k.c. nie zależy od złożenia oświadczenia woli przez osobę trzecią. Autor ten jednak stwierdza, że owo przyjęcie, przewidziane zresztą w art. 393 § 2 k.c. jako podstawa definitywnego nabycia prawa, mogłoby ewentualnie nastąpić po upływie pewnego czasu, np. po urodzeniu dziecka, a wtedy odpadają kłopoty z dokonaniem stosownego oświadczenia. W konsekwencji, Autor ten konstatuje, że *de lege lata* można dokonać przysporzenia *donandi causa* na rzecz dziecka poczętego w ramach wspomnianej konstrukcji prawnej. Po urodzeniu dziecko ma roszczenie o wykonanie świadczenia, którym może być nawet cały przedmiot darowizny.

[150] Zob. wyrok SN z 7 października 1971 r., III CRN 255/71, OSPiKA 1972 poz. 110 i por. *ibidem*, s. 16-18.

[151] *Ibidem*, s. 18.

umowy, ponieważ chce dokonać przysporzenia na rzecz *nasciturusa* musi poczekać do narodzin dziecka – wówczas już bez przeszkód prawnych będzie mógł taką umowę zawrzeć; dziecko będzie wówczas reprezentowane przez przedstawicieli ustawowych (najczęściej rodziców), zaś umowa w określonych przypadkach będzie mogła zostać zawarta dopiero po uzyskaniu zezwolenia przez sąd opiekuńczy[152]. Może się zdarzyć sytuacja, że komuś bardzo zależy na czasie (przykładowo z uwagi na zagrożenie życia lub wykrycie choroby, która może doprowadzić do śmierci przed narodzinami *nasciturusa*). Jeżeli osoba taka pragnie zabezpieczyć interesy majątkowe *nasciturusa* poprzez dokonanie określonego przysporzenia na jego rzecz, zawsze może sporządzić testament, w którym wskaże *nasciturusa* jako swojego spadkobiercę lub w razie chęci „darowania" konkretnej nieruchomości może dokonać zapisu windykacyjnego. Jak była bowiem mowa wyżej, jakkolwiek *nasciturus* nie posiada zdolności prawnej, co uniemożliwia mu przyjęcie darowizny, w przepisie art. 927 § 2 k.c. wskazano, że dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe. Na mocy art. 981^5 k.c. przepis ten stosuje się również do dokonania zapisu windykacyjnego. Skorzystanie z instrumentów przewidzianych *de lege lata* w prawie spadkowym jest z pewnością opcją bezpieczniejszą, gwarantującą spełnienie woli spadkodawcy.

V. Koncepcje wyjaśniające sytuację prawną *nasciturusa*

Na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat można wyróżnić wiele koncepcji starających się wyjaśnić skomplikowaną sytuację prawną *nasciturusa*. Nie wszystkie z nich się wykluczają, część z nich podziela niektóre ze swoich tez. Poniżej wskazane zostały najczęściej spotykane w doktrynie jak i judykaturze koncepcje wyjaśniające sytuację prawną dziecka poczętego:

1. Dziecko jako część ciała matki (*pars viscerum matris*)

Zgodnie z tą koncepcją, dziecku poczętemu nie przysługuje w ogóle choćby warunkowa zdolność czy podmiotowość prawna, a ono samo miałoby być traktowane jako część ciała matki (*pars viscerum matris*), a jeśli w ogóle można byłoby mówić o osobie fizycznej, to tylko w aspekcie przyszłym[153]. Korzenie tej koncepcji sięgają prawa rzymskiego, która jednak ewoluowała i

[152] Por. art. 101 § 3 k.r.o., zgodnie z którym rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko. Natomiast zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 30 kwietnia 1977 r., III CZP 73/76: rodzice mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego przewidzianego w art. 101 § 3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nabywać dla małoletniego dziecka nieruchomości na podstawie umowy darowizny w stanie wolnym od zobowiązań wobec darczyńcy lub osób trzecich.

[153] Por. S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1978, s. 140.

przekształciła się w następną z omawianych koncepcji. Na gruncie prawa polskiego, należy stanowczo odrzucić tę koncepcję[154]. *Nasciturus* jako istota ludzka jest dobrem odrębnym od dobra swych rodziców, nie jest więc *pars viscerum matris,* ale człowiekiem w fazie prenatalnej, zasługującym na odrębną ochronę od osoby matki. I tak, w prawie spadkowym uwzględnia się interesy przyszłego narodzonego człowieka, a nie części ciała matki[155]. W odniesieniu do odszkodowania za skutki czynu niedozwolonego, wobec aktualnej treści art. 446^1 k.c. i zachodzących w nim na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat zmian, nie ulega wątpliwości, że dziecko poczęte jest odrębnym podmiotem prawa od matki i chodzi o szkodę wyrządzoną człowiekowi przed urodzeniem, a nie o uszkodzenie ciała matki[156]. Wreszcie, kurator ma chronić interesy dziecka poczętego, a nie jest kuratorem ciała ani osoby jego matki[157].

2. Dziecko poczęte uważa się za narodzone dla korzystnych dla niego skutków (*nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur)*

Dzięki tej koncepcji, której korzenie również sięgają prawa rzymskiego[158], zapewnia się ochronę interesom *nasciturusa* za pomocą fikcji prawnej, na podstawie, której przyjmuje się, że fakt żywego urodzenia rozciąga się wstecz. Wyraża to paremia: *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* – „mającego się narodzić uważa się za narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyści"[159]. Zasada ta uznawana jest za „minimalny standard ochrony *nasciturusa*"[160]. *Nasciturusowi* nie przyznaje się w żadnym zakresie zdolności prawnej, niemniej jednak w pewnych sytuacjach uzasadnione jest zastosowanie konstrukcji, w świetle której *nasciturusa* traktować należy tak jakby był już urodzony, jeśli przemawia za tym jego korzyść. W doktrynie została wyrażona myśl, że choć *expressis verbis* polskie prawo nie wypowiada tej zasady, to wynika ona „z pełnej humanistycznej treści tej zasady oraz z art. 182 k.r.o. traktującego o strzeżeniu (jeśli jest to potrzebne) przyszłych praw dziecka przez ustanowionego kuratora, a nigdzie nie jest powiedziane, że zasada ta

---

[154] Por. Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s. 105. Autorzy wskazują, że co do zasady płód jest uznawany za *pars viscerum matris*, a wyjątki od zasady przewidują poszczególne przepisy prawa cywilnego, jak art. 927 § 2 k.c., art. 182 k.r.o. itp.

[155] Tak, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut… op. cit.,* s. 25.

[156] Por. T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny... op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 28, s. 63; ibid. s. 25.

[157] Tak, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 25.

[158] Por. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie,* Warszawa 1973, s. 164; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1992, s. 86.

[159] T. Sokołowski określa to mianem minimalnej ochrony interesu *nasciturusa*, por. [w:] *Kodeks Cywilny...,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 10-11, s. 54-55. Tak też uważa J. Strzebińczyk [w:] *Kodeks cywilny... op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., nb. 16, s. 36. Zob. także J. Mazurkiewicz, *Zasada nasciturus pro iam nato habetur w polskim prawie cywilnym*, Problemy Prawa i Administracji, t. V, 1974, s. 99 i n.

[160] T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny...*, *op. cit*., komentarz do art. 8 k.c., teza nr 12, s. 58.

musi być utrwalona w pozytywnym przepisie”[161]. Uznanie istnienia tej zasady na gruncie prawa polskiego łączy się bezpośrednio z koniecznością stwierdzenia, że przepisy, które regulują niektóre prawa *nasciturusa* są przepisami szczególnymi, które można stosować *per analogiam* do każdego innego wypadku, w którym wystąpi podobny interes dziecka poczętego potrzebujący ochrony i zabezpieczenia[162].

3. *Nasciturusowi* przynależy zdolność prawna warunkowa

Część doktryny prawa cywilnego uznaje zdolność prawną *nasciturusa*, wskazując na jej warunkowy charakter; twierdzą oni, że dziecku poczętemu przysługuje zdolność prawna pod warunkiem żywego urodzenia[163]. Zarówno model drugi jak i ten biorą pod uwagę szczególną sytuację *nasciturusa*: wiążą one bowiem istotne skutki prawne z faktem żywego urodzenia jako okolicznością łatwą do ustalenia. Jak zauważył L. Bosek, ustawodawca w szczególności ze względów technicznoprawnych „personifikuje” człowieka od chwili jego narodzin[164]. Innymi słowy, właśnie od tego momentu człowiek zaczyna „istnieć” we wszystkich aktach stanu cywilnego i to data urodzenia jest kluczowa dla każdego człowieka. Nie oznacza to jednak, że dopiero od tego momentu można mówić o człowieku jako istocie ludzkiej, bo taka już powstaje w momencie poczęcia, co zostanie szerzej omówione w następnym rozdziale.

W doktrynie zauważono, że zasada warunkowej zdolności prawnej powinna być podnoszona tylko do praw majątkowych, natomiast prawa niemajątkowe (prawo do życia, zdrowia, integralności cielesnej art.) przypisane są *nasciturusowi* jako prawa aktualne bezwarunkowo, ponieważ dziecko poczęte posiada istniejące i aktualne interesy już od momentu poczęcia, które zasługują na skuteczną ochronę prawną jeszcze przed jego urodzeniem[165]. W ten sposób uwzględnia się i zapewnia ochronę

---

[161] Tak, B. Walaszek, *Glosa…, op. cit*., s. 415. Również Z. Radwański uważał, że można przyjąć, że zasada ta w polskim prawie cywilnym obowiązuje, choć jest niewypowiedziana; niemniej jednocześnie twierdził on, że *nasciturusowi* przysługuje zdolność prawna pod warunkiem zawieszającym, por. Z. Radwański, *Prawo cywilne... op. cit.,* s. 149. Inaczej natomiast, por. A. Wolter, *Glosa…, op. cit*., nr 12. s. 1617; P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny... op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 22, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.); A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66…, op. cit.*

[162] Tak, B. Walaszek, *Glosa*…, *op. cit.,* s. 415. Pomimo uznania, że zasada ta nie obowiązuje w prawie polskim, tak samo twierdzi A. Szpunar, *ibidem*, s. 556.

[163] L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii..., op. cit.,* s. 45, teza nr 6; J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona... op. cit.,* s. 39; S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte… op. cit.,* s. 83-89. B. Walaszek, *Nasciturus… op. cit.,* s. 121-132. Na uwagę zasługuje stanowisko J. Mazurkiewicza, który podkreśla, że dokonywanie rozbratu między rozszerzaniem ochrony dziecka poczętego, a koncepcją jego podmiotowości jest w gruncie rzeczy niemożliwe – J. Mazurkiewicz, *Ochrona dziecka poczętego w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Wrocław 1985, s. 59-60.

[164] L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 303.

[165] Tak, *ibidem*; J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona..., op. cit.,* s. 86-87. Tak też J. Bodio, *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Warszawa 2019, rozdział 5.2.2., teza nr IX i XII-XIII, Lex (dostęp: 15.02.2023 r.). Autorka ta wskazuje, *de lege lata* zdolność prawna dziecka poczętego wyrażana jest przez zasadę *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur.* Pozwala ona na przyjęcie poglądu o warunkowej zdolności

dóbr osobistych *nasciturusa*[166]. Zdolność warunkowa nie jest bowiem wystarczająca w zakresie ochrony interesów niemajątkowych, a więc dóbr najściślej związanych z godnością ludzką[167]. Innymi słowy, rozgranicza się zdolność prawną dziecka poczętego od ochrony jego życia i zdrowia, które przysługują dziecku niezależnie od faktu żywego urodzenia[168]. Ponieważ nie mają charakteru majątkowego – przysługują bez konieczności spełnienia żadnych dodatkowych przesłanek. Dziecko je nabywa od momentu poczęcia bezwarunkowo. Należy zatem uznać bezwzględny charakter zdolności dziecka w zakresie ochrony integralności fizycznej i psychicznej dziecka poczętego (por. art. 446^1 k.c., art. 23 i 24 k.c.). Podnosi się ponadto w doktrynie, że można uznać istnienie dóbr osobistych *nasciturusa*, jak integralność fizyczna i psychiczna, zdrowie, życie, bowiem przysługują one każdemu człowiekowi, a nie jedynie osobie fizycznej[169]. R. Majda podkreślił, że ochrona dobra osobistego dziecka poczętego aktualizuje się jednak z chwilą urodzenia, gdyż dopiero urodzonemu dziecku przysługiwać mogą prawa chroniące owe dobra. Wskazał, że dopiero po urodzeniu możliwe jest wystąpienie przez dziecko z roszczeniami chroniącymi dobra osobiste, które zostały naruszone przed urodzeniem[170]. Należy jednak zwrócić uwagę, że jeżeli są naruszane dobra osobiste dziecka poczętego takie jak życie lub zdrowie, zwlekanie z wytoczeniem powództwa o zaniechanie naruszeń tych dóbr osobistych do narodzin dziecka może skutkować tak poważnymi szkodami, że do narodzin dziecka w ogóle nie dojdzie. W konsekwencji, uznać należy, że powołany kurator w pewnych sytuacjach może w imieniu dziecka poczętego wystąpić z powództwem o zaniechanie naruszania dóbr osobistych[171].

Analizując stanowisko judykatury w tym przedmiocie należy wskazać, że Sąd Najwyższy w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 4 kwietnia 1966 r.[172] stwierdził, że: „Od dnia wejścia w życie kodeksu

---

prawnej *nasciturusa* i w konsekwencji – jego warunkowej zdolności sądowej. Takie stanowisko odnosi się do jego praw majątkowych. Natomiast co do praw niemajątkowych dotyczących ochrony życia, zdrowia czy rozwoju biologicznego dziecka poczętego, zdolność prawna i zdolność sądowa powinna być przyznana bez warunku. W konsekwencji, jej zdanie, przyjmując (warunkową) zdolność sądową *nasciturusa*, należałoby konsekwentnie uznać jego legitymację procesową w postępowaniu nieprocesowym w okresie poprzedzającym jego urodzenie (zwłaszcza w postępowaniu spadkowym). Z kolei odmowa udziału *nasciturusa* w postępowaniu nieprocesowym wskazywałaby na systemową niespójność, gdyż *nasciturus* nie brałby udziału w postępowaniu z powodu braku zdolności sądowej, pomimo iż byłby uczestnikiem postępowania.

[166] Tak, L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 302- 303.

[167] *Ibidem*, s. 304. Już w roku 1958 r. S. Chrempiński zwracał uwagę na to zagadnienie, podnosząc, że przypisywanie okoliczności, że dziecko może urodzić się nieżywe, charakteru rozwiązującego, można uznać za właściwe tylko w odniesieniu do praw majątkowych; por. S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte...*, *op. cit.,* s. 88. Tak też, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 24-28.

[168] Tak, L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 304; J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona..., op. cit.,* s. 83, T. Smyczyński, *ibidem,* s. 24.

[169] Por. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona..., op. cit.* s. 86-87.

[170] R. Majda [w:] *Komentarz..., op. cit.* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 44, s. 176.

[171] Tak, J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona..., op. cit.,* s. 86-90. Zob. także w tym zakresie K. Kurosz, *Środki ochrony…, op. cit.,* s. 105 i n.; K. Kurosz [w:] *Nasciturus…, op. cit.*, s. 104 i n; K. Kurosz, *Środki ochrony... Część 1*, *op. cit.*, s. 71 i n.

[172] II PR 139/66, OSPiKA 12/1966 z glosą A. Szpunara; por. także A. Wolter, *Glosa…, op. cit*., s. 1615-1619. A. Wolter

cywilnego zdolność prawną ocenia się według tego kodeksu. W myśl zaś art. 8 k.c. każdy człowiek od chwili urodzenia ma zdolność prawną. Posiada ją jednak również dziecko poczęte, co wynika z przepisów prawa spadkowego i rodzinnego (art. 927 § 2 k.c.; art. 75 k.r.o.). Wprawdzie kodeks zobowiązań nie zawiera w tej materii wyraźnego przepisu, ale nie wypływa stąd jako jedynie logiczny wniosek, że w stosunkach obligacyjnych dziecko poczęte nie może być podmiotem. Przeciwnie, nawet prawidłowa wykładnia prawa, zgodna z duchem humanizmu, nakazuje przyjąć, że dziecko poczęte, jeżeli urodzi się żywe, musi być traktowane z punktu widzenia prawa na równi z dzieckiem już urodzonym, jeżeli sfery ich uprawnień są zbieżne ze sobą". Koncepcja ta znalazła na gruncie prawa polskiego swój pełny wymiar w dodanym w 1993 roku § 2 art. 8 k.c., stosownie do którego przyznano *nasciturusowi* pełną zdolność prawną w odniesieniu do praw niemajątkowych, a ponadto przyznano mu zdolność warunkową do praw majątkowych. Mimo uchylenia tego przepisu pojawiają się głosy w doktrynie, że *nasciturus* w dalszym ciągu posiada zdolność prawną warunkową w zakresie praw majątkowych i ogólną zdolność prawną bezwarunkową w zakresie praw niemajątkowych[173]. Na poparcie tego stanowiska L. Bosek wskazał, że art. 8 k.c. nie jest interpretowany *a contrario,* a *nasciturus* ma *de lege lata* co najmniej ograniczoną zdolność prawną. Innymi słowy, uważa on, że mimo nieprzyznania *nasciturosowi expressis verbis* zdolności prawnej w art. 8 k.c., nie oznacza to, że takiej nie posiada. Na poparcie swojej tezy wskazał, że *nasciturusa* należy traktować jako osobę fizyczną ze względu na nakaz poszanowania godności człowieka i jest on wyposażony w podmiotowość prawną, a podstawą jest art. 30 Konstytucji i zapewniona tam gwarancja godności ludzkiej. W ocenie tego autora, *nasciturus* jest podmiotem „przyszłych praw", ale podmiot stanu rzeczy obejmującego te ekspektatywy już niewątpliwie istnieje. Ponadto dodał, że fakt uchylenia art. 8 § 2 k.c. nie ma znaczenia, ponieważ podmiotowość prawna przysługuje *nasciturusowi* ze względu na poszanowanie jego godności; zatem przysługuje mu także zdolność prawna[174].

Odnosząc się do tego stanowiska należy wskazać, że o ile niewątpliwie należy zgodzić się, że

---

nie kwestionując samej zasadności glosowanego orzeczenia zgłosił zastrzeżenie do stwierdzenia przez SN, że w prawie polskim, zarówno przedkodeksowym, jak i aktualnym dziecko poczęte ma „również" zdolność prawną. A. Szpunar również z dystansem podchodzi do stanowiska SN o przysługiwaniu *nasciturusowi* zdolności prawnej, dodaje on, że SN dość beztrosko przechodzi nad tym faktem do porządku dziennego i przyznaje dziecku poczętemu te same prawa, co innym podmiotom.

[173] Por. L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 304-305. Jak była już mowa, Autor ten stoi na stanowisku uznania ogólnej warunkowej zdolności prawnej dziecka pod warunkiem rozwiązującym, bowiem przyjęcie, że warunek ma charakter zawieszający oznaczałoby, że istnieją prawa podmiotowe dziecka poczętego bez podmiotu. Zauważa on dodatkowo potrzebę korekty treści art. 23-24 k.c., choć w literaturze już reprezentowany jest pogląd, że przepisy te stosuje się co do *nasciturusa.* Zdaniem Autora, zmienić należy przepisy o kuratorze, aby z nich wyraźnie wynikało, że sprawuje on przede wszystkim pieczę nad osobą dziecka poczętego a dopiero w dalszej kolejności nad prawami majątkowymi – wymogi te spełnia projekt nowego kodeksu cywilnego. Tak też, J. Bodio, *Status…, op. cit.*, rozdział 5.2.2., teza nr XII, Lex (dostęp: 15.02.2023 r.).

[174] L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 300-301.

podmiot praw już od momentu poczęcia istnieje, to dyskusyjne jest stwierdzenie, że prawa majątkowe, co do których *nasciturusowi* miałaby przysługiwać zdolność prawna warunkowa, są jedynie ekspektatywami. Należy raczej uznać, że prawa te już istnieją od momentu poczęcia, skoro istnieje podmiot tych praw (*nasciturus*) ale dziecku nie przysługuje możliwość ich wykonywania do momentu ziszczenia się *conditio iuris* (żywego urodzenia). Dziecko nienarodzone nabywa prawa pod warunkiem, że urodzi się żywe, a w momencie narodzin prawa zostają nabyte bezwarunkowo i definitywnie[175]. Same prawa nie są zatem warunkowe, a jedynie zdolność do ich definitywnego nabycia jest warunkowa. Istnienie praw podmiotowych związane jest nierozerwalnie z podmiotem tych praw. Oczywiste jest zatem, że w razie niespełnienia się *conditio iuris,* tj. nienarodzenia dziecka, skoro podmiot praw podmiotowych zakończył swój byt prawny, to również te prawa podmiotowe przestają istnieć i nigdy nie dojdzie do ich definitywnego nabycia. Ponadto należy ponownie zauważyć, że do uznania, że dziecku poczętemu przysługuje podmiotowość prawna ze względu na godność ludzką właściwą każdej istocie ludzkiej, nie jest konieczne uznanie, że przysługuje mu zdolność prawna. Jest to związane z przyjęciem koncepcji omówionej na początku tego rozdziału, zgodnie z którą pojęcia zdolności prawnej i podmiotowości prawnej nie są pojęcia tożsamymi. Podmiotowość jest pojęciem szerszym, związanym z samym faktem istnienia podmiotu i jej posiadanie przez istotę ludzką (podmiot prawa) nie jest „nadawane", tj. zależne od decyzji kogokolwiek. Tymczasem pojęcie zdolności prawnej jest pojęciem wtórnym, węższym i to ustawodawca decyduje które podmioty prawne w nią wyposażyć na potrzeby obrotu cywilnoprawnego.

W dalszej kolejności, należy wskazać, że koncepcja warunkowej zdolności prawnej *nasciturusa* jest niejednolita oraz wywołuje wątpliwości nawet wśród jej zwolenników. W doktrynie można wyodrębnić dwa jej odłamy:

a) W świetle pierwszego, dziecko poczęte ma swoistą, warunkową zdolność prawną pod warunkiem zawieszającym[176]. Oznacza to, że dziecku przed narodzeniem nie przysługują jeszcze prawa podmiotowe, co znaczy, że nie mogą być jeszcze wykonywane, niemniej są zabezpieczone na przyszłość. Jak była mowa powyżej, prawa te istnieją, ale dziecku nie przysługuje możliwość ich

[175] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 20. Zob. także J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona... op. cit.,* s. 77-78.

[176] Tak, S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte..., op. cit.,* s. 87; A. Szpunar, Glosa do orzeczenia SN z dnia 4 kwietnia 1966 r...., *op. cit.,* s. 557 oraz *Szkoda…, op. cit.,* 379; Z. Radwański, *Prawo cywilne..., op. cit.,* s. 149, M. Pazdan. [w:] *System Prawa Prywatnego tom 1, Prawo cywilne - część ogólna*, red. Marka Safjana, rok 2012, wyd. 2, s. 1055, który dodaje, że granicę przy przyznawaniu *nasciturusowi* zdolności prawnej wyznaczać powinna zasada, w myśl której *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur,* ponieważ choć zasadę tę wyraźnie w naszych przepisach niewypowiedzianą, trzeba uznać za doniosłą wskazówkę przy poszukiwaniu rozwiązań dla przypadków wyraźnie przez ustawodawcę nierozstrzygniętych. Zob. także K. Pietrzykowski, *Komentarz..., op. cit.,* komentarz do art. 75 k.r.o., nb. 5, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.).

wykonywania do momentu ziszczenia się warunku. Innymi słowy, dziecko nienarodzone nabywa prawa pod warunkiem, że urodzi się żywe i w momencie narodzin prawa zostają nabyte bezwarunkowo i definitywnie. Do czasu urodzenia trwa okres zawieszenia podmiotowości *nasciturusa* i dopiero w wypadku żywych narodzin podmiotowość ta powstaje jako pełna i nieograniczona ze skutkiem *ex tunc* co do tych praw, których zawieszenie dotyczyło[177].

b) Zwolennicy drugiego odłamu tej koncepcji twierdzą, że dziecko poczęte posiada zdolność prawną, lecz pod warunkiem rozwiązującym, a nie zawieszającym[178]. *Nasciturusowi* przysługują więc prawa podmiotowe już w okresie prenatalnym, jednak gasną one, jeżeli nie urodzi się on żywy. Po urodzeniu dziecka warunkowe prawo podmiotowe przekształca się w bezwzględne prawo. *Nasciturusa* uznaje się zatem za podmiot prawa od chwili poczęcia i jeżeli urodzi się żywy, jego podmiotowość jest już bezwzględna i stanowi *continuum* podmiotowości sprzed urodzenia. Natomiast urodzenie martwe jest spełnieniem się warunku rozwiązującego, wskutek czego wystąpi brak podmiotowości[179]. W doktrynie podnosi się, że przyjęcie, że warunek ma charakter zawieszający oznaczałoby, że istnieją prawa podmiotowe dziecka poczętego bez podmiotu[180], a jak zostało już wskazane z takim stwierdzeniem nie można się zgodzić. Z pewnością w świetle tej koncepcji, pozycja *nasciturusa* jest silniejsza.

Ponadto, pojawia się wątpliwość czy zdolność prawną należy zacieśnić tylko do praw, innymi słowy korzyści (*commoda*) z wyłączeniem obowiązków[181]. Chodzi zatem o prawa (uprawnienia, roszczenia), które dziecko będzie realizować po urodzeniu jako osoba fizyczna, jednak samo zdarzenie powodujące pojawienie się tych praw ma miejsce w okresie rozwoju prenatalnego, czyli przed urodzeniem[182]. Przy przyjęciu posiadania przez *nasciturusa* zdolności prawnej pod warunkiem rozwiązującym, jej zakres ujmuje się szeroko, analogicznie jak po urodzeniu, co oznacza, że dotyczy

---

[177] Tak, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 20.

[178] Tak, B. Walaszek, *Nasciturus..., op. cit.,* s. 126-127; B. Walaszek, *Glosa, op. cit.*, s. 415. Autor twierdzi, że dzięki nadaniu warunkowi charakter rozwiązujący, prawa przyznane dziecku poczętemu mają zawsze podmiot prawny warunkowy (pod warunkiem rozwiązującym). Przyjęcie natomiast podmiotowości pod warunkiem zawieszającym nie da się utrzymać, ponieważ podmiotowość zaistniałaby w takim razie dopiero po nastąpieniu zdarzenia, którym jest urodzenie się dziecka żywym. W tak wytworzonej sytuacji musiałoby się przyjąć, że prawa dziecka poczętego są w okresie od poczęcia do urodzenia pozbawione podmiotu, co oczywiście nie dałoby się pogodzić z rzeczywistą sytuacją, wyrażającą się w istnieniu dziecka poczętego. Por. także A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 158 oraz *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 245.

[179] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.*, s. 20.

[180] Tak, L. Bosek, *Gwarancje...*, *op. cit.*, s. 304-305; B. Walaszek, *Nasciturus...*, *op. cit.*, s. 121-132; B. Walaszek*, Glosa… op. cit.*, s. 415. A. Szpunar twierdzi jednak, że konstrukcja ta nie prowadzi do uznania praw bez podmiotu, ponieważ istnieje możliwość ustanowienia kurateli dla strzeżenia „przyszłych praw dziecka" (art. 182 k.r.o.), a jest rzeczą naturalną, że dopóki warunek zawieszający nie ziści się, istnieje stan zawieszenia, por. A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 4 kwietnia 1966 r…., op. cit.*, s. 557.

[181] Por. B. Walaszek, *Nasciturus..., op. cit.*, s. 127. Autor ten uważa, że nie ma żadnych przeszkód do stwierdzenia, że dziecko poczęte może być podmiotem obowiązków.

[182] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.*, s. 12-13.

ona nie tylko praw, ale i obowiązków[183]. Z kolei w odniesieniu do zdolności prawnej pod warunkiem zawieszającym odnosi się ją tylko do praw *nasciturusa*, stosując zasadę *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*[184].

4. *Nasciturusowi* przysługuje ograniczona zdolność prawna w zakresie wyznaczonym przez przepisy szczególne

Zgodnie z tą koncepcją, prezentowaną w dawniejszej literaturze, dziecko poczęte posiada zdolność prawną, ale tylko w przypadkach określonych w przepisach szczególnych: art. 927 § 2 k.c., art. 75 § 1 k.r.o., art. 142 k.r.o., art. 182 k.r.o. oraz art. 446^1 k.c.[185] L. Bosek odnosząc się do tej koncepcji wskazał, że narusza ona wprost konstytucyjną zasadę określoności przepisów prawnych, bo nie pozwala ustalić z góry i w sposób pewny rzeczywistego zakresu zdolności prawnej dziecka oraz że jest ona sprzeczna z wzorcem kompetencji generalnej człowieka bycia podmiotem praw[186]. Jest to stanowisko dyskusyjne, ponieważ w razie uznania, że podmiotowość prawna jest pojęciem szerszym i nadrzędnym nad pojęciem zdolności prawnej, ten problem znika: podmiotowość prawną *nasciturus* posiada, a jedynie zdolność prawna jest wyznaczona konkretnymi przepisami prawa (nie podmiotowość). W ten sposób zakres tej zdolności jest w sposób pewny określony. Inną wątpliwością jest natomiast to, czy przepisy te jako szczególne mogą być stosowane *per analogiam*[187], stosownie do zasady *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. Problem ten jest zdecydowanie szerszy, albowiem wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w prawie polskim w ogóle możemy mówić o istnieniu takiej zasady, o czym była już mowa wyżej. Wreszcie kwestionowane jest to, czy przepisy te można w ogóle traktować jak przepisy szczególne względem art. 8 k.c., który nie przewiduje posiadania przez *nasciturusa* zdolności prawnej[188].

Wydaje się jednak, że nie trzeba interpretować powyższych przepisów jako specjalnych w

---

[183] Tak, B. Walaszek, *Nasciturus…, op. cit.*, s. 127; B. Walaszek, *Glosa… op. cit.*, s. 415.

[184] Tak, T. Smyczyński, *Pojęcie i statut…, op. cit.*, s. 21; A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 4 kwietnia 1966 r. ..., op. cit.*, s. 557.

[185] Zob. S. Szer, *Glosa… op. cit.*, s. 121; A. Wolter, *Glosa… op. cit.*, s. 1617; A.Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne..., op. cit.*, s. 160; A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 4 kwietnia 1966 r...., op. cit.*, s. 557 oraz *Szkoda…, op. cit.*, 379; W. Lang, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji,* red. W. Lang, Toruń 2000, s. 61. Tak też, K. Pietrzykowski, *Komentarz..., op. cit.,* komentarz do art. 75 k.r.o., nb. 4, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.) oraz J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona... op. cit.*, s. 77-78. Taki pogląd zdaje się aprobować A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział I.4.3, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.), która wskazuje, że przekonująca jest koncepcja warunkowej zdolności prawnej *nasciturusa* ograniczonej do wyraźnie uregulowanych sytuacji.

[186] L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.*, s. 302.

[187] Por. B. Walaszek, *Nasciturus..., op. cit.*, s. 127-128. Autor ten twierdzi, że mimo że prawa dziecka poczętego zostały uznane kilkoma przepisami – przepisy te można stosować do każdego innego przypadku, w którym wystąpi podobny interes dziecka poczętego, potrzebujący ochrony i zabezpieczenia. Tak samo twierdzi A. Szpunar, *Glosa do orzeczenia SN z dnia 4 kwietnia 1966 r. …, op. cit.*, s. 556.

[188] Por., T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.*, s. 13-14; L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.*, s. 302.

stosunku do art. 8 k.c. Przepis art. 8 k.c. wskazuje kto posiada *de lege lata* zdolność prawną i nie wymienia tam *nasciturusa.* Natomiast w przepisach art. 927 § 2 k.c., art. 75 § 1 k.r.o., art. 142 k.r.o., art. 182 k.r.o. oraz art. 446^1 k.c. ustawodawca uwzględnił interesy dziecka poczętego i zapewnił na różnych płaszczyznach prawa prywatnego jego ochronę; nie wskazał jednak w treści tych przepisów, iż w tych sytuacjach faktycznych wyposaża *nasciturusa* w zdolność prawną. *Nasciturus* jest chroniony w poszczególnych sytuacjach ze względu na posiadaną podmiotowość prawną. Zatem ochrona prawna jest mu należna bez względu na to czy na mocy decyzji ustawodawcy zostanie on wyposażony w zdolność prawną czy też nie.

5. Dziecko poczęte *de lege lata* w ogóle nie posiada zdolności prawnej

W doktrynie polskiego prawa cywilnego podnosi się również przekonujące argumenty przemawiające za tezą, że *nasciturusowi* w istocie nie przysługuje warunkowa zdolność prawna ogólna, a dziecko poczęte chronione jest jedynie w konkretnych sytuacjach przewidzianych w przepisach. Przede wszystkim wskazuje się, że na gruncie prawa polskiego, koncepcja, że dziecko poczęte posiada zdolność prawną nie ma mocnych podstaw, jest „niejasna, wewnętrznie sprzeczna i trudna do zrozumienia". Skoro bowiem dopiero po urodzeniu zdolność ta ma się uaktualnić to przed urodzeniem *nasciturus* jej nie ma, a nabywa ją dopiero po urodzeniu, co jednoznacznie wynika z przepisów prawa[189]. P. Księżak słusznie podkreśla – nawiązując do pojęcia zdolności prawnej, że skoro oznacza ona możność posiadania praw i obowiązków, to w danym momencie tę cechę albo się ma, albo się jej nie ma, tzn. albo można nabyć prawo, albo nie można[190]. Innymi słowy, koncepcja warunkowej zdolności prawnej jest niespójna z poglądem, że zdolność prawna jest właściwością bierną, najbardziej podstawową dla jednostki, że „jest albo jej nie ma"[191] i jest pojęciem niepodzielnym, dotyczącym całokształtu praw i obowiązków[192]. W tym kontekście niedopuszczalne wydaje się konstruowanie zdolności prawnej, ograniczającej się wyłącznie do uprawnień, z pominięciem obowiązków[193]. W konsekwencji można stwierdzić, że warunkowa zdolność to w istocie brak zdolności[194]. Ponadto, jak trafnie się wskazuje, ustawodawca polski nie przewiduje w ogóle takiej kategorii pojęciowej jak warunkowa zdolność prawna i niektórzy przedstawiciele

---

[189] Tak, P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 25, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.); T. Smyczyński, *ibidem*, s. 21; W. Bendza, *Zdolność prawna…, op. cit.*, s. 34-35; Tak, R. Majda [w:] *Komentarz...,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 38, s. 174. Tak też M. Tenenbaum-Kulig, *Darowizna… op. cit*., rozdział II. 2.3.2, Legalis, (dostęp: 14.02.2023 r.).

[190] P. Księżak*, ibidem*.

[191] Tak, L. Bosek, *Gwarancje..., op. cit.,* s. 270.

[192] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut..., op. cit.,* s. 22.

[193] *Ibidem*.

[194] Tak, P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 25, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.)

doktryny wskazują, że nie wydaje się, by rolą judykatury i nauki prawa było tworzenie hybrydalnych postaci kategorii normatywnych, jaką jest warunkowa zdolność prawna. W kontekście historycznym dodatkowym argumentem świadczącym o nieposiadaniu przez dziecko poczęte jakiejkolwiek zdolności prawnej jest według niektórych skreślenie § 2 art. 8 k.c., który przewidywał szczególną postać zdolności prawnej *nasciturusa*[195]. Nie oznacza to jednak, że dziecku poczętemu nie przysługują żadne prawa. Otóż, n*asciturus* może nabyć prawa pod warunkiem żywego urodzenia w wypadkach wskazanych w ustawie, jednak nie jest wykluczone przyznanie również w innych wypadkach dziecku ochrony praw, których źródło znajduje się w okresie prenatalnym[196].

6. Retroaktywna ochrona dziecka urodzonego

Koncepcja ta oznacza ochronę przyszłych, potencjalnych praw i interesów osoby fizycznej, bez przyznawania *nasciturusowi* podmiotowości prawnej w jakiejkolwiek postaci[197]. Przedstawicielka tej koncepcji E. Wojtaszek uważa, że zarówno zasada *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* jak i warunkowa zdolność prawna nie znajdują dostatecznego poparcia w przepisach, dlatego też *nasciturus* powinien być traktowany jako „przyszła osoba fizyczna" i dopiero *natus* – dziecko żywo urodzone może być podmiotem praw[198]. O ile E. Wojtaszek trafnie zauważyła, że zasada *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* jak i warunkowa zdolność prawna nie znajdują dostatecznego poparcia w przepisach, to nie można się zgodzić ze stwierdzeniem, że dziecko poczęte nie jest podmiotem praw. Owszem, nabywa je definitywnie i może wykonywać dopiero po urodzeniu, jednak nie sposób uznać, że w fazie prenatalnej nie mamy do czynienia z dzieckiem poczętym, któremu z tego tytułu przysługuje szeroko rozumiana podmiotowość prawna. W żadnym przepisie, w których zapewniona jest ochrona

---

[195] Tak, R. Majda [w:] *Komentarz..., op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 38, s. 174. Por. również S. Dmowski [w:] *Komentarz..., op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 12-13, s. 75. Autor ten stwierdza, że nie jest trafne i znajdujące w polskim systemie prawnym stanowisko, że w przypadkach art. 75, art. 142 i art. 182 k.r.o. mamy do czynienia z warunkową zdolnością prawną, ponieważ o warunkowej zdolności prawnej *nasciturusa* można było mówić jedynie w czasie obowiązywania § 2 art. 8 k.c.

[196] P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny… op. cit.,* komentarz do art. 8 k.c., teza nr 25, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Por. także B. Walaszek, *Nasciturus..., op. cit.,* s. 127. Autor ten stwierdza, że przed urodzeniem dziecko poczęte może mieć tylko prawa warunkowe, a wynika to z samej istoty rzeczy; skoro bowiem podmiot prawny podlega ograniczeniom, to także prawa jemu przyznane noszą tę samą cechę. Uważa on, że skoro ustawa przyznała dziecku poczętemu prawa, uzależniając ich bezwarunkowe nabycie od urodzenia się jego żywym, to odpadnięcie tego ograniczenia po stronie podmiotu pociąga za sobą tę samą zmianę w jego prawach. Autor ten stoi na stanowisku, że *nasciturusowi* przysługuje warunkowa zdolność prawna, dlatego podnosi on, że urodzenie się *nasciturusa* żywym warunkuje nie tylko uzyskanie pełnej podmiotowości, lecz także pełne nabycie praw.

[197] Tak, E. Wojtaszek, *Odpowiedzialność cywilna..., op. cit.* s. 93; J. Rezler, *Przyczynek..., op. cit.* s. 1225 i n.; W. Lang, *W sprawie prawnego statusu nasciturusa*, Państwo i Prawo 1983, nr 6, s. 102-109; S. Grzybowski, *System prawa cywilnego,* 1985, t. 1, s. 309-310; Z. Radwański, *Zarys…, op. cit.*, s. 121; B. Kordasiewicz, *Protection de nasciturus dans le droit civil polonais*, Droit Polonais Contemporain 1982, nr 1-2, s. 61-62.

[198] E. Wojtaszek, *Odpowiedzialność cywilna..., op. cit.*, s. 93-94.

interesów dziecka poczętego nie ma mowy o „przyszłej osobie"; mowa jest jedynie o prawach, które definitywnie dziecko nabędzie o ile urodzi się żywe.

Odnosząc się do wszystkich przedstawionych powyżej teorii, należy uznać, że niezależnie od tego jaką koncepcję uzna się za słuszną, kluczowe jest ustalenie, że dziecko poczęte posiada podmiotowość prawną i w określonym wskazanym powyżej zakresie prawo je chroni i to niezależnie od tego czy przysługuje mu zdolność prawna i jaki jest jej charakter. Również Sąd Najwyższy ostatecznie uznał podmiotowość prawną *nasciturusa*, zapewniając mu w wybranych aspektach na przestrzeni kilkudziesięciu lat coraz szerszą ochronę prawną[199]. Podmiotowość prawna przynależy *nasciturusowi* nie dlatego, że zdecydował tak ustawodawca. Przysługuje mu z samego faktu posiadania człowieczego genotypu. Już od momentu poczęcia mamy do czynienia z istotą ludzką i decyzja ustawodawcy nie ma na ten fakt żadnego wpływu. Godność ludzka przynależy każdej istocie

[199] Por. R. Majda [w:] *Komentarz...*, *op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 35, s. 171-173; por. także T. Sokołowski [w:] *Kodeks Cywilny...*, *op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 24-33, s. 62-64; por. S. Dmowski [w:] *Komentarz ...*, *op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 11, s. 74-75. I tak, w wyroku z dnia 8 października 1952 roku, C 756/51 (NP 1953, nr 5, s.70, z glosą M. Waligórskiego, PiP 1951, z. 2, s. 336), Sąd Najwyższy uznał prawo dziecka poczętego do dochodzenia renty od osoby odpowiedzialnej za śmierć ojca, jeśli śmierć nastąpiła przed urodzeniem dziecka już poczętego. Należy przypomnieć, że w wyroku z dnia 4 kwietnia 1966 roku, II PR 139/66 (OSNC 1966, nr 9, poz. 158, z glosami A. Szpunara, *op. cit.*, W. Woltera, *op. cit.*), SN wskazał natomiast, że przy ustaleniu wysokości zadośćuczynienia dla dziecka, które w chwili śmierci ojca było już poczęte, a następnie urodziło się żywe, należy stosować analogiczne kryteria jak przy zasądzeniu odszkodowania dla dzieci, które w chwili śmierci ojca było w wieku przedszkolnym. Wreszcie w uchwale pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 30 listopada 1987 r., III PZP 36/87 (OSNCP 1988, nr 2-3, poz. 23, z glosą J. Mazurkiewicza, PiP 1989, z. 1, s. 145) uznał, że dziecko poczęte w chwili śmierci ojca nabywa prawo do jednorazowego odszkodowania na podstawie ustawy o świadczeniach z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, jeżeli urodzi się żywe. Tym samym Sąd Najwyższy jednoznacznie uznał, że *nasciturusowi* przysługuje roszczenie o naprawienie szkód powstałych na skutek śmierci ojca, nawet jeśli śmierć nastąpiła przed jego urodzeniem, jeżeli w tej chwili było już poczęte. Należy jednak podkreślić, że nie zawsze Sąd Najwyższy uznawał podmiotowość prawną *nasciturusa*. I tak, w wytycznych Izby Cywilnej z 6 grudnia 1952 r., Sąd Najwyższy przy rozpatrywaniu sprawy sądowego ustalenia ojcostwa stwierdził, że przed chwilą urodzenia dziecko poczęte jako podmiot praw i obowiązków jeszcze nie istnieje. Pogląd ten uległ zatem znacznej ewolucji, zob. uchwała Sądu Najwyższego cała Izba SN – Izba Cywilna z 6 grudnia 1952 r., C. Prez. 166/52, por. S. Chrempiński, *Czy dziecko poczęte...*, *op. cit.,* s. 83-89. Por. także J. Mazurkiewicz, *Czas ruszyć z miejsca! Stare i nowe propozycje rozszerzenia prawnej ochrony dziecka poczętego*, Forum Prawnicze 2019, nr 1, s. 4. Z nowszego orzecznictwa również mającym na celu wzmożenie ochrony prawnej *nasciturusa* oraz zasady dobra dziecka, zob. uchwałę SN z 25 lipca 2019 r., III CZP 12/19, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.), w której Sąd Najwyższy wskazał, że: „osoba, należąca do kręgu spadkobierców ustawowych, na rzecz której spadkobierca legitymujący się stwierdzeniem nabycia spadku, rozporządził prawem należącym do spadku, nie nabyła tego prawa, jeżeli rzeczywistym spadkobiercą jest dziecko spadkodawcy, w chwili otwarcia spadku już poczęte, które urodziło się żywe (*nasciturus*)" z glosami: T. Justyńskiego, OSP 2020 nr 6, poz. 47, str. 28 (krytyczną), M. Sepełowskiego, MoP 2020, nr 9, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.) (aprobującą co do rozstrzygnięcia i krytyczną co do uzasadnienia), G. Wolaka, KKSSiP 2020, Nr 1, s. 114, K. Górniak, Rejent 2021, Nr 5, s. 94–95 (aprobującą co do kierunku rozstrzygnięcia i krytyczną co do uzasadnienia) oraz uchwałę SN z 27 lutego 2020 r., III CZP 56/19, OSNC 2020/11, poz. 90, w której Sąd Najwyższy wskazał, że: „Powództwo prokuratora, wytoczone w sprawie o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa dokonanego po urodzeniu się dziecka poczętego w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji z zastosowaniem komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy, może być oddalone przez sąd jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego" z glosami M. Rzewuskiego, Przegląd Sądowy 2022, nr 2, s. 104 (aprobującą) i M. Rzewuskiej, Glosa 2022, nr 4, s. 63 (aprobującą). Zagadnienie poruszone w tej uchwale dotyka niezwykle istotnych sfer życia prywatnego człowieka, związanych z konstytucyjną zasadą dobra dziecka i prawem do ochrony życia rodzinnego z jednej strony oraz konsekwencjami sądowej zmiany oznaczenia płci osoby transseksualnej z drugiej, która to kwestia jakkolwiek bardzo ciekawa wykracza poza ramy tej pracy.

ludzkiej, zatem powinna również przysługiwać poczętemu dziecku. Właśnie z przynależności *nasciturusowi* godności ludzkiej można wywodzić jego podmiotowość prawną. Dlatego też, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że dziecko poczęte nie jest podmiotem praw. Sam ustawodawca w przepisach prawa cywilnego takich jak: art. 927 § 2 k.c., art. 75 § 1 k.r.o., art. 75^1 k.r.o., art. 142 k.r.o., art. 182 k.r.o. oraz art. 446^1 k.c., uznaje istnienie podmiotu prawa jakim jest *nasciturus*. Nie są to jednak przepisy szczególne względem art. 8 k.c. W żadnym z tych przepisów ustawodawca nie zastrzegł, że w tych sytuacjach *nasciturusowi* przysługuje zdolność prawna.

Rację należy przyznać zwolennikom stanowiska, iż *de lege lata* obecnie *nasciturusowi* zdolność prawna nie przysługuje. Zdolność prawna jest sztuczną konstrukcją stworzoną na użytek obrotu prawnego i to ustawodawca decyduje komu przysługuje. Skoro ustawodawca nie uwzględnił w art. 8 k.c. dziecka poczętego, nie można zasadnie twierdzić, że i tak zdolność prawna mu przynależy. Jedynie modyfikacja art. 8 k.c. i wyraźne wyposażenie dziecka poczętego w zdolność prawną umożliwiłoby zasadne twierdzenie, że *nasciturusowi* takowa przysługuje. Ustawodawca zdecydował się jednak na ochronę *nasciturusa* w różnych sytuacjach prawnych oraz umożliwił kuratorowi strzeżenia przynależnych mu praw, które *nasciturus* definitywnie nabędzie i będzie mógł je wykonywać dopiero z momentem narodzin, kiedy już zdolność prawna na mocy art. 8 k.c. będzie mu przysługiwać. Stąd też w art. 182 k.r.o. mowa o przyszłych prawach dziecka. Należy podkreślić, że nie mamy tu do czynienia z ekspektatywami praw, a prawami istniejącymi od momentu poczęcia, ponieważ od tego momentu istnieje już podmiot prawa. Dziecku nie przysługuje jednak możliwość ich wykonywania do momentu ziszczenia się *conditio iuris,* jakim jest jego żywe urodzenie się.

Z kolei pojęcie zdolności prawnej „warunkowej" w jakiejkolwiek postaci wydaje się nie znajdować wystarczających podstaw prawnych. Przede wszystkim, jak zostało już wskazane, koncepcja warunkowej zdolności prawnej jest niespójna z poglądem, że zdolność prawna jest właściwością bierną. Skoro jest pojęciem niepodzielnym, dotyczącym całokształtu praw i obowiązków, to albo zdolność prawną się posiada albo nie. Dlatego też niedopuszczalne wydaje się konstruowanie zdolności prawnej, ograniczającej się wyłącznie do uprawnień, z pominięciem obowiązków. Jeżeli ktoś posiada zdolność prawną to może być podmiotem praw i obowiązków, a nie jedynie praw. Ustawodawca polski nie przewiduje pojęcia „warunkowa zdolność", a skoro to ustawodawca decyduje kogo wyposażyć w zdolność prawną, to również on decyduje o przysługiwaniu zdolności warunkowej. W żadnym jednak przepisie prawnym chroniącym dziecko poczęte, nie ma mowy o takiej konstrukcji, która zdaje się jedynie hybrydalnym wytworem judykatury i nauki prawa.

Należy jednak wskazać na zasadność stosowania w polskim prawie cywilnym zasady *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* („mającego się narodzić uważa

się za narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyści"). Owszem, *expressis verbis* polskie prawo nie wypowiada tej zasady, jednak *de lege ferenda* zasadne byłoby jej wprowadzenie. Należy bowiem zwrócić uwagę, że pomimo chronienia *nasciturusa* w obrębie prawa prywatnego w poszczególnych sytuacjach, ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć każdej sytuacji, w której taka ochrona powinna być dziecku poczętemu zapewniona. Wprowadzenie takiej zasady nakazywałoby każdorazową analizę, czy w danym stanie faktycznym celowe jest uznanie, że dziecko poczęte jest już narodzone i czy zasadna jest jego ochrona. Wprowadzenie takiej zasady zapewniłoby większą elastyczność w procesie stosowania prawa.

Postulatowi wyraźnego wyeksplikowania zdolności prawnej *nasciturusa* w obrębie prawa prywatnego oraz stosowania zasady *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* wychodził naprzeciw projekt części ogólnej nowego kodeksu cywilnego[200]. Zgodnie z projektem Księgi Pierwszej Kodeksu Cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego działającej przy Ministrze Sprawiedliwości[201], przepis art. 9 nowego kodeksu cywilnego regulujący problematykę zdolności prawnej miałby brzmieć następująco:

„Art. 9. § 1. Osobą fizyczną jest człowiek. Od chwili urodzenia każdy człowiek jest podmiotem praw i obowiązków (zdolność prawna).

§ 2. Dziecko poczęte uważa się za urodzone, gdy jest to dla niego korzystne; jednakże prawa majątkowe dziecko to nabywa, jeżeli urodzi się żywe.

§ 3. Przepis § 2 nie uchybia przepisom odrębnym, które przewidują ochronę dziecka w szerszym zakresie."

Z kolei zgodnie z projektem nowego przepisu art. 39.: „§ 1. Dla dziecka poczętego ustanawia się kuratora, jeżeli jest to potrzebne do strzeżenia praw przysługujących dziecku oraz jego praw przyszłych. § 2. Kuratela ustaje z chwilą urodzenia się dziecka."

Jak wynika z uzasadnienia projektu, nowe przepisy o zdolności prawnej wyjaśniają: jaka jest treść tego pojęcia; kiedy powstaje i kończy się zdolność prawna człowieka; oraz w jakim zakresie przysługuje dziecku poczętemu. Zdaniem Komisji, zagadnienia te w obowiązujących przepisach zostały potraktowane zbyt skrótowo. I tak, w szczególności nie ma w nich definicji zdolności prawnej, a ustalenie sytuacji prawnej *nasciturusa* pozostawiono w zasadzie wykładni. Ponadto zdefiniowane zostało pojęcie „osoby fizycznej", ze wskazaniem, że jest nią człowiek[202].

---

[200] L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii...*, *op. cit.,* s. 45-46, teza nr 7.

[201] Stan z października 2008. Wskazać trzeba, że na tę chwilę prace nad nowym kodeksem cywilnym zaniechano, ponieważ 17 grudnia 2015 r. odwołani zostali Przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, jego Zastępca oraz wszyscy Członkowie.

[202] Jak wskazuje T. Sokołowski kategoria człowieczeństwa jest niewątpliwie pierwotna wobec pojęcia osoby fizycznej, które jest wobec niej wtórne. Pojęcie osoby fizycznej funkcjonuje tylko na obszarze prawa cywilnego, a nadto ma węższy zakres czasowy niż pojęcie człowieczeństwa, ponieważ z art. 9 § 1 projektu nie wynika, że za osobę fizyczną

Projektowane przepisy stanowią rozwinięcie i uzupełnienie regulacji k.c. z 1964 r., z zachowaniem tych elementów, które są w zasadzie powszechnie aprobowane. W § 2 przytoczonego art. 9 zamieszczono postanowienia, które w sposób ogólny regulują problematykę zdolności prawnej dziecka poczętego. Komisja wskazała, że mając świadomość możliwych kontrowersji, dążono do stworzenia przepisu, który pozwoliłby na osiągnięcie wyważonego i stabilnego systemu ochrony interesów *nasciturusa* w prawie prywatnym. Przepis ma na uwadze potrzebę ochrony interesów niemajątkowych i majątkowych dziecka już w okresie przed jego urodzeniem, a ogólna formuła, że „dziecko poczęte uważa się za urodzone, gdy jest to dla niego korzystne" umożliwi tę ochronę w drodze wykładni uwzględniającej charakter poszczególnych spraw. Projektowany przepis uwzględnia w istocie w szerokim zakresie omówioną powyżej zasadę „*nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur"*, która cieszy się również *de lege lata* poparciem w doktrynie i judykaturze. Znalazło w nim jednak wyraz zróżnicowanie interesu prawnego dziecka poczętego na sferę praw majątkowych i niemajątkowych. W odniesieniu do praw majątkowych przyjęto konstrukcję warunkowej zdolności prawnej. Dziecko poczęte nabywa te prawa, jeżeli urodzi się żywe, a więc pod ustawowym warunkiem zawieszającym, co odpowiada koncepcji najbardziej rozpowszechnionej w literaturze. Jest to zarazem rozwiązanie zbliżone do zastosowanego w § 2 art. 8 k.c. (który to przepis – o czym była już mowa – dodany został w 1993 r. i uchylony w 1996 r.), które jednak oprócz praw obejmowało także zobowiązania majątkowe. Artykuł 9 § 2 pozostaje w związku art. 39 projektu, dotyczący ustanowienia kuratora dla dziecka poczętego, w celu strzeżenia przysługujących mu praw oraz jego praw przyszłych. Z kolei art. 9 § 3 wskazuje, że określony w paragrafie poprzedzającym standard ochrony interesów dziecka poczętego nie jest wiążący, jeżeli na podstawie innych przepisów może ono uzyskać ochronę w szerszym zakresie[203]. Przepis art. 39 k.c., podobnie jak aktualny art. 182 k.r.o., przewidywałby możliwość ustanowienia kuratora dla dziecka poczętego, z tym, że nie tylko w celu strzeżenia przyszłych praw dziecka, ale również praw przysługujących *nasciturusowi*. Pozostaje to w związku z uregulowaniem zdolności prawnej dziecka

uważany jest także *nasciturus*; por. T. Sokołowski, *Sytuacja prawna nasciturusa..., op. cit.,* s. 185-186. Niemniej, należy zauważyć, że człowieczeństwo wynika z pochodzenia człowieka od istot ludzkich, czyli od kobiety i mężczyzny, a zatem z posiadania „człowieczego genotypu". Skoro zaś już w momencie poczęcia zostaje wytworzony indywidualny i właściwy jedynie temu embrionowi kod genetyczny, dyskusyjne jest w świetle ww. projektu stwierdzenie, że embrion człowiekiem nie jest, a w konsekwencji, że nie jest osobą fizyczną. Niewątpliwie natomiast *nasciturus* nie posiada zdolności prawnej w takim kształcie jak osoba fizyczna po urodzeniu. Por. także Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, *op. cit.,* s. 147.

[203] Chodzi tu o już istniejące przepisy, jak i te, które mogą być wprowadzane w przyszłości. Z zakresu prawa cywilnego można wymienić art. 442^1 § 4 k.c., art. 446^1 k.c., art. 927 § 2 k.c. i art. 972 k.c.; prawa rodzinnego art. 75 k.r.o., art. 75^1 k.r.o., art. 77 k.r.o., art. 142 k.r.o. oraz art. 182 k.r.o. Jeśli chodzi o zakres prawa publicznego należy wskazać na przepisy prawa karnego: art. 152 i 153 k.k. oraz przepisy ustawy z 7 stycznia 1993 r., o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Należy również zwrócić uwagę na regulacje z zakresu prawa regulującego realizowanie świadczeń medycznych, wykonywanie zawodu lekarza i funkcjonowanie placówek medycznych. Por. szerzej o tym T. Sokołowski, *Sytuacja prawna nasciturusa..., op. cit.*, s. 185-197.

poczętego w art. 9 § 2 projektu.

Projekt ten należy ocenić pozytywnie. Przede wszystkim, nowy przepis art. 9 k.c. *expressis verbis* przyznaje *nasciturusowi* ochronę prawną poprzez wyposażenie go w zdolność prawną, we wszystkich sytuacjach, w których jest to dla niego korzystne. Niewątpliwie ta elastyczna formuła umożliwi jej zastosowanie w wielu sytuacjach, a kwestią priorytetową będzie każdorazowe kierowanie się dobrem dziecka nienarodzonego. Jednocześnie ostatecznie przesądzono, że w zakresie praw majątkowych *nasciturusowi* przysługuje warunkowa zdolność prawna pod warunkiem zawieszającym, tym samym ponownie, po roku 1993, wprowadzona zostałaby taka konstrukcja wyraźnie do przepisów prawa. W zakresie praw niemajątkowych zdolność prawna *nasciturusa* byłaby bezwarunkowa i rozwiązanie to również zasługuje na aprobatę, ponieważ wyraźnie wzmacnia pozycję dziecka nienarodzonego poprzez bezwarunkową ochronę jego praw niemajątkowych i respektuje jego godność. Ostatecznie jednak prace te nie doprowadziły do nowelizacji art. 8 k.c.[204]

[204] T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.*, pkt 6, Legalis (dostęp: 16.02.2023 r.).

***

ROZDZIAŁ II

PRAWNE ASPEKTY ROZWOJU DZIECKA W FAZIE PRENATALNEJ – NA POGRANICZU PRAWA I MEDYCYNY

I. Wstęp

W poniższym rozdziale zostanie przedstawiony wpływ rozwoju technik wspomaganego rozrodu (zamiennie nazywane MAP - *medically assisted procreation)* na rozumienie pojęcia *nasciturusa*, które jest przecież używane już od stuleci. Zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że „*nie tylko nauka prawa cywilnego, ale w ogóle nauka w swoim najszerszym zakresie nie może przypisywać słowom, uformowanym w poprzednich okresach historycznych, tylko ich pierwotnego sensu, pomijając postęp wiedzy*”[205]. Punktem wyjścia zawartych tu rozważań jest wskazanie, że truizmem stało się stwierdzenie, że prawo nie nadąża za rozwojem nowych technologii. Przywiązanie do tradycyjnie przyjętych definicji pojęć z zakresu prawa prywatnego nie może przynieść zadowalającego rezultatu w tych przypadkach, gdzie na kwestie prawne bezpośredni wpływ ma rewolucyjny wręcz postęp różnego rodzaju technologii[206].

Jak zostało wyjaśnione w poprzednim rozdziale, *nasciturus* jest pojęciem określającym dziecko przed jego urodzeniem oraz w określonych sytuacjach jest chroniony przez prawo. Nie jest jednak rzeczą oczywistą i powszechnie uznawaną to czy pojęcie dziecka należy utożsamiać z okresem prenatalnym rozwoju człowieka, innymi słowy, czy można stawiać znak równości pomiędzy pojęciem dziecka, a *nasciturusem*. T. Smyczyński stwierdził, że wyjaśnienie tej kwestii opiera się w zasadzie na odpowiedzi na pytanie „kiedy zaczyna się człowiek?”, a zwłaszcza czy jest się nim od

---

[205] T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.*, pkt 1, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.).

[206] Oprócz rozwoju MAP i jego wpływu na prawo prywatne doskonałym przykładem jest zjawisko AI (*artificial intelligence*: „sztuczna inteligencja”) i rozwój robotyki oraz to, w jaki sposób postęp technologiczny w zakresie AI i robotyki, wymusza wręcz dokonywania zmian w prawie prywatnym i spojrzenia na tradycyjnie rozumiane pojęcia z zakresu cywilistyki z zupełnie nowej perspektywy (w szczególności zagadnienia podmiotowości prawnej). W zakresie rozwoju prawa sztucznej inteligencji, robotyki i transhumanizmu, zwłaszcza na płaszczyźnie cywilnoprawnej zob.: P. Księżak, S. Wojtczak, *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence,* Issues in Privacy and Data Protection 51, Springer 2023; P. Księżak, S. Wojtczak, ., *Prawa Asimova, czyli science fiction jako fundament nowego prawa cywilnego*, Forum Prawnicze 2020, nr 4 (60), s. 57-70, dostępne on-line: https://forumprawnicze.eu/attachments/article/396/Ksiezak_Wojtczak.pdf (dostęp: 16.02.2023 r.); P. Księżak, S. Wojtczak, *AI versus robot: in search of a domain for the new European civil law*, Law, Innovation and Technology, 2020, 12/2, s. 297-317; P. Księżak, *Sztuczna inteligencja i roboty autonomiczne w medycynie* [w:] red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, *Organizacja systemu ochrony zdrowia. System Prawa Medycznego*. tom 3, Warszawa 2020, rozdział 20, Legalis (dostęp: 16.02.2023 r.); P. Księżak, *Prawo cyborgów (1). Wprowadzenie w problematykę*, Głos Prawa, Przegląd Prawniczy Allerhanda**,** 2021, t. 4, nr. 2 (8), poz. 29, dostępny on-line: https://glosprawa.pl/artykul-242/prawo-cyborgow-1-wprowadzenie-w-problematyke, (dostęp: 16.02.2023 r.).

chwili poczęcia, czy od jakiejś innej chwili rozwoju prenatalnego, czy od chwili urodzenia[207].

Już teraz należy również wskazać na przepis art. 4 ustawy o leczeniu niepłodności, który stanowi, że leczenie niepłodności jest prowadzone z poszanowaniem godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka. Ustawa ta w istocie w całości traktuje o prenatalnym okresie życia człowieka, zatem odniesienie się w niej do dóbr i praw dziecka może świadczyć, że pojęcie dziecka należy stosować również do okresu prenatalnego człowieka i to począwszy od momentu zapłodnienia komórki jajowej.

Wymaga podkreślenia, że okres prenatalny jest zjawiskiem złożonym i nierozerwalnie związany z procesami biologiczno-medycznymi. Dlatego w tym miejscu pragnę przybliżyć różne stadia rozwoju *nasciturusa* w kontekście medycyny i postawić pytanie czy można mówić o jakościowej różnicy między poszczególnymi stadiami i ewentualnym wpływem tej różnicy na sytuację prawną *nasciturusa*.

II. Prenatalny rozwój dziecka w świetle medycyny

2.1. Zagadnienia wstępne

Rozwój ontogenetyczny człowieka można podzielić na dwa zasadnicze okresy: życie w łonie matki (węwnątrzmaciczny lub prenatalny) i rozwój po urodzeniu (postnatalny)[208].

Tradycyjnie w medycynie rozwój dziecka w łonie matki podzielono na trzy okresy: 1. rozwój listków zarodkowych / zwany również przez niektórych okresem przedzarodkowym[209]; 2. zarodkowy; oraz 3. płodowy[210]. Już w tym miejscu należy zauważyć, że pojęcie zarodku określane w kontekście medycyny jest tożsame z pojęciem embrionu (polskie słowo „zarodek" to greckie – „*embrion*" bądź angielskie – „*embryo*") i pojęcia te mogą być używane zamiennie. W uproszczeniu okres prenatalny przebiega w sposób następujący:

Okres rozwoju listków zarodkowych trwa od zapłodnienia do końca 3. tygodnia (21. dnia). W

---

[207] Por. szeroko o pojęciu „dziecka" w ogóle i jego podmiotowości, T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka…, op. cit.,* s. 39-47. Autor doszedł do wniosku, że już od chwili poczęcia rozpoczyna się rozwój człowieka, w toku którego urodzenie się jest tylko zdarzeniem otwierającym nową fazę życia ludzkiego. Zob. także: G. Bahadu, *Ethics, legal, social, counselling: The moral status of the embryo: the human embryo in the UK Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulation 2001 debate,* Reproductive Biomedicine Online 2003, vol. 7, nr 1, s. 12-16, https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)61722-1/pdf (dostęp: 16.02.2023 r.).

[208] H. Bartel, *Embriologia*, wyd. V, Warszawa 2016, s. 186.

[209] Wyróżnienie tego okresu nie jest akceptowane przez niektórych autorów; por. H. Bartel, *ibidem*, który wyróżnił ten okres, nazywając go okresem „przedzarodkowym" oraz K. Ostrowski, *Embriologia człowieka*, Warszawa 1985, s. 89, który nazwał ten okres „rozwoju listków zarodkowych". Spór zatem sprowadza się bardziej do nazewnictwa tego okresu, aniżeli do zasadności jego wyodrębnienia.

[210] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 186.

tym czasie zygota (czyli zapłodniona komórka jajowa), przez stadia moruli i blastocysty, przekształca się w tarczę zarodkową składającą się z trzech listków zarodkowych[211].

Okres zarodkowy trwa od początku 4. do końca 8. tygodnia (od 22. dnia do 56.-60. dnia). W tym stosunkowo krótkim czasie rozpoczyna się proces powstawania oraz szybkiego wzrostu i różnicowania wszystkich najważniejszych narządów ustroju (proces organogenezy). Nie jest to jednak zbyt ścisłe, gdyż ośrodkowy układ nerwowy i układ sercowo-naczyniowy zaczynają się tworzyć już w trakcie 3. tygodnia rozwoju. Na okres ten przypada także początek formowania się zarysów ciała zarodka (proces morfogenezy – rozwoju kształtu)[212].

Okres płodowy trwa od 9. tygodnia do końca 38 tygodnia. W tym czasie kontynuowany jest proces różnicowania morfologicznego i czynnościowego tkanek, narządów oraz układów. Zarodek stopniowo przekształca się w płód, a jego wygląd zewnętrzny – zależny od rozwoju mózgu, serca, wątroby, somitów, kończyn, uszu, nosa i oczu – coraz bardziej upodabnia go do wyglądu dziecka[213].

W położnictwie zaś okres ciąży dzieli się na trzy trymestry, trwające po trzy miesiące kalendarzowe[214].

W następnej kolejności, w sposób bardziej szczegółowy, zostaną przybliżone poszczególne okresy rozwoju prenatalnego *nasciturusa,* który rozpoczyna się od zaplemnienia i zapłodnienia.

2.2. Pierwszy tydzień rozwoju – zapłodnienie i zaplemnienie

Zapłodnienie *(fertilisatio, z łac. fertilis – płodny, żyzny)* jest procesem łączenia się dwóch komórek: komórki płciowej żeńskiej – oocytu II rzędu – i komórki płciowej męskiej – plemnika. W wyniku tej fuzji następuje przeniesienie genomu z jednej generacji do następnej i rozpoczyna się rozwój nowego organizmu ludzkiego. Zapłodnienie poprzedzone jest zaplemnieniem[215].

Zaplemnienie (unasiennienie) może być zaś zewnętrzne lub wewnętrzne, naturalne bądź sztuczne. Do zaplemnienia wewnętrznego u człowieka dochodzi w trakcie aktu płciowego, w czasie którego plemniki złożone zostają w sklepieniu pochwy, blisko ujścia zewnętrznego kanału szyjki macicy. Zaplemnienie sztuczne (sztuczna inseminacja) polega na złożeniu nasienia w okresie przewidywanej owulacji w sklepieniu pochwy (inseminacja dopochwowa), w szyjce macicy (inseminacja doszyjkowa) lub w trzonie macicy (inseminacja domaciczna; z ang. *IUI – intrauterine insemination*). Według M. Szamatowicza[216] najpowszechniejsza i najskuteczniejsza jest inseminacja

---

[211] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 186; K. Ostrowski, *Embriologia… op. cit.*, s. 89.
[212] H. Bartel, *ibidem*; K. Ostrowski, *ibidem*.
[213] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 188.
[214] K. Ostrowski, *Embriologia… op. cit.*, s. 91.
[215] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 68.
[216] Polski ginekolog-położnik, profesor nauk medycznych, były kierownik Kliniki Ginekologii Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku. W 1987 dokonał pierwszego w Polsce udanego zabiegu zapłodnienia człowieka metodą

domaciczna, pozwala bowiem na ominięcie śluzu szyjkowego, przez co większa liczba plemników dociera do jajowodów. Procedura poprzedzona jest hormonalną stymulacją owulacji oraz ultrasonograficzną oceną liczby i wielkości dojrzałych pęcherzyków jajnikowych, co tym samym umożliwia precyzyjne ustalenie czasu wykonania inseminacji[217]. W ostatnich dziesięcioleciach powstały na świecie liczne banki nasienia męskiego. W klinikach leczenia bezpłodności, dysponującymi bankami spermy, można przed inseminacją lub zapłodnieniem *in vitro* dokonać wyboru nasienia (plemników) o określonych cechach fenotypowych dawcy, bez wad uwarunkowanych genetycznie[218].

Należy wskazać, że zapłodnienie jest złożonym wieloetapowym procesem, który rozpoczyna się w momencie zbliżenia się plemnika do komórki jajowej, a kończy się połączeniem komórek i wymieszaniem chromosomów, matczynego oraz ojcowskiego, w płytce metafazalnej pierwszego podziału mitotycznego zygoty. Do zapłodnienia dochodzi w ciągu 24 godzin od owulacji. Miejscem zapłodnienia jest najczęściej najszersza część bańki jajowodu lub 1/3 dalszej części jajowodu[219]. Moment zapłodnienia rozpoczyna okres rozwoju nowego ustroju. Uznawany jest też za początek ciąży, chociaż niektórzy autorzy uważają, że ciąża zaczyna się dopiero po uzyskaniu trwałego połączenia implantacyjnego blastocysty z błoną śluzową macicy (po zakończeniu zagnieżdżania się blastocysty w błonie śluzowej macicy)[220]. Zapłodnienie jest precyzyjnie zsynchronizowanym, kaskadowym procesem, który dzieli się na siedem etapów[221].

2.3. Zapłodnienie poza ustrojem kobiety

W świetle powyższego, można stwierdzić, że byt *nasciturusa* rozpoczyna się z momentem zapłodnienia komórki jajowej. Tradycyjnie więc moment poczęcia jest jednoczesny z rozpoczęciem ciąży i początkiem rozwoju dziecka w łonie kobiety. Ochrona prawna *nasciturusa,* przedstawiona w poprzednim rozdziale, rozpoczynała się zatem w tym momencie i trwała przez cały okres prenatalny

---

in vitro. Zob. Prof. Marian Szamatowicz. nauka.gov.pl. (dostęp: 16.02.2023 r.).

[217] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 68, który wskazał, że pierwszej sztucznej inseminacji u człowieka dokonał cyrulik szkocki John Hunter w roku 1790 i zaplemnił żonę kupca tekstylnego nasieniem jej męża.

[218] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 69.

[219] *Ibidem*, s. 71.

[220] *Ibidem*, s. 71-74.

[221] *Ibidem*, s. 74-75 i n. Embriolog wymienia wszystkie etapy: 1. penetracja plemnika przez macierz pozakomórkową wzgórka jajonośnego; 2. wstępne związanie plemnika z osłoną przejrzystą; 3. reakcja akrosomalna i wtórne związanie plemnika z osłoną przejrzystą; 4. przejście plemnika przez osłonę przejrzystą i interakcja z błoną komórkową oocytu; 5. fuzja błon komórkowych oocytu i plemnika oraz wniknięcie plemnika do ooplazmy; 6. aktywacja oocytu: a. zwiększenie stężenia jonów wapnia w oocycie, b. reakcja korowa (blok przeciwko polispermii); 7. procesy zachodzące w oocycie po wniknięciu plemnika: a. powstanie przedjądrza męskiego, b. rekonstrukcja centrosomu, c. zakończenie drugiego podziału mejotycznego oocytu i powstanie przedjądrza żeńskiego, d. fuzja genomów przedjądrzy, powstanie zygoty (z greckiego *zugotos* – jarzmo, sprzężony) i pierwszy jej podział mitotyczny (pierwszy podział bruzdkowania), w czasie którego dochodzi do wymieszania materiału genetycznego. Stadium profazy tego okresu rozwoju nazywa się kariogamią (*syncariosis*) – por. s. 94.

rozwoju dziecka.

Komplikacje w tym zakresie pojawiły się jednak wraz z rozwojem technik wspomaganego rozrodu (MAP) i możliwościami oddzielenia – czasami odległego – momentu zapłodnienia komórki jajowej i momentu rozpoczęcia ciąży i rozwoju dziecka w łonie matki. Podstawowy problem dotyczy okresu, kiedy embrion już został utworzony, ale jeszcze nie został implantowany, czyli tzw. fazy przedimplantacyjnej embrionu. W tym kontekście konieczne jest sięgnięcie po źródła medyczne i wskazanie jakie są aktualne techniki wspomaganego rozrodu i jakie jest ich znaczenie w kontekście omawianej sytuacji prawnej *nasciturusa.*

Pierwszego zapłodnienia *in vitro* ludzkiej komórki jajowej dokonali w latach czterdziestych ubiegłego wieku Amerykanie John Rock i Miriam F. Menkin[222]. Pierwszego zapłodnienia *in vitro* ludzkiej komórki jajowej przez plemnik dokonali w 1978 roku Anglicy – dr Patrick Steptoe, położnik ze szpitala w Oldham i dr Robert Edwards, profesor fizjologii rozrodu z Uniwersytetu Cambridge. Urodzona w efekcie zastosowania tej metody w Klinice Bourn Hall córka małżonków Lesley i Johna Brownów, którzy przedtem od 9. lat starali się bezskutecznie o dziecko, otrzymała imię Louise Joy (z ang. *joy* - radość) i ma obecnie 43 lat (urodziła się 25 lipca 1978 r.)[223]. W Polsce pierwsze dziecko (chłopiec) urodzone zostało w wyniku zastosowania metody *in vitro* w Klinice Położniczo-Ginekologicznej Akademii Medycznej w Białymstoku 12 listopada 1987 roku, w zespole kierowanym przez prof. Mariana Szamatowicza. W 1983 roku w klinice Uniwersytetu w Melbourne, pod kierunkiem dr. Carla Wooda urodziło się pierwsze dziecko z zamrożonego zarodka ludzkiego, której nadano imię Zoe Leyland[224]. W Polsce pierwsze dziecko z zamrożonej komórki jajowej urodziło się 19 grudnia 2007 roku[225]. W roku 2009 międzynarodowa grupa ekspertów oceniła, że rokrocznie w wyniku zastosowania metody *in vitro* rodzi się na świecie około 250 tys. dzieci[226].

Już w roku 1985 – czyli dwa lata przed urodzeniem się w Polsce pierwszego dziecka poczętego *in vitro* – w podręczniku dla studentów medycyny profesor K. Ostrowski wskazywał o możliwości zapładniania ludzkich komórek jajowych i rozwoju zarodków ludzkich poza organizmem

---

[222] *Ibidem*, s. 95.

[223] *Ibidem*. Zob. także: *The First Test-Tube Baby*, Time Magazine, 31 lipca 1978, vol. 112, nr 5, https://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,946934,00.html (dostęp: 16.02.2023 r.); L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction: Ethical and legal issues*, Seminars In Fetal And Neonatal Medicine 2014, vol. 19, nr 5, s. 264; Steptoe P.C., Edwards R.G., *Birth after the reimplantation of a human embryo*, Lancet 1978, nr 2, s. 366; Dostalik P. M., E*mbryo "Adoption"? The Rhetoric, the Law, and the Legal Consequences*, New York Law School Law Review 2011, vol. 55, nr 3, s. 871-872, https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1622&context=nyls_law_review (dostęp: 16.02.2023 r.).

[224] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 95. Ponadto por. J. Ostojska, *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, Prawo i Medycyna 2/2012 (47, vol. 14), s. 34-35.

[225] H. Bartel, *ibidem*, s. 9.

[226] H. Bartel, *ibidem*, s. 95.

kobiety, jednak bez szczegółowego omawiania poszczególnych technik. Wskazywał on jednak, że „*zapewne w przyszłości życie uspokoi emocje, które narosły wówczas wokół omawianych problemów, tak jak opadła temperatura dyskusji dotyczących przeszczepiania narządów i tkanek*”[227]. Niemniej, pomimo upływu ponad 30 lat wbrew oczekiwaniom profesora K. Ostrowskiego, nie można stwierdzić, aby zagadnienia te przestały budzić emocje, i to zarówno w Polsce, jak i w innych krajach[228].

Z powyższego wynika następująca konkluzja: blisko od 40 lat rodzą się na świecie dzieci poczęte *in vitro*, mimo że wówczas prawo w żaden sposób tego jeszcze nie regulowało. Dla przykładu można wskazać, że pomimo że pierwsze dziecko w Polsce urodzone zostało w wyniku zastosowania metody *in vitro* 12 listopada 1987 roku, to ustawa o leczeniu niepłodności regulująca kwestie

---

[227] K. Ostrowski, *Embriologia…, op. cit.*, s. 31-33. Por. także T.D. Williams, *The Least of My Brethren: The Ethics of Heterologous Embryo Transfer*, Human Life Review 2005, nr 31 (3), s. 87-98, gdzie autor porównuje kontrowersje i dylematy moralno-etyczne związane z transplantacją organów ludzkich oraz embrionów. Zob. także: S.J. Kleegman, S.A. Kaufman, *Infertility in women*, Philadelfia 1966, s. 178, gdzie autorzy już prawie 70 lat temu zawarli trafną uwagę odnośnie akceptacji stosowania technik wspomaganej prokreacji: „*Any change in custom or practice in this emotionally charged area has always elicited a response from established custom and law of horrified negation at first; then negation without horror; then slow and gradual curiosity, study, evaluation, and finally a very slow but steady acceptance.*” (tłum.: „Każda zmiana obyczajów lub praktyk w tym emocjonalnie naładowanym obszarze zawsze wywoływała na początku reakcję utrwalonego zwyczaju i prawa przerażającej negacji; potem negacja bez horroru; potem powolna i stopniowa ciekawość, nauka, ocena i wreszcie bardzo powolna, ale stała akceptacja.”).

[228] O kontrowersjach związanych z zapłodnieniem *in vitro* i ogólniej MAP z literatury polskiej por.: P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki, Etyka i praktyka sztucznej prokreacji*, Warszawa 1988, s. 97-110; J. Hołówka, *Manipulacje na ludzkich zarodkach*, Prawo i Medycyna 1/2008 (30, vol. 10), s. 41-64. Kwestia dopuszczalności w ogóle zapłodnienia *in vitro* i praktyk MAP była jeszcze przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności kwestią wysoce sporną i wywołującą dużo emocji, dla przykładu por.: J. Haberko, K. Olszewski, *Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro)*, Prawo i Medycyna 1/2008 (30, vol. 10), s. 65-80; M. Boratyńska, *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, Prawo i Medycyna 1/2008 (30, vol. 10), s. 81 i n.; J. Haberko, K. Olszewski, *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów in vitro – polemika*, Prawo i Medycyna 2/2008 (31, vol. 10), s. 104-119; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego – odpowiedź J. Haberko i K. Olszewskiemu*, Prawo i Medycyna 2/2008 (31, vol. 10), s. 120-139. W zakresie aspektów prawnokarnych stosowania technik wspomaganego rozrodu por. M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 220-235; M. Gałązka, *Prawo karne wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Lublin 2005. Por. także literaturę zagraniczną: T.D. Williams, *The Least…, op. cit.* s. 87-98, gdzie autor dochodzi do kontrowersyjnego wniosku, że dzieci poczęte *in vitro* w istocie nie mają ani matki, ani ojca w pełnym słowa tego znaczeniu (*„I would tentatively suggest that a child manufactured by IVF in a sense has no mother and father. (…) Herein lies the deep tragedy of IVF: that children are produced without a mother and a father. Not that they will never know their mother and father, or that their mother and father died, but that they never had a mother or a father in a full sense.”*); zob. także ciekawą pracę B.M Dickens, R.J Cook, *Some ethical and legal issues in assisted reproductive technology,* International Journal of Gynecology & Obstetrics 1999, vol. 66, nr 1, s. 55–61; B. Farsides, S. Rosamund, *No Small Matter For Some: Practitioners' Views On The Moral Status And Treatment Of Human Embryos*, Medical Law Review 2012, vol. 20, nr 1, s. 90-107, w której autorzy przedstawiają problem z perspektywy osób na co dzień zajmujących się embrionami w klinikach gdzie są stosowane MAP i ich dylematy etyczno-moralne; J.R. Hoffman, *You Say Adoption, I Say Objection: Why the Word War Over Embryo Disposition Is More Than Just Semantics,* Family Law Quarterly 2012, vol. 46, nr 3, s. 397-417; L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 264-271; Dickens B., Molinari Tato, A. *¿Qué implicaciones legales tiene tratar a los embriones como personas nacidas?*, Debate Feminista 2011, vol. 43, s. 169-175, https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/851/757 (dostęp: 16.02.2023 r.). Zob. także dyskusyjność zagadnienia z punktu widzenia lekarzy praktyków: C. Sureau, *Status of embryo and fetus, a matter of contract or of civil right?,* Placenta 1997, vol. 18 (2), s. 1-12; J.G. Schenker, *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, Berlin 2011; B. Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford 2011, wyd. 2.

wspomaganego rozrodu została uchwalona – po wieloletnich burzliwych politycznych i społecznych dyskusjach – dopiero 25 czerwca 2015 roku, a weszła w życie 1 listopada 2015 roku, zatem 28 lat później. Niezależnie zatem od tego czy tę dziedzinę ludzkiego życia prawo reguluje ani od jakości tej regulacji, z punktu widzenia faktów, ten etap rozwoju prenatalnego dziecka, który przebiega w fazie przedimplantacyjnej, oddziałuje na postnatalny etap rozwoju w kontekście przysługujących mu praw czy ogólniej – jego ówczesnej sytuacji prawnej. Nawet jak przepisy wprost nie będą tej kwestii rozstrzygać, to sędziowie staną - w oparciu o obowiązujące przepisy - przed zadaniem rozstrzygnięcia czy faza przedimplantacyjna może być źródłem powstania praw czy też obowiązków dla dziecka. Zwłaszcza że analiza dostępnych źródeł prawnych pozwala na wysnucie wniosku, że ustawodawcy nie decydują się na uregulowanie wprost kwestii czy do embrionu w fazie przedimplantacyjnej należy stosować przepisy traktujące o *nasciturusie* – celowo bądź niecelowo – ograniczając się zazwyczaj do przesądzenia dopuszczalności bądź niedopuszczalności stosowania metod *in vitro* oraz doprecyzowania zasad ich ewentualnego stosowania.

2.4. Metody wspomaganego rozrodu

Współcześnie stosuje się dwie techniki wspomaganego rozrodu (z ang. ART - *assisted reproductive technology* lub zamiennie MAP – *medically assisted procreation*):

1) zapłodnienie pozaustrojowe i transfer zarodka (IVF-ET - *in vitro fertilisation and embryo transfer*),
2) docytoplazmatyczną iniekcję plemnika (ICSI – *intracytoplasmatic sperm injection*)[229].

W obu metodach, aby uzyskać komórki jajowe, stosuje się kontrolowaną hiperstymulację hormonalną jajników w celu pobudzenia do wzrostu kilku-kilkunastu pęcherzyków jajników do stadium pęcherzyka dojrzałego (Graafa)[230]. Komórki jajowe pobiera się następnie przez punkcję pęcherzyków pod kontrolą USG z prowadnicą dopochwową[231].

Metoda IVF-ET polega na tym, że komórka jajowa razem z pozyskanym nasieniem świeżym lub zamrożonym umieszczone zostają w płynie inkubacyjnym. Zarodek w stadium 4 blastomerów[232] (na 2.-3. dzień) przenoszony jest do jamy macicy matki – dawczyni komórki jajowej lub matki zastępczej. Prawdopodobieństwo zagnieżdżenia się zarodka w tym stadium wynosi 10-20%, dlatego

---

[229] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 95.
[230] *Ibidem.*
[231] *Ibidem.*
[232] Blastomer (gr. *blastos* 'kiełek', 'zarodek'; *merizo* 'dzielę') – każda komórka potomna powstała na skutek podziałów mitotycznych zygoty podczas stadium bruzdkowania. Zygota dzieli się najpierw na dwa blastomery, a potem te dwie komórki dzielą się mitotycznie i powstają cztery komórki, które dzielą się następnie poprzecznie do poprzednich podziałów na 8 komórek, potem na 16, 32 i tak dalej, aż powstaje morula. Zob. C. Jura, J. Klag, *Podstawy embriologii zwierząt i człowieka,* t. 1. Warszawa, 2005.

przenosi się dwa zarodki lub większą ich liczbę[233]. W drugim wariancie postępowania po zapłodnieniu zarodek przenoszony jest do wzbogaconego medium hodowlanego w celu uzyskania blastocysty. Blastocystę umieszcza się w macicy w 5.-6. dobie (tj. w okresie, kiedy dochodzi w ciąży prawidłowej do naturalnej implantacji). Współczynnik implantacji blastocysty w tym przypadku wynosi 30-40%[234].

Z kolei, w metodzie ICSI oocyt należy pozbawić komórek wzgórka jajonośnego, a plemnik z nasienia świeżego, zamrożonego albo uzyskany z nakłucia najądrza lub jądra metodą mikroiniekcji wprowadza się bezpośrednio do cytoplazmy komórki jajowej[235]. Pierwszej mikroiniekcji plemnika dokonał Gianpiero D.Palermo w 1992 roku w Uniwersytecie w Brukseli; był to ważny moment w leczeniu niepłodności męskiej (gdyż efekt zapłodnienia można uzyskać, dysponując zaledwie jednym żywym plemnikiem). W 1996 roku urodziło się pierwsze dziecko wskutek zastosowania tej metody[236].

Zapłodnienie *in vitro* może przybrać postać: a) zapłodnienia homologicznego – polega na unasiennieniu komórki jajowej nasieniem męża albo partnera (tzw. dawcy partnerskiego), z ang. *Artificial Insemination Husband* (AIH); b) zapłodnienia heterologicznego – nasienie w tym przypadku pochodzi od innego mężczyzny (tzw. dawcy anonimowego), z ang. *Artificial Insemination Donor* (AID)[237]*;* dawca przekazuje swoje nasienie bez intencji stania się rodzicem i wywołania skutków w zakresie prawa rodzinnego; oraz c) zapłodnienia tzw. mieszanego, gdy nasienie męża albo partnera i innego mężczyzny jest mieszane dla celów fizjologicznych lub psychologicznych (z ang. *Artificial Insemination Combined = AIC*)[238].

Embrion pochodzący ze sztucznego zapłodnienia znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej ma zasadniczo trzy przeznaczenia. Po pierwsze, może być implantowany do macicy kobiety w celu narodzenia dziecka. Po drugie, może zostać zamrożony w celu ich późniejszego wykorzystania do tego celu. Trzeba wskazać, że niektóre embriony stworzone w celach prokreacyjnych zostają zamrożone, ponieważ na początku cyklu IVF nie jest wiadome ile embrionów będzie potrzebne i za którym razem embrion rozwinie się w sposób prawidłowy, co zakończy się ciążą i urodzeniem dziecka. Początkowo pobiera się specjalnie więcej jajeczek (po hormonalnej stymulacji kobiety), aby uniknąć konieczności powtórzenia kosztownej i bolesnej procedury od początku[239]. Po trzecie, może

---

[233] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 95-99.
[234] *Ibidem*, s. 99.
[235] *Ibidem*.
[236] *Ibidem*.
[237] Por. moralno-etyczne aspekty związane z zapłodnieniem heterologicznym, T.D. Williams, *The Least…, op. cit.* s. 87-98.
[238] Zob. M. Nesterowicz, *Prawo…, op. cit.*, s. 282-286, 308-309; J. Ostojska, *Sytuacja prawna…*, *op. cit.,* s. 32 i powołaną tam literaturę.
[239] C. Tucker, *Abandoned Embryos: The Dilemma of Eternal Storage*, New Hampshire Bar Journal 2014, vol. 54, nr 3, s.

służyć do badań medycznych[240]. Rozwijając ten punkt, można wskazać na następujące sposoby jego wykorzystania do badań medycznych. I tak, po pierwsze embriony takie mogą służyć do udoskonalenia metod wspomaganego rozrodu w celu dostarczenia nowej wiedzy pozwalającej na stworzenie efektywniejszych technik[241]. Po drugie, zainteresowanie naukowców budzi możliwość wykorzystania szczególnych właściwości zarodkowych komórek macierzystych (z ang. *Human Embryonic Stem Cell*), które przy odpowiedniej stymulacji mogą rozwinąć się i uformować każdą tkankę organizmu. W szczególności w kontekście medycyny regeneracyjnej i transplantologii obiecująca wydaje się możliwość wykorzystania technik tzw. klonowania terapeutycznego[242]. W każdym z wyżej wymienionych przypadków embrion wykorzystany ginie i tym samym zniweczone są jego szanse na rozwój[243]. Już w tym miejscu należy jednak zasygnalizować, że wydaje się, iż jedynym przeznaczeniem embrionu powinna być prokreacja, co jednak różnie jest regulowane przez ustawodawców poszczególnych krajów. Embrion, jako zapłodniona komórka jajowa, stanowi już początek rozwoju człowieka i jeśli tylko jest to możliwe (nie występują wady genetyczne) prawo powinno umożliwić embrionom w jak największym zakresie rozwój oraz chronić przed nadużyciem, wykorzystaniem i instrumentalizacją. Kwestia ta jest wciąż wysoce kontrowersyjna.

Należy jednak zauważyć, że również embriony powstałe w celach czysto prokreacyjnych mogą podlegać określonym badaniom w fazie przedimplantacyjnej. Po pierwsze, aktualnie istnieją metody zbadania takich embrionów w celu zdeterminowania ich jakości i możliwości wybrania embrionu o najwyższym potencjale rozwoju zdrowej ciąży zakończonej urodzeniem zdrowego dziecka, pozbawionego abberacji chromosomalnych, które można już wykryć na etapie

18. Por. także: B.M. Dickens, *Ethical and Legal Issues in Reproductive Health: The use and disposal of stored embryos*, International Journal Of Gynecology And Obstetrics 2016, vol. 134, nr 1, s. 114-117.

240 Por. O. Nawrot, *Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, Prawo i Medycyna 1/2004, (14, vol. 6), s. 97-99; B.M. Dickens, *Ethical…, op. cit.*, s.117-118; R. Scott, C. Williams, K. Ehrich, B. Farsides, *Donation Of 'Spare' Fresh Or Frozen Embryos To Research: Who Decides That An Embryo Is 'Spare' And How Can We Enhance The Quality And Protect The Validity Of Consent?,* Medical Law Review 2012, vol. 20, nr 3, s. 255-303, https://academic.oup.com/medlaw/article/20/3/255/957793 (dostęp: 16.02.2023 r.).

241 Por. M. Grzymkowska, *Czy polskie prawo chroni embriony in vitro? Regulacja polska w świetle standardów europejskich*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2006, nr 3, s. 109-110.

242 Por. *ibidem*, s. 110. Autorka wskazuje, że 'klonowanie terapeutyczne' (*cell nucleus replacement*) polega na utworzeniu embrionu, z wykorzystaniem komórki jajowej, z której uprzednio usunięto jądro komórkowe, i wprowadzeniem do niej jądra komórkowego z kompletem informacji genetycznej pochodzącej z komórki dorosłego organizmu. Tak utworzony embrion, dzięki właściwościom embrionalnych komórek macierzystych, przy odpowiedniej stymulacji, może zacząć się rozwijać. Sterowaniem tym rozwojem w kierunku – znowu wykorzystując właściwości komórek embrionalnych komórek macierzystych – utworzenia określonej tkanki, pozwoli uzyskać materiał biologiczny o takim samym profilu genetycznym jak profil osoby, od której pobrano materiał genetyczny użyty dla utworzenia embrionu. W ten sposób możliwe jest przykładowe tworzenie organów, eliminując ryzyko odrzucenia ich przeszczepu wobec sprzeczności immunologicznej. Zob. także S. Halliday, *A Comparative Approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Europe*, Medical Law Review 2004, nr 12, s. 40; L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 267; Thomas C., *Preimplantation genetic diagnosis: development and regulation*, Medicine and Law 2006, vol. 25, nr 2, s. 365-378; B.M. Dickens, *Legal developments in assisted reproduction*, International Journal Of Gynecology & Obstetrics 2008, vol. 101, nr 2, s. 213.

243 Por. M. Grzymkowska, *Czy polskie prawo…, op. cit.*, s. 110.

przedimplantacyjnym. Mowa o tzw. diagnostyce przedimplantacyjnej w celu selekcji embrionów (z ang. *preimplantation genetic screening - PGS*)[244]. Z punktu widzenia moralno-etycznego, jest to kwestia wysoce kontrowersyjna, zwłaszcza w kontekście możliwości wyboru na tym etapie płci dziecka oraz nieimplantowania embrionów stworzonych pierwotnie do celów prokreacyjnych z uwagi na posiadaną wiedzę o ich mniejszym potencjale i „gorszej" jakości[245]. Ponadto wskazuje się, iż tego rodzaju badania nie dają 100% pewności, iż wyselekcjonowany embrion w istocie nie posiada jakichkolwiek wad i często daje rodzicom fałszywą nadzieję na narodziny całkowicie zdrowego dziecka[246]. Oprócz powyższego, na embrionach w fazie przedimplantacyjnej są wykonywane badania w celu wykluczenia ich poważnej wadliwości, jak posiadanie ciężkich, nieuleczalnych genetycznych chorób (z ang. *preimplantation genetic diagnosis - PGD*)[247]. Badania na tym etapie, umożliwiają dawcom komórek rozrodczych, z których powstał embrion, podjęcie decyzji już na etapie przedimplantacyjnym o niekontynuowaniu procesu wspomaganej prokreacji z użyciem wadliwego embrionu. Również takie zastosowanie diagnostyki przedimplantacyjnej budzi kontrowersje[248]. Trudności sprawia w szczególności próba obiektywnego zdefiniowania pojęcia „ciężkiej genetycznej choroby" (z ang. *serious genetic condition*)[249].

Jak zostało powyżej wskazane, zarodek w stadium przedimplantacyjnym można zamrozić i po rozmrożeniu implantować do macicy kobiety. Pierwsze dziecko z zamrożonego zarodka urodziło się w 1983 roku w Melbourne, a pionierem tej metody jest Carl Wood. W 1997 roku w Georgii (USA)

---

[244] Por. L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 266-267; A.H. Handyside, *24-chromosome copy number analysis: a comparison of available technologies*, Fertility and Sterility 2013 vol. 100, nr 3, s. 595-602; K.M. Wong, S. Repping, S. Mastenbroek, *Limitations of embryo selection methods*, Seminars in Reproductive Medicine 2014, vol. 32, nr 2, s. 127-133; Scott Jr R.T., Ferry K., Su J., Tao X., Scott K., Treff N.R., *Comprehensive chromosome screening is highly predictive of the reproductive potential of human embryos: a prospective, blinded, nonselection study*, Fertility and Sterility 2012, vol. 97, nr 4, s. 870-875; Dickens B.M., *Legal developments…, op. cit.*, s. 213.

[245] Por. L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, ibidem*. Zob. także: *Sex Selection and preimplantation genetic diagnosis*, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Fertility and Sterility 1999, vol. 72, nr 4, s. 595-598; *Preconception gender selection for nonmedical reasons*, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Fertility and Sterility 2001, vol. 75, nr 5 s. 861-864.

[246] Por. Dickens B.M., *Legal developments…, op. cit.*, s. 213; L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 266-267.

[247] Zob. O. Nawrot, *Diagnostyka preimplantacyjna w prawodawstwie Rady Europy*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2009, nr 2. Por. także, *Use of preimplantation genetic diagnosis for serious adult-onset conditions: a committee opinion*, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Fertility and Sterility 2013, vol. 100, nr 1, s. 54-57; B.M. Dickens, *Legal developments…, op. cit.*, s. 213; B. Farsides, S. Rosamund, *No Small …, op. cit.,* s. 90-107; M. Reinhard, *The legal status of the human embryo*, Reproductive Biomedicine Online 2007, vol. 14, nr 1, s. 58-60.

[248] Szeroko o diagnostyce preimplantacyjnej zob. O. Nawrot, *Diagnostyka, ibidem* oraz K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018, s. 331 i n. Zob. także: Thomas C., *Preimplantation…, op. cit.*, s. 365-378; Gronowski A.M., Scott Jr R.T., Caplan A.L., Nelson L.J., *The ethical implications of preimplantation genetic diagnosis*, Clinical Chemistry 2014, vol. 60, nr 1, s. 25-28; L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 267. Zob. także B. Farsides, S. Rosamund, *No Small …, op. cit.*, s. 99-102.

[249] Zob. B. Farsides, S. Rosamund, *ibidem*, gdzie autorzy wskazują jak ciężko jest ustalić co oznacza '*serious genetic condition'* i jak jest to subiektywne z punktu widzenia zarówno lekarzy jak i osób starających się o dziecko.

pacjentka urodziła bliźnięta z pochodzących od innej kobiety komórek jajowych, które były zamrożone przez ponad 2 lata. Komórka jajowa jest bardziej wrażliwa niż plemnik na procedurę zamrażania i odmrażania. Jacques Donnez[250] w 2004 roku opisał przypadek donoszonej ciąży u pacjentki, której jajniki z powodu choroby nowotworowej usunięto i zamrożono, a po zakończonej chemioterapii wszczepiono do jamy brzusznej. Dzięki tej metodzie do 2012 roku na świecie urodziło się 22 dzieci[251].

Wskaźnik rozwoju ciąży po zapłodnieniu *in vitro* związany jest z wiekiem kobiety: u około 27-letniej wynosi 50%, między 30. a 40. rokiem życia – 30%, a po 40. roku życia spada do 12%[252].

Procedura ART zwiększa o około 50% prawdopodobieństwo ciąży mnogiej, z czym wiążą się powikłania ciąży oraz inne problemy[253]. Niebezpieczeństwo wystąpienia wad rozwojowych po zapłodnieniu *in vitro* jest podobne jak w ciążach naturalnych. Wskaźnik nie przekracza 3%[254].

W tym miejscu należy postawić pytanie, dlaczego współcześnie sięga się po metody sztucznego zapłodnienia? Przyczyn jest wiele, niemniej najczęściej można spotkać następujące sytuacje stosowania technik wspomaganego rozrodu[255].

Po pierwsze, pozaustrojowe zapłodnienie stosowane jest w stosunkach między małżonkami lub osobami pozostającymi w związku partnerskim bądź przez samotną kobietę[256], którzy nie mogą mieć własnego dziecka na skutek braku lub złego funkcjonowania jajowodów u kobiety. Wówczas pobiera się komórkę jajową kobiety i plemniki męża/partnera/dawcy anonimowego do zapłodnienia w probówce, a następnie powstały embrion zostaje przeszczepiony do macicy kobiety, omijając tym samym niefunkcjonujące jajowody[257].

Po drugie, można się spotkać z sytuacją, kiedy jajeczko pochodzi od innej kobiety aniżeli ta, która chce mieć dziecko z uwagi na bezpłodność tej ostatniej (przykładowo jej jajniki w ogóle nie produkują komórek jajowych). Nasienie wzięte do pozaustrojowego zapłodnienia może pochodzić od jej męża, partnera lub dawcy anonimowego. Z tej możliwości mogą skorzystać kobiety całkowicie bezpłodne bądź pary mające wadliwe geny i obawiające się, że naturalne zapłodnienie spowoduje u

---

[250] Belgijski ginekolog-położnik, specjalista od technik wspomaganego rozrodu; zob.: https://de.wikipedia.org/wiki/Jacques_Donnez (dostęp: 16.02.2023 r.).
[251] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit*., s. 99.
[252] *Ibidem.*
[253] *Ibidem.* Zob. także: L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 268; B.M. Dickens, R.J. Cook, *Some ethical…, op. cit.*, s. 58–60.
[254] H. Bartel, *op. cit.,* s. 99.
[255] Sytuacje te szczegółowo opisuje M. Nesterowicz, *Prawo…, op. cit.*, s. 294-295.
[256] W zależności od ustawodawstwa danego kraju, dopuszczalność stosowania technik wspomaganego rozrodu przez kobiety samotne, pary homoseksualne lub heteroseksualne niepozostające w związku małżeńskim różnią się, por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 23 i n. (dot. sztucznej inseminacji) oraz s. 167 i n. (dot. zapłodnienia pozaustrojowego).
[257] Por. M. Nesterowicz, *Prawo…, op. cit.*, s. 286-293.

dziecka chorobę genetyczną. W tym wypadku embrion jest genetycznie „obcy" kobiecie, której został wszczepiony i może powstać wątpliwość kto jest matką dziecka – kobieta dająca komórkę jajową czy rodząca dziecko[258].

Po trzecie, można spotkać się z sytuacją tzw. zastępczego macierzyństwa, które polega na tym, że jedna kobieta zachodzi w ciążę dla innej kobiety lub zwykle dla „zamawiających dziecko" małżonków lub partnerów i zobowiązuje się przekazać im dziecko po porodzie. Możliwe są różne opcje technik medycznych, zarówno sztuczne zapłodnienie zastępczej matki *in vivo* lub in *vitro* nasieniem dawcy, jak i pozaustrojowe zapłodnienie komórki jajowej kobiety zamawiającej nasieniem jej męża, partnera lub anonimowego dawcy i implantacja embrionu do macicy kobiety zdolnej do donoszenia ciąży[259].

Po czwarte, można się spotkać z tzw. zapewnieniem płodności na przyszłość[260]. Polega to na pobraniu od mężczyzn nasienia, a od kobiet oocytów i stosowane jest, kiedy osoby te cierpią na chorobę bądź są poddawane zabiegowi, który może wpłynąć niekorzystnie na ich możliwości prokreacyjne w przyszłości (w przypadku pobrania oocytów od kobiet metoda ta jest po ang. nazywana *oocyte cryopreservation – OC*). Pobrane nasienie bądź oocyty są następnie poddawane procesowi kriokonserwacji i mogą być w przyszłości użyte przez ich dawców[261]. Najczęściej stosowane jest to w przypadku pacjentów chorujących na raka przed rozpoczęciem kuracji lub przeprowadzeniem operacji, która może skutkować ich bezpłodnością. Ponadto, metoda ta znajduje zastosowanie u kobiet, u których wykryto mutacje genu BRCA, który odpowiedzialny jest za rozwój genetycznie uwarunkowanych nowotworów piersi i jajnika, kiedy wskazane jest obustronne wycięcie jajowodu i jajnika (z ang. *salpingo-oophorectomy*) przed ukończeniem przez kobietę 35. roku życia w celu zminimalizowania prawdopodobieństwa zachorowania na raka jajnika w przyszłości. Zabieg

---

[258] W prawie polskim ustawodawca w art. 61^9 k.r.o. wskazuje wyraźnie, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, zatem nie ulega wątpliwości, że pomimo iż komórka jajowa pochodzi od innej kobiety, nie jest ona traktowana jako matka dziecka.

[259] M. Nesterowicz, *Prawo…, op. cit.*, s. 286-293. W Polsce brak regulacji prawnej dopuszczalności zawierania umów o zastępcze macierzyństwo bądź przesądzenia przez ustawodawcę ich niedopuszczalności. Niektórzy wskazują, że należałoby uznać je za nieważne jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). Jest to jednak kwestia wysoce dyskusyjna i wywołująca wiele wątpliwości. Tak przykładowo twierdzi M. Nesterowicz, o czym pisze w przytoczonej powyżej pozycji. Por. także M. Filar, *Lekarskie…, op. cit.*, s. 233, który stwierdza, że z punktu widzenia prawnokarnego nie mieszczą się w standardzie *lege artis* wszelkie techniki zapłodnienia *in vitro* związane z metodą tzw. matki zastępczej i związanego z tym transferem embrionu. Szeroko pisze o zastępczym macierzyństwie również K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 503 i n. Zob. także literaturę zagraniczna dotyczącą macierzyństwa zastępczego: C. Burrell, L.C. Edozien, *Surrogacy in modern obstetric practice*, Seminars in Fetal and Neonatal Medicine 2014, vol. 19, nr 5, s. 272–278; J. Dodd, C. Keating, N. Weisengee Egan, *Surrogacy Nightmare Whose Babies Are They?*, People 2014, vol. 85, nr 12, s. 62-68; L. Van Zyl, *Intentional Parenthood: Responsibilities in Surrogate Motherhood,* Health Care Analysis 2002, vol. 10, nr 2, s. 165-175; B.M. Dickens, *Legal developments…, op. cit.*, s. 212-213; P.M. Dostalik, E*mbryo "Adoption"?..., op. cit.,* s. 881-883, gdzie autorka przybliża m.in. słynną sprawę tzw. '*Baby M.*'.

[260] Por. L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 265-266.

[261] Por. *ibidem*.

OC jest ponadto wskazany w przypadku wystąpienia zespołu Turnera[262], zespołu łamliwego chromosomu X[263] lub zespołu Klinefeltera[264]. Należy jednak zauważyć, że na zabiegi OC decydują się kobiety nie tylko ze względu na którąś z wymienionych powyżej chorób, a również takie, które pragną „przełożyć" macierzyństwo na później z powodów osobistych lub też zawodowych (z ang. *delayed childbearing*)[265]. Wymaga jednak podkreślenia, że często nadzieja na „późniejsze" macierzyństwo może okazać się fałszywa, a kobiety decydujące się taką metodę odłożenia w czasie macierzyństwa winny liczyć się ze znacznie zmniejszonymi szansami na udane zapłodnienie *in vitro* po ukończeniu 38. roku życia oraz większym ryzykiem powikłań położniczych. Z powyższych powodów, metoda OC nie powinna być stosowana jedynie w celach przełożenia macierzyństwa „na później", niezwiązanych z chorobą, która może faktycznie spowodować niemożność posiadania potomstwa w przyszłości[266].

Należy ponadto wskazać, że rozwój technik wspomaganego rozrodu związany jest z tym, iż w ostatnich dziesiątkach lat notuje się alarmujące zmniejszenie liczby plemników w nasieniu ludzkim, co w znaczący sposób wpływa na niepłodność u mężczyzn. Według Światowej Organizacji Zdrowia za niepłodnego uznaje się mężczyznę, który ma 20 mln plemników w 1 ml nasienia, przy czym ponad 50% jest ruchomych[267]. Co istotne, w warunkach *in vivo* plemniki żyją jedynie 2-4 doby. Zamrożone w temperaturze – 196 stopni Celsjusza (w ciekłym azocie) zachowują zaś zdolność do zapłodnienia przez dziesiątki lat, a niektórzy autorzy uważają, że czas ten jest praktycznie

---

[262] Zespół Turnera (ang. *Turner's syndrome*, łac. *syndroma Turner*) – uwarunkowany genetycznie zespół wad wrodzonych spowodowany całkowitym lub częściowym brakiem jednego z chromosomów X we wszystkich komórkach organizmu lub w pewnej ich części. Występuje u 1 na 2000 – 2500 urodzonych dziewczynek. Najważniejsze cechy występujące u osób z zespołem Turnera to: niski wzrost, słabo zaznaczone cechy żeńskie i wrodzona dysgenezja gonad powodująca w większości przypadków bezpłodność; https://pl.wikipedia.org/wiki/Zespół_Turnera (dostęp: 16.02.2023 r.).

[263] Zespół łamliwego chromosomu X (zespół kruchego chromosomu X, zespół Martina-Belli, z ang. *fragile X syndrome, FraX, FRA-X, Martin-Bell syndrome*) – choroba genetyczna cechująca się obniżeniem poziomu rozwoju intelektualnego różnego stopnia, i której niektóre objawy behawioralne niekiedy pokrywają się z objawami charakterystycznymi dla autyzmu. Źródła polskie podają, że choroba występuje u chłopców z częstością 1:1200-3600, a u dziewczynek z częstością 1:4000-6000. Jest to najczęstsza dziedziczna przyczyna upośledzenia umysłowego u chłopców i druga co do częstości wśród przyczyn genetycznych (po zespole Downa); https://pl.wikipedia.org/wiki/Zespół_łamliwego_chromosomu_X (dostęp: 16.02.2023 r.).

[264] Zespół Klinefeltera (ang. *Klinefelter syndrome*) – grupa chorób spowodowanych aberracją chromosomalną polegającą na obecności przynajmniej jednego dodatkowego chromosomu X w części lub we wszystkich komórkach organizmu mężczyzny; https://pl.wikipedia.org/wiki/Zespół_Klinefeltera (dostęp: 16.02.2023 r.).

[265] Por. Rudick B., Opper N., Paulson R., Bendikson K., Chung K., *The status of oocyte cryopreservation in the United States*, Fertility and Sterility 2010, vol. 94, nr 7, s. 2642-2646.

[266] Por. L. Londra, E. Wallach, Y. Zhao, *Assisted reproduction…, op. cit.,* s. 266; Meldrum D.R., *Female reproductive aging – ovarian and uterine factors*, Fertility and Sterility 1993, vol. 59, nr 1, s. 1-5; Laopaiboon M., Lumbiganon P, Intarut N., Mori R., Ganchimeg T., Vogel J., *WHO Multicountry Survey on Maternal Newborn Health Research Network. Advanced maternal age and pregnancy outcomes: a multicountry assessment,* International Journal Of Gynecology And Obstetrics 2014, vol. 121 (Supplement 1), s. 49-56; Practice Committee of Society for Assisted Reproductive Technology, *Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine. Essential elements of informed consent for elective oocyte cryopreservation: a Practice Committee opinion*, Fertility and Sterility 2008, vol. 90 (Supplement 5), s. 134-135.

[267] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit*., s. 56.

nieograniczony[268].

Szybki rozwój technik rozrodu wspomaganego medycznie bez wątpienia wiąże się z faktem, że w większości państw o wyższym poziomie cywilizacyjnym zwiększa się bezpłodność. Według aktualnych danych Światowej Organizacji Zdrowia niepłodność dotyczy 1/2 par, czyli 60-80 mln ludzi na świecie, z rocznym wzrostem tej wartości o około 2 mln. Na każde 100 przypadków bezpłodności 40 wynika z problemów związanych z kobietą, 40 dotyczy mężczyzn, a 20 obejmuje nakładające się zaburzenia obojga partnerów[269].

W Polsce według Szamatowicza wskaźnik bezpłodności jest podobny (problem dotyczy około 19% par). Według danych z roku 2008 tzw. niezamierzona bezpłodność dotyka zaś 14% małżeństw, tj. około 1,4 mln ludzi[270].

Zdrowotne uwarunkowania płodności pozostają w związku z niskim od lat w Polsce współczynnikiem płodności, dzietności (liczba dzieci urodzonych przez kobietę). Wynosił on odpowiednio w ostatnich latach: 1990 rok – 2,036; 2000 rok – 1.367; 2005 rok – 1,243; 2009 rok – 1,398. Aby liczba noworodków kompensowała liczbę zgonów, współczynnik dzietności musi być równy minimum 2,1[271].

Zapłodnienie pozaustrojowe uznano za jedno z największych osiągnięć od ery odkryć Ludwika Pasteura, Roberta Kocha, Grzegorza Mendla, Jamesa Watsona i Francisa Cricka[272], gdyż metoda ta umożliwia posiadanie dzieci przez bezpłodnych rodziców[273]. W latach 2008, 2009 i 2010 na całym świecie zainicjowano więcej niż 4 461 309 procesów stosowania technik wspomaganej prokreacji, w wyniku których urodziło się około 1 144 858 dzieci[274].

---

[268] *Ibidem*, s. 58.
[269] *Ibidem*, s. 100.
[270] *Ibidem*.
[271] *Ibidem*.
[272] Pasteur Ludwik (francuski chemik i mikrobiolog; ur. 1822 – zm. 1895); zasłynął przede wszystkim jako rzecznik zakaźnej teorii chorób i współtwórca szczepień ochronnych. Robert Koch (niemiecki uczony, lekarz i bakteriolog; ur. 1843 – zm. 1910); odkrywca m.in. bakterii wywołujących wąglika, cholerę i gruźlicę; laureat Nagrody Nobla w dziedzinie fizjologii lub medycyny w 1905 r. za badania nad gruźlicą. Był, obok Ludwika Pasteura, jednym z twórców mikrobiologii lekarskiej. Grzegorz Mendel (austriacki przyrodnik, zakonnik, ur. 1822- zm.1884); prekursor genetyki. James Watson (ur. 1928, amerykański genetyk i biochemik). Francis Crick (ur. 1916 - zm. 2004; angielski biochemik, genetyk i biolog molekularny, laureat Nagrody Nobla w dziedzinie fizjologii lub medycyny w roku 1962. Wraz z Jamesem D. Watsonem, Maurice'em Wilkinsem i Rosalindą Franklin odkrył strukturę molekularną DNA (informacje pobrane z https://www.wikipedia.org)
[273] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit*., s. 100.
[274] Dyer, S., Chambers G.M., de Mouzon J., Nygren K.G., Zegers-Hochschild F., Mansour R., Ishihara O., Banker M., Adamson G.D., *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies world report: Assisted Reproductive Technology 2008, 2009 and 2010*, Human Reproduction 2016, vol. 31, nr 7, s. 1588-1609. Autorzy w raporcie przedstawiają wiele innych ciekawych światowych danych dotyczących stosowania technik wspomaganego rozrodu na podstawie badań przeprowadzonych w latach 2008, 2009 i 2010 w około 60 krajach na świecie, w tym w Polsce.

2.5. Bruzdkowanie

Po zapłodnieniu rozpoczyna się kolejny okres rozwoju zarodkowego – bruzdkowanie (*łac. segmentatio, ang. cleavage*). Bruzdkowanie to wielokrotny podział mitotyczny zygoty[275].

Rozwój prenatalny jest złożonym procesem, w czasie którego z komórki jajowej o przybliżonej masie 0.0015 mg i główki plemnika o jeszcze mniejszej masie w ciągu 280 dni powstaje nowy ustrój o przeciętnej masie 3,5 kg[276].

W zarodku, w procesie zwanym morfogenezą powstają komórki, tkanki i narządy o zróżnicowanych czynnościach oraz odmiennej budowie. W czasie morfogenezy komórki dzielą się, różnicują, zmieniając kształt i funkcje, wędrują, zbliżają się do siebie (adhezja) bądź do substancji międzykomórkowej, a także podlegają procesowi fuzji i/lub programowej śmierci (apoptozie)[277].

Powstawanie narządów (organogeneza) uwarunkowane jest prawidłowymi interakcjami pomiędzy komórkami, substancją międzykomórkową i tkankami. Jedna komórka (grupa komórek) wpływa na drugą sąsiadującą komórkę (grupę komórek), zmieniając jej dalsze losy. Proces ten nazwany został indukcją[278].

2.6. Drugi i trzeci tydzień rozwoju

Gastrulacja jest kolejnym etapem rozwoju zarodkowego. Istotą tego procesu jest powstanie listków zarodkowych. W 2. tygodniu rozwoju zarodkowego blastocysta jest zagnieżdżona w błonie śluzowej macicy, a jej części składowe – węzeł zarodkowy oraz trofoblast – ulegają dalszemu zróżnicowaniu. Ze skupienia jednorodnych komórek węzła zarodkowego wyodrębniają się komórki tworzące dwa pierwsze listki zarodkowe, a różnicowanie się oraz inwazja komórek trofoblastu doprowadzają do wytworzenia pierwszych struktur przyszłego łożyska i zapoczątkowania krążenia łożyskowo-macicznego. W 8. dniu rozwoju węzeł zarodkowy różnicuje się na dwie wyraźne warstwy komórek, które utworzą: wewnętrzny i zewnętrzny listek zarodkowy[279].

Ocenia się, że około 15% oocytów nie ulega zapłodnieniu, a około 15% komórek jajowych zostaje zapłodnionych nieprawidłowo. Ponadto 10-15% zygot przystępuje do bruzdkowania, ale nie zagnieżdża się, lecz obumiera. Według badań Hertiga z 70-75% blastocyst, które się zagnieździły, 58% przeżywa tylko do 2. tygodnia a 16% z tej grupy to blastocysty nieprawidłowe. Aż 1/3 – 1/2 wszystkich zygot ginie przed zagnieżdżeniem. Implantacja jest krytycznym okresem rozwoju. Może wystąpić zakłócenie przebiegu tego procesu mimo prawidłowych stężeń progesteronu i estrogenów.

---

[275] H. Bartel, *Embriologia…*, *op. cit.*, s. 105.
[276] *Ibidem*, s. 121.
[277] *Ibidem*.
[278] *Ibidem*.
[279] *Ibidem*, s. 144.

Do przyczyn zalicza się: nieprawidłowy przebieg reakcji doczesnowej, działanie teratogenów lub zaburzeń chromosomalnych. Narażenie na działanie związków teratogennych w pierwszych dwóch tygodniach ciąży prowadzi do obumarcia blastocysty lub wczesnego samoistnego poronienia. Według różnych danych aberracje chromosomowe występują u 25-60% zarodków uzyskanych z wczesnych poronień samoistnych[280]. Josef Warkany[281] twierdzi, że wczesne obumarcie zarodka stanowi swego rodzaju mechanizm spontanicznej eliminacji wad wrodzonych. Brak tego mechanizmu spowodowałby, że częstość ich występowania byłaby znacznie większa[282].

Na początku 3. tygodnia, kiedy zarodek osiąga 1,5 mm długości, pojawiają się: smuga pierwotna, węzeł pierwotny oraz przedłużenie głowowe – trzy struktury, które znamionują proces gastrulacji i wiążą się z powstaniem trzeciego listka zarodkowego[283].

2.8. Okres zarodkowy – od 4. do 8. tygodnia rozwoju

Komórki każdego z trzech listków zarodkowych charakteryzują się zdolnością do szybkiego namnażania, przemieszczania, skupiania oraz różnicowania według ściśle określonego schematu. W rezultacie dają początek różnym układom i narządom ustroju zarodka/płodu[284].

Oś głowowo-ogonowa zarodka wytworzona jest z chwilą pojawienia się smugi pierwotnej (która wykształca się około 13. dnia[285]) i przedłużenia głowowego, ale wyraźny zarys okolicy głowowej i ogonowej oraz walcowaty kształt zarodka ukształtowany zostaje dopiero w wyniku procesu fałdowania się trzylistkowej tarczy zarodkowej. Zagięcie się zarodka w okolicy głowowej prowadzi do powstania fałdu głowowego, a w okolicy ogonowej – fałdu ogonowego[286]. Powstawanie fałdu głowowego zaczyna się w końcu 3. tygodnia[287].

2.9. Okres płodowy – od 9. do 38. tygodnia rozwoju

Początek okresu płodowego nazywany jest początkiem aktywności ruchowej, gdyż płód reaguje na bodźce. Ruchy są jednak zbyt słabe, aby były wyczuwane przez matkę[288]. W okresie 13.-16. tygodnia następuje szybszy wzrost tułowia względem głowy płodu. Wydłużają się kończyny

---

[280] *Ibidem*, s. 148.
[281] Joseph Warkany (ur. 25 marca 1902 w Wiedniu, zm. 22 czerwca 1992 w Clifton) – austriacko-amerykański lekarz pediatra, teratolog, polityk, artysta; https://pl.wikipedia.org/wiki/Joseph_Warkany (dostęp: 16.02.2023 r.).
[282] H. Bartel, *Embriologia*, *op. cit.*, s. 149.
[283] *Ibidem*, s. 150.
[284] *Ibidem*, s. 158.
[285] *Ibidem*, s. 187.
[286] *Ibidem*, s. 179.
[287] *Ibidem*, s. 182.
[288] *Ibidem*, s. 196-197. Wskazuje on, że obserwacje poczynione na 12-tygodniowych płodach samoistnie poronionych wykazały, że odruch ssania występuje po drażnieniu okolicy wargowej, a drażnienie zamkniętych powiek powoduje odruch zamykania „oczu". Zob. także K. Ostrowski, *Embriologia…, op. cit.*, s. 89-93.

dolne. Szybkie kostnienie układu szkieletowego można wykryć na zdjęciach RTG[289]. W 17.-20. tygodniu wzrost płodu jest wolniejszy, a jego ruchy są wyczuwane przez matkę[290]. W 21.-25. tygodniu ciało płodu staje się bardziej proporcjonalne, znacznie zwiększa się jego masa. Skóra jest pomarszczona, częściowo przezroczysta, koloru różowego lub czerwonego, zaś w naczyniach można zobaczyć krew. Pojawiają się paznokcie. Przedwcześnie urodzony płód, 22-25-tygodniowy, może żyć, z reguły jednak umiera ze względu na niedojrzałość układu oddechowego. Z tego okresu rozwojowego pochodzą wcześniaki, które dzięki postępom w perinatologii oraz nowoczesnym inkubatorom daje się utrzymać przy życiu[291]. W okresie 26.-29. tygodnia następuje ponowne otwarcie oczu. Włosy na głowie i meszek są dobrze rozwinięte. Powstaje tkanka tłuszczowa podskórna[292]. W końcu 30.-34. tygodnia rozwoju skóra płodu jest gładka i różowa, a jego kończyny górne oraz dolne są okrągłe i pełne. Dziecko urodzone w 32. tygodniu i starszy, urodzony przedwcześnie zazwyczaj żyje[293]. W 35.-38. tygodniu rozwoju wzrost płodu jest niewielki. Charakterystyczne są silny uchwyt dłoni i reakcja na światło. Masa ciała płodu w ostatnim 38. tygodniu rozwoju prenatalnego wynosi zazwyczaj 3400 g[294].

III. Problemy prawne z ustaleniem statusu prawnego embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej w kontekście medycyny

Pomimo w dalszym ciągu wysokiej dyskusyjności zagadnienia, opisany powyżej rozwój prenatalny dziecka pozwala na stwierdzenie, że stanowi on pewne *continuum.* W konsekwencji, sytuacja prawna *nasciturusa* nie powinna ulegać zmianie w zależności od tego w którym tygodniu rozwoju się on znajduje[295]. Wyróżniane w medycynie okresy: rozwoju listków zarodkowych, zarodkowy oraz płodowy nie zostały wyodrębnione w celu różnicowania sytuacji *nasciturusa*, w tym sytuacji prawnej. To samo tyczy się w istocie nowego okresu prenatalnego w przypadku zapłodnienia

---

[289] H. Bartel, *Embriologia…*, *op. cit.*, s. 198.
[290] *Ibidem*, s. 199.
[291] *Ibidem*, s. 201. Należy dodać, że w toku intensywnego rozwoju medyny powstała nowa dziedzina wiedzy medycznej, zwana medycyną matczyno-płodową, zajmująca się sytuacjami klinicznymi związanymi z pozyskaniem ciąży, jej trwaniem oraz zakończeniem przez urodzenie dziecka. Z dziedziny tej wyodrębnia się sekcję, zwaną właśnie perinatologią, która z kolei zajmuje się całokształtem sytuacji fizjologicznych i patologicznych mających miejsce w okresie okołoporodowym dotyczących zarówno ciężarnej kobiety, jak i płodu; zob. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s. 15.
[292] H. Bartel, *Embriologia…*, *op. cit.,* s. 202.
[293] *Ibidem*, s. 203.
[294] *Ibidem*, s. 203-204.
[295] Tak też T. Smyczyński, *Pojęcie i statut…, op. cit.*, s. 10; T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka…, op. cit.*, s. 39; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 21; T.D. Williams, *The Least…, op. cit,* s. 87. Por. G. Bahadur, *Ethics…*, *op. cit.*, s. 12-16; P.R. Lazar, *Considerations Regarding The Legal Status Of Embryo And Fetus From The Perspective Of The Right To Life,* Contemporary Readings In Law & Social Justice 2012, vol. 4, nr 1, s. 372.

pozaustrojowego, jakim jest faza przedimplantacyjna. Życie ludzkie w okresie rozwoju prenatalnego trudno jest bowiem podzielić na wyraźnie odrębne etapy rozwojowe, które umożliwiłyby uznanie, że w danym etapie *nasciturus* posiada atrybuty człowieczeństwa i w konsekwencji zasługuje na ochronę prawną, a w innym jeszcze bądź już - nie. Poszukiwanie innego momentu jak zapłodnienie, który stanowi o początku rozwoju człowieka nie znajdują uzasadnienia. Dla przykładu należy wskazać na przytoczone przez T. Smyczyńskiego najczęściej spotykane kryteria rozwojowe dla oceny „człowieczeństwa płodu"[296].

Pierwszym z nich jest kryterium neurologiczne, które wskazuje na aktywność mózgu jako na swoistą cechę człowieczeństwa. Według tego kryterium zarodek zaczyna stawać się człowiekiem około 4 tygodnia od momentu poczęcia, a jest w pełni ukształtowaną istotą ludzką pod koniec 3 miesiąca, co wiąże się z wytworzeniem układu krążenia i układu nerwowego[297]. Kryterium to zawodzi, albowiem nie można wykluczyć jako człowieka dziecka, u którego przez określone wady nie występuje aktywność mózgu. Ponadto nie sposób twierdzić, że przez pierwsze 4 tygodnie od poczęcia nie mamy do czynienia z człowiekiem tylko dlatego, że jeszcze nie występuje u zarodka aktywność mózgu. Jak zostało powyżej wskazane, do wystąpienia aktywności mózgu konieczne jest zajście precyzyjnych procesów chemicznych i biologicznych w pierwszych 4 tygodniach rozwoju dziecka.

Drugim z przytaczanych kryteriów „człowieczeństwa" jest kryterium animacji, pochodzące od Arystotelesa. Kryterium to jest uzasadniane tym, że z momentem „ożywienia się" płodu, czyli poruszenia się w łonie matki, przestaje on być anonimowy, a staje kimś postrzeganym w kategoriach odrębnej od matki istoty. Również dawni scholastycy odróżniali płód ożywiony duszą (*foteus animatus*) i płód nieożywiony (*foteus non animatus*) zależnie od upływu czasu po poczęciu[298]. Jak słusznie wskazuje T. Smyczyński, jest to kryterium niezwykle subiektywne, zależy bowiem często od złudnego przeświadczenia matki o ruchach płodu albo od braku takie odczucia i czasu jego postrzegania[299].

Trzecim wyróżnianym kryterium jest zdolność do samodzielnego istnienia (*viabilité*). Podobnie jak pierwsze z wymienionych kryteriów, nie znajduje ono uzasadnienia, albowiem, aby dziecko poczęte doszło do takiego punktu rozwoju, w którym może już rozwijać się niezależnie od swojej matki, konieczne jest zajście szereg niezbędnych procesów przed osiągnieciem tej samodzielności. Brak tych procesów z pewnością uniemożliwiłby jakąkolwiek samodzielność.

---

[296] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut…*, *op. cit.*, s. 9-10, 27. Zob. także A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit.*, s. 120.
[297] Por Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…*, *op. cit.*, s. 104.
[298] Por. T. Smyczyński, *Pojęcie i statut…, op. cit.*, s. 9-10, 27.
[299] *Ibidem*.

Ponadto kryterium to eliminowałoby ludzi, których życie jest sztucznie podtrzymywane przez nowoczesną aparaturę medyczną, zarodki powstałe pozaustrojowo znajdujące się w fazie przedimplantacyjnej, jak również urodzone przedwcześnie dzieci rozwijające się w inkubatorach. Jak zostało powyżej przedstawione, aktualnie dzięki rozwojowi medycyny i nowoczesnej aparaturze medycznej, możliwe jest utrzymywanie przy życiu poza organizmem kobiety dzieci urodzone znacznie przedwcześnie, które nie osiągnęły jeszcze samodzielności.

Ostatnim spotykanym kryterium „człowieczeństwa" jest kryterium genetyczne. Należy wskazać, że jako jedyne z tutaj wymienionych zasługuje na aprobatę[300]. Według tego kryterium człowiekiem jest ten, kto pochodzi od ludzkich rodziców tzn. wyposażony jest w ludzki kod genetyczny. Zaakceptowanie tego kryterium jest jednocześnie spójne z tym, iż momentem początkowym, od którego możemy mówić o początku rozwoju człowieka jest moment zapłodnienia komórki jajowej. Należy bowiem zauważyć, że już w wyniku zapłodnienia następuje przeniesienie genomu z jednej generacji do następnej: zapłodniona komórka jajowa charakteryzuje się niepowtarzalnym kodem genetycznym, który warunkuje w późniejszym życiu takie cechy somatyczne jak np. kolor skóry, oczu i włosów, wzrost, budowę ciała, otyłość, rysy twarzy.

Wskazać trzeba, że za uznaniem, że status embrionu jest równy statusowi *nasciturusa*, któremu z kolei przyznaje się status człowieka przemawia szereg innych argumentów. Najbardziej popularnym jest argument potencjalności. Zarodek ludzki stanowi zalążek życia, potencjalną osobę ludzką, stanowi on fazę rozwoju człowieka. Następnie wskazać można na argument ciągłości rozwojowej: zarodek stanowi funkcjonalną jedność, która rozwija się w sposób synchroniczny, harmonijny i ukierunkowany w integralne części organizmu. Kolejnym argumentem jest argument tożsamości: człowiek przez cały czas swojego istnienia jest tą samą, tożsamą z samą sobą istotą – już na etapie genetycznym zdeterminowany jest rozwój człowieka jako funkcjonalnej całości. Z tym argumentem związany jest również argument przynależności gatunkowej: zarodek nie jest jedynie jednym z wielu typów tkanek, ale samoorganizującą się istotą należącą do gatunku *homo sapiens*, mającą typowo ludzki garnitur chromosomowy oraz oryginalny genotyp[301].

W przedmiocie momentu powstania człowieka w fazie przedurodzeniowej, gdy do poczęcia dochodzi poza organizmem kobiety należy natomiast wskazać na dwie koncepcje: 1) z człowiekiem w fazie przedurodzeniowej mamy do czynienia bądź dopiero od zagnieżdżenia / implantacji do urodzenia *(product of conception from implantation to birth)*; 2) bądź od samego spotkania komórek żeńskiej i męskiej niezależnie od miejsca, w którym to zapłodnienie następuje *(product from the*

[300] Tak też, Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op.cit*., s. 110-111.
[301] Zob. A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 121-122.

moment of fertilization)[302]. Zdecydowanie należy opowiedzieć się za drugą koncepcją, albowiem nie ma medycznych podstaw do różnicowania zarodku powstałego pozaustrojowo i w sposób naturalny, a do tego doprowadziłoby w istocie uznanie pierwszej koncepcji. Zagnieżdżenie embrionu w macicy jest dopiero kolejnym etapem rozwoju, koniecznym do donoszenia ciąży i urodzenia dziecka, jednak zawsze tym pierwszym punktem jest moment zapłodnienia. Innymi słowy, już od momentu zapłodnienia, niezależnie czy nastąpiło ono w ustroju kobiety czy *in vitro*, rozpoczyna się rozwój człowieka, którego człowieczeństwo z każdą chwilą się fizycznie realizuje, doskonali, i to nie skokowo z wyodrębnieniem poszczególnych etapów jakościowych, lecz przez ciągły oraz stały rozwój wszystkich elementów organizmu ludzkiego. Powyższe sprowadza się bezpośrednio do próby odpowiedzenia na pytanie „czym" właściwie jest embrion w fazie przedimplantacyjnej, a dalej czy można postawić znak równości pomiędzy nim, a tradycyjnie rozumianym pojęciem *nasciturusa*. Już dotychczasowe rozważania wykazują, że odpowiedź na to pytanie powinna być pozytywna[303].

Generalnie, przedstawiane są w literaturze przedmiotu trzy możliwości określenia statusu prawnego embrionu, znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej: że jest to osoba *(juridical person)*, rzecz bądź, iż embrion taki posiada status *sui generis*, z którego wynika obowiązek traktowania go z należytym szacunkiem *(interim category)*[304].

Wątpliwości i dylematy przy próbie ustalenia statusu prawnego embrionów w fazie przedimplantacyjnej doskonale odzwierciedlają orzeczenia sądów amerykańskich. W sprawie Davis v. Davis[305], Pani Davis chciała kontynuować implantację embrionów, na co nie wyraził zgody jej były mąż (dawca nasienia), który pragnął, aby embriony pozostały zamrożone. Sąd I instancji stanu

---

[302] Por. A.S. Jaeger, *Laws surrounding reproductive technologies* [w:] *Family Building Through Egg and Sperm Donation, Medical, Legal And Ethical Issues*, red. M.M. Seibel, Boston-London-Singapore 1999, s. 118-119 [za]: J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s. 17-18; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 21-22; C. Sureau, *Status of embryo…, op. cit.,* s. 1-12.

[303] Tak też: P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.) oraz R. Majda [w:] *Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 46, s. 176-177; T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.*, pkt 1, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Pogląd ten aprobuje A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział I.4.1.2., Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Por. także: H. Bartel, *Embriologia…*, op. cit., s. 68; O. Nawrot, *Status prawny pre-embrionu*, Państwo i Prawo 3/2009, s. 6-7; T. Smyczyński, *Pojęcie i statut…, op. cit.*, s. 9-10, 27; Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s.111-112. Odmiennie: por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie dziecka poczętego in vitro*, Białostockie Studia Prawnicze 2022 vol. 27, nr 3, s. 12; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 249-255. Wg tej autorki poczęcie następuje nie w chwili połączenia gamet, lecz w momencie zagnieżdżenia się zapłodnionego jaja w macicy oraz wskazuje ona, że nie można postawić znaku równości pomiędzy embrionem, a płodem, zaś tylko ten drugi określa mianem dziecka poczętego. Zob. także: J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 17-31; A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 177-178, s. 214.

[304] Por. O. Nawrot, *Status…, op. cit.*, s. 13-16; I. Kennedy, A. Grubb: *Medical Law*, New York 2005, s. 1314; A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 175-183, s. 214. Autorka ta wskazała, że choć embrion ludzki należy bardziej do kategorii osób niż rzeczy, to jednak jest on osobą szczególną. Nie można zrównywać go z osoba ludzką (osobą fizyczną). Musi być jednak traktowany jako swoista „istota czująca", a nie przedmiot. Zob. także szeroko w tym zakresie K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit., s. 255-279.*

[305] 842 S.W2d 588, 597 (Tennessee, 1992). Wyrok Sądu Najwyższego stanu Tennessee z 1 czerwca 1992 r. https://law.justia.com/cases/tennessee/supreme-court/1992/842-s-w-2d-588-2.html (dostęp: 16.02.2023 r.).

Tennessee przyjął, że embriony są już ludźmi (dosł. "*human being*") od momentu zapłodnienia i przyznał władzę (dosł. "*custody*") Pani Davis, aby ta kontynuowała proces implantacji: *„be permitted the opportunity to bring these children to term through implantation".* W toku postępowania Pani Davis jednak zmieniła swoje stanowisko i chciała darować zamrożone embriony bezdzietnej parze. Sąd II instancji stanu Tennessee wskutek apelacji złożonej przez Pana Davisa uznał, że Pani Davis nie może kontynuować procesu bez zgody Pana Davisa, wskazując, że nie istnieje żaden usprawiedliwiony interes, aby nakazać implantację embrionu wbrew woli jednej ze stron (tł. z ang.: „*there is no compelling state interest to justify ordering implantation against the will of either party*"). Wreszcie, Sąd Najwyższy stanu Tennessee stanął za trzecią opcją, że embrion ma status *sui generis*, z którego wynika obowiązek traktowania go z należytym szacunkiem. Wskazał, że preembriony nie są jeszcze osobami, ale nie są również rzeczami. Zajmują one kategorię pośrednią, która nakazuje darzyć je specjalnym szacunkiem z uwagi na ich potencjał życia (tł. z ang.: *„pre-embryos are not, strictly speaking, either 'persons' or 'property', but occupy an interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life")*[306].

Z kolei, w sprawach York v. Jones[307] oraz Kass v. Kass[308] sądy uznały embriony za rzecz „*property"* ich dawców wskazując, że do rozwiązania sporów między dawcami komórek rozrodczych, z których embrion powstał, zastosowanie znajduje prawo zobowiązań. Oznacza to, że w przypadku tej koncepcji raczej nie chodzi o nazwanie samych embrionów „rzeczami", tylko o zastosowaniu norm prawnych dotyczących rzeczy, jeśli dojdzie do sporu o 'władztwo' nad nimi.

Do kontrowersyjnego wniosku w tym względzie doszła M. Fox, wskazując, że podział na rzecz i osobę jest niewystarczający, używając metafory „cyborgów", po części powstałych dzięki nauce, a po części naturze[309]. Należy również wskazać na polemiczny pogląd H.V. McLachlan'a, który wskazał, że podział na rzeczy i osoby nie jest dychotomiczny i nie ma potrzeby odwoływania się do metafory „cyborga", aby ustalić status embrionu, który należy traktować podobnie jak ciało człowieka – dosłownie „*body*"[310].

---

[306] Por. P.M. Dostalik, E*mbryo*…, op. cit., s. 875-888 oraz J.R. Hoffman, *You Say Adoption…, op. cit.*, s. 397-417.

[307] 717 F. Supplement 421 (E.D. Va. 1989). Wyrok Amerykańskiego Sądu Okręgowego dla Wschodniego Okręgu Wirginii z 10 lipca 1989 r. (U.S. District Court for the Eastern District of Virginia) https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/717/421/1584239/ (dostęp: 16.02.2023 r.).

[308] 91 N.Y.2d 554 (1998). Wyrok Sądu Apelacyjnego Stanu Nowy Jork z 7 maja 1998 r. https://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/1998/91-n-y-2d-554-0.html (dostęp: 16.02.2023 r.).

[309] M. Fox, *Pre-Persons, Commodities or Cyborgs: The Legal Construction and Representation of the Embryo*, Health Care Analysis 2000, vol. 8, nr 2, s. 171-185, gdzie autorka przeciwstawia teorię "*personhood"* i "*property*" oraz przybliża sprawę Davis v. Davis oraz sprawę Kass v. Kass (s. 179-181).

[310] H.V. McLachlan, *Persons and Their Bodies: How We Should Think About Human Embryos,* Health Care Analysis 2002, vol. 10, nr 2, s. 155-164. Stwierdza on, że: *„it seems undeniable too that, while persons can have, for instance, minds, personalities and bodies, bodies are not persons; a fortiori, partially formed bodies (embryos) are not persons: nor are they partially formed persons."*. Por. także P.R. Lazar, *Considerations…, op. cit.*, s. 371-382.

W świetle polskiego kodeksu cywilnego, podział między rzeczami, a osobami jest zupełny i ciężko sobie wyobrazić hybrydalną postać pośrednią „embrionu”[311]. Istnieje niebezpieczeństwo zakwalifikowania embrionu „ludzkiego” jako rzecz lub też wprowadzenie zupełnie nowej kategorii „ludzkiego embrionu znajdującego się poza organizmem matki”[312]. Wydaje się zatem spójne, że embrion nazywany w końcu embrionem „ludzkim” należy zakwalifikować jako osobę, z pewnością zaś nie można go zakwalifikować jedynie jako rzecz[313] lub jako „zbiór komórek”, który może być traktowany jak każda inna ludzka tkanka[314]. Należy jednak wskazać na szczególną sytuację embrionu w fazie przedimplantacyjnej, która wynika z tego, że nie dość, że nie jest to osoba jeszcze narodzona, to ponadto znajduje się poza ustrojem organizmu matki, co komplikuje jego sytuację prawną[315].

Z powyższym nierozerwalnie łączy się problem komu przysługuje prawo do „dysponowania” embrionami pozostającymi w fazie przedimplantacyjnej, albowiem z oczywistych względów nie może on sam o sobie decydować. Jest to kwestia wysoce kontrowersyjna nie tylko w kontekście prawa do dysponowania embrionami, ale również ogólnie komórkami rozrodczymi (nasieniem i oocytami[316]. Konieczność rozstrzygnięcia tej kwestii staje się aktualna w szczególności w wypadku rozstania dawców komórek rozrodczych, z których powstał embrion, jak również żądania przez

---

[311] O. Nawrot, *Status…, op. cit.*, s.15-17.

[312] J. Haberko, *Cywilnoprawna…*, s. 97; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 24. Por. także: M. Fox, *Pre-Persons…, op. cit.,* s. 171-185, gdzie autorka doszła do wniosku, że podział na rzeczy/osoby jest niesatysfakcjonujący w kontekście embrionów *in vitro*, które są w zasadzie 'cyborgami'. Zob. także niezgadzający się z powyższym: H.V. McLachlan, *Persons…, op. cit.*, s. 155-164.

[313] Por. B.M. Dickens, Ethical…, *op. cit.,* 114-117; C. Tucker, *Abandoned Embryos…, op. cit.*, 18-23; P.M. Dostalik, E*mbryo…, op. cit.*, s. 875-878,); T.D. Williams, *The Least…, op. cit.*, 87; B.M. Dickens, R.J. Cook, *Some ethical…, op. cit.*, s. 58; G. Bahadur, *Ethics…, op. cit.*, s. 12-16; B.M. Dickens, R.J. Cook, *The legal status…, op. cit.*, s. 91-94; M. Fox, *Pre-Persons…, op. cit.*, s. 171-185; H.V. McLachlan, *Persons…, op. cit.*, s. 155-164; C. Tucker, *Abandoned Embryos…, op. cit*., s. 20.

[314] Por. J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 23-24; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 237 i n.; B. Steinbock, *Life…, op. cit.* Zob. także B. Farsides, R. Scott, *No Small Matter…, op. cit.*, s. 90-107, gdzie autorzy wskazują jak embrion jest postrzegany przez osoby pracujące z nimi na co dzień w klinikach leczących niepłodność, gdzie stosuje się techniki wspomaganego rozrodu w Anglii i jak te oceny się różnią; i tak, embrion jest przez nich przedstawiany w sposób skrajny: *'just a bunch of cells'; 'definitely special... because it has this potential'; 'as potential'; 'a life'; 'the start of life'; 'beings'; 'babies'; 'they have no central nervous system, feeling of pain, consciousness, concept of their own identity, or any interest in their own future existence'; 'ball of cells with no soul, no being, and not in an environment where they're going to grow and develop into a pregnancy'.* Zob. także C. Sureau, *Status…, op. cit.*, s. 1-12, która jest praktykiem - lekarzem ginekologiem i dochodzi do następującego wniosku: *„the embryo and the fetus can be recognized as a specific entity, certainly not a thing, but neither a 'full' human person, a potential for human being, highly vulnerable and warranted specific protection”.* Zob. także M. Fox, *Pre-Persons…, op. cit.*, s. 171-185, która przedstawiając sytuację prawną embrionów *in vitro* posługuje się metaforą 'cyborgów': *„in its ability to embody the union of science and nature, the embryo might be described as a cyborg kinship entity”.* Por. także P.M. Dostalik, E*mbryo…, op. cit.*, s. 867-893 oraz J.R. Hoffman, *You Say Adoption…, op. cit.*, s. 397-417.

[315] Por. J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 24. Zob. także M. Reinhard, *The legal…, op. cit.*, s. 54-60 i przedstawioną przez niego ciekawą zasadę '*duty of solidarity*', którą w ocenie autora powinnyśmy stosować wobec embrionów.

[316] Zob. szeroko w tym zakresie K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit., s. 297-330.* Por. także M. Fox, *Pre-Persons…, op. cit.*, s. 171-185; T. Murphy, *Gametes, Law and Modern Preoccupations,* Health Care Analysis 2000, vol. 8, nr 2, s. 155-169; B.M. Dickens, *Ethical…, op. cit.*, s. 115-116; A.S. Persky, *Contentious battles between couples over frozen embryos raise legal and ethical dilemmas*, ABA Journal 2016, nr 8; P.M. Dostalik, E*mbryo "Adoption"?..., op. cit.,* s. 867-893.

jednego z nich zaniechania stosowania technik wspomaganego rozrodu bądź śmierci przed rozpoczęciem fazy implantacji powstałego embrionu. Odpowiednie zakwalifikowanie embrionu ma również kluczowe znaczenie w zakresie tego czy decydując o losie embrionu w fazie przedimplantacyjnej należy stosować standard dobra dziecka (z ang. *the best interests of the child standard*) oraz czy należy stosować przepisy prawa zobowiązań, czy prawa rodzinnego[317]. Kwestia ta może zostać rozwiązana w różny sposób: bądź przez porozumienie stron przed dokonaniem zapłodnienia gamet co do przyszłości embrionów (para może przykładowo umówić się, że w razie rozstania niewykorzystane embriony zostaną „zaadoptowane" przez inną bezpłodną parę); a w razie braku porozumienia spór może ostatecznie rozwiązać sąd. Patrząc na orzecznictwo sądów amerykańskich, można stwierdzić, że ukształtował się tam pogląd, iż w razie sporu pomiędzy stronami przeważa argument na rzecz uniknięcia prokreacji i wygrywa interes osoby niepragnącej kontynuowania procesu *in vitro* z udziałem jej gamet (niezależnie czy to przez kobietę, której jajeczko zostało zapłodnione czy też zupełnie obcą bezpłodną parę)[318]. Niemniej, w celu zapobieżenia sporom coraz więcej ustawodawców reguluje tę kwestię, wymagając od par poddających się zabiegom *in vitro* podpisania porozumienia określającego dyspozycję niewykorzystanymi embrionami[319].

Zagadnienie prawa do dysponowania embrionami w przypadku śmierci dawcy komórki rozrodczej jest jednym z bardziej kontrowersyjnych, ponieważ ma istotne znaczenie praktyczne w zakresie prawno-spadkowym i w tym miejscu zostanie jedynie zasygnalizowane[320]. Już teraz należy zauważyć, że dopuszczalność oraz zakres implantacji, jak również zapładniania *post mortem* jest różnorodnie regulowana przez ustawodawców. Tytułem wprowadzenia można jednak poczynić już teraz kilka porządkujących uwag ogólnych. I tak, w polskiej doktrynie pojawiają się głosy, że w razie śmierci dawcy, jego zgoda na wykorzystanie materiału genetycznego wygasa i z tej przyczyny skorzystanie z materiału genetycznego dawcy po jego śmierci uznać należy za prawnie nieusprawiedliwione[321]. Sprawa jest jednak bardziej skomplikowana. Jeśli dawca nasienia pozostawił

---

[317] Por. P.M. Dostalik, *ibidem*, s. 885-890; J.R. Hoffman, *You Say Adoption…, op. cit.*, s. 397-417.

[318] Por. M. Nesterowicz, *Prawo do dysponowania embrionami w prawie porównawczym*, Prawo i Medycyna 4/2006 (25, vol. 8), s. 79-89. Por. ponownie wskazywane powyżej sprawy: Davis v. Davis oraz Kass v. Kass.

[319] Por. M. Nesterowicz, *Prawo do dysponowania…, op. cit.*, s. 85-86.

[320] Zob. szeroko w tym zakresie K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit., s. 395-50;* K. Bączyk-Rozwadowska, K., *Prawne aspekty wspomaganej prokreacji post mortem*, Gdańskie Studia Prawnicze, 1 (49), 2021, s. 46–65.

[321] Tak, J. Ostojska, *Sytuacja prawna…, op. cit.*, s. 35-36. Autorka swoją tezę wywodzi z koncepcji, iż użycie materiału genetycznego dawcy odbywa się na podstawie jego zgody, która może być, aż do momentu dokonania zapłodnienia, odwołana, zatem w momencie śmierci jego zgoda wygasa. Założenie to jest o tyle błędne, iż może dojść do zapłodnienia przed śmiercią dawcy (a wg autorki tylko co tego momentu zgoda może być odwołana), a do implantacji embrionu *post mortem*, co zgoda partnera również obejmowała. Por. także M. Nesterowicz, *Prawo medyczne…*, *op. cit.*, s. 311, gdzie autor stwierdził, że cały problem zapłodnienia *post mortem* należałoby odrzucić, uznając, że w razie śmierci dawcy wyrażona przez niego zgoda na użycie jego nasienia traci moc. Polski ustawodawca faktycznie zdecydował się na zakazanie zapłodnienia *post mortem* w ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności, jednak dopuścił możliwość implantacji embrionu *post mortem*, co zostanie szerzej omówione przy okazji analizy tejże ustawy.

wyraźną dyspozycję, że zgoda na implantację zapłodnionego swoim nasieniem jajeczka, czyli już istniejącego embrionu, obejmuje okres również po jego śmierci, wymaga rozważenia czy wola ta powinna być uhonorowana. Odrębną zaś kwestią jest termin, do którego po śmierci dawcy nasienia, do implantacji mogłoby dojść, który nie powinien być zbyt odległy, a najlepiej wprost wskazany przez ustawodawcę, ze względu na pewność sytuacji prawno-spadkowej. Z kolei w razie braku wyraźnej dyspozycji w tym przedmiocie, rozwiązania można szukać dwojako. Z jednej strony, powinno się badać wszelkie okoliczności sprawy i jeżeli będzie z nich wynikać, że zgoda na implantację zapłodnionego embrionu zostałaby udzielona na okres *post mortem*, proces *in vitro* należałoby kontynuować w razie wyrażonej chęci kobiety. Z drugiej strony, jeżeli przyjmie się, że zgodę można cofnąć nie do momentu implantacji, a do momentu zapłodnienia, to w razie śmierci już po dokonanym zapłodnieniu, nie ma przeszkód do implantacji takiego embrionu, bowiem nawet jeśli dawca nasienia by żył, nie mógłby sprzeciwić się implantacji zapłodnionego embrionu. Ponadto, nie ma żadnych uzasadnionych argumentów, aby dziecko poczęte w sztuczny sposób pozbawiać praw – np. dziedziczenia po swoim ojcu, tylko z tego względu, że implantacja embrionu nastąpiła po śmierci dawcy nasienia – czyli ojca urodzonego dziecka. Już na pierwszy rzut oka, niewłaściwe wydaje się różnicowanie sytuacji prawnej urodzonego dziecka tylko z tego względu, że śmierć dawcy nasienia nastąpiła dzień przed implantacją, a nie dzień po implantacji embrionu. Można pójść jeszcze o krok dalej i wywodzić, że uzasadnionym wydaje się również dopuszczenie możliwości dziedziczenia przez dzieci poczęte *in vitro*, jeżeli do zapłodnienia doszło *post mortem*. Kwestia zapłodnienia *post mortem* jest jednak o tyle bardziej kontrowersyjna, aniżeli samej implantacji *post mortem*, że w momencie śmierci dawcy komórki rozrodczej, embrion jeszcze nie istnieje, co w większości krajów wyklucza zdolność dziedziczenia.

Wracając do omawiania sytuacji prawnej *nasciturusa*, należy w następnej kolejności postawić pytanie: czy można ją rozróżniać w zależności od tego, gdzie i w jakich warunkach embrion powstał oraz gdzie w danym momencie się znajduje? Podejmując próbę udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie należy ponownie stwierdzić, że niezależnie od sposobu zapłodnienia, zawsze to ten moment jest początkiem nowego życia ludzkiego: zawsze bowiem połączenie komórek męskiej i żeńskiej daje szansę urodzenia człowieka – niezależnie czy do zapłodnienia doszło pozaustrojowo oraz bez znaczenia jest fakt jak długo po tym zapłodnieniu dojdzie do implantacji zarodka, a w dalszej kolejności - do urodzenia dziecka. W konsekwencji już w tym miejscu należy uznać, że przepisy zapewniające ochronę cywilno-prawną *nasciturusowi*, powinny znaleźć odpowiednie zastosowanie w odniesieniu do embrionów powstałych w wyniku stosowania technik wspomaganej medycznie

prokreacji i to na każdym etapie tej procedury, również przedimplantacyjnej[322]. Szczegółowa analiza każdego z tych przepisów w kontekście embrionu w fazie przedimplantacyjnej oraz w świetle ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności nastąpi w dalszej części pracy.

Już teraz należy jednak wskazać na wątpliwości związane z powyższym ogólnym stwierdzeniem. W ocenie J. Haberko jest to niespójne z faktem zamrażania embrionów oraz niszczeniem embrionów wadliwych w wyniku dokonywanej selekcji jeszcze przed dokonaniem implantacji, albowiem skoro zapewnia się embrionom ochronę właściwą dziecku poczętemu ustawodawca winien to jednoznacznie uregulować, zwłaszcza biorąc pod uwagę rygorystyczne przepisy dotyczącego możliwości legalnego usunięcia ciąży. J. Haberko stwierdza, że jedynie zakaz takich praktyk w pełni chroniłby embriony ludzkie, traktowanych już jako początek rozwoju człowieka[323]. W konsekwencji, dokonuje ona dalszego podziału terminologicznego embrionów w fazie przedimplantacyjnej na te, które w istocie znajdują się w fazie przedimplantacyjnej, co oznacza, że co do nich nie ma niepewności, że zostaną one implantowane oraz te, co do których tej pewności nie ma. Chodzi tutaj o embriony zarówno nadliczbowe, zamrażane, jak też wadliwe podlegające zniszczeniu[324].

W kontekście omawianych tu kwestii, powyżej wprowadzone rozróżnienie nie wydaje się być celowe. Nawet jeżeli przyjmiemy, że rzeczywiście istnieje niepewność faktyczna co do niektórych embrionów znajdujących się w fazie przedimplantacyjnej, to kwestia czy należy do nich stosować przepisy prawa cywilnego traktujące o dziecku poczętym, nie powinna być różnicowana. Przepisy te bowiem przyznają *nasciturusowi* określone prawa, jednak w zakresie praw majątkowych (np. do spadku) czy roszczeń odszkodowawczych - pod warunkiem żywego urodzenia, a zatem w przypadku dziecka poczętego *in vitro* – pod warunkiem wpierw implantacji embrionu i dopiero żywego urodzenia. Dotyczy to wszystkich embrionów znajdujących się w fazie przedimplantacyjnej bez

---

[322] Tak też P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz…*, *op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.) oraz R. Majda [w:] *Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 46, s. 176-177. Pogląd ten aprobuje A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział I.4.1.2., Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Zob. także: J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s. 99-100; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 26.; L. Bosek, *Gwarancje…, op. cit.*, s. 306; M. Żelichowski, *Zarządzenie sądu opiekuńczego w trybie art. 109 k.r.o. względem embrionów nadliczbowych*, Prawo i Medycyna 2011, nr 23, s. 77-87; M. Żelichowski, *Dylemat - „człowieczeństwa*", Gość Niedzielny 2000, nr 23, artykuł opublikowany na stronie: www.opoka.org.pl/biblioteka/F/FA/istota_czlowieczenstwa.html (dostęp: 05.02.2023 r.); M. Machinek, *Implantacja jako kryterium, w dyskusji o moralnym statusie embrionu* [w:] B. Sitek, G. Dammacco, M. Sitek, J. J. Szczerbowski (red.), *Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie*, Olsztyn - Bari 2007, s. 301-310. Inaczej, por.: M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 29 lipca 2009 r., I ACa 308/09*, PS 2001, Nr 1, s. 143; J. Ostojska, *O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro*, Prawo i Medycyna 1/2012 (46, vol. 14), s. 84-98; Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s.105-106; A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit.*, s. 177-178; K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie…, op. cit.*, s. 12; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 249-255; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 10, Warszawa 2020, komentarz do art. 8, Nb 3, Legalis (dostęp: 5 lutego 2023 r.); W. Bendza, *Zdolność prawna…, op. cit.*, s. 28.

[323] J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s.105-106.

[324] J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 25-26; J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s. 99.

wyjątku. Należy ponadto zauważyć, że „niszczenie" embrionów wadliwych w wyniku dokonywanej selekcji jeszcze przed dokonaniem ich implantacji nie wydaje się być sprzeczne z tezą, że już w tym momencie mamy do czynienia z poczętym dzieckiem. Pejoratywne określenie jakim niewątpliwie jest „niszczenie embrionów wadliwych" nie jest natomiast niczym innym jak dokonaniem aborcji płodów upośledzonych, na co polski ustawodawca jeszcze do niedawna zezwalał, zaś szereg innych ustawodawców wciąż w mniejszym bądź większym zakresie, w drodze wyjątku zezwala[325]. Nikt z kolei nie twierdzi, że w przypadku legalnej aborcji płodu znajdującego się w łonie matki nie mamy do czynienia z dzieckiem poczętym, tylko dlatego, że prawo w wyjątkowych i ściśle określonych przypadkach zezwala na zakończenie ciąży poprzez aborcję oraz iż do takich płodów przepisy prawa cywilnego traktujące o dziecku poczętym nie znajdują zastosowania.

Ochrona prawna dziecka poczętego gwarantowana w przepisach prawa cywilnego uaktualnia się, wszakże zasadniczo po jego urodzeniu, zatem dopuszczalność aborcji nie jest w ogóle związana z kwestią stosowania tych przepisów do dziecka poczętego. Doktor R.G. Edwards, jeden z pionierów zapłodnienia *in vitro* przedstawił następujący argument: „Rozpoznanie genetycznych nieprawidłowości zarodku stwarza alternatywną metodę diagnostyczną wobec punkcji owodni stosowanej dopiero w drugim trymestrze ciąży. 'Aborcja *in vitro*' jest nieskończenie lepszym rozwiązaniem, gdy zarodek jest jeszcze poza organizmem matki, mikroskopijny i niezróżnicowany, niż aborcja *in vivo* podjęta w dwudziestym tygodniu ciąży lub jego okolicach, gdy dostępne są wyniki punkcji owodni."[326]. Pogląd ten zasługuje na akceptację. Nieracjonalnym byłoby wymaganie dokonania implantacji wadliwego embrionu, tylko po to, aby po zagnieżdżeniu embrionu dokonać aborcji płodu[327] (z tym zastrzeżeniem, że aborcja taka była w Polsce legalna do 26 stycznia 2021 r., aktualnie natomiast nie jest dopuszczalne przerwanie ciąży z uwagi na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu). W obu przypadkach mamy do czynienia z dzieckiem poczętym – *nasciturusem*, który niezależnie od wszystkiego objęty jest taką samą ochroną prawną. Należy na końcu zwrócić uwagę, że również przy

[325] Stanowił o tym do 26 stycznia 2021 r. art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78.). Stanowił on trzeci przypadek dopuszczalności aborcji, tj., gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Przepis ten został uznany za niezgodny z art. 38 w zw. z art. 30 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 175). Utrata mocy tego przepisu nastąpiła 27 stycznia 2021 r. Wyrok oznacza pierwszą w historii zmianę w wypracowanym w 1993 r. kompromisie aborcyjnym. Niemniej, polski ustawodawca w dalszym ciągu zezwala w istocie na aborcję preimplantacyjną w przepisie art. 23 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności, o czym będzie jeszcze szerzej mowa.

[326] Cytat Harris: 220-221, [za:] J. Hołówka, *Manipulacje…, op. cit.*, s. 55.

[327] Tak też, M. Nesterowicz, *Prawo, etyka, religia, polityka w legislacji prokreacji medycznie wspomaganej*, PiM 2009, nr 35, s. 5-21. Por. Londra L., Wallach E., Zhao Y., *Assisted…, op. cit.*, s. 267; B. Farsides R. Scott, *No Small…*, *op. cit.*, s. 104-105. Por. także B.M. Dickens, *¿Qué implicaciones…, op. cit.*, s.169-175.

naturalnym poczęciu dziecka, bez udziału wspomaganych technik prokreacji, nie każdemu powstałemu tak embrionowi dany jest rozwój zakończony urodzeniem, co nie świadczy, że w tym wypadku nie mamy do czynienia z już poczętym dzieckiem. Jak było wskazywane powyżej, ocenia się, że z 70-75% blastocyst, które się zagnieździły, 58% przeżywa tylko do 2. tygodnia a 16% z tej grupy to blastocysty nieprawidłowe. Aż 1/3 – 1/2 wszystkich zygot ginie przed zagnieżdżeniem[328]. Wczesne obumarcie zarodka stanowi w istocie swego rodzaju naturalny mechanizm spontanicznej eliminacji wad wrodzonych. Brak tego mechanizmu spowodowałby, że częstość ich występowania byłaby znacznie większa[329].

Odnosząc się zaś do zamrażania embrionów, należy zgodzić się, że powinno to być wykonywane wyjątkowo oraz jedynie w celach prokreacyjnych. Niemniej, nie można stwierdzić, że sam fakt zamrażania embrionów świadczy o nietraktowaniu embrionów jako początku życia, który podlega ochronie prawnej takiej jak *nasciturus* znajdujący się w łonie kobiety. Istotny jest sposób regulacji. Krioprezerwację embrionów stosuje się, kiedy np. w zapłodnieniu *in vitro* uzyskano więcej embrionów niż jest potrzebnych. W późniejszym okresie, w razie niepowodzenia zabiegu *in vitro*, możliwe jest skorzystanie przez parę lub samodzielnie przed dawcę komórki rozrodczej starającą się o dziecko z zamrożonych embrionów. Możliwa jest również „adopcja" zamrożonych embrionów. Kwestia adopcji embrionów też nie jest regulowana w sposób jednolity. W zależności od przyjętej koncepcji możemy mieć do czynienia z adopcją w prawdziwym tego słowa znaczeniu bądź bardziej z *quasi* umową darowizny. W pierwszym przypadku ustawodawcy nakazują do adopcji embrionów stosować przepisy prawno-rodzinne i wówczas zazwyczaj przyjmują, że embrion to osoba. W drugim przypadku odpowiednie zastosowanie znajdą przepisy prawa zobowiązań, co implikuje potraktowanie embrionu jako 'rzecz' albo coś pomiędzy. Można również wyodrębnić trzecie podejście do tej kwestii, w świetle której, przepisy o adopcji nie mogą znaleźć zastosowania w tej sytuacji, nie wobec deprecjacji embrionu i nietraktowania go jako osoby, a jedynie wobec zakazu zaadoptowania osoby jeszcze nieurodzonej i wynikającej z tego potrzeby sięgnięcia po odpowiednie przepisy prawa zobowiązań[330].

Należy podkreślić, że aktualnie metody zamrażania mają wysoką skuteczność oraz nie odnotowano zwiększonej liczby defektów noworodków ani wad rozwojowych u dzieci urodzonych po zamrożeniu embrionu[331]. Jest to niewątpliwie szansa dla wielu osób, które nie mogą w danej chwili

---

[328] H. Bartel, *Embriologia*…, *op. cit.,* s. 148.
[329] *Ibidem*, s. 149.
[330] Por. szerzej o tym: Londra L., Wallach E., Zhao Y., *Assisted…, op. cit.*, s. 267-268; P.M. Dostalik, E*mbryo "Adoption"…, op. cit.*, s. 867-893; T.D. Williams, *The Least…, op. cit.,* s. 87; C. Tucker, *Abandoned Embryos…, op. cit.,* s. 19-20; B.M. Dickens, *Ethical…, op. cit.*, s. 116; J.R. Hoffman, *You Say Adoption…*, op. cit., s. 397-417.
[331] Tak, H. Bartel, *Embriologia*…, op. cit., s. 99.

starać się o dziecko (jak w przypadku nowotworu jajników u kobiety), jednak w przyszłości nie chcą rezygnować z rodzicielstwa. Możliwości wykorzystania zamrożonych embrionów, dopuszczalna liczba tworzenia embrionów nadliczbowych, jak również sama dopuszczalność zamrażania zarodków jest różnie regulowana przez ustawodawców[332].

Dotychczasowe rozważania dotyczące sytuacji prawnej embrionu *in vitro* doprowadziły do wyodrębnienia się dwóch odmiennych stanowisk. Była już mowa o tym, że według pierwszego z nich, początek rozwoju człowieka następuje od momentu zapłodnienia, to znaczy połączenia gamet żeńskich i męskich, zaś w świetle drugiego zapatrywania, przyznanie embrionowi ochrony prawnej następuje dopiero w chwili rozpoczęcia ciąży, czyli w momencie zagnieżdżenia się embrionu w macicy kobiety. Należy w tym miejscu wskazać, że zwolennicy drugiego z poglądów dla uzasadnienia swojej koncepcji często rozróżniają pojęcie „embrionu" od tzw. „preembrionu". Ten drugi ma w ich ocenie jedynie potencjał stania się osobą, a zamienia się w osobę dopiero kiedy zostanie zagnieżdżony w macicy, gdzie zamienia się w embrion, któremu już należy przyznać pewną ochronę prawną, taką jak *nasciturusowi.* Zwolennicy wyodrębnienia z fazy prenatalnej rozwoju człowieka fazy „przedembrionalnej" stoją na stanowisku, że cechy charakterystyczne 'embrionu' od momentu zapłodnienia do zakończenia procesu implantacji i wytworzenia się smugi pierwotnej (z ang. *'primitive streak'*)[333], co następuje po 14 dniach są tak specyficzne, że zasadne jest wprowadzenie pojęcia preembrionu[334]. Badania embriolog A. McLauren wykazują, że jedynie po upływie 15 dni od zapłodnienia i wytworzenia się smugi pierwotnej można mówić o jednostkowym bycie, który z czasem przekształci się w płód, a następnie dziecko; przez pierwsze 14 dni kształtować ma się zatem jedynie system ochronny i odżywczy, z którego będzie korzystał w przyszłości embrion[335]. Te charakterystyczne cechy o których mowa powyżej to: 1) swoista autonomia – wszelkie procesy, jakie zachodzą w zygocie, a później w zarodku, są przede wszystkim zdeterminowane wewnętrznie, a nie zewnętrznie; 2) ok. 8-12% zygot rozwija się w puste jaja płodowe, a więc następuje poczęcie, tzn. pojawia się indywiduum mające ludzki genotyp, lecz człowiek się z niego nie rozwija; 3) możliwość podziału, co daje początek kilku bytom ludzkim; 4) możliwość ich „scalenia". Cechy możliwości podziału i scalenia występują co do zasady jedynie w okresie pierwszych 14 dni – do momentu

[332] Por. B.M. Dickens, *Ethical…, op. cit.*, s. 114-117; C. Tucker, *Abandoned Embryos…, op. cit.,* s. 18-23; Londra L., Wallach E., Zhao Y., *Assisted…, op. cit.*, s. 267-268; B.M Dickens, R.J Cook, *Some ethical…, op. cit.*, s. 57–58; B.M. Dickens, R.J. Cook, *The legal status…, op. cit.*, s. 91-94. Zob. także Farsides B., Scott R., Williams C., Ehrich K., *Donation…, op. cit.*, s. 255-303.

[333] Ze smugi pierwotnej powstają w toku rozwoju płodu: mózg, kręgosłup i centralny układ nerwowy; zob. B.M. Dickens, *Ethical…, op. cit*, s.117.

[334] Por. G. Bahadur, *Ethics…*, op. cit., s. 14-15; C. Sureau, *Status…, op. cit.*, s. 1-12; B.M. Dickens, *Ethical…, op. cit.*, s. 114-115.

[335] Za: O. Nawrot, *Status…, op. cit.*, s. 5-19. Por. także: G. Bahadur, *Ethics…, op. cit.*, s. 14-15.

wykształcenia się smugi pierwotnej, a później bezpowrotnie znikają[336]. Jak ujął prof. Lejeune[337] rozważając o komórce jajowej zapłodnionej w okresie pierwszych 14 dni „ludzka natura tej istoty od chwili poczęcia do śmierci nie jest metafizycznym twierdzeniem, z którym można się spierać, ale zwykłym faktem doświadczalnym”[338].

W kontekście omawiania pojęcia 'preembrionu' nie można nie wspomnieć o filozofie M.Warnock, który stanął na czele Komitetu Badań nad Zapłodnieniem i Embriologią Człowieka, powołanego w 1982 r. przez ustawodawcę brytyjskiego. W toku prac komitetu powstał raport przedstawiony rządowi 26 lipca 1984 r. w którym wskazano, że podczas gdy społeczeństwo pyta: „kiedy zaczyna się życie”, to prawidłowo postawione pytanie powinno brzmieć „kiedy zaczyna istnieć osoba ludzka” i nie ma na nie prostej odpowiedzi, ponieważ „powstanie osoby nie jest kwestią faktów, lecz decyzji podjętej w świetle zasad moralnych”[339]. O. Nawrot twierdzi, że pytanie musi być zmodyfikowane i brzmi: „w jakim stadium rozwoju ludzki embrion powinien uzyskiwać status osoby?”[340]. Komitet wskazał, że „nie istnieje żadna część procesu rozwojowego, która byłaby ważniejsza od innej; wszystkie są częściami ciągłego procesu i o ile któreś stadium nie przebiegnie normalnie, we właściwym czasie i odpowiedniej kolejności, dalszy rozwój nie nastąpi”[341]. Niemniej dodał, że można wyznaczyć tzw. kamienie milowe i takim jest wytworzenie się smugi pierwotnej w 15 dniu po zapłodnieniu – stanowi on początek indywidualnego rozwoju embrionu[342]. Członkowie Komitetu wskazali, że do tego momentu ciężko mówić o istnieniu „jednostki” skoro do 15 dnia zarodek może stać się dwiema jednostkami. Dlatego wskazali, że do tego czasu całe zbiorowisko komórek można uważać nie za zarodek, lecz za 'przedzarodek'[343]. O. Nawrot wskazał, że członkowie Komitetu przyjęli w istocie pewną wizję człowieka, opartą na prostej obserwacji, że jednostka ludzka jest niepodzielna i odróżnialna od innych bytów; skoro zatem preembrion tej cechy nie posiada nie jest jeszcze bytem ludzkim. Z drugiej strony, przeciwnicy przyjęcia pojęcia preembrionu twierdzą, że jest to konieczny etap rozwoju, przez który przeszedł każdy z nas: bez preembrionu nie mógłby powstać embrion. Część naukowców wskazuje na arbitralność wskazywania akurat 14. dnia jako dnia „granicznego” pomiędzy istnieniem preembrionu, a embrionu, który ma być jedynie uzasadnieniem

---

[336] O. Nawrot, *Status…, op. cit.*, s. 8-9.
[337] Jerome (Jérôme) Jean Louis Lejeune (ur. 26 czerwca 1926 w Montrouge, zm. 3 kwietnia 1994) – francuski lekarz i genetyk, doktor medycyny i doktor nauk Sorbony w Paryżu; https://pl.wikipedia.org/wiki/Jérôme_Lejeune (dostęp: 16.02.2023 r.).
[338] O. Nawrot, *Status…, op. cit.*, s. 7. Cyt. za „Wiedza i życie” nr 11/1986, s. 8.
[339] M. Warnock, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation & Embryology*, Oxford 1985, s. 90. Zob. także: B.M Dickens, R.J Cook, *Some ethical…, op. cit.*, s. 56–57; B. Farsides R. Scott, *No Small…*, *op. cit.*, s., s. 92-95; H. V. McLachlan, *Persons…, op. cit.*, s. 155-164; P.R. Lazar, *Considerations…, op. cit.*, s. 373.
[340] O. Nawrot, *Status…, op. cit.*, s. 10.
[341] M. Warnock, *A Question…, op. cit.*, s. 65.
[342] *Ibidem*, s. 66.
[343] *Ibidem*, s. 11-12; M. Warnock, *Making Babies. Is There a Right to Have Children?*, Oxford 2003, s. 34-36.

dla dopuszczalności prowadzenia badań na embrionach *in vitro* do 14. dnia od momentu ich stworzenia[344].

Mając na uwadze powyższe należy odróżnić dwie kwestie: kwestie medyczne związane z embrionem i kwestie prawne. Można bowiem z punktu widzenia medycyny i embriologii uznać zasadność wyodrębnienia w rozwoju prenatalnym okresu preembrionalnego/przedzarodkowego ze względów przytoczonych przez powołany brytyjski Komitet. Na okres przedzarodkowy wskazuje w końcu również wybitny polski embriolog H. Bartel, z którego podręcznika o embriologii uczą się polscy studenci medycyny[345]. Niemniej, to wcale nie oznacza, że odróżnienie etapu preembrionalnego od embrionalnego stanowi wystarczającą podstawę do różnicowania sytuacji prawnej preembrionu i embrionu, jedynie ze względu na dzień rozwoju, w którym poczęte dziecko się znajduje. Wracamy zatem do punktu wyjścia rozważań, a mianowicie: rozwój jednostki ludzkiej jest pewnym *continuum*, którego fazy charakteryzują się swoistymi cechami, niemniej jednak są to zawsze cechy rozwijającego się człowieka. Tym samym powracamy do kryterium genetycznego „człowieczeństwa" na gruncie biologicznym, według którego cechą konstytutywną jednostki ludzkiej jest posiadanie charakterystycznego kodu genetycznego, którą preembrion już posiada[346].

Podsumowując, należy stanąć na stanowisku, że miarodajnym momentem określającym powstanie *nasciturusa* i związanych z nim praw jest moment zapłodnienia. Zapewnia to skuteczną ochronę prawną embrionom w fazie przedimplantacyjnej i nie ma uzasadnionych podstaw do różnicowania praw embrionu w fazie przed- i po-implantacyjnej. Na koniec należy dodać, że podobnie jak w poprzednim stuleciu dyskusje w przedmiocie uznania „bytu" dziecka nienarodzonego, ale już poczętego, były burzliwe i dotyczyły kwestii tak podstawowych jak to czy dziecko poczęte w ogóle może być oceniane w kategoriach prawnych odrębnie od swojej matki, tak w tym stuleciu podobna burza dotyczy embrionów powstałych *in vitro*. Z dotychczasowych rozważań wynika jednoznacznie, że zagadnienia dotyczące embrionów znajdujących się w fazie przedimplantacyjnej są wielopłaszczyznowe oraz dotykają wysoce wyspecjalizowanej wiedzy medycznej, wielu aspektów prawnych, jak również moralno-etycznych. Są to jednak kwestie na tyle istotne i mające ogromne znaczenie praktyczne, że burzliwe dyskusje w tym temacie są jak

---

[344] Por. B.M. Dickens, *Ethical…, op. cit.*, s. 116; J. Harris, *The value of life: an introduction to medical ethics*, London 1985, s. 134; N. Hammond-Browning, *Ethics, embryos, and evidence: a look back at Warnock,* Medical Law Review 2015, vol. 23, nr 4, s. 588-619.

[345] H. Bartel, *Embriologia*…, op. cit., s. 186, który wyróżnił ten okres, nazywając go okresem „przedzarodkowym". Natomiast K. Ostrowski, *Embriologia…, op. cit.,* s. 89, nazwał ten okres okresem „rozwoju listków zarodkowych".

[346] Tak, O. Nawrot, *Status…, op. cit.,* s. 12. Autor przytoczył stwierdzenie sprzed ponad 40 lat J.T. Noonan: „*byt wyposażony w ludzki kod genetyczny jest człowiekiem*", J.T. Noonan, Jr.: *An Almost Absolute Value in History* [w:] *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives, An Almost Absolute Value in History*, red. J.T. Noonan, Jr., Cambridge 1970, s. 54. Do podobnego wniosku doszedł polski Trybunał Konstytucyjny w istotnym orzeczeniu z 28.5.1997 r. (K 26/96). Zob. także J. Ostojska, *O problemie…, op. cit.*, s. 84-86.

najbardziej pożądane, albowiem tylko one mogą doprowadzić do owocnych efektów w postaci spójnego uregulowania prawnych aspektów technik wspomaganego rozrodu, które są przedmiotem analizy w dalszej części pracy.

***

ROZDZIAŁ III

EMBRION W STANDARDACH MIĘDZYNARODOWYCH ORAZ ZAGADNIENIA PRAWNOPORÓWNAWCZE

I. Regulacje międzynarodowe

Istniejące standardy międzynarodowe nie determinują w sposób jednoznaczny sytuacji prawnej *nasciturusa* oraz od którego momentu rozwoju embrionu mamy właściwie z nim do czynienia. Należy jednak dodać, że świadomość potrzeby objęcia wzmożoną ochroną prawną dzieci poczętych dojrzewała w środowisku międzynarodowym powoli, jednak wciąż daje się zaobserwować permanentne podnoszenie jej standardów w dokumentach ponadnarodowych i orzecznictwie europejskich organów sprawiedliwości[347]. Przed analizą prawnoporównawczą, należy przedstawić akty prawne na szczeblu międzynarodowym i europejskim, które dotykają, przynajmniej pośrednio kwestii prawnych związanych z embrionami. Wskazać tu należy przede wszystkim następujące regulacje prawne: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych[348], Konwencję o prawach dziecka[349], Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej[350], a także Europejską Konwencję Praw Człowieka[351]. Podane wyżej akty prawne zostały przez Polskę ratyfikowane i z mocy przepisu art. 9 i 91 Konstytucji RP stanowią część polskiego systemu ochrony praw człowieka[352].

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wiążącą Polskę Konwencję rzymską z dnia 4 listopada 1950 roku o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, której art. 2 ust. 1. chroni najogólniej ujęte „prawo do życia", stanowiąc, że „prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę". Analizując orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej zwany także: ETPCz) wskazać trzeba, że kwestie związane z początkiem ochrony życia ludzkiego

---

[347] Tak, M. Rylski, *Zakres prawnej ochrony embrionów ludzkich w polskim porządku konstytucyjnym na tle procedury in vitro*, Przegląd Sejmowy, nr 3(158) /2020, s. 141. Zob. w tym zakresie obszerne opracowanie - O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011 oraz L. Bosek, *Ochrona embrionów w prawie międzynarodowym i europejskim*, RPEiS 2007, z. 3.

[348] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., ratyfikowany przez Polskę 3 marca 1977 roku, Dz.U. Z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

[349] Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 20 listopada 1989 r., Dz.U. Z 1991 r. Nr 120, poz. 526 z późń. zm.

[350] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r., Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 1.

[351] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późń. zm.

[352] Por. szerzej o międzynarodowych regulacjach w tym zakresie, M. Rylski, *Zakres…, op. cit.*, s. 141-146.

oraz poziomem tej ochrony w porządku krajowym zarówno co do życia poczętego w sposób naturalny jak i sztuczny Trybunał pozostawia zasadniczo w zakresie uznania państwa, ponieważ jak twierdzi różnorodność i pluralizm są jednym z fundamentów Europy.

W wyroku wydanym 8 lipca 2004 r. w sprawie Vo v. Francja, Europejski Trybunał Praw Człowieka Trybunał nie zechciał angażować się w dyskusje dotyczącą tego, kto jest osobą i kiedy zaczyna się życie. Wymaga podkreślenia, że sprawa ta nie dotyczyła embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, a płodu *in utero*. Uzasadniając swoje stanowisko, potwierdził trudności interpretacyjne art. 2 Konwencji wiążące się z jego zastosowaniem do sprawy pani Vo i spraw do niego podobnych oraz wskazał, że interpretacja ta obejmuje wiele wymiarów, między innymi: prawny, medyczny, filozoficzny, etyczny i religijny, które są w różny sposób brane pod uwagę w poszczególnych krajach. Z „powodu braku konsensusu byłoby niewłaściwe narzucanie jedynego moralnego kodeksu" wszystkim państwom. Oznacza to – według sędziów – że „zagadnienie początku prawa do życia mieści się w ramach marginesu swobody oceny, który Trybunał zasadniczo przyznaje stronom Konwencji, co nie wyklucza zmian interpretacji Konwencji – żywego instrumentu, który musi być rozumiany w świetle aktualnych warunków". Za rezygnacją z włączania się w debatę nad statusem moralnym fazy prenatalnej ludzkiego życia, według Trybunału, przemawia i to, że na szczeblu ogólnoeuropejskim nie istnieje zgoda co do natury embrionu, chociaż zaczynają one uzyskiwać pewną ochronę w związku z postępem naukowym i potencjalnymi konsekwencjami inżynierii genetycznej, medycznie wspomaganej prokreacji czy eksperymentów z ich użyciem. Trybunał dodał, że w najlepszym razie, wspólne stanowisko Państw Stron można sprowadzić do przekonania, że embrion należy do rasy ludzkiej oraz, iż potencjalność tej istoty (*being*) i jej zdolność do stania się osobą – cieszą się ochroną prawa cywilnego. Ostatecznie ETPCz doszedł do wniosku, że moment, w którym państwo przyzna ochronę prawa do życia leży w marginesie swobody państw[353].

[353] Zob. wyrok ETPCz wydany 8 lipca 2004 r. w sprawie Vo v. Francja, skarga nr 53924/00, RDJ 2004-II. W sprawie tej pani Vo wskutek zawinionego błędu lekarza (dr G.) była zmuszona w szóstym miesiącu ciąży dokonać aborcji z przyczyn zdrowotnych. Sąd pierwszej instancji w postępowaniu karnym 3 czerwca 1996 roku odnośnie zarzutu nieumyślnego spowodowania śmierci płodu uniewinnił lekarza. Sąd orzekł, że w świetle francuskiego prawa 20-21 tygodniowego embrionu nie można uznać za osobę ludzką. Taka kwalifikacja przysługuje płodom zdolnym do samodzielnego życia poza organizmem matki (spełniającym kryterium *viability*). Zdolność tę uzyskują w 6. miesiącu. Stąd w odniesieniu do 20-21 tygodniowych płodów nie można rozważać czynu nieumyślnego zabójstwa. Sąd Apelacyjny w Lyonie na skutek apelacji pani Vo 13 marca 1997 zmienił wyrok w części dotyczącej zarzutu nieumyślnego zabójstwa. Uznając winę lekarza skazał go na sześć miesięcy więzienia z zawieszeniem i grzywnę. Sąd ten powołał się m.in. na art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i wskazał, że: „ścisłe trzymanie się zasad prawnych, ustalonych naukowych faktów i elementarnego zdrowego rozsądku nakazuje przyjąć, że niestaranność działania bądź zaniechanie powodujące śmierć 20 – 24 tygodniowego płodu będącego w doskonałym zdrowiu powinna być uznana za nieumyślne zabójstwo". Dr G. zaskarżył wyrok do sądu kasacyjnego. Trybunał kasacyjny 30 czerwca 1999 wyrok uchylił. W jego opinii, sąd apelacyjny błędnie zinterpretował uregulowania przywołanych wyżej dokumentów międzynarodowych i krajowych, gdyż oskarżenie dr. G. o nieumyślnie zabójstwo płodu 20-24 tygodniowego nie mieści się w definicji oskarżenia ustanowionej przepisami francuskiego prawa

W wyroku wydanym 10 kwietnia 2007 r. w sprawie Evans v. Wielka Brytania, Trybunał stwierdził natomiast, że nie stanowią naruszenia Konwencji postanowienia prawa brytyjskiego (*The Human Fertilisation and Embryology Act* z 1990 roku) dopuszczające możliwość zniszczenia embrionów w wypadku wycofania zgody na ich wykorzystanie przez jedno z rodziców. W sprawie tej skarżąca Natalie Evans wskazywała, że przepisy prawa brytyjskiego nakazujące zniszczenie ludzkich embrionów (po wycofaniu zgody przez jednego z partnerów na transfer zamrożonego zarodka) naruszają prawo do życia tychże embrionów, co stanowi naruszenie art. 2, 8 i 14 Konwencji. Trybunał wskazał jednak (zgodnie z wcześniejszym orzeczeniem w sprawie Vo przeciwko Francji), że w związku z brakiem konsensusu pomiędzy członkami Rady Europy co do momentu rozpoczęcia życia ludzkiego, państwom przysługuje tzw. margines oceny. Na podstawie zaś wcześniejszych orzeczeń zapadłych przez sądami brytyjskimi, oczywistym było, że prawo krajowe nie przyznaje nienależnych praw embrionom ludzkim. Trybunał wskazał, że: „*The Grand Chamber, for the reasons given by the Chamber, finds that the embryos created by the applicant and J. do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision.*" [354]. Co istotne, w przywołanym orzeczeniu Trybunał w Strasburgu stwierdził, że w przypadku spraw dotyczących embrionów powstałych *in vitro* należy stosować te same zasady konwencyjne, które zostały wypracowane przy rozstrzyganiu spraw kobiet ciężarnych, co oznacza, że zakres ochrony embrionu nie zmienia się w zależności od tego, czy rozwija się on *in vivo*, czy *in vitro*[355].

Należy również zwrócić uwagę na wyrok ETPCz z 27 sierpnia 2015 r., w sprawie Parrillo vs. Włochy[356], wydany niemal jednomyślnie (stosunkiem głosów 16 do 1), w którym Wielka Izba Trybunału uznała, że nadliczbowe zarodki wytworzone w drodze procedury *in vitro* nie stanowią własności skarżącej i nie może ona, wbrew włoskiemu prawu, dowolnie nimi dysponować, w tym

karnego. W takim stanie faktycznym pani Vo wniosła skargę do ETPCz, narzucając naruszenie art. 2 Konwencji. Zob. omówienie tego kazusu: http://bazy.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?l=pl&p=31&i=3&m=27&n=1&z=&kk=78&k=8 (dostęp: 17.02.2023 r.). Por. także M. Grzymkowska, *Czy polskie…, op. cit.*, s. 113-114. Więcej o sprawie Vo v. Francja zob. Te Braake Trees A.M., *Does a Fetus have a Right to Life? The Case of Vo v. France*, European Journal Of Health Law 2004, vol. 11, nr 4, 381-389.

[354] Skarga nr 6330/05, zob. M. A. Nowicki, *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii - wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., skarga nr 6339/05*, [w:] M.A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2007, Oficyna, 2008, s. 129. Więcej o sprawie Evans v. Wielka Brytania por.: B.M. Dickens, *Legal…, op. cit.*, s. 212; P.R. Lazar, *Considerations…, op. cit.,* s. 377.

[355] Tak, M. Rylski, *Zakres…, op. cit.*, s. 143.

[356] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Parrillo vs. Włochy z 27 sierpnia 2015 r., skarga nr. 46470/11. Adelina Parrillo wraz z mężem zdecydowała się w 2002 r. powołać *in vitro* do życia pięć zarodków. Po śmierci męża w 2003 r. zaniechała jednak ich przeniesienia do macicy i donoszenia, decydując się przeznaczyć je do zużycia w ramach badań naukowych. Okazało się to niemożliwe ze względu na art. 13 włoskiej ustawy nr 40/2004, zakazujący przeprowadzania eksperymentów na zarodkach, nawet w celach naukowych. Parillo skierowała sprawę do ETPCz, twierdząc, że taka regulacja narusza jej prawo do życia prywatnego (art. 8 Konwencji) oraz prawo własności dzieci przechowywanych w zarodkowym stadium ich rozwoju (art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji - ochrona prawa własności).

m.in. przekazać ich na cele badań naukowych. Trybunał stwierdził przy tej okazji, że jeśli chodzi o przepisy chroniące embriony ludzkie, to poszczególnym państwom przysługuje w tym zakresie szeroki margines decydowania o stopniu ich ochrony[357]. Wskazano również, że rozpatrywana sprawa nie dotyczy potencjalnego macierzyństwa skarżącej - jednego z kluczowych praw chronionych przez art. 8 Konwencji, a zatem nie dotykało fundamentalnego aspektu jej życia i godności. Potrzeba uznania daleko idącej swobody krajów w zakresie tworzenia przepisów dot. ochrony ludzkich embrionów została uzasadniona, po pierwsze, brakiem europejskiego konsensusu w tym obszarze (państwa przyjmują tu różne stopnie restrykcyjności). Po drugie, Trybunał odwołał się do prawnego dorobku Rady Europy i Unii Europejskiej, który potwierdza możliwość ustanawiania restrykcyjnych rozwiązań legislacyjnych tam, gdzie stawką jest ludzkie życie w fazie embrionalnej. Wielka Izba Trybunału jednogłośnie odrzuciła też tezę skarżącej, jakoby embriony stanowiły jej własność, którą może dowolnie dysponować. ETPCz podkreślił, że chroniące własność przepisy nie miały zastosowania w niniejszej sprawie gdyż ludzki embrion nie może zostać zredukowany do „przedmiotu własności" w rozumieniu Konwencji (§ 215), tymczasem prawo własności może być wykonywane tylko w odniesieniu do rzeczy. Aprobująco należy ocenić to, że Trybunał stwierdził, iż nie istnieje prawo do przekazania (darowizny) embrionów ludzkich celem zużycia ich w ramach badań naukowych oraz jednoznacznie przesądził, że embrion znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej nie może być przedmiotem prawa własności. ETPCz nie zajął jednak w tej sprawie jednoznacznego stanowiska, jeśli chodzi o podmiotowy status człowieka znajdującego się w zarodkowym stadium rozwoju, ponieważ sprawa rozpatrywana była wyłącznie przez pryzmat prawa skarżącej do samostanowienia[358].

Następnie, należy wskazać, że zgodnie z art. 6 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych: „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia". Na uwagę zasługuje to, że w dokumencie tym użyto sformułowania „każda istota ludzka", a nie przykładowo

[357] Tak, por. szerzej M. Rylski, *Zakres…, op.cit*, s. 142-143.

[358] Należy w tym kontekście wskazać, że do ww. wyroku złożone zostały zdania odrębne sędziów Dedov i Pinto de Albuquerque. Podkreślali w nich, że wartość ludzkiego życia nie może być różnicowana w zależności od fazy rozwoju człowieka. Sędzia Dedov podkreślał szczególną wartość życia ludzkiego, która sprawia, że celem jego ochrony, nie trzeba dowodzić użyteczności życia poszczególnych kategorii ludzi, takich jak osoby niepełnosprawne ludzie w embrionalnej fazie rozwoju lub porzucone dzieci. Jeszcze wyraźniej dał temu wyraz sędzia Pinto de Albuquerque wskazując, że wartość życia człowieka przed i po urodzeniu nie różni się w istotny sposób. Zarodki ludzkie muszą być zatem traktowane w każdych okolicznościach w sposób gwarantujący poszanowanie ich ludzkiej godności. Sędzia podkreślił, że wartość badań naukowych dotyczących ludzkiego genomu nie może usprawiedliwiać działań naruszających godność człowieka. Postęp naukowy nie może być budowany na braku szacunku dla ludzkiej natury. Dlatego też, słuszny skądinąd cel naukowy ratowaniu ludzkiego życia nie może usprawiedliwiać środków dla tego życia destrukcyjnych. Zob. szerzej o tym orzeczeniu: https://ordoiuris.pl/ochrona-zycia/europejski-trybunal-praw-czlowieka-potwierdza-prawo-panstw-do-ochrony-ludzkich (dostęp: 17.02.203 r.).

„każdy", „człowiek" czy „osoba". Można z tego wyciągnąć wniosek, że ochrona jest tu zapewniona również dzieciom poczętym[359]. Ponadto, zgodnie z ust. 5 tego przepisu: „Wyrok śmierci nie będzie wydany w odniesieniu do przestępstw popełnionych przez osoby w wieku poniżej 18 lat i nie będzie wykonywany w stosunku do kobiet ciężarnych". Chroniony w tym przypadku jest właśnie *nasciturus*, ponieważ w innych okolicznościach kobieta zostałaby skazana na taką karę[360].

W następnej kolejności należy wskazać na art. 1 Konwencji o Prawach Dziecka, zgodnie z którym w rozumieniu Konwencji dziecko to „każda istota ludzka w wieku poniżej 18 lat...". T. Smyczyński wskazuje, że treść tego przepisu jest kompromisem między stanowiskiem tych, którzy domagali się wyraźnego sformułowania, że dzieckiem jest się od poczęcia, a przedstawicielami tych państw, które bronią legalności przerywania ciąży. Istniejące niedookreślenia pojęcia dziecka sprawiło, że Francja, Argentyna, Gwatemala i Stolica Apostolska uznały za potrzebne złożyć stosowne zastrzeżenie. Zastrzeżenie Francji odnosi się do art. 6 Konwencji, który głosi niezbywalne prawo dziecka do życia, ale jego realizacja bez wątpienia wiąże się z tym, że pojęcie dziecka odnosi się do życia prenatalnego. Natomiast zastrzeżenie pozostałych państw mają na względzie respektowanie życia ludzkiego od poczęcia. Autor wskazał na wyrażony w związku z tym pogląd, że państwo ratyfikujące konwencję decyduje o tym, od jakiego momentu istota ludzka jest dzieckiem, z tym jednak, że na pewno nie może to być moment późniejszy, niż chwila odłączenia dziecka od organizmu matki. T. Smyczyński skonstatował, że Konwencja o prawach dziecka jest podstawą do wykładni ku obronie życia dziecka poczętego mając na uwadze nie tylko szerokie pojęcie dziecka jako istoty ludzkiej, jej przyrodzone i niezbywalne prawo do życia, ale i odwołanie się w preambule konwencji do Deklaracji Praw Dziecka z 1959 r., wskazującej na konieczną troskę i ochronę dziecka przed urodzeniem[361].

Na zakończenie warto wskazać na przepisy art. 2 i 3 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 2: „Każdy ma prawo do życia", natomiast z art. 3: „Każdy ma prawo do poszanowania jego integralności fizycznej i psychicznej" (ust. 1), zaś „W dziedzinach medycyny i biologii muszą być szanowane w szczególności: swobodna i świadoma zgoda osoby zainteresowanej, wyrażona zgodnie z procedurami określonymi przez ustawę; zakaz praktyk eugenicznych, w szczególności tych, których celem jest selekcja osób; zakaz wykorzystywania ciała ludzkiego i jego poszczególnych części jako źródła zysku; zakaz reprodukcyjnego klonowania istot ludzkich" (ust. 2). Unormowanie to jest wiążące dla Polski i jednoznacznie wynika z niego zakaz klonowania

[359] Tak, M. Rylski, *Zakres…, op.cit*, s. 144.
[360] Tak też, *ibidem*.
[361] T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka…, op. cit.*, s. 39-47. Doszedł on do wniosku, że już od chwili poczęcia rozpoczyna się rozwój człowieka, w toku którego urodzenie się jest tylko zdarzeniem otwierającym nową fazę życia ludzkiego. Tak też, M. Rylski, *Zakres…, op.cit*, s. 144.

reprodukcyjnego i handlowania zarodkami.

Na uwagę zwraca również stanowisko Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który wskazał, że ciało ludzkie, także w okresie prenatalnym, nie ma zdolności patentowej, co wynika z przysługującej embrionowi godności, która zakazuje przedmiotowego traktowania człowieka[362]. Embrionem zaś, zdaniem ETS, jest każda ludzka komórka jajowa, od momentu zapłodnienia, a także niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej, jak również niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy. Jednocześnie ETS potwierdził, że wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów badań naukowych jest wyłączone ze zdolności patentowej oraz dodał, że zdolność patentowa jest wyłączona, gdy wdrożenie danej metody wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich lub użycia ich materiału wyjściowego[363]. W innym orzeczeniu ETS zaś uznał, że niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która w drodze partenogenezy została pobudzona do podziału i rozwoju, nie stanowi „embrionu ludzkiego", jeżeli zgodnie z aktualną wiedzą naukową nie ma ona jako taka wrodzonej zdolności rozwinięcia się w jednostkę ludzką[364].

Międzynarodowe standardy ochrony prawa do życia i godności embrionów ludzkich znajdują również potwierdzenie w dokumentach o charakterze *soft-law*. Na szczególną uwagę zasługuje rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1046 (1986) w sprawie wykorzystywania embrionów i płodów ludzkich w celach diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych, zgodnie z którą „z chwilą zapłodnienia komórki jajowej życie ludzkie rozwija się w procesie ciągłym i nie jest możliwe przeprowadzenie precyzyjnego rozróżnienia w toku pierwszych faz (embrionalnych) jego rozwoju". W dalszej części rekomendacji wskazano, że „z uwagi na postęp naukowy, który umożliwia interwencję w rozwijające się życie ludzkie od momentu zapłodnienia, naglącym jest określenie zakresu jego ochrony prawnej", a także że „embriony i płody ludzkie we wszelkich okolicznościach muszą być traktowane z poszanowaniem należnym ludzkiej godności"[365].

---

[362] Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Holandia v. Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej z 9 października 2001 r., sygn. akt C-37798. W tym kontekście warto podkreślić, że częścią prawa wspólnotowego jest również dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz. Urz. UE L 213 z 30 lipca 1998). Zob. M. Rylski, *Zakres…, op.cit*, s. 145.

[363] Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Oliver Brüstle v. Greenpeace eV z 18 października 2011 r., sygn. akt C-34/10.

[364] Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks z 18 grudnia 2014 r., sygn. akt C-364/13. Zob. także wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Patrick Grégor Puppinck i inni v. Komisja Europejska z 19 grudnia 2019 r., sygn. akt C-418/18 P.

[365] Przytoczona za: M. Rylski, *Zakres…, op.cit*, s. 146. Por. szerzej o innych dokumentach *soft-law* w tym zakresie, *ibidem*,

Na zakończenie, warto nadmienić o Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny: Konwencji Rady Europy o Prawach Człowieka i Biomedycynie uchwalonej 4 kwietnia 1997 roku w Oviedo[366]. Założeniem tej regulacji była próba prawnego ujarzmienia biomedycznej rewolucji między innymi w zakresie stosowania technik wspomaganego rozrodu. Konwencja ta ma na celu zapewnienie ochrony ludzkim embrionom w zakresie godności i prawa do tożsamości[367]. Artykuł 13 zakazuje interwencji genetycznych, które mogłyby prowadzić do zmian w dziedzicznych cechach potomstwa, co oznacza, że wszelkie manipulacje genetyczne embrionów znajdujących się w fazie przedimplantacyjnej są niedopuszczalne. Artykuł 14 z kolei zabrania wykorzystania diagnostyki medycznej w celu selekcji płci implantowanego zarodka, o ile nie wiąże się to z zamiarem uniknięcia dziedzicznej choroby genetycznej. Konwencja w art. 18 dopuszcza ponadto możliwość badań na embrionach pod warunkiem, że zapewni im adekwatną ochronę, ale wyklucza możliwość tworzenia embrionów dla celów badawczych, co oznacza, że dopuszczalne są jedynie badania na zamrożonych embrionach nadliczbowych, których nie wykorzystano przy stosowaniu metod sztucznego rozrodu, ale stworzono je w celach prokreacji. Niewątpliwie Konwencja określa życie w najwcześniejszej fazie powstania jako wartość wymagającą ochrony prawnej oraz wymaga stworzenia pewnych ram prawnych dla jego ochrony przed nadużyciami nauki, niemniej nie precyzuje w sposób jednoznaczny jakiego rodzaju powinna to być ochrona[368]. Należy jednak zauważyć, że pomimo iż Polska podpisała Konwencję 7 maja 1999 r., nie jest jej stroną, albowiem do dnia dzisiejszego jej nie ratyfikowała.

II. Modele ustawodawstw w zakresie ochrony udzielanej embrionowi *in vitro*

W Europie można rozróżnić dwa przeciwstawne modele ustawodawstw w zakresie ochrony udzielanej embrionowi *in vitro*. I tak, pierwszy z nich – model brytyjski oparty na *Human Fertilisation and Embrology Act* (akt prawny pochodzi z 1990 r. i został zmieniony w roku 2008)[369], nie przyznaje embrionowi ochrony prawnej, dopuszczając szeroko pojętą wolność prokreacyjną i eksperymentalną, w tym tworzenie embrionów nadliczbowych, ich zamrażanie, niszczenie, implantację *post mortem*, a także tworzenie hybryd ludzko-zwierzęcych. Model ten nie jest realizowany w tak szerokim zakresie w żadnym innym państwie europejskim, ze względu na jego

s. 147-148.

[366] Polski przekład Konwencji znajduje się w Prawo i Medycyna, nr 3 (vol 1) 1999, s. 140-151.

[367] Szeroko o tym, por. O. Nawrot, *Istota…, op. cit.,* s. 86-99. Por. także M. Rylski, *Zakres…, op.cit*, s. 147-148.

[368] Por. M. Grzymkowska, *Czy polskie…, op. cit.*, s. 114-116; M. Fox, *Pre-Persons…, op. cit.,* s. 176-177; P.R. Lazar, *Considerations…, op. cit.,* s. 376.

[369] Dostępny on-line: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents (dostęp: 17.02.2023 r.).

niezgodność z przepisami Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny, której Wielka Brytania nie podpisała. Model ten jest nazywany liberalnym.

Drugi model z kolei - konserwatywny niemiecki, oparty jest na *Embryonenschutzgesetz* (akt prawny z 1990 r.)[370], zakazuje tworzenia embrionów do celów innych niż prokreacyjne, ogranicza liczbę tworzonych embrionów do trzech i nakazuje ich jednoczesną implantację do macicy kobiety bez możliwości zamrażania[371]. Regulacja niemiecka odzwierciedla wyznawaną tam zasadę ochrony godności ludzkiej embrionu, rozumianej jako zakaz jego przedmiotowego traktowania. Co więcej, niemiecki ustawodawca stworzył definicję legalną pojęcia embrionu ludzkiego, stanowiąc, że jest nim każda wyizolowana zygota. Obejmuje to zatem również embriony *in vitro*[372].

Natomiast w zakresie ustawodawstwa amerykańskiego, w stanie Luizjana już w roku 1986 uchwalono ustawę *Human Embryos,* zmieniającą kodeks cywilny, w której przyznano embrionowi *in vitro* podmiotowość prawną (*juridical person*). Zgodnie z art. 26 kodeksu cywilnego stanu Luizjana[373], dosłownie: *"An unborn child shall be considered as a natural person for whatever relates to its interests from the moment of conception. If the child is born dead, it shall be considered never to have existed as a person, except for purposes of actions resulting from its wrongful death* (tłum.: "Dziecko nienarodzone uważa się za osobę fizyczną w zakresie wszystkiego, co dotyczy jego interesów od momentu poczęcia. W razie martwego urodzenia uważa się, że jako osoba dziecko takie nigdy nie istniało, z wyjątkiem celów dochodzenia roszczeń powstałych wskutek jego zawinionej śmierci". Oznacza to, że lekarze zespołu medycznego, którzy dokonują zabiegu zapłodnienia *in vitro*, ponoszą odpowiedzialność cywilną w razie niezapewnienia embrionowi odpowiednich warunków bezpieczeństwa. Ustawa zabroniła rozmyślnego unicestwienia embrionu i w jej świetle wszelkie spory pomiędzy stronami powinny być rozstrzygane w najlepszym interesie embrionu – jako zalążku przyszłego życia. Natomiast niechciane embriony muszą być przeznaczone do „adopcji implantacyjnej".

Niezależnie od przyjętego rozwiązania, jest to kwestia wciąż wysoce kontrowersyjna, a regulacje zarówno europejskie jak i światowe są zróżnicowane[374]. M. Nesterowicz wyróżnia kilka modeli:

1) konserwatywny, wprowadzający ograniczenia podmiotowe, co do liczby tworzonych

---

[370] Dostępny on-line: https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html (dostęp: 17.02.2023 r.).
[371] Wyjątkiem jest stan wyższej konieczności, jak choroba kobiety lub cofnięcie zgody na zabieg *in vitro*.
[372] Por. J. Ostojska, *O problemie…, op. cit.,* s. 88-89.
[373] Dostępny on-line: https://www.legis.la.gov/Legis/Law.aspx?p=y&d=109656 (dostęp: 17.02.2023 r.).
[374] Por. szeroko o regulacjach prawnych różnych krajów w zakresie MAP: K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 23 i n. Zob. także: A. Eser, *The legal status of the embryo in comparative perspective*, Medicine And Law 1992, vol. 11, nr 7-8, s. 579-590; B.M. Dickens, *"¿Qué implicaciones…, op. cit.,* s. 169-175.

embrionów w jednym celu, obowiązku ich jednoczesnego transferu do organizmu kobiety, zakazu tworzenia embrionów ponadliczbowych, zakazu zamrażania embrionów (Niemcy, Szwajcaria, Włochy);

2) liberalny, wprowadzający wolność prokreacyjną przy kontroli instytucjonalnej (Wielka Brytania, Holandia, Belgia, Hiszpania);
3) z pewnymi ograniczeniami podmiotowymi (prokreacja *in vitro* tylko dla małżeństw i konkubinatów) i przedmiotowymi (Francja, Dania, Norwegia, Szwecja i Austria)[375].

W Polsce ustawodawca późno zdecydował się na uregulowanie tych kontrowersyjnych kwestii. Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności[376] weszła w życie 1 listopada 2015 r. i ciężko ją jednoznacznie zakwalifikować do któregokolwiek z powyżej zaprezentowanych modeli. Z jednej strony, można twierdzić, że jest to regulacja dość liberalna: wprowadza zasadniczą wolność prokreacyjną bez ograniczeń podmiotowych (dostępność do technik wspomaganego rozrodu nie jest zarezerwowana jedynie dla małżeństw, ale również dla osób pozostających w związku konkubenckim, wyłączona jednak została możliwość korzystania z nich przez kobiety samotne oraz osoby związki jednopłciowe), umożliwia zamrażanie zarodków oraz ich implantację *post mortem* oraz diagnostykę preimplantacyjną w określonych przypadkach. Z drugiej strony, wprowadza szereg zakazów, jak przykładowo zakaz niszczenia zarodków zdolnych do rozwoju, zapłodnienia *post mortem*, klonowania, tworzenia chimer i hybryd, tworzenia zarodków w celach innych niż prokreacyjne; wprowadza również ograniczenie w dopuszczalnej liczbie tworzonych embrionów nadliczbowych, które mogą podlegać kriokonserwacji. Niewątpliwie, polski ustawodawca inspirował się w tworzeniu tej ustawy różnymi obcymi regulacjami prawnymi. W następnym rozdziale dokonam szczegółowej analizy tej nowej polskiej ustawy oraz jej wpływu na kwestię sytuacji prawnej *nasciturusa* znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej oraz związku przepisów tej ustawy z obowiązującymi od wielu lat przepisami prawa cywilnego dotyczącymi dziecka poczętego.

Zanim jednak to nastąpi, pragnę przedstawić bardziej szczegółowo ustawodawstwo wybranego przeze mnie państwa obcego w zakresie technik wspomaganego rozrodu oraz dylematy związane ze stosowaniem tych przepisów w poszczególnych stanach faktycznych. Do szerszej analizy wybrałam regulację hiszpańską, na który to wybór złożyły się następujące czynniki. Po pierwsze, hiszpańska ustawa regulująca zagadnienia technik wspomaganego rozrodu została uchwalona w roku 1988 i była to jedna z pierwszych ustaw europejskich podejmująca omawiane tu kwestie, już choćby z tego względu regulacja ta zasługuje na szczególne zainteresowanie[377]. W roku

[375] Por. M. Nesterowicz, *Prawo…, op. cit.*, s. 297-298; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 23 i n.
[376] Dz.U. 2015 poz. 1087.
[377] Przed Hiszpanią jedynie Stan Wiktorii w Australii i Szwecja podjęły prawną regulację kwestii wspomaganego rozrodu.

2003 zdążyła ona ulec dużej nowelizacji, zaś w 2006 r. została zastąpiona ustawą aktualnie obowiązującą, co obrazuje zmianę stanowiska hiszpańskiego ustawodawcy w stosunku do regulacji prawnej MAP. Po drugie, hiszpańskie regulacje częściowo są całkowicie odmienne od tych przyjętych przez polskiego ustawodawcę w ustawie o leczeniu niepłodności z 25 czerwca 2015 r. (a zatem uchwalonej prawie 30 lat później od regulacji hiszpańskiej), a część uregulowań jest tożsamych, co stanowi doskonały materiał prawnoporównawczy. Wreszcie, regulacja hiszpańska ze względu na swoje uwarunkowania kulturowe i społeczne jest sama w sobie bardzo ciekawa i warta bliższej analizy. W literaturze przedmiotu nieczęsto jest ona analizowana w porównaniu do ustawodawstw innych krajów. Sądzę, że będzie to pomocne przed próbą przeprowadzenia analizy polskiej regulacji, zwłaszcza, że przepisy te funkcjonują w Hiszpanii od wielu lat, podczas gdy w Polsce przepisy nowej ustawy praktycznie dopiero zaczną nabierać znaczenia wraz z pojawieniem się spraw na polskich wokandach sądowych. Możliwe, że zwłaszcza wówczas niezbędne okaże się sięgnięcie do ustawodawstw państw obcych oraz poglądów wyrażonych w zagranicznym orzecznictwie i doktrynie.

III. Model hiszpański

3.1. Uwagi ogólne

Wobec rozwoju w latach 70-tych XX w. nowych możliwości w rozwiązywaniu problemu bezpłodności, z którym borykało się coraz więcej par pragnących potomstwa, w Hiszpanii stosunkowo wcześniej dostrzeżono potrzebę prawnego uregulowania materii technik wspomaganego rozrodu (MAP). Dodatkowym bodźcem do podjęcia prac ustawodawczych był fakt, że Hiszpania jest jednym z krajów z najniższym wskaźnikiem urodzeń[378].

W doktrynie prawa hiszpańskiego zwraca się szczególną uwagę na powiązanie prokreacji z prawem jednostki do wolnego rozwoju osobowości, zagwarantowanym w art. 10 ust. 1 Konstytucji hiszpańskiej[379]. Prawo to postrzegane jest w kategoriach autonomii osoby do dokonania

---

Tak, Y. Muñoz de la Fuente, *La fecundación post mortem*, Memoria del Máster en Derecho de Familia, Infancia y Adopción, Universidad de Barcelona 2010, s. 10, https://yeneri.files.wordpress.com/2013/05/memoria-sobre-la-fecundacic3b3n-post-mortem1.pdf (dostęp: 17.02.2023 r.).

[378] Według hiszpańskich statystyk pochodzących z okresu uchwalenia ustawy 14/2006, dwie na dziesięć par w okresie rozrodczym miały problemy z poczęciem dziecka w państwach zachodnich. Por., A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido*, Revista de la Escuela de Medicina Legal 2007, nr 1, s. 42; https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjj_LPT6Jz9AhUGxosKHQNvAD4QFnoECAYQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FREML%2Farticle%2Fdownload%2F50222%2F46673%2F0&usg=AOvVaw2pgjfk2GStWtwM9_3cYn6N (dostęp: 17.02.2023 r.).

[379] BOE nr 311 z 29 grudnia 1978 r., BOE-A-1978-31229; http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229 (dostęp: 17.02.2023 r.). Artykuł 10 ust. 1 Konstytucji hiszpańskiej jest pierwszym przepisem rozdziału poświęconego

samodzielnego wyboru według własnego uznania spośród dostępnych jej możliwości[380]. W tym wypadku chodzi o autonomię prokreacyjną: to czy ktoś chce mieć dziecko czy nie, jest indywidualną decyzją każdego człowieka i państwo nie może w to ingerować. Niemniej, wolność prokreacyjna nie kreuje swojego rodzaju roszczenia podmiotu do państwa o „posiadanie potomstwa"; ani nie oznacza możliwości skorzystania z technik reprodukcji wspomaganej każdej osobie w każdej sytuacji. Wskazuje się jednak, że państwo jest zobowiązane do normatywnego uregulowania kwestii dostępności do omawianych technik, ustalając jej jasne ograniczenia i do chronienia praw osób korzystających z usług klinik oraz poczętych tam dzieci[381].

Pierwszą hiszpańską regulacją podejmującą te zagadnienie była ustawa 35/1988 z dnia 22 listopada 1988 r. o technikach wspomaganego rozrodu[382]. Powyższa ustawa hiszpańska była jedną z pierwszych wśród państw europejskich, która podejmowała tę materię[383]. Ustawa 35/1988 uwzględniała rozwój medycyny w zakresie technik wspomaganego rozrodu, problem bezpłodności, jak również wskazywała na potrzebę diagnostyki i badań w tym przedmiocie[384]. W świetle tej ustawy to żywotność embrionu była czynnikiem decydującym w zakresie zagwarantowania mu ochrony prawnej. Oznacza to, że tylko preembrion żywotny, żywy, zdolny do implantacji i do dalszego rozwoju uznawany był za dobro, które należy prawnie chronić. W konsekwencji, to żywotność embrionu była podstawowym kryterium zezwolenia na ich użycie do celów badawczych, a ochrona prawna zapewniona embrionom różniła się w zależności właśnie od tego czy embrion był wg ustawy żywotny, czy też nie.

Powstanie nowych technologii na przełomie XX i XXI w. i problemów związanych z rozwojem technik wspomaganego rozrodu, zwiększenie potencjału badawczego i potrzeba uregulowania kwestii związanej z nadliczbowymi embrionami, spowodowały konieczność znowelizowania powyższej ustawy. Częściowo nastąpiło to w ustawie 45/2003 z dnia 21 listopada 2003 r., która zmieniała ustawę 35/1988 z dnia 22 listopada 1988 r.[385.] Nowela ta nie rozwiązywała

---

podstawowym prawom i obowiązkom jednostki i stanowi, że godność jednostki, prawa nietykalne jej właściwe, wolny rozwój osobowości, szacunek do prawa są podstawą porządku politycznego i pokoju społecznego. Por. A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis…, op. cit.,* s. 42.

380 Por. J.R. de Verda y Beamonte, *Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida*, La Ley 2005, nr 1, s. 1510-1523.

381 Por. A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis…, op. cit.*, s. 42-43.

382 Z hiszp. *«Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida»;* BOE nr 282 z 24 listopada 1988 r., BOE-A-1988-27108; https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108 (dostęp: 17.02.2023 r.).

383 Jak było już powiedziane, przed Hiszpanią jedynie Stan Wiktorii w Australii i Szwecja podjęły prawną regulację kwestii wspomaganego rozrodu. Tak, Y. Muñoz de la Fuente, *La fecundación…, op. cit.,* s. 10.

384 Więcej o tej ustawie, por. A.I Berrocal Lanzarot, *De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo*, Revista de la Escuela de Medicina Legal 2008, nr 10, s. 25-29; https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjRj4S17pz9AhWJyIsKHS9rCdYQFnoECBQQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FREML%2Farticle%2Fdownload%2F50288%2F46741&usg=AOvVaw1yb5Pv_vA_AL2CM-yQ8keR (dostęp: 17.02.2023 r.).

385 Z hiszp. *«Ley 45/2003, de 21 de noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas*

jednak wszystkich palących ówcześnie problemów. Ustawa 45/2003 zezwalała na użycie w celach badawczych zamrożonych embrionów, których kriokonserwacja nastąpiła przed wejściem w życie noweli, tj. przed listopadem 2003 r., oczywiście po spełnieniu bardzo restryktywnych przesłanek. Wprowadzenie tego rozróżnienia umożliwiało nierówne traktowanie embrionów, w zależności od daty ich zamrożenia[386]. Ustawa 45/2003 zakładała ponadto maksymalną liczbę wyprodukowanych oocytów, czyli komórek dających początek komórce jajowej, do trzech w cyklu menstruacyjnym, co znacznie utrudniało przyjętą praktykę technik wspomaganego rozrodu oraz zmniejszało szansę powodzenia zabiegów *in vitro*[387]. Należy wskazać, że ustawa 45/2003 była pierwszą w Hiszpanii, która zezwoliła na prowadzenie badań nad żywotnymi zamrożonymi embrionami dla zbadania embrionalnych komórek macierzystych[388]. W konsekwencji, nowa ustawa z jednej strony zezwalała na użycie w celach badawczych embrionów już zamrożonych, podczas gdy zakazywała takich praktyk na przyszłość[389].

Wobec powstałych wątpliwości na tle ustawy 45/2003 Krajowa Komisja ds. Wspomaganego Rozrodu (z hiszp. *«la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida»)* zwracała uwagę na wady znowelizowanej ustawy 35/1988. Punktem szczególnej krytyki było odmienne traktowanie zamrożonych embrionów ze względu na datę ich wytworzenia; i tak, te wytworzone przed listopadem 2003 r. mogły być przeznaczane na cele badawcze, co było już zakazane wobec embrionów wytworzonych po tej dacie, które mogły być przeznaczone jedynie na cele związane z reprodukcją pary-dawców albo darowane innym kobietom. Komisja wskazywała na potrzebę szybkiego działania i dokonania reformy uwzględniającej dostrzeżone braki ustawy 35/1988 oraz dostosowującej ją do ówczesnych realiów.

Na takim tle doszło do uchylenia ustawy 35/1988 i zmieniającej ją ustawy 45/2003 oraz do uchwalenia nowej, obecnie obowiązującej, ustawy 14/2006 z dnia 26 maja 2006 r. o technikach wspomaganego rozrodu[390], (z hiszp. *«Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida»).* Ustawodawca hiszpański w preambule do ustawy 14/2006 w sposób

---

de Reproducción Asistida»; BOE nr 280 z 22 listopada 2003 r., BOE-A-2003-21341; http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-21341 (dostęp: 17.02.2023 r.).

386 Por. R. Germán Zurriaráin, *La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007,* Cuadernos de Bioética XX, 2009/2ª, s. 163-166; http://www.aebioetica.org/rtf/01-BIOETICA-69.pdf (dostęp: 17.02.2023 r.).

387 Więcej o tej ustawie, por. A.I. Berrocal Lanzarot, *De nuevo…, op. cit.,* s. 29-31.

388 Por. R. Germán Zurriaráin, *La progresiva…*, *op. cit.*, s.165-166.

389 Por. J.R. Lacadena, *La experimentación con embriones sobrantes en España: Un comentario a la Ley 45/2003 que modifica la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida,* Revista de Derecho y Genoma Humano 2004 (20), s. 194. Autorka krytykując to rozwiązanie krótko stwierdziła, że „*skoro coś jest złe, jest zawsze złe*", nie ma tu miejsca na żadnego typu różnicowania.

390 BOE nr 126, z 27 maja 2006 r., BOE-A-2006-9292; http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292 (dostęp: 17.02.2023 r.).

kompleksowy opisuje przyczyny jej uchwalenia oraz historię uregulowań prawnych w tym przedmiocie[391]. Będzie ona przedmiotem szczegółowej analizy w dalszej części podrozdziału.

3.2. Ustawa 14/2006 z dnia 26 maja 2006 r. o technikach wspomaganego rozrodu

3.2.1. Pojęcie «preembrionu»

Mając na uwadze rozważania dotyczące pojęcia preembrionu zawarte w poprzednim rozdziale, należy zauważyć, że ustawodawca hiszpański zdecydował się na jego legalne wyodrębnienie od pojęcia embrionu. W świetle art. 1 ust. 2 ustawy 14/2006 dla celów tej ustawy przez pojęcie «preembrionu» rozumie się embrion *in vitro* utworzony przez grupę komórek powstałych na skutek podziału progresywnego oocytu przez 14 dni od momentu zapłodnienia.

Wprowadzone przez hiszpańskiego ustawodawcę pojęcie «preembrionu» oznacza w istocie embrion w fazie przedimplantacyjnej (z hiszp. *«embrión preimplantatorio»)*. Zatem o embrionie – można rzec *sensu stricto* - w świetle prawa hiszpańskiego można mówić dopiero po jego zagnieżdżeniu w jamie macicy[392]. Jest to spójne z wprowadzoną do ustawy 14/2006 grzywną administracyjną w wysokości od 10.001 euro do 1.000.000 euro jaką jest zobowiązana zapłacić klinika w razie rozwoju preembrionów *in vitro* dłużej niż 14 dni od zapłodnienia komórki jajowej, niewliczając okresu kriokonserwacji (art. 26 ust. 2 lit c) pkt 1.ª w zw. z art. 27 ust. 1). Oznacza to, że preembrion powinien zostać przeniesiony do macicy kobiety nie później niż 14 dni od dokonania zapłodnienia *in vitro*, chyba że preembrion ulegnie kriokonserwacji. «Preembrion» uzyskuje zatem status embrionu dopiero po jego implantacji.

Niektórzy w doktrynie hiszpańskiej twierdzą, że ustawodawca w sposób sztuczny wprowadza podział pomiędzy embrionem, a «preembrionem»; te pierwsze to te, które żyją więcej niż 14 dni, a te drugie to żyjące poniżej 14 dni. Te ostatnie nazywane «preembrionami» mogą podlegać kriokonserwacji, badaniom i eksperymentom. Stworzenie pojęcia «preembrionu» wprowadza swoiste zamieszanie, bowiem zdaje się, że ustawodawca hiszpański sugeruje, że jest to coś «przed-» ludzkiego, a nie istota ludzka (z hiszp. «*individuo humano*»), którą dopiero staje się embrion po jego implantacji. W dodatku – jak zdaje się wskazuje ustawodawca hiszpański, jest to coś «pre- humano» (przedludzkiego) i nie zasługuje na szacunek i ochronę prawną zapewnianą jedynie istotom „już" ludzkim (czyli embrionom w fazie poimplantacyjnej). W ten sposób, poprzez stworzenie powyższego

[391] Warto wskazać, że ustawodawca hiszpański stosunkowo dokładnie opisuje w preambule do ustaw tło legislacyjne i historyczne uchwalania konkretnych ustaw. I tak w ustawie z dnia 26 maja 2006 r. o technikach wspomaganego rozrodu preambuła zajmuje trzy strony A4.

[392] Por. A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis..., op. cit.*, s. 42.

sztucznego podziału, usprawiedliwia się używanie i niszczenie preembrionów jako środek konieczny do osiągnięcia celów terapeutycznych i badawczych. Niezależnie od powyższego, «preembrion» jest embrionem, powstałym na skutek zapłodnienia *in vitro*, jest już zalążkiem ludzkiej istoty, istniejącym zaledwie kilka godzin lub dni – nieważne jak długo – już w momencie poczęcia embrion jako istota ludzka powstaje. «Preembrion» nie stanowi zatem etapu przedludzkiego (z hiszp. «*pre-humano*») pomiędzy byciem gametą a byciem embrionem. To rozróżnienie zdaje się służyć jedynie celom pragmatycznym, ale z pewnością nie ochronie życia od początku jego powstania i słusznie jest przez niektórych w doktrynie hiszpańskiej krytykowane[393].

Pojęcie to nie jest jednak niczym nowym w ustawodawstwie hiszpańskim. Zostało one wprowadzone już na mocy ustawy 35/1988 na oznaczenie embrionu istniejącego do 14 dni, przed jego implantacją do macicy kobiety, rozróżniając go od embrionu i płodu (z hisz. «*feto*»). Uzasadniając wprowadzenie tego pojęcia i rozróżnienia tych pojęć wskazywano ówcześnie, że moment implantacji ma duże znaczenie, bowiem wcześniej rozwój embriologiczny jest niepewny i w końcu dopiero z momentem implantacji rozpoczyna się ciąża. Niemniej już w roku 1988 r. część doktryny hiszpańskiej podnosiło, że nie ma danych naukowych, które pozwalałaby zakładać, że początek życia nowej jednostki ludzkiej (z hiszp. «*un nuevo individuo humano*») to moment implantacji. Niestety, ustawodawca hiszpański zarówno w ustawie 35/88 jak i obowiązującej aktualnie ustawie 14/2006 przyjął to jako fakt naukowo bezsporny[394].

Oznacza to, że status prawny embrionu zależał od arbitralnie przyjętego terminu «preembrionu» i jego biologicznej żywotności, a ochrona prawna zapewniana przez ustawę była różna dla «preembrionu» czyli embrionu *in vitro* w fazie przedimplantacyjnej, traktowanego jako grupa komórek i embrionu już zaimplantowanego. Dyskusja wywołana nierównym traktowaniem embrionów doprowadziła do wydania wyroku przez Trybunał Konstytucyjny w dniu 17 czerwca 1999 r.[395], w którym potwierdził, że wszystkim przysługuje prawo do życia jako prawo podstawowe, ale „wszystkim już urodzonym"; nieurodzeni – według Trybunału Konstytucyjnego – nie mogą być postrzegani w hiszpańskim porządku prawnym konstytucyjnym jako uprawnieni do prawa do życia. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny odmówił ochrony konstytucyjnej preembrionom nieżywotnym; jedynie życie embrionów istniejących 14 dni jest uznawane przez porządek prawny za dobro prawnie chronione, które wraz z rozwojem jest przedmiotem zwiększonej ochrony.

---

[393] Tak, R. Germán Zurriaráin, *La progresiva..., op. cit.*, s.174-175*;* Por., A. Calvo Meijide, *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista,* Cuadernos de Bioética 2004/2ª, s. 291-298.

[394] Tak, R. Germán Zurriaráin, *ibidem*, s. 158.

[395] 116/1999[8]; wyrok został wydany na skutek złożenia wniosku o stwierdzenie niezgodności ustawy 35/88 w całości z Konstytucją hiszpańską; ustawa ostatecznie została uznana za zgodną z konstytucją, oprócz art. 12 ust. 2 i 20 ust.1, które zostały zmienione ustawą 45/2003.

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny wskazał, że «preembriony» nie są osobami, tak samo jak nie są osobami gamety ludzkie[396]. Tym samym, Trybunał Konstytucyjny zaakceptował rozróżnienie ochrony prawnej zapewnionej «preembrionom» żywotnym i tym nieżywotnym[397]. Ponadto uznał za zgodną z konstytucją praktykę zamrażania embrionów dla celów technik sztucznego zapładniania. Część doktryny hiszpańskiej twierdziła, że zarówno ustawa 35/88 jak i wyrok Trybunału Konstytucyjnego 116/99 nie zapewnia efektywnej ochrony prawnej *nasciturusowi* nieżywotnemu w fazie przedimplantacyjnej, uznając tym samym, że pojęcie *nasciturusa* obejmuje embrion w fazie przedimplantacyjnej[398]. W tym miejscu należy wskazać na jeszcze jeden wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 grudnia 1996 r.[399], w którym podtrzymał on, że życie *nasciturusa* jest dobrem konstytucyjnie chronionym, jednak argumentując jak w wyroku 116/99, uznał, że prawo każdego do życia dotyczy jedynie już urodzonych[400]. W wyroku tym podjęto próbę zdefiniowania embrionu nieżywotnego, stwierdzając, że jest to embrion niezdolny do rozwoju w jednostkę ludzką.

3.2.2. Klonowanie

Stosownie do treści art. 1 ust. 3 ustawy 14/2006 zakazuje się klonowania istot ludzkich w celach reprodukcji[401]. Niemniej na mocy ustawy 14/2007 z 3 lipca 2007 r. o badaniach biomedycznych[402] możliwe jest klonowanie w Hiszpanii, ale nie w celach reprodukcyjnych, tylko terapeutycznych (z hiszp. «*la clonación terapéutica*»)[403]. W założeniu, technika ta polega na tym, że

---

[396] Należy wskazać, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku 53/85 nie rozróżniał embrionu od preembrionu, ani też tego czy są one żywotne czy nieżywotne – każdy zasługiwał ówcześnie na taką samą ochronę prawną jako dobro prawnie konstytucyjnie chronione. Wyraźnie widać zmianę w podejściu Trybunału Konstytucyjnego w kierunku bardzo liberalnym. Trybunał Konstytucyjny stwierdził w tym wyroku, że życie ludzkie rozpoczyna się wraz z początkiem ciąży, która zakłada istnienie odrębnego podmiotu od matki. Życie *nasciturusa* jest dobrem prawnym, które należy chronić w świetle Konstytucji i art. 15 tejże, w którym mowa o prawie do życia. Mimo że *nasciturus* nie jest podmiotem tego prawa (ponieważ tyczy się ono tylko osób narodzonych), jest dobrem prawnym konstytucyjnie chronionym. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego *nasciturus* nie posiada osobowości prawnej, ponieważ w świetle kodeksu cywilnego hiszpańskiego, jej nabycie warunkowane jest żywym urodzeniem.

[397] Wyrok 116/99 pozwolił na badania z udziałem «preembrionów» nieżywotnych uzyskanych przez zapłodnienie *in vitro* w celach naukowych; niemniej badania nad «preembrionami» żywotnymi jedynie mogły mieć cel terapeutyczny, diagnostyczy lub prewencyjny, wykluczając eksperymenty.

[398] Tak, R. Germán Zurriaráin, *La progresiva…, op. cit.*, s. 161.

[399] STC 212/1996 (z hiszp. «*Sententia del Tribunal Constitucional*»).

[400] Niektórzy twierdzą zupełnie odmiennie, wskazując na dawne brzmienie art. 15 konstytucji hiszpańskiej: każdy ma prawo do życia (z hiszp. «*toda persona tiene derecho a la vida*») i obecne: wszyscy mają prawo do życia (z hiszp. «*todos tienen derecho a la vida*»), co według nich wskazuje na włączenie *nasciturusa* jako uprawnionego do prawa do życia; tak Calvo Meijide A., *El nasciturus y su protección jurídica*, Actualidad Civil 2, 1992, s. 231-281. Niemniej niektórzy wskazują, że art. 29 i art. 30 kodeksu cywilnego hiszpańskiego świadczą o tym, że w porządku prawnym hiszpańskim nienarodzony zasadniczo nie posiada praw, por. Y. Muñoz de la Fuente, *La fecundación…, op. cit.*, s. 9.

[401] Por. szerzej o kwestii klonowania na tle tej ustawy A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis…*, *op. cit.,* s. 48 i zob. przypisy nr 11-13.

[402] BOE nr 159 z 4 lipca 2007 r., 288-26-28848 (z hiszp. «*La Ley 14/2007 sobre Investigación Biomédica*»); https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12945 (dostęp: 17.02.2023 r.).

[403] Por. N. López Moratalla, *Qué hay de nuevo sobre las células troncales? La utopía de la clonación terapéutica*, Cuadernos de Bioética 2007/64 s. 380, 383.

klonowana komórka macierzysta mimo możliwości rozwoju embrionalnego nie jest przeznaczana do implantacji, tylko jest przeznaczana do wytworzenia tkanki bądź organu w celu ich transplantacji bez ryzyka odrzucenia przeszczepu z powodów immunologicznych. Embriony ludzkie powstałe wskutek klonowania są zatem immunologicznie kompatybilne z pacjentem, którego komórka somatyczna została pobrana jako materiał genetyczny. Metoda ta daje ogromne możliwości pacjentom, jednak budzi spore kontrowersje[404]. Dzieje się tak, ponieważ w istocie klonowanie reprodukcyjne i terapeutyczne nie stanowią dwóch odrębnych sposobów klonowania: w zasadzie zakładają taki sam sposób klonowania, a różnią się jedynie w zakresie celu, jakiemu służą. Klonowanie reprodukcyjne zakłada implantację sklonowanego embrionu do macicy kobiety w celu „stworzenia" istoty ludzkiej. Klonowanie terapeutyczne również zakłada stworzenie istoty ludzkiej (w postaci embrionu ludzkiego), jednak z góry zakłada jej zniszczenie w celu wydobycia embrionalnych komórek macierzystych. Innymi słowy, klonowanie terapeutyczne jest klonowaniem reprodukcyjnym w kontekście stworzenia sklonowanego embrionu ludzkiego, jednak cel jest odmienny[405]. Należy również wskazać na art. 28 ustawy 14/2007, który dopuszcza darowanie embrionów ludzkich, które straciły zdolność do biologicznego rozwoju w celu prowadzenia badań biomedycznych lub innych celów diagnostycznych, terapeutycznych, farmakologicznych, klinicznych lub chirurgicznych.

Ustawa 14/2007 – podobnie jak ustawa 14/2006 – wprowadza do hiszpańskiego porządku prawnego omówione powyżej pojęcie «preembrionu». Obok pojęcia «preembrionu» wprowadza jednak definicję pojęć: «embrionu» i «płodu» (z hiszp. «*feto*»). I tak:

1. «embrion» – faza rozwoju embrionalnego, która rozpoczyna się od momentu, kiedy zapłodniony oocyt znajduje się w macicy kobiety do momentu rozpoczęcia rozwoju organów, co ma miejsce 56 dni od momentu zapłodnienia;
2. «preembrion» – embrion stworzony *in vitro* przez grupę komórek powstałych wskutek podziału progresywnego oocytu przez 14 dni od momentu zapłodnienia;
3. «feto» – embrion przypominający już człowieka z rozwijającymi się organami, które będą dojrzewać począwszy od 57 dnia po zapłodnieniu.

Wskazuje się, że paradoksalnie – zarówno ustawa 14/2006, jak i ustawa 14/2007 – definiując pojęcie «preembrionu» określają go nie jako grupę komórek, tylko jako «embrion». Również pojęcie płodu jest określane jako «embrion». Powyższe definicje: «embrionu», «preembrionu» i «płodu» w sposób jednoznaczny wskazują, że wszystkie wymienione fazy miały początek w zapłodnieniu *in vitro* komórki jajowej; bez tego ani «embrion» ani «preembrion» ani «płód» by nie powstał. W konsekwencji, to w momencie zapłodnienia należy szukać początku życia ludzkiego, zasługującego

[404] Por. R. Germán Zurriaráin, *La progresiva…, op. cit.*, s.177-179.
[405] *Ibidem*, s. 179.

na ochronę, które w dalszych fazach będzie miało możliwość rozwoju embrionalnego.

Ustawa 14/2007 zasadniczo zezwala na prowadzenie badań nad embrionalnymi komórkami macierzystymi, które są zdolne do samowykształcenia i samodzielnego rozmnażania. Jest to krytykowane, ponieważ współcześnie są znane i dostępne sposoby na prowadzenie badań biomedycznych bez konieczności wykorzystywania i niszczenia ludzkich embrionów. Widoczne jest za to w ustawie 14/2007, że postęp w badaniach biomedycznych i zakładany pożytek z terapeutycznych badań nad embrionalnymi komórkami stanowił priorytet hiszpańskiego ustawodawcy, nawet kosztem ochrony prawnej embrionu[406].

3.2.3. Techniki wspomaganego rozrodu – dopuszczalność i warunki zastosowania

Ustawodawca hiszpański dopuszcza możliwość stosowania technik wspomaganego rozrodu. Zastrzega jednak, że ich stosowanie jest możliwe, jeśli są racjonalne możliwości powodzenia zabiegu i nie niosą ze sobą dużego ryzyka dla zdrowia. Nie wprowadził on jednak zamkniętej listy enumeratywnie wskazującej dostępne techniki reprodukcji wspomaganej, które były znane i dostępne na czas tworzenia ustawy, jak czyniła to ustawa 35/1988[407]. W załączniku do ustawy 14/2006 znajduje się za to lista dostępnych technik, która w odpowiednim trybie może ulec aktualizacji – wraz z dalszym rozwojem medycyny i sposobów radzenia sobie z bezpłodnością. Obecnie znajdują się na niej trzy sposoby: 1) sztuczne zapłodnienie (z hiszp. *«la inseminación artificial»*); 2. zapłodnienie *in vitro* homologiczne lub heterologiczne wraz z implantacją embrionów (z hiszp. *«la fecundación in vitro», «FIV»*); 3. metoda polegająca na wyjęciu oocytów z jajników kobiety i ich wprowadzeniu do jednego z jajowodów wraz z nasieniem mężczyzny; ten sposób umożliwia zapłodnienie wewnątrz macicy kobiety (z hiszp. *«la transferencia intratubárica de gametos»*, *«TIG»)*[408].

Osoba pragnąca poddać się któremukolwiek z powyżej wymienionych zabiegów musi zostać dokładnie poinformowana o planowanym zabiegu i wyrazić świadomą zgodę (art. 3 ust. 1). Zgoda na poddanie się zabiegowi może zostać cofnięta w każdym momencie - aż do implantacji embrionów (art. 3 ust. 5). Szeroko o instytucji udzielenia przez pacjenta świadomej zgody (z hiszp. *«consentimiento informado»*) stanowi ustawa 41/2002 z dnia 14 listopada 2002 r. o autonomii

---

[406] *Ibidem*, s.175-177.

[407] Taka technika legislacyjna spowodowała, że na przestrzeni lat obowiązywania ustawy 35/1988 nowsze techniki wspomaganego rozrodu i tak były wdrażane i stosowane w klinikach – bez wyraźnego ustawowego przyzwolenia. Dochodziło w konsekwencji do wyjątkowo rozszerzającej wykładni obowiązujących ówcześnie przepisów. Z tych powodów nowa ustawa 14/2006 wprowadziła otwartą listę, na której znajdują się dostępne aktualnie techniki reprodukcji wspomaganej, ale jednocześnie wprowadzony został do niej mechanizm umożliwiający zaktualizowanie listy i dodanie nowych technik po ich zaakceptowaniu przez upoważnione władze.

[408] Z ang. «GIFT» – «gamete intrafallopian transfer».

pacjenta[409]. Ustawa ta kompleksowo reguluje zagadnienie autonomii pacjenta – zarówno obowiązek informacyjny jak i świadomą zgodę pacjenta[410].

Dawcy pragnący darować gamety i preembriony zawierają z autoryzowanymi klinikami umowę darowizny o charakterze nieodpłatnym i poufnym (art. 5 ust. 1). Darowizna może zostać odwołana tylko wtedy, jeżeli dawcy są potrzebne oddane gamety oraz tylko jeśli są one jeszcze dostępne. Jest on wtedy zobowiązany do pokrycia klinice wydatków związanych ze zwrotem gamet (art. 5 ust. 2). Należy dodać, że darowane gamety muszą być potrzebne dawcy dla niego samego, a nie dla osób trzecich (członków rodziny, bliskich przyjaciół). Tylko wtedy możliwe jest odwołanie darowizny. Ponadto ich zwrot jest dopuszczalny jedynie, jeśli gamety nie zostały już wykorzystane w ramach stosowania technik wspomaganego rozrodu.

Podkreślone zostało, że darowizna nie może mieć charakteru lukratywnego ani handlowego. Dawca może jedynie żądać wydatków związanych z przyjazdem i tych pracowniczych, mogącymi powstać w związku z darowizną. Jakakolwiek reklama dotycząca możliwości darowania komórek i tkanek ludzkich musi szanować altruistyczny charakter tej czynności (art. 5 ust. 3). Umowa między dawcą a autoryzowaną kliniką jest zawierana w formie pisemnej; dawca jest przed tym dokładnie informowany o celach i konsekwencjach podejmowanej przez siebie czynności, po czym wyraża świadomą zgodę (art. 5 ust. 4).

Dawstwo komórek rozrodczych jest w pełni anonimowe, co oznacza, że klinika zapewnia poufność danych identyfikujących dawcę. Dzieci powstałe z darowanych gamet mają prawo samodzielnie lub przez swoich ustawowych przedstawicieli do otrzymania ogólnych informacji o dawcy – z wyjątkiem jego tożsamości. Takie samo prawo mają biorcy gamet i preembrionów. Jedynie wyjątkowo, w okolicznościach nadzwyczajnych, kiedy zagrożone jest życie lub zdrowie dziecka lub kiedy prowadzone jest odpowiednie postępowanie karne, możliwe jest ujawnienie tożsamości dawcy; jednak jedynie wtedy kiedy takie ujawnienie jest niezbędne dla uniknięcia niebezpieczeństwa lub w celu osiągnięcia celu postępowania (art. 5 ust. 5). Niemniej jednak, ujawnienie tożsamości dawcy w żadnym razie nie oznacza prawnego ustalenia pochodzenia dziecka (art. 8 ust. 3). Można zatem wskazać, że, ustawodawca hiszpański za niedopuszczalne uważa żądanie ustalenia ojcostwa anonimowego dawcy nasienia. W doktrynie prawa hiszpańskiego wskazuje się na sprzeczność uregulowania art. 5 z zasadami przyjętymi w kodeksie cywilnym hiszpańskim. Porównując sytuację

---

[409] Z hiszp. *«Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente»*; BOE nr 274 z dnia 15 listopada 2002 r.; http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l41-2002.html (dostęp: 17.02.2023 r.).

[410] Zob. w tym zakresie: I. Sancho Gargallo, *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, InDret 2004, nr 2; http://www.indret.com/pdf/209_es.pdf (dostęp: 17.02.2023 r.).; J. C. Seuba Torreblanca, S. Ramos González, *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica, Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre,* InDret 2003, nr 2; http://www.indret.com/pdf/138_es.pdf (dostęp: 17.02.2023 r.).

prawną dzieci urodzonych wskutek sztucznego zapłodnienia i dzieci adoptowanych, prawo hiszpańskie tylko tym drugim gwarantuje możliwość dowiedzenia się o swoim biologicznym pochodzeniu[411]. Ponadto, część przedstawicieli doktryny hiszpańskiej uważa, że dziecku urodzonemu w takich warunkach przysługuje prawo do wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa przeciwko dawcy nasienia, ponieważ jego anonimowość nie jest mu zagwarantowana konstytucyjnie, w przeciwieństwo do prawa dziecka poznania swojego własnego pochodzenia związanego z prawem do wolnego rozwoju osobowości i ochroną godności[412].

Dawca gamet musi osiągnąć wiek 18 lat, być dobrego zdrowia psychofizycznego oraz posiadać pełną zdolność do czynności prawnych. Stan zdrowia dawcy jest badany (głównie pod kątem chorób genetycznych, dziedzicznych, które mogą zostać przeniesione na potomstwo) i klinika może odmówić zawarcia umowy darowizny w razie niespełnienia warunków w kontekście zdrowia (art. 5 ust. 6). Ustawodawca hiszpański wprowadza maksymalną liczbę dzieci mogących urodzić się z gamet tego samego dawcy, wynoszącą sześć (art. 5 ust. 7). Postanowienia artykułu 5 stosuje się odpowiednio do przypadków darowania nadliczbowych gamet nieużytych w reprodukcji przez parę w celu reprodukcji obcych dla niej osób (art. 5 ust. 8).

Z kolei odbiorcą lub korzystającą z usług klinik w zakresie technik wspomaganego rozrodu może być każda kobieta, która osiągnęła wiek 18 lat i posiada pełną zdolność do czynności prawnych – po wyrażeniu świadomej zgody w formie pisemnej. Ustawodawca hiszpański nie zdecydował się na wprowadzenie górnego limitu wieku, jednak mimo tego lekarze są zobowiązani do informowania o ryzykach macierzyństwa w wieku nieodpowiednim z punktu widzenia medycyny zarówno dla samej kobiety podczas zabiegu i ciąży, jak i jej potencjalnego potomstwa. Należy dodać, że kilka lat przed uchwaleniem ustawy 14/2006 w Hiszpanii był poruszany problem górnej granicy wieku dla kobiet poddających się technikom wspomaganego rozrodu i wszyscy byli zasadniczo zgodni, że w klinikach nie powinno się stosować tych technik wobec kobiet powyżej 50 roku życia; niemniej ustawodawca hiszpański nie zdecydował się na wprowadzenie takiego limitu do ustawy[413].

---

[411] Por. R. Germán Zurriaráin, *Técnicas de reproducción humana asistida: Determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*, Cuadernos de Bioética XXII, 2011/2ª, s. 206; http://www.aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/201.pdf (dostęp: 17.02.2023 r.). Autor krytykuje to rozróżnienie, stwierdzając, że ciężko jest je prawnie uzasadnić. Dodaje, że ustawodawca hiszpański powinien stworzyć przepisy systemowo spójne, które będą w taki sam sposób chronić interesy osób zainteresowanych (dzieci, biologicznych rodziców).

[412] Tak, *ibidem*, s. 206 – 207.

[413] Por. A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis…, op. cit.*, s. 46. Autorka słusznie podkreśla, że nie jest uzasadnione sztuczne zapładnianie kobiety, która w naturalnym środowisku znajduje się już w stanie tzw. „przekwitania". Jest to niebezpieczne nie tylko dla jej zdrowia, ale również sprzeczne z dobrem dziecka, które w wielu przypadkach nie może liczyć na wychowanie przez zdrową matkę aż do wieku w którym stanie się niezależne. Jako przykład Autorka wskazuje m.in. na sprawę Adriany Iiescu, samotnej emerytki, byłej nauczycielki języka rumuńskiego, która została matką dziewczynki Elizy Marii w wieku 67 lat w wyniku skutecznie przeprowadzonego zapłodnienia *in vitro*; zarówno komórka jajowa jak i nasienie pochodziły od dawców. Zob. też R. Germán Zurriaráin, *Técnicas…, op. cit.*,

Co istotne, każda kobieta może skorzystać lub być odbiorcą technik wspomaganego rozrodu o których mowa w ustawie 14/2006 niezależnie od swojego stanu cywilnego lub orientacji seksualnej (art. 6 ust. 1). Należy wskazać, że tak liberalne podejście hiszpańskiego ustawodawcy związane jest z nowelizacją kodeksu cywilnego hiszpańskiego z 24 lipca 1889 r. (z hiszp. *«Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil»,* dalej zwany kodeks cywilny hiszpański, k.c.h.)[414], za pomocą ustawy 13/2005 z dnia 1 lipca 2005 r., która zmienia kodeks cywilny w zakresie prawa do zawierania małżeństwa[415]. W wyniku tej nowelizacji dopuszczalne stało się w Hiszpanii zawieranie małżeństwa przez osoby tej samej płci. W konsekwencji, w świetle przytoczonego przepisu art. 6 ust. 1, ustawodawca hiszpański zaakceptował możliwość urodzenia się „dzieci bez ojców" (z hiszp. *«hijos sin padre»*): bądź w sytuacji urodzenia dziecka przez kobietę samotną; bądź też poddaniu się technikom wspomaganego rozrodu przez kobietę pozostającą w związku małżeńskim lub nieformalnym z drugą kobietą. Otwiera to również drzwi do ustalania pochodzenia dziecka od osób tej samej płci i tzw. podwójnego macierzyństwa (z hiszp. *«doble maternidad»*).

Niemniej, jeżeli kobieta jest zamężna potrzebna jest zgoda współmałżonka o ile nie została pomiędzy nimi orzeczona separacja prawna albo nie występuje separacja faktyczna (art. 6 ust. 3). Na pierwszy rzut oka przepis ten może się wydawać sprzeczny z treścią przytoczonego art. 6 ust. 1: z jednej strony zabiegom, o których mowa w ustawie 14/2006 może poddać się każda kobieta bez względu na jej stan cywilny, a z drugiej strony nie do końca tak jest, skoro jeśli kobieta jest zamężna nie może się im poddać w razie braku zgody męża. Niemniej, rozróżnienie w tym przypadku sytuacji prawnej kobiety zamężnej i niezamężnej jest uzasadnione, ponieważ w przypadku urodzenia dziecka wskutek sztucznego zapłodnienia przez kobietę zamężną, prawne pochodzenie tego dziecka od jej męża jest automatycznie domniemywane (art. 116 k.c.h.)[416].

Wyrazem szerzenia przez ustawodawcę hiszpańskiego idei niedyskryminacji jest również piąte rozporządzenie dodatkowe, w świetle którego w zgodzie z ustawą 51/2003 z 2 grudnia 2003 r. o równości szans, niedyskryminacji i powszechnej dostępności dla osób niepełnosprawnych[417], osobom takim przysługują prawa o jakich mowa w ustawie 14/2006 i nie mogą być one dyskryminowane ze względu na swoją niepełnosprawność; przysługuje im taki sam dostęp i

s. 208. Autor wskazuje, że wobec braku ustalonego górnego limitu wieku dochodzi do zjawiska tzw. "mam-babci" (z hiszp. «*abuelas-mamá*»).

[414] BOE nr 206 z 25 lipca 1889 r., BOE-A-1889-4763; http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763 (dostęp: 17.02.2023 r.).

[415] Z hiszp. *«Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio»;* BOE nr 157 z 2 lipca 2005 r., BOE-A-2005-11364; http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364 (dostęp: 17.02.2023 r.).

[416] Por. R. Germán Zurriaráin, *Técnicas…, op. cit.*, s. 208 – 209.

[417] Z hiszp. *«Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad»*; BOE nr 289 z 3 grudnia 2003 r., BOE-A-2003-22066; (ustawa już nieobowiązująca); http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-22066 (dostęp: 17.02.2023 r.).

możliwości skorzystania z technik wspomaganego rozrodu. Nie można jednak zapominać, że osoba niepełnosprawna nie może być ubezwłasnowolniona, ponieważ jednym z warunków poddania się technikom, o których mowa w ustawie 14/2006 jest posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych.

Odnosząc się na końcu do samego przebiegu stosowania technik wspomaganego rozrodu, należy wskazać, że w ustawie 14/2006 uchylono maksymalną liczbę oocytów w danych cyklu menstruacyjnym możliwych do wyprodukowania, która w poprzedniej ustawie wynosiła 3. Ewentualne limity co do liczby wytwarzanych oocytów powinny wynikać w każdym przypadku ze wskazań medycznych istniejących w konkretnej sprawie[418]. Niemniej w dalszym ciągu możliwe jest dokonanie implantacji maksymalnie trzech preembrionów w każdym cyklu menstruacyjnym. Celem tego ograniczenia jest zmniejszenie liczby ciąż mnogich i uniknięcie tym samym ryzyk z nimi związanych zarówno dla życia kobiety jak i płodu[419].

3.2.4a. Pochodzenie dziecka urodzonego na skutek zastosowania technik wspomaganego rozrodu

Odnosząc się do zagadnienia pochodzenia dzieci powstałych wskutek technik wspomaganego rozrodu, ustawodawca hiszpański przyjmuje, że co do zasady wynika ono z zasad ogólnych określonych w prawie cywilnym (z hiszp. *«leyes civiles»)* (art. 7 ust. 1). Chodzi przede wszystkim o regulacje dotyczące pochodzenia dziecka znajdujące się w kodeksie cywilnym hiszpańskim, jak też w tzw. prawie wywodzącym się z przywilejów poszczególnych regionów autonomicznych w Hiszpanii (z hiszp. *«derecho foral»*)[420], gdzie niektóre kwestie związane z pochodzeniem dziecka są zupełnie inaczej uregulowane niż w kodeksie cywilnym hiszpańskim. Wracając jednak do regulacji na poziomie ogólnopaństwowym, należy przede wszystkim wskazać na ogólną zasadę prawdy biologicznej, którą kierował się ustawodawca hiszpański tworząc kodeks cywilny hiszpański. W konsekwencji co do zasady to ojciec biologiczny jest ojcem prawnym dziecka. Wyjątkiem od tego są sytuacje, kiedy ojciec biologiczny jest zastępowany przez mężczyznę, który pomimo braku więzi biologicznej z dzieckiem, uznaje swoje ojcostwo i wynikające z tego skutki prawne.

W kontekście zasad ustalania ojcostwa, istotne jest domniemanie ojcostwa męża matki, które

---

[418] Por. R. Germán Zurriaráin, *La progresiva…, op. cit.*, s.167. Autor zauważa, że ustawa 14/2006 poprzez wyeliminowanie maksymalnej liczby oocytów, które mogą zostać zapłodnione w każdym cyklu, *de facto* zezwala na tworzenie embrionów *in vitro* z góry skazanych na śmierć i bynajmniej nie na cele rozrodcze.

[419] Por. A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis…, op. cit.*, s. 50; *R. Germán* Zurriaráin, *La progresiva…, op. cit.*, s. 164.

[420] Np.: 1) Księga drugia kodeksu cywilnego Katalonii, dotycząca prawa osobowego i rodzinnego; z hiszp. «*Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia»;* BOE nr 203 z 21 sierpnia 2010 r.; http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-l25-2010.html (dostęp: 17.02.2023 r.); 2) Prawo nadane Nawarze, ustawa *«foral»* 5/1987 z 1 kwietnia 1987 r., BOE nr 134 z 5 czerwca 1987 r.; http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1987-13331 (dostęp: 17.02.2023 r.).

zostało zawarte w art. 116 k.c.h., na mocy którego „domniemywa się, że dziecko pochodzi od męża matki, jeżeli urodziło się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania, orzeczenia separacji prawnej lub wystąpienia separacji faktycznej między małżonkami". Jeżeli zatem kobieta poddająca się technikom wspomaganego rozrodu pozostaje w związku małżeńskim, ojcostwo jej męża jest automatycznie domniemywane. Należy wskazać na częściową zbieżność powyższego domniemania z tym obowiązującym w prawie polskim. I tak, zgodnie z art. 62 § 1 polskiego k.r.o. jeżeli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia, domniemywa się, że pochodzi ono od męża matki. Domniemania tego nie stosuje się, jeżeli dziecko urodziło się po upływie trzystu dni od orzeczenia separacji. Porównując obie regulacje, należy wskazać na wyłączenie domniemania ojcostwa męża matki w szerszym zakresie przez ustawodawcę hiszpańskiego, który nie ogranicza się jedynie do ustania małżeństwa lub orzeczonej separacji prawnej. Również w przypadku separacji faktycznej (z hiszp. *«separación de hecho»*) między małżonkami domniemanie nie działa. Regulacja taka ma swoje wady i zalety. Największą jej wadą jest niewątpliwie trudność w ustaleniu dokładnej daty nastąpienia „separacji faktycznej" między małżonkami, co w niektórych sprawach może mieć znaczenie (kiedy dziecko urodziło się na granicy 300 dni od okresu nastąpienia separacji – czasami i jeden dzień robi znaczącą różnicę). W przypadku orzeczenia separacji prawnej data wprost wynika z wyroku sądowego, zatem nie ma tu miejsca na jakiekolwiek wątpliwości – albo dziecko urodziło się później niż 300 dni od tej daty albo nie. Niemniej, regulacja ta lepiej przystaje do współczesnej praktyki, zwłaszcza jeżeli separacja faktyczna między małżonkami trwa już długi czas i nie ma żadnych wątpliwości, że urodzenie dziecka nastąpiło 300 dni po faktycznym rozstaniu małżonków. Działanie domniemania ojcostwa w przypadku, kiedy małżonkowie założyli nowe rodziny z innymi partnerami, nie utrzymują ze sobą kontaktu i jest oczywiste, że ojcem nie jest „mąż matki" nie wydaje się z praktycznego punktu widzenia racjonalne. Jednak polska regulacja niewątpliwie w większym stopniu aniżeli hiszpańska motywuje małżonków do prawnego uregulowania swojej faktycznej sytuacji – oczywiście jeżeli zdają sobie sprawę z dalszego działania omawianego domniemania. Natomiast w przypadku kobiety niezamężnej, ojcostwo może zostać przez mężczyznę uznane, jako że nie działa w tym przypadku domniemanie pochodzenia dziecka od niego, nawet jeżeli pozostają oni w konkubinacie[421].

W świetle powyższego, w przypadkach sztucznego zapłodnienia heterologicznego, z użyciem

[421] Inaczej jest w prawie polskim, gdzie oprócz domniemania ojcostwa męża matki funkcjonuje domniemanie uregulowane w art. 85 § 1 k.r.o., zgodnie z którym „domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej w 300, a nie później niż w 181 dniu przed urodzeniem dziecka albo ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji".

gamet dawcy, urodzone wskutek tego dziecko będzie prawnie pochodziło od zapłodnionej sztucznie kobiety, która dziecko urodziła i jej męża, jeżeli oczywiście udzielili skutecznie wcześniej zgodę na ten zabieg. Zarówno kobieta jak i jej mąż, którzy wyrazili zgodę na zastosowanie sztucznego zapłodnienia za pomocą gamet dawcy lub dawców, nie mogą poddawać w wątpliwość pochodzenia dziecka z małżeństwa urodzonego wskutek sztucznego zapłodnienia (art. 8 ust. 1). Jest to swojego rodzaju fikcja prawna, która nadaje dziecku status dziecka pochodzącego z małżeństwa, mimo że darowany materiał genetyczny nie pochodzi od małżonków.

Analogicznie, artykuł 8 ust. 2 reguluje pochodzenie dziecka niepochodzącego z małżeństwa urodzonego na skutek technik wspomaganego rozrodu, a konkretnie zapłodnienia heterologicznego, jeżeli mężczyzna nieżonaty udzielił skutecznie przed zabiegiem zgodę. Chociaż analogia z ust. 1 artykułu 8 jest oczywista, w kontekście tego co stanowi kodeks cywilny hiszpański różnica w zakresie pochodzenia dziecka z pewnością występuje, ponieważ w tym wypadku pochodzenia dziecka od mężczyzny nieżonatego się nie domniemywa. W konsekwencji, udzielana przez niego przed zabiegiem zgoda w zw. z art. 120.2 k.c.h.[422] w zw. z art. 44 ustawy 20/2011 z 21 lipca 2011 r.- Prawo o aktach stanu cywilnego[423] jest warunkiem *sine qua non* dla wszczęcia odpowiedniego postępowania o ustalenie ojcostwa i następnie dokonania odpowiednich wpisów w aktach stanu cywilnego dziecka. W tym kontekście, dokument sporządzony przez klinikę, gdzie udzielana jest przez nieżonatego mężczyznę zgoda na heterologiczne zapłodnienie jego partnerki, stanowi oświadczenie woli, w którym uznaje on skutki płynące z regulacji art. 44 ustawy- Prawo o aktach stanu cywilnego (wpisanie go jako ojca dziecka do aktu stanu cywilnego); jednak nie wyłącza to możliwości wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa.

W obu powyższych przypadkach, zgoda męża albo partnera kobiety oznacza uznanie ojcostwa, nawet jeżeli żaden z nich nie jest biologicznie z dzieckiem związany.

W przypadku zapłodnienia homologicznego (z użyciem nasienia męża lub partnera kobiety), ojcem dziecka w świetle prawa jest mąż/partner zapłodnionej kobiety, który wyraził zgodę na zastosowanie technik wspomaganego rozrodu i użycie swoich gamet, i jako taki będzie wpisany w aktach stanu cywilnego dziecka. Mąż wobec domniemania na mocy przytoczonego powyżej art. 116 k.c.h. Z kolei partner, który dobrowolnie oddaje swoje nasienie w celu zapłodnienia kobiety jednocześnie wyraża zgodę na powstanie więzi biologicznej i ojcowskiej z narodzonym dzieckiem

[422] Przepis ten reguluje pochodzenie dziecka niepochodzącego ze związku małżeńskiego i sposoby złożenia oświadczenia o uznaniu ojcostwa przez mężczyznę; jednym z nich jest złożenie stosownego oświadczenia przed kierownikiem Urzędu Cywilnego; w testamencie lub innym dokumencie publicznym.

[423] Ustawa 20/2011 z dnia 21 lipca 2011 r. – Prawo a aktach stanu cywilnego; z hiszp. *«Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil»*; BOE nr 175 z 22 lipca 2011 r.; https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628 (dostęp: 17.02.2023 r.).

jako skutek darowania swoich gamet do zapłodnienia tej konkretnej kobiety[424].

W świetle powyższych rozważań, można rozróżnić następujące stany faktyczne:

1) Mąż nie wyraził zgody na homologiczne zapłodnienie żony, tzn. z użyciem jego nasienia. Z jednej strony, wskutek domniemania ojcostwa męża matki, dziecko urodzone na skutek zastosowanej techniki - nawet bez zgody męża - jest prawnie jego dzieckiem. Z drugiej strony, biologicznie również jest jego dzieckiem, ponieważ w końcu to jego gamety posłużyły do zapłodnienia żony. Podstawę ewentualnego powództwa o zaprzeczenie ojcostwa stanowiłby jedynie brak zgody na zastosowanie technik wspomaganego rozrodu. Doktryna prawa cywilnego w Hiszpanii zgodnie przyjmuje, że powództwo oparte tylko na tej podstawie nie zasługiwałoby na uwzględnienie. Po pierwsze, z prawnego punktu widzenia, to jest dziecko męża matki; po drugie należy pamiętać o zasadzie dobra dziecka (z hiszp. *«favor filii»*) oraz o okoliczności, że tutaj udzielana przez męża zgoda nie stanowi kryterium do ustalenia prawnego pochodzenia dziecka, tak więc jej brak nie może służyć wykluczeniu ojcostwa męża matki, zwłaszcza że jest on ojcem również z biologicznego punktu widzenia. Chroniona jest w tym momencie więź biologiczna, a nie element wolicyjny po stronie mężczyzny[425].

2) Mąż nie wyraził zgody na zapłodnienie heterologiczne żony, tzn. za pomocą nasienia od dawcy anonimowego. W tym wypadku sytuacja prawna rysuje się inaczej niż w przypadku niewyrażenia zgody na zapłodnienie homologiczne. Chociaż w dalszym ciągu domniemanie ojcostwa męża matki działa, to z biologicznego punktu widzenia, nie jest on ojcem dziecka. Z prawnego punktu widzenia jednak jest on ojcem dziecka i tak też zostanie wpisane do aktu stanu cywilnego. Niezależnie od powyższego, mąż będzie mógł skutecznie żądać zaprzeczenia ojcostwa opierając swoje roszczenie na braku zgody na zapłodnienie heterologiczne żony i na braku biologicznej więzi z dzieckiem[426].

3) Mąż wyraził zgodę na zapłodnienie heterologiczne żony. W tym wypadku nie może skutecznie wytoczyć powództwa o zaprzeczenie ojcostwo, pomimo braku biologicznej więzi z dzieckiem.

4) Mężczyzna niepozostający z kobietą w związku małżeńskim nie wyraził zgody na zapłodnienie homologiczne. W tym wypadku urodzone dziecko nie jest uznawane w świetle prawa za dziecko mężczyzny (mimo że z punktu widzenia biologicznego dziecko jest jego) wobec braku

---

[424] Por. A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis…*, *op. cit.,* s. 53.

[425] Tak, C. Martínez de Aguirre [w:] *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida, El juez civil ante la investigación biomédica,* Cuadernos de Derecho Judicial, X-2004, red. Xavier Abel Lluch, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, s. 270-271; M. Pérez Mongue, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida,* Centro de Estudios Registrales, Madrid 2002, s. 108; I. Alkorta Idiakez, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva,* Pamplona 2003, s. 242.

[426] Tak, C. Martínez de Aguirre, *ibidem*, s. 272; M. Pérez Mongue, *ibidem*, s. 110-111; I. Alkorta Idiakez, *ibidem*; F. Rivero Hernández [w:] *Lacruz et al, Elementos de Derecho Civil,* T. IV, wyd. 4, Barcelona 1997, s. 527-528; J. Rams Albesa [w:] *Lacruz et al, Elementos de Derecho Civil,* T. IV, Dykinson, Madrid 2002, s. 382.

wymaganego przez prawo elementu wolicyjnego; tutaj więź biologiczna z dzieckiem nie jest wystarczająca[427].

5) Mężczyzna niepozostający z kobietą w związku małżeńskim nie wyraził zgody na zapłodnienie heterologiczne. Tutaj – wobec braku domniemania ojcostwa jak w przypadku męża matki dziecka – tylko zgoda nieżonatego mężczyzny na zapłodnienie kobiety za pomocą nasienia dawcy umożliwia uznanie przez niego ojcostwa. W konsekwencji, skoro z formalnego punktu widzenia tej zgody nie było, nie można uznać ojcostwa. Istnieją jednak dwie możliwości ustalenia ojcostwa w takim wypadku: 1) uznanie ojcostwa przez mężczyznę poprzez tzw. «*reconocimiento de complacencia»*, które polega na złożeniu przez niego oświadczenia, że pomimo świadomości, że dziecko nie pochodzi od niego biologicznie[428], uznaje on swoje ojcostwo ze wszystkimi wynikającymi z tego faktu prawnymi skutkami; 2) adopcja dziecka[429].

Inaczej jest to uregulowane w Katalonii, gdzie obok domniemania ojcostwa męża matki obowiązuje domniemanie ojcostwa mężczyzny, który obcował z matką w okresie poczęcia (z hiszp. *«el hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción»*). Regulacja katalońska jest zbieżna z polską w zakresie ustanowienia przez ustawodawcę obok domniemania ojcostwa męża matki, domniemania ojcostwa mężczyzny, który obcował z matką w okresie poczęcia. Jednak należy pamiętać, że na ogólnopaństwowym poziomie w Hiszpanii domniemanie to nie działa. W konsekwencji, urodzone dziecko wskutek zapłodnienia heterologicznego kobiety, która związana jest z mężczyzną, nie pozostając z nim w związku małżeńskim, będzie w świetle prawa pochodziło od tego mężczyzny, mimo że nie wyraził on zgody na zastosowanie tej techniki wspomaganego rozrodu. Będzie mógł on jednak wytoczyć powództwo o zaprzeczenie ojcostwa.

Nawiązując do wspomnianej powyżej nowelizacji kodeksu cywilnego hiszpańskiego, wobec uchwalenia ustawy 13/2005, wskutek której dopuszczalne stało się zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci, należy rozważyć jakie ma to skutki w kontekście pochodzenia dziecka urodzonego wskutek zastosowania technik wspomaganego rozrodu. Rozważania będą dotyczyć jedynie małżeństw zawieranych przez dwie kobiety, ponieważ małżeństwa dwóch mężczyzn są obojętne z punktu widzenia technik wspomaganego rozrodu – nie mogą oni przecież zostać sztucznie zapłodnieni. Dlatego też, poza zasięgiem regulacji ustawy 14/2006 są małżeństwa homoseksualne

---

[427] Tak, C. Martínez de Aguirre [w:] *Problemas…, op. cit.*, s. 287.

[428] Możliwość ta jest jednak krytykowana w Hiszpanii wobec jej nadużywania i wykorzystywania; zwłaszcza jeżeli do uznania ojcostwa dochodzi w wyniku nieprzemyślanej decyzji, a mężczyzna nie zdaje sobie sprawy z jej powagi. Świadczą o tym liczne powództwa o zaprzeczenie ojcostwa po uprzednim uznaniu ojcostwa poprzez «*reconocimiento de complacencia»* – mężczyźni powołują się z reguły na błąd i zmianę okoliczności (zwłaszcza w przypadku rozpadu związku z matką dziecka) wskazując jako podstawę art. 141 k.c.h.; por. A. Porto Cortés, *Qué sentido tiene hoy el reconocimiento de complacencia?,* Legal Today 2010/09, dostępne on-line: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/que-sentido-tiene-hoy-el-reconocimiento-de-complacencia (dostęp: 17.02.2023 r.).

[429] Tak, C. Martínez de Aguirre [w:] *Problemas…, op. cit.*, s.191-192; F. Rivero Hernández [w:] *Lacruz…, op. cit.*, s. 529.

zawierane przez mężczyzn, jako że jedynie kobieta może być biorcą gamet i preembrionów[430]. Inaczej jest w przypadku małżeństw homoseksualnych zawieranych przez kobiety, gdzie zasadniczo nie ma przeciwskazań, aby któraś z nich (bądź te obie) poddała/y się zabiegowi zapłodnienia heterologiczego i aby druga wyraziła na to zgodę, tym samym uznając, że urodzone dziecko będzie w świetle prawa pochodziło również od niej (tzw. podwójne macierzyństwo, z hiszp. «*doble maternidad*»). W świetle art. 7 ust. 3 jeśli kobieta pozostaje w związku małżeńskim z inną kobietą i nie została pomiędzy nimi orzeczona separacja prawna albo nie istnieje separacja faktyczna, ta druga może przed kierownikiem Urzędu Cywilnego uznać dziecko poczęte wskutek zapłodnienia heterologicznego swojej żony. Innymi słowy, ustawodawstwo hiszpańskie zezwala, aby dwie kobiety były matkami tego samego dziecka. Jednak w tym wypadku, ustalenie pochodzenia prawnego dziecka będzie różniło się o tyle, że żona matki dziecka (tej która poddała się zabiegowi zapłodnienia heterologicznego), aby również być w świetle prawa matką dziecka, będzie musiała dokonać adopcji dziecka na podstawie art. 175 ust. 4 k.c.h. Uzasadnieniem dla rozróżnienia sytuacji mężczyzny i kobiety w tym przypadku jest zasada, jaką kierował się ustawodawca hiszpański, że macierzyństwo może wynikać jedynie z faktu samego porodu albo adopcji. Nie jest wystarczające złożenie samego oświadczenia przez żonę matki dziecka o uznaniu dziecka urodzonego wskutek zapłodnienia heterologicznego, na który wyraziła ona zgodę[431]. Możliwe jest wyróżnienie kilku stanów faktycznych rysujących się na tle powyższej regulacji:

1) tylko jedna z kobiet poddaje się zabiegowi zapłodnienia heterologicznego swoich oocytów, a jej żona dokonuje adopcji urodzonego w ten sposób dziecka niepochodzącego od niej biologicznie;

2) obie kobiety poddają się zabiegowi zapłodnienia heterologicznego, ale dawcą nasienia jest ta sama osoba; następnie obie dokonują nawzajem adopcji urodzonych w ten sposób dzieci, które – nie są biologicznie związane z każdą z nich (tylko z tą która je urodziła), ale są biologicznie związane ze sobą (mają tego samego biologicznego, anonimowego ojca);

3) z jednej z nich zostają pobrane oocyty, które zostają zapłodnione *in vitro* nasieniem anonimowego dawcy, a następnie implantowane do macicy drugiej, która urodzi dziecko; w konsekwencji pierwsza z nich jest matką biologiczną dziecka, a druga matką w świetle prawa ze względu na fakt, że to ona je urodziła; niemniej pierwsza kobieta mimo tego, że dziecko biologicznie pochodzi od niej, będzie musiała dokonać jego adopcji, aby powstała między nią a dzieckiem prawna więź macierzyństwa[432].

---

[430] Nie mają również możliwości skorzystania z usług surogatki, bowiem, o czym będzie jeszcze mowa, umowa o zastępcze macierzyństwo jest uznana przez hiszpańskiego ustawodawcę za bezwzględnie nieważną. W konsekwencji homoseksualne małżeństwo nie ma szans na posiadanie potomstwa biologicznie od nich pochodzących.

[431] Por. orzeczenie Sądu I Instancji Nawary w Pamplonie (z hiszp. *«Juzgado de Primera Instancia de Navarra, Pamplona»*) z dnia 22 stycznia 2004 r., sygn. AC 2004/164 oraz z dnia 26 stycznia 2005 r., sygn. AC 2005/180.

[432] Por. R. Germán Zurriaráin, *Técnicas…, op. cit.*, s. 207.

Wszystkie powyższe uwagi dotyczą również kobiet pozostających ze sobą w związku pozamałżeńskim[433].

W dalszej części ustawa 14/2006 wskazuje, że w żadnym wypadku zapisy w aktach stanu cywilnego nie mogą wskazywać na sposób poczęcia dziecka (art. 7 ust. 2). Przepis ten chroni zatem dziecko przez ewentualną dyskryminacją na tle sposobu jego poczęciu. Ustawodawca hiszpański pozostawił rodzicom dziecka podjęcie decyzji, czy chcą dziecku w przyszłości przekazać informację o zastosowaniu technik wspomaganego rozrodu, wskutek czego dziecko się urodziło.

3.2.4b. Zapłodnienie *post mortem*

Przy okazji regulacji pochodzenia dziecka urodzonego na skutek zastosowania technik wspomaganego rozrodu, ustawodawca hiszpański poruszył ciekawą kwestię zapłodnienia *post mortem*[434].

W pierwszej kolejności, należy wyjaśnić różne znaczenia pojęcia zapłodnienia post *mortem,* wyróżniane w doktrynie prawa hiszpańskiego[435]. Wąskie i literalne znaczenie tego pojęcia to użycie gamet mężczyzny po jego śmierci w celu zapłodnienia komórki jajowej kobiety. Automatycznie poza tak rozumianym zapłodnieniem post *mortem* znajduje się implantacja embrionu po śmierci dawcy nasienia, który został zapłodniony wcześniej. Odróżnia się od pojęcia samego „zapłodnienia post *mortem*" pojęcie „sztucznego zapłodnienia *post mortem*". To drugie pojęcie jest szersze i oznacza, oprócz samego użycia gamet mężczyzny po jego śmierci w celu zapłodnienia komórki jajowej kobiety, również sytuację sztucznego zapłodnienia kobiety wewnątrzustrojowego jak też sztucznego zapłodnienia *in vitro*, które mają miejsce po śmierci mężczyzny-dawcy nasienia. I wreszcie rozróżnia się pojęcie najszersze „sztuczna prokreacja *post mortem*", za którym dodatkowo kryje się implantacja embrionów po śmierci mężczyzny-dawcy, a stworzonych jeszcze za jego życia. Należy zauważyć, że w dyskusji nad zapłodnieniem *post mortem* zazwyczaj używa się tego pierwszego pojęcia (zapłodnienie *post mortem*), jednak osoby biorące w niej udział zazwyczaj nie wskazują co tak naprawdę rozumieją pod pojęciem „zapłodnienie *post mortem*" - czy używają go jedynie w ścisłym tego słowa znaczeniu czy też szerszym. Często zaś z samej wypowiedzi można wywnioskować, że tak naprawdę pojęcie zapłodnienie *post mortem* używane jest w najszerszym ujęciu i chodzi *de facto* o implantację zarodka *post mortem* dawcy nasienia, z którego został utworzony.

Znamiennym jest, że ustawodawca hiszpański, mimo odniesienia się do kwestii zapłodnienia

---

[433] Tak, A.I. Berrocal Lanzarot, *Análisis…, op. cit.*, s. 54.
[434] Zob. P. Sánchez Ruiz, N. Martínez Castellón, E. Fernández Ordóñez, *Fecundación in vitro postmortem*, Cultura de los Cuidados 2018, XXII (50), s. 171-179.
[435] Zob. Y. Muñoz de la Fuente, *La fecundación…, op. cit.,* s. 5.

post mortem, nie przesądza o dopuszczalności bądź też niedopuszczalności samego dokonania zapłodnienia *post mortem*. Nie odnosi się do tego zagadnienia z punktu widzenia moralno-etycznego, a jedynie ustala zasady prawnego pochodzenia dziecka urodzonego wskutek zapłodnienia *post mortem*, co może świadczyć o ich dopuszczalności. Na pewno w żadnym miejscu nie wprowadza zakazu zapłodnienia *post mortem* (inaczej zostało to uregulowane w Polsce, o czym będzie mowa w następnym rozdziale przy okazji analizy polskiej ustawy o leczeniu niepłodności, gdzie taki zakaz został wprowadzony). Jednocześnie ustawa 14/2006 nie wprowadza żadnych warunków jakie sam zabieg zapłodnienia *post mortem* powinien spełniać. W konsekwencji, zasadniczo nie ma przeszkód w dokonaniu takiego zabiegu, nawet jeżeli mąż nie wyraził na to *expressis verbis* zgody; niemniej w doktrynie broni się stanowiska, że nie powinno się bez zgody zmarłego mężczyzny dokonywać takiego zabiegu z uwagi na odrębności w ustalaniu pochodzenia dziecka od mężczyzny-dawcy. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że z samej analizy ustawy 14/2006 takiego wniosku wyprowadzić się nie da.

Zasadą jest niedopuszczalność ustalenia pochodzenia dziecka od zmarłego ojca ani uznawanie więzi prawnej pomiędzy dzieckiem urodzonym wskutek zastosowania technik regulowanych w ustawie 14/2006, a zmarłym ojcem, jeżeli w momencie śmierci jego gamety nie znajdowały się w macicy żony (art. 9 ust. 1). Oznacza to przede wszystkim, że dziecko nie dziedziczyłoby we wskazanej powyżej sytuacji po zmarłym mężczyźnie, pomimo że był on biologicznym ojcem dziecka. Innymi słowy, aby można było prawnie ustalić, iż ojcem dziecka jest zmarły mąż, jego materiał genetyczny w dniu śmierci powinien znajdować się w macicy kobiety.

Niezależnie od powyższego, mąż może udzielić zgody na użycie swojego materiału genetycznego w ciągu 12 miesięcy po swojej śmierci w celu zapłodnienia żony[436]. Z powyższej regulacji może skorzystać również mężczyzna, który nie pozostaje z kobietą w związku małżeńskim (art. 9 ust. 3). Jego zgoda zawarta w formie jednego z omówionych poniżej dokumentów będzie podstawą do wpisania go jako ojca dziecka do aktów stanu cywilnego na podstawie art. 44 ustawy 20/2011 z 21 lipca– Prawo o aktach stanu cywilnego.

Ograniczenie czasowe, w jakim może dojść do zapłodnienia *post mortem* zasługuje na aprobatę, ponieważ chroni prawa potencjalnych spadkobierców do spadku po zmarłym mężczyźnie. Chroni w tym sensie, że skraca czas niepewności co do kręgu spadkobierców. Oznacza to, że

[436] Zob. wyrok Sądu Najwyższego w Madrycie (hiszp. *«Tribunal Superior de Justicia de Madrid»*) z 16 czerwca 2003 r. (JUR 2004/156862); orzeczenie Sądu Katalońskiego w Barcelonie (hiszp. *«Audiencia Provincial de Barcelona»*) z 16 września 2004 r. (JUR 2004/292813); orzeczenie Sądu I Instancji w Walencji (hiszp. *«Juzgado de Primera Instancia de Valencia»*) z 29 października 2004 r. (AC 2004/952); orzeczenie Sądu I Instancji w Walencji (hiszp. *«Juzgado de Primera Instancia de Valencia»*) z 29 października 2004 r. (AC 2004/1983); orzeczenie Sądu La Coruña (hiszp. *«Audiencia Provincial La Coruña»*) z 3 listopada 2000 r. (AC 2001/183).

potencjalni spadkobiercy powinni wstrzymać się przez okres 12 miesięcy po śmierci spadkodawcy przed oficjalnym stwierdzeniem nabycia spadku i podziałem masy spadkowej. Kobieta, która pragnie skorzystać z zabiegu zapłodnienia *post mortem* lub też pragnie dokonać implantacji *post mortem* już stworzonych embrionów, powinna stosując odpowiednio przepisy art. 959 k.c.h. i art. 961 k.c.h.[437] poinformować potencjalnych spadkobierców o zamiarze poddania się zabiegowi zapłodnienia z użyciem nasienia zmarłego męża/partnera lub też o zamiarze implantacji stworzonych za jego życia embrionów, a następnie o urodzeniu dziecka. Jeżeli w przeciągu 12 miesięcy od śmierci mężczyzny, kobieta nie zajdzie w ciążę wskutek sztucznego zapłodnienia nasieniem zmarłego mężczyzny lub też implantacji embrionów, dziecko nie będzie mimo biologicznej więzi uznane w świetle prawa za pochodzące od niego i w konsekwencji nie będzie dziedziczyć po zmarłym mężczyźnie.

Zgody na powyższe, mężczyzna może dokonać: w dokumencie o który mowa w art. 6 ust. 3 (jest to dokument w którym mąż wyraża zgodę na poddanie się przez żonę zabiegowi *in vitro*); w akcie notarialnym; w testamencie; w oświadczeniu *pro futuro*[438]. Potomstwo urodzone wskutek zastosowania technik wspomaganego rozrodu w takiej sytuacji uważane jest za pochodzące z małżeństwa. Zgoda może być cofnięta przez męża do momentu zastosowania powyższych technik (art. 9 ust. 2) – zatem wydaje się, że do momentu sztucznego zapłodnienia, co stanowi już zastosowanie techniki wspomaganego rozrodu. Ponadto ustawodawca hiszpański zastrzegł, że za udzielenie zgody uważa się także sytuację, kiedy małżonka „żyjąca" (z hiszp. *«cónyuge supérstite»)* już zainicjowała poddanie się zabiegowi reprodukcji wspomaganej i rozpoczęto przenoszenie stworzonych preembrionów jeszcze za życia męża (art. 9 ust. 2). W doktrynie prawa hiszpańskiego zauważa się jednak, że w razie użycia nasienia mężczyzny i stworzenia embrionów jeszcze za jego życia, ich implantacja może zostać dokonana na żądanie kobiety po jego śmierci, nawet bez pozostawionej przez niego wyraźnej zgody. Podkreśla się bowiem, że w tym wypadku nie dochodzi

[437] Zgodnie z tymi przepisami, jeżeli wdowa wie że jest w ciąży, powinna poinformować o tym fakcie potencjalnych spadkobierców swojego zmarłego męża, a następnie o urodzeniu dziecka.

[438] Z hiszp. *«instrucciones previas»;* zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy 41/2002 o autonomii pacjenta poprzez złożone oświadczenie *pro futuro*, osoba pełnoletnia, zdolna do czynności prawnych, wyrażająca swoją wolę w sposób wolny, z wyprzedzeniem wyraża swoją wolę, z założeniem, że zostanie spełniona w momencie, w którym okoliczności nie pozwolą jej wyrazić woli osobiście w przedmiocie opieki i leczenia a w przypadku śmierci zdecydować o losach jej ciała lub narządów. Dla składanych oświadczeń *pro futuro* zastrzeżona została forma pisemna. Rygorem niezachowania formy pisemnej jest niezwiązanie lekarza przekazanym mu ustnie oświadczeniem. Przepis stanowi bowiem wyraźnie, iż gwarantuje się szanowanie złożonych oświadczeń pro *futuro,* które zawsze będą złożone w formie pisemnej. Każda osoba, która pragnie, aby lekarz postąpił w określony przez nią sposób na wypadek utraty przez nią przytomności bądź jej śmierci, powinna złożyć pisemnie oświadczenie *pro futuro*, po czym zarejestrować je w ogólnohiszpańskim Rejestrze oświadczeń *pro futuro,* który w praktyce sprawnie funkcjonuje– w roku 2013 zarejestrowanych zostało około 150 000 *instrucciones previas*. Co do zasady istnieją trzy możliwości złożenia omawianego oświadczenia: przed notariuszem, przed urzędnikiem Rejestru lub przed trzema świadkami. Następnie, tak złożone oświadczenie musi zostać obligatoryjnie zgłoszone do Rejestru; wpis ma charakter deklaratywny. Por. K. Duszyńska, *Zarys instytucji oświadczeń pro futuro w prawie polskim i instytucji instrucciones previas w prawie hiszpańskim*, Przegląd Sądowy 11-12/2014, s. 164 i n. oraz przytoczoną tam literaturę hiszpańską.

tak naprawdę do zapłodnienia *post mortem*, ponieważ gamety męskie zostały użyte jeszcze za życia mężczyzny[439]. Wniosek ten jest słuszny, należy ponadto dodatkowo zauważyć, że art. 9 ust. 2 na to pośrednio wskazuje; można przecież uznać, że w razie istnienia zamrożonych embrionów, są one już przygotowywane do implantacji do macicy kobiety; w tym celu uległy w końcu kriokonserwacji. Nie powinno również budzić wątpliwości, że jeżeli para dokonała już kilku nieudanych zabiegów wspomaganego rozrodu, tzn. implantacja embrionu zakończyła się niepowodzeniem (kobieta nie urodziła dziecka), po czym mężczyzna umiera, kobieta jest uprawniona do żądania dokonania implantacji pozostałych zamrożonych embrionów, a dzieci urodzone wskutek tego będą zarówno z biologicznego jak i prawnego punktu widzenia dziećmi zmarłego mężczyzny. Problemem powstającym na tym tle jest jednak brak określonego z góry terminu, w okresie którego kobieta może dokonać implantacji zamrożonych embrionów. Wskazany przez ustawodawcę hiszpańskiego okres 12 miesięcy dotyczy przecież możliwości dokonania zapłodnienia *post mortem sensu stricto*, czyli użycia gamet mężczyzny-dawcy. Wprowadza to niewątpliwie niepewność prawną co do kręgu spadkobierców po zmarłym mężczyźnie, zwłaszcza jeżeli kobieta zwleka z implantacją embrionów. Wskazane jest zatem analogiczne stosowanie terminu 12 miesięcy i niezwłoczna implantacja zamrożonych embrionów, zwłaszcza że tylko w ten sposób kobieta zapewnia dziecku realną możliwość udziału w dziale spadku po jego ojcu oraz możliwość ustalenia, że ojcem dziecka jest zmarły mężczyzna. W innym przypadku bowiem – mimo że kobieta nawet po upływie 12 miesięcy od śmierci mężczyzny-dawcy będzie mogła żądać dokonania implantacji embrionów – dziecko w świetle prawa nie będzie pochodziło od biologicznego ojca i w konsekwencji nie będzie dziedziczyć. Będzie się tak działo, ponieważ w momencie śmierci mężczyzny-dawcy, jego nasienie nie znajdowało się „jeszcze" w macicy kobiety.

Na pierwszy rzut oka, wydaje się, że brak zgody męża lub partnera na wykorzystanie jego nasienia w celu zapłodnienia kobiety po jego śmierci zasadniczo oznacza uniemożliwienie kontynuowania techniki wspomaganego rozrodu (przynajmniej nie z użyciem nasienia jej zmarłego męża lub partnera). Niemniej, ustawodawca w żadnym miejscu nie wskazał na niedopuszczalność zapłodnienia *post mortem* (jak zrobił przykładowo z macierzyństwem zastępczym), wskazując jedynie na niedopuszczalność ustalenia ojcostwa mężczyzny-dawcy. Tak naprawdę, pomijając kwestię sankcji administracyjnych przewidzianych w art. 26 ust. 2 lit. b) pkt 3 za stosowanie technik wspomaganego rozrodu bez stosownych zgód, które są w końcu przewidziane dla samych klinik, może zdarzyć się zapłodnienie kobiety nasieniem męża lub partnera po jego śmierci pomimo braku jego formalnej zgody. Możliwe jest oczywiście wytoczenie powództwa o ustalenie ojcostwa, żądając

[439] Por. Y. Muňoz de la Fuente, *La fecundación…, op. cit.* i wskazana tam literaturę.

w *petitum* pozwu uznania za ojca dziecka zmarłego mężczyzny; należy wtedy wykazać, że zapłodnienie *post mortem* nastąpiło z użyciem jego materiału genetycznego; niemniej nie ma pewności, że sąd ustali ojcostwo zmarłego mężczyzny[440]. W świetle treści art. 9 jest to wręcz wysoce wątpliwe. W doktrynie cywilnego prawa hiszpańskiego wskazuje się jednak na zasadę dobra dziecka (*favor filii*) i wbrew literalnemu brzmieniu art. 9 przyjmuje, że w razie urodzenia się dziecka należy chronić przede wszystkim jego interesy i ustalić ojcostwo zmarłego mężczyzny z wszystkimi tego konsekwencjami, w tym prawami dziecka do dziedziczenia po zmarłym biologicznym ojcu[441]. Nie można ponadto zapominać, że mężczyzna ten udzielił przecież zgodę na zapłodnienie homologiczne swojej żony/partnerki, mając świadomość, że wskutek zapłodnienia będzie uznany za ojca narodzonego dziecka.

Inaczej w tym przedmiocie kształtuje się jednak orzecznictwo hiszpańskie. Sąd Prowincji la Coruña w orzeczeniu z dnia 3 listopada 2000 r., AC 2001/183, (czyli na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy 35/1988 analogicznie regulującej zagadnienie zapłodnienia *post mortem*) uznał, że aby móc użyć materiału genetycznego zmarłego mężczyzny, niezbędna jest jego zgoda udzielona w formie przewidzianej prawem, w przeciwnym razie nie można ustalić prawnego pochodzenia dziecka od zmarłego mężczyzny-dawcy[442]. Podobnie stwierdził Sąd Najwyższy w Madrycie w orzeczeniu z dnia 16 czerwca 2003 r., JUR 2004/156862, uznając, że niepoinformowanie małżonków o konieczności udzielenia zgody na zapłodnienie *post mortem* nie ma znaczenia w kontekście bezwzględnego wymogu udzielenia przez mężczyznę-dawcę nasienia zgody. Dalej stwierdził, że brak pisemnej zgody zmarłego mężczyzny-dawcy na zapłodnienie *post mortem*, czyni niezasadnym żądanie jego żony w przedmiocie dokonania zabiegu sztucznego zapłodnienia z użyciem jego nasienia[443]. Ponadto, Sąd Prowincji Walencji w orzeczeniu z dnia 23 grudnia 2003 r. oddalił wniosek wdowy o wyrażenie zgody na zapłodnienie *post mortem* z użyciem nasienia jej

---

[440] Tak, F. Rivero Hernández [w:] *Lacruz…, op. cit.*, s. 537.

[441] Tak, M. Pérez Mongue, *La filiación…, op. cit.*, s. 312.

[442] W sprawie tej José Antonio zachorował na białaczkę. 2 listopada 1998 r. zamroził swój materiał genetyczny w celu jego późniejszego użycia po wyleczeniu się. Niestety kilka dni później zmarł, nie pozostawiając zgody na użycie nasienia przez jego żonę Palomę po jego śmierci. Paloma złożyła do sądu wniosek o wyrażenie zgody na użycie nasienia zmarłego małżonka. Argumentowała, że klinika nie poinformowała ich o konieczności udzielenia formalnej pisemnej zgody na zapłodnienie *post mortem.* Sąd I instancji wyraził zgodę, wskazując, że zgoda mężczyzny nie jest warunkiem do samego dokonania zapłodnienia *post mortem*, a jedynie warunkuje ustalenie pochodzenie dziecka od zmarłego mężczyzny-dawcy. Sąd II instancji orzeczeniem z dnia 3 listopada 2000 r. uchylił jednak udzieloną przez Sąd I instancji zgodę. Por. Y. Muñoz de la Fuente, *La fecundación…, op. cit.*, s. 39.

[443] Stan faktyczny sprawy jest podobny jak powyższy. W lutym 1996 r. Constantino zachorował na białaczkę, na skutek czego zdecydował się na złożenie swojego nasienia do banku spermy. W trakcie choroby, jego żona Barbara przygotowywała się do poddania zabiegowi sztucznego zapłodnienia homologicznego wewnątrzustrojowego. Niestety, 1 sierpnia 1996 r. Constantino zmarł. Jego żona żądała kontynuowania dokonania zabiegu sztucznego zapładniania. Klinika odmówiła, co skutkowało złożeniem przez Barbarę wniosku do sądu o wyrażenie zgody na zapłodnienie *post mortem*. Argumentowała, że ani ona, ani jej mąż nigdy nie zostali poinformowani przez klinikę o konieczności wyrażenia formalnej pisemnej zgody na użycie nasienia Constantino w razie jego śmierci. Por. Y. Muñoz de la Fuente, *ibidem*, s. 40.

zmarłego męża, która powoływała się na prawo do założenia rodziny przez jednego rodzica (z hiszp. «*familia monoparental*»). Sąd wskazał, że o ile zrozumiałe jest, że pragnie ona urodzić dziecko pochodzące biologicznie od jej zmarłego męża, może skorzystać przecież z nasienia dawcy anonimowego. Sąd ten wskazał, że sama chęć wdowy nie sanuje braku zgody jej zmarłego męża, która jest warunkiem bezwzględnie wymaganym przez prawo[444]. We wszystkich powyższych sprawach, formalna zgoda udzielona przez mężczyznę-dawcę na dokonanie zabiegu zapłodnienia *post mortem*, została uznana przez sądy hiszpańskie za warunek *sine qua non* przeprowadzenia sztucznego zapłodnienia kobiety z użyciem nasienia zmarłego mężczyzny – mimo że nie wynika to bezpośrednio z przepisów ustawy. Zwrócił także na to uwagę Sąd I instancji w pierwszej wymienionej powyżej sprawie, gdzie wyraził zgodę na zapłodnienie *post mortem*, wskazując, że zgoda mężczyzny nie jest warunkiem do samego dokonania takiego zabiegu, a jedynie warunkuje ustalenie pochodzenie dziecka od zmarłego mężczyzny-dawcy. Orzeczenie w przedmiocie udzielenia zgody zostało jednak uchylone przez sąd II instancji: Sąd Prowincji la Coruňa w orzeczeniu z 3 listopada 2000 r.

Nawiązując jeszcze do zgody, o której mowa w art. 9, w doktrynie wskazuje się na zbytni formalizm odnośnie do formy jej udzielenia. Jak było wskazane, możliwe jest to jedynie w: dokumencie, w którym mąż/partner wyraża zgodę na poddanie się przez żonę/partnerkę zabiegowi *in vitro,* w akcie notarialnym, w testamencie lub w oświadczeniu *pro futuro.* Należy wskazać, że wymóg ten uniemożliwia przeprowadzenie zabiegu oraz ustalenie pochodzenia dziecka od zmarłego męża/partnera matki, pomimo więzi biologicznej (pochodzenie gamet) i elementu wolicyjnego (zgoda na zapłodnienie homologiczne) w przypadku, kiedy uznał on dziecko poczęte wskutek zapłodnienia *post mortem* przykładowo w dokumencie prywatnym. Formalizm ten zasadnie budzi sprzeciw[445].

Należy podkreślić, że ustawa 14/2006 określa jedynie skutki użycia materiału genetycznego po śmierci mężczyzny-dawcy, ale nie gamet żeńskich. Pośrednio można z tego faktu wnioskować nieakceptowanie przez ustawodawcę hiszpańskiego zapładniania komórek jajowych pochodzących od zmarłej kobiety. Oznacza to, że kobieta nie może udzielić skutecznej zgody na użycie jej oocytów przez jej męża lub partnera po jej śmierci. Wiąże się to również z przesądzeniem przez ustawodawcę hiszpańskiego niedopuszczalności zawierania umów o macierzyństwo zastępcze.

3.2.4c. Macierzyństwo zastępcze

Przy okazji regulacji pochodzenia dziecka urodzonego na skutek zastosowania technik wspomaganego rozrodu, ustawodawca hiszpański odniósł się krótko do zjawiska tzw. macierzyństwa

[444] Por. Y. Muňoz de la Fuente, *ibidem*, s. 41.
[445] Tak, C. Martínez de Aguirre [w:] *Problemas…*, *op. cit.,* s. 301-302.

zastępczego (hiszp. *«madres de alquiler»*). W artykule 10 ust. 1 jednoznacznie przesądził o bezwzględnej nieważności zawieranych umów o zastępcze macierzyństwo, wskutek których kobieta zrzeka się pochodzenia dziecka od siebie na korzyść drugiej strony lub osoby trzeciej, niezależnie od tego czy umowa zakłada odpłatność czy nieodpłatność. Ponadto, pochodzenie dziecka urodzonego na skutek ciąży „zastępczej" jest ustalane przez fakt porodu (art. 10 ust. 2)[446]. W konsekwencji, matką będzie kobieta ciężarna, która dziecko urodziła, a nie kobieta, która jej zapłaciła. Odnośnie do ustalenia ojcostwa, również nie zostanie ono ustalone na korzyść mężczyzny, który zapłacił ciężarnej kobiecie; nie wyłącza to jednak możliwości wytoczenia powództwa przez biologicznego ojca (dawcę nasienia) o ustalenie ojcostwa na zasadach ogólnych.

1.2.5. Kriokonserwacja

Ustawodawca hiszpański dopuścił możliwość kriokonserwacji nasienia i jego przechowywania w bankach gamet, ale tylko przez okres życia mężczyzny dawcy (art. 11 ust. 1). Kriokonserwacji mogą również ulec oocyty i tkanki jajnika jednak ich użycie wymaga uprzedniej zgody odpowiednich władz (art. 11 ust. 2). W przypadku preembrionów nadliczbowych wytworzonych w toku procesu *in vitro*, które nie uległy implantacji do macicy kobiety, możliwe jest ich zamrożenie i przechowywanie w odpowiednich autoryzowanych bankach. Czas kriokonserwacji oocytów, tkanek jajnika i preembrionów nadliczbowych może być przedłużany aż do momentu kiedy specjaliści stwierdzą, że kobieta nie spełnia już wymagań, aby korzystać z technik wspomaganego rozrodu (art. 11 ust. 3). Należy wskazać, że w ustawie 14/2006 zakazano różnicowania preembrionów ze względu na datę ich wytworzenia i ich kriokonserwację w zależności od celów ich użycia, jak czyniła to poprzednia ustawa.

Ustawodawca przewidział możliwe cele na jakie mogą zostać przeznaczone zamrożone preembriony jak też zamrożone nasienie, oocyty i tkanki jajnika[447]:

1. użycie przez samą kobietę lub jej współmałżonka;
2. darowanie w celach reprodukcji;
3. darowanie w celach badawczych;
4. wstrzymanie ich konserwacji bez ostatecznego użycia, innymi słowy zniszczenie – tutaj jedynie po upływie maksymalnego okresu, w jakim można je przechowywać, jeśli nie został wybrany cel z pkt 1-3 (art. 11 ust. 4).

Wyboru przeznaczenia zamrożonych preembrionów i gamet dokonuje kobieta i jej mąż o ile

[446] Regulacja ta jest zbieżna z polską; por. art. 61^9 k.r.o., zgodnie z którym matką dziecka jest kobieta, która je urodziła.
[447] Odnośnie celów na jakie mogą zostać przeznaczone zamrożone embriony por. R. Germán Zurriaráin, *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, Madrid, 2007.

jest zamężna przed wytworzeniem preembrionów (art. 11 ust. 5). Zgoda na przeznaczenie preembrionów lub gamet na któryś z ww. celów może być zmieniona w którymkolwiek momencie aż do ich użycia. Ponadto w przypadku preembrionów, co najmniej co 2 lata kobieta lub para dawców gamet jest zobowiązana do ponowienia wyrażonej zgody na ich przeznaczenie na określony cel. Jeżeli dwukrotnie nie jest możliwe ponowne uzyskanie zgody na określone przeznaczenie preembrionów, pozostają one w dyspozycji kliniki, w której są zamrożone, która może je przeznaczyć na wybrany przez siebie cel (art. 11 ust. 6). W ustawie 14/2006 usunięto ustanowiony w poprzedniej regulacji prawnej obowiązek przekazywania preembrionów nadliczbowych Krajowemu Centrum Transplantacji i Medycyny Regeneracyjnej (z hiszp. *«Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa»).* Oznacza to, że jeśli dawcy nie wyrażą zgody w przedstawiony powyżej sposób, prawo gwarantuje klinikom pełne władztwo na embrionami. W konsekwencji, zamrożone embriony stają się niewyczerpanym źródłem embrionalnych komórek macierzystych, które mogą służyć badaniom[448].

Co istotne, kliniki zajmujące się zapłodnieniem *in vitro* i zamrażaniem gamet ludzkich i preembrionów są zobowiązane do posiadania ubezpieczenia lub gwarancji pieniężnej która zapewni im wypłacalność w razie konieczności wypłacenia parze odszkodowania za szkody związane z niewłaściwą kriokonserwacją, jednak tylko w razie prawidłowego poznawania zgody, o której mowa w powyższym artykule (art. 11 ust. 8).

1.2.6. Diagnostyka preembrionów

W artykule 12 ustawodawca hiszpański uregulował możliwość dokonywania na preembrionach diagnostyki przedimplantacyjnej w celu wykrycia dziedzicznych ciężkich chorób, na które po urodzeniu nie ma lekarstwa lub innych zmian które mogą wiązać się z żywotnością preembrionu.

Nowością jest wprowadzona w art. 12 ust. 2 możliwość selekcji genetycznej preembrionów w celach terapeutycznych dla osób trzecich. Mowa o zjawisku tzw. „dzieci-lekach", (z hiszp. «*bebés-medicamento*»). Wspomniana selekcja genetyczna odbywa się za pomocą diagnostyki przedimplantacyjnej mającej na celu zapewnienie kompatybilności immunologicznej preembrionów w celach terapeutycznych dla osób trzecich. Innymi słowy, technika ta polega na stworzeniu embrionu *in vitro* wyselekcjonowanego genetycznie w taki sposób, aby urodzone wskutek tego dziecko było w przyszłości dawcą organów kompatybilnym z chorym bratem lub chorą siostrą. Technika ta może być stosowana w określonych przypadkach pod ścisłą kontrolą i jedynie za

[448] Por. R. Germán Zurriaráin, *La progresiva…, op. cit.*, s.167-168.

zezwoleniem administracyjnym odpowiednich władz. Mimo niewątpliwych zalet tej innowacyjnej techniki, pojawiają się głosy sceptycznie do niej nastawione, a to wobec konieczności odrzucenia znacznej liczby embrionów tylko wobec ich genetycznej niekompatybilności z chorym bratem lub chorą siostrą. Wątpliwą kwestią jest również tworzenie osoby w celu innym niż jej własne dobro i rozwój[449].

Artykuł 13 dopuszcza natomiast stosowanie technik terapeutycznych na embrionach jednak pod licznymi warunkami. Ustawodawca hiszpański zakłada również możliwość wykorzystania gamet ludzkich do celów badawczych; zastrzega jednak, że gamety używane w badaniach i eksperymentach nie mogą być używane w celu ich implantacji do ciała kobiety ani w celu tworzenia preembrionów dla celów prokreacyjnych (art. 14). W przypadku prowadzenia badań lub eksperymentów nad preembrionami nadliczbowymi pochodzącymi ze stosowania technik reprodukcji wspomaganej, ich dopuszczalność jest ograniczona koniecznością spełnienia wielu przesłanek, m.in. niezbędna jest zgoda pary lub kobiety przeznaczenia ich na ten cel, o czym była mowa wyżej; ponadto badania te mogą dotyczyć jedynie preembrionu który nie rozwijał się *in vitro* dłużej niż 14 dni od zapłodnienia komórki jajowej, niewliczając czasu kriokonserwacji (art. 15)[450].

1.2.7. Inne postanowienia ustawy 14/2006

Następne przepisy ustawy 14/2006 dotyczą: wymogów jakie muszą spełniać kliniki specjalizujące się w stosowaniu technik wspomaganego rozrodu oraz personel tam zatrudniony (art. 17-19); Krajowej Komisji ds. wspomaganego rozrodu (art. 20); Krajowego rejestru dawców (art. 21), Krajowego rejestru klinik reprodukcji wspomaganej (art. 22).

Ustawodawca hiszpański dostrzegł rozwój klinik zajmujących się technikami wspomaganego rozrodu w sektorze prywatnym i założył interwencję władz publicznych w celu wzmocnienia interesów osób starających się w tych klinikach o potomstwo głównie za pomocą obszernego informowania klientów o dostępnych technikach, ich przebiegu, możliwych konsekwencjach i szansach na powodzenie. W tym celu obok utworzonego w ustawie 35/1988 Rejestru dawców gamet i preembrionów w celu reprodukcji (z hiszp. *«Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana»)*, utworzono Rejestr klinik reprodukcji wspomaganej (z hiszp. *«Registro de actividad de los centros de reproducción asistida»)*[451].

---

[449] *Ibidem*, s.169.

[450] *Ibidem*, s. 168. Autor krytykuje to rozwiązanie, podnosząc, że znaczenie embrionu *in vivo* i *in vitro* uzależniony jest jedynie od celu na jaki będzie on przeznaczony, który z kolei zależy od spełnienia wymagań *stricto* administracyjnych. Ustawa 14/2006 zezwala tym samym na wydobycie komórek macierzystych z nadliczbowego preembrionu, powodując jego natychmiastową śmierć.

[451] W nowo utworzonym rejestrze będą odnotowywane dzieci urodzone się z każdego z dawców, tożsamość par bądź kobiet odbiorczyń, lokalizacje każdego z nich w momencie oddania gamet i ich użycia; ponadto będą odnotowywane

W kontekście odpowiedzialności prawnej ponoszonej przez kliniki, należy zauważyć, że pomimo że zatrudniona w klinikach załoga biomedyczna i ich dyrekcja działają interdyscyplinarnie, to ta ostatnia będzie bezpośrednio odpowiedzialna za działania zatrudnionych specjalistów. Wspólnie odpowiadają jednak w następujących przypadkach: jeśli ujawnią tożsamość anonimowego dawcy; jeśli zastosują techniki wspomaganego rozrodu sprzecznie z zasadami sztuki lekarskiej; naruszą interesy dawców przez pominięcie dostępnych wyników badań; lub przekażą ich potomkom choroby wrodzone lub dziedziczne (art. 18 ust. 2).

Wreszcie art. 24 i n. zawierają przepisy dotyczące naruszeń których mogą dopuścić się kliniki i ich personel. Za poszczególne naruszenia odpowiada ich sprawca. Jeżeli do spełnienia świadczenia na mocy tej ustawy zobowiązało się kilka osób wspólnie, ich odpowiedzialność jest solidarna. Dyrektorzy klinik odpowiadają solidarnie za naruszenia dokonane przez załogi biomedyczne zatrudnione u nich. Przewidziane w ustawie sankcje administracyjne w postaci grzywien wynoszą od 1000 euro dla lżejszych wykroczeń do 1 000 000 euro dla najcięższych (art. 27). Do najcięższych wykroczeń ustawodawca hiszpański zaliczył przykładowo: rozwój preembrionów *in vitro* dłużej niż 14 dni od zapłodnienia komórki jajowej nie wliczając okresu kriokonserwacji; stosowanie techniki spoza zatwierdzonej listy; stosowanie technik wspomaganego rozrodu w klinikach nieautoryzowanych; implantacja do macicy kobiety preembrionów wytworzonych z komórek jajowych innej kobiety; implantacja do macicy kobiety preembrionów lub gamet bez gwarancji ich żywotności; selekcja płci lub manipulacja genami w celach nieterapeutycznych (art. 26). Odpowiedzialność ta nie wyłącza odpowiedzialności cywilnej ponoszonej na zasadach ogólnych oraz odpowiedzialności karnej.

3.3. Podmiotowość prawna embrionu

Niektórzy przedstawiciele doktryny hiszpańskiej wskazują, że ustawa 14/2006 stanowi asumpt do złożenia wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie jej zgodności z Konstytucją[452]. Podkreślają, że życie ludzkie zasługuje na ochronę od jego samego początku, czyli od momentu zapłodnienia, a nie dopiero od momentu implantacji embrionu[453]. Wskazują ponadto, że ustawodawstwo hiszpańskie przeszło proces dewaluacji ochrony życia ludzkiego w jego początkowej fazie, innymi słowy proces stopniowego „uprzedmiotowienia" embrionu ludzkiego. Proces ten rozpoczął się od zezwolenia na tworzenie embrionów nadliczbowych i ich późniejsze zamrażanie

wszystkie dostępne techniki wspomaganego rozrodu, ich typologia, metody, odsetek powodzeń i inne informacje służące obywatelom poznaniu jakości każdej z klinik; wszystkie informacje mają być udostępnianie co najmniej raz w roku publicznie; dodatkowo kliniki będą zobowiązane do podania liczby przechowywanych preembrionów.

[452] Tak, J.M. Serrano, *Retos jurídicos de la bioética*, Madrid 2005, s. 209.

[453] Por. STC 53/85.

oraz na badania z udziałem embrionów nieżywotnych (ustawa 35/1988). Następnie zezwolono – z pewnymi ograniczeniami – na prowadzenie badań nad zamrożonymi embrionami żywotnymi (ustawa 45/2003). Niedługo potem legalnym stało się tworzenie i wykorzystywanie embrionów żywotnych do badań (ustawa 14/2006). W końcu zezwolono na tworzenie embrionów w celu ich klonowania z przeznaczeniem badawczym (ustawa 14/2007). Podkreślają oni ponadto, że ustawy te kładą nacisk na potencjalne korzyści naukowe i badawcze płynące z prowadzenia badań nad embrionalnymi komórkami macierzystymi, nawet jeśli dzieje się to kosztem niszczenia ludzkich embrionów. Postulują wobec powyższego, aby ustawodawca hiszpański wprowadził środki prawne realnie chroniące embrion ludzki od początku jego powstania, czyli od zapłodnienia *in vitro* komórki jajowej. Sztuczne wprowadzanie podziałów i pojęć typu «preembrion» nie jest rozwiązaniem prawidłowym, a stanowi w istocie jedynie manipulację językową. Niezależnie czy embrion żyje 2 dni czy 22, zasługuje na taką samą ochronę i zasadniczo przysługuje mu jednakowa podmiotowość prawna, jakkolwiek byśmy ją określili[454].

Powyższe uwagi skłaniają do konkluzji, iż pomimo rozróżnienia przez ustawodawcę hiszpańskiego pojęcia «preembrionu» i «embrionu» w ustawie 14/2006, nie ma podstaw do różnicowania ich sytuacji cywilnoprawnej. Innymi słowy: nie ma podstaw do przyznawania większej bądź mniejszej podmiotowości prawnej, biorąc za kryterium jedynie to, ile czasu upłynęło od zapłodnienia komórki jajowej. Niewątpliwie rozróżnienie to nastąpiło, aby umożliwić dokonanie – w ściśle wskazanych przypadkach – badań nad embrionami, ich kriokonserwację oraz klonowanie w celach terapeutycznych w fazie przedimplantacyjnej. Można zatem stwierdzić, że są to wyjątki od ogólnie przyjętej zasady chronienia embrionów ludzkich w każdej ich fazie. Nie można jednak tego utożsamiać ze zróżnicowaniem posiadania przez embrion i preembrion podmiotowości prawnej.

W świetle powyższego, uzasadniony wydaje się wniosek, że w prawie hiszpańskim embrion (w każdej fazie) jest jednocześnie *nasciturusem* w znaczeniu cywilno-prawnym, zasługującym na należną mu ochronę prawną. W doktrynie hiszpańskiego prawa cywilnego wskazuje się, że *nasciturus* jest dzieckiem już poczętym, lecz jeszcze nienarodzonym; jest to określenie na jednostkę ludzką w okresie prenatalnym: od poczęcia do urodzenia - niezależnie czy zakwalifikuje się *nasciturusa* jako preembrion, embrion czy też płód[455]. Należy przychylić się do stwierdzenia podnoszonego w doktrynie hiszpańakiej, że procesem, który tworzy nową jednostkę ludzką jest zapłodnienie, ponieważ już w momencie połączenia ludzkich gamet powstaje indywidualna, właściwa tylko temu embrionowi struktura genetyczna i jego własna tożsamość[456]. Niektórzy wręcz twierdzą, że embrion

[454] Por., R. Germán Zurriaráin, *La progresiva…, op. cit.*, s. 179-181.
[455] Por., A. Calvo Meijide, *El nasciturus como…, op. cit.*, s. 291.
[456] Tak, N. López Moratalla, *FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo. La*

nie stanowi jedynie potencjału życia ludzkiego, jak czasami się wskazuje, a już właściwą istotę ludzką; jest bowiem nową osobą, odrębną od swoich rodziców, z właściwym jedynie jemu kodem genetycznym i systemem immunologicznym, co stanowi o jego tożsamości. Oczywiście jest to „wyjątkowa" osoba ludzka ze względu na środowisko w jakim rozwija się i do momentu urodzenia przebywa; jednak ta okoliczność nie powinna pozbawiać embrionu podmiotowości prawnej[457]. *Nasciturus* jest osobą w okresie embrionalno-płodowym, co świadczy według niektórych przedstawicieli doktryny, że powinny mu przysługiwać wszystkie prawa właściwe każdej jednostce ludzkiej[458].

Gdy mowa o *nasciturusie*, należy zadać pytanie, czy porządek prawny hiszpański przyznaje mu odrębną osobowość prawną? Zdolność prawna (z hiszp. *«la personalidad jurídica»)* jest w prawie cywilnym hiszpańskim rozumiana identycznie jak w polskim porządku prawnym; jest to zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków, właściwa każdej osobie. Rozróżniania jest od zdolności do czynności prawnych (z hiszp. *«la capacidad de obrar»),* która umożliwia wykonywanie tych praw i spełnianie zobowiązań i nie przysługuje już każdej osobie, a tylko tym spełniającym określone przesłanki. Jednocześnie w doktrynie prawa hiszpańskiego pojęcia zdolności prawnej i podmiotowości są używane zamiennie. Żeby odpowiedzieć na pytanie, czy zdolność prawna przysługuje *nasciturusowi*, należy sięgnąć do przepisów prawa cywilnego hiszpańskiego, regulujących początek posiadania przez osobę zdolności prawnej.

Zgodnie z art. 29 k.c.h., osoby fizyczne *(«personas físicas», «naturales»*) zyskują zdolność prawną z chwilą narodzin. Jednakże poczęty (*«concebido»*) jest uznawany za narodzonego dla skutków dla niego korzystnych, pod warunkiem, że urodzi się, przy spełnieniu warunków określonych w art. 30 k.c.h. Obecnie przepis ten stanowi, że osobowość prawną nabywa się z chwilą żywego urodzenia przy całkowitym oderwaniu od łona matki. Należy zauważyć, że treść przepisu art. 30 k.c.h. została zmieniona ustawą 20/2011 z 21 lipca 2011 r.[459]. W dawnym brzmieniu przepis ten stanowił, że uznaje się za narodzony tylko płód (*«*feto*»*) o kształcie ludzkim, który żył przez 24 godziny całkowicie poza organizmem matki. Zatem w poprzednim stanie prawnym, nawet jeśli dziecko urodziło się, ale zmarło przed upływem 24 godzin od momentu odłączenia od łona matki, nie nabywało zdolności prawnej i w konsekwencji nie mogło przykładowo dziedziczyć[460].

Zatem dziecko już „poczęte", ale jeszcze nienarodzone za każdym razem uznawane jest za

---

Humanidad In Vitro, Comares, Granada 2002, s. 129; A. Calvo Meijide, *El nasciturus como…, op. cit.*, s. 291-293; A. Serra, *El Estado Biológico del embrión Humano. Cuando comienza el ser humano? Comentario Interdisciplinar a la Evangeluim Vitae*, BAC, Madrid 1996, s. 573.

457 Tak, A. Calvo Meijide, *El nasciturus como…, op. cit.*, s. 291-293.

458 *Ibidem*, s. 293.

459 BOE nr 175 z dnia 22 lipca 2011 r.

460 Por. M. Supera-Markowska, *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego*, 2. wyd., Warszawa 2013, s. 54.

już narodzone zawsze, jeżeli przemawia to na jego korzyść. Jaki jest charakter prawny tych „korzystnych dla niego skutków”? W doktrynie prawa hiszpańskiego wskazuje się na różne koncepcje. Zgodnie z pierwszą z nich zdolność prawną osoba nabywa dopiero z momentem narodzin, ale przyjmuje się fikcję prawną, że prawa przysługiwały *nasciturusowi* już od jego poczęcia; przysługuje mu zatem swoista podmiotowość prawna. Według drugiej koncepcji, „korzystne dla niego skutki” oznaczają dopiero ekspektatywę prawa bądź praw bez jeszcze zdefiniowanego podmiotu; innymi słowy są prawami w procesie tworzenia się (z hiszp. *«derechos en formación»)*, zwłaszcza dla tych przedstawicieli doktryny wyróżniających tzw. „stan ewolucyjny prawa” (z hiszp. *«un estado evolutivo del derecho»)*, który jest stanem między definitywnym istnieniem prawa, a jego definitywnym brakiem, kiedy można mówić jedynie o ekspektatywie istnienia prawa w przyszłości. Wyróżniają oni trzy stopnie tworzenia się prawa: 1. zwykłe oczekiwanie na nabycie prawa bez znaczenia prawnego; 2. ekspektatywę praw, jednak z niepewnością co do ich definitywnego nabycia – są one na tym etapie jedynie prowizoryczne, ale chronione przez prawo; 3. ostatnia z faz jest stanem bezpośrednio poprzedzającym definitywne nabycie prawa, którego istnienie jest pewne, jednak jeszcze nie jest ono wymagalne. Inni wskazują na specyficzną tymczasową sytuację prawną *nasciturusa* i konieczność przyznania mu pewnego „statusu” aż do momentu urodzenia, kiedy to tymczasowa sytuacja prawna zamieni się w definitywną[461]. Przy analizie „korzystnych dla *nasciturusa* skutków” w doktrynie powstał dodatkowo spór dotyczący tego czy nad *nasciturusem* można sprawować *patria potestad*[462] – jest to w końcu dla nienarodzonego dziecka korzystne. Niemniej większość przedstawicieli doktryny, jak też linia orzecznicza przyjmuje, że władza rodzicielska jako instytucja przewidziana jest wyraźnie jedynie dla dzieci już urodzonych[463]. Kwestia ta jest analogicznie postrzegana w polskiej doktrynie prawa rodzinnego.

W doktrynie wskazuje się ponadto na konieczność odróżnienia praw człowieka, które są niezbywalne i przysługują osobie z tej prostej przyczyny, że jest ona istotą ludzką od praw cywilnych (przysługujących osobie na mocy prawa pozytywnego).

W przypadku tych pierwszych, według niektórych przedstawicieli doktryny, przysługują one *nasciturusowi* bezwarunkowo od momentu poczęcia, ponieważ jest on już indywidualną i odrębną osobą, której zapewnione jest i zagwarantowane art. 10 Konstytucji hiszpańskiej i normami

---

[461] A. Calvo Meijide, *El nasciturus como…, op. cit.*, s. 293-294.

[462] Zgodnie z art. 154 k.c.h. władzy rodzicielskiej (*«patria potestad»*) podlegają nieusamodzielnione dzieci i powinna ona być wykonywana zawsze z korzyścią dla dzieci, z uwzględnieniem ich osobowości i obejmuje następujące obowiązki rodziców: dbanie o dzieci, przebywanie z nimi, zabezpieczenie ich potrzeb, edukowanie i zapewnienie im całościowego wykształcenia, reprezentowanie i zarządzanie ich majątkiem. Por. M. Supera-Markowska, *Zarys…, op. cit.*, s. 64-65.

[463] Por. R. Barcia Lehmann*, Derecho a la vida del nasciturus en España*, Ius et Praxis 2000, vol. 6, nr 2, s. 11-28; http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19760202 (dostęp: 18.02.2023 r.).

międzynarodowymi poszanowanie godności ludzkiej[464]. Mowa przede wszystkim o prawie *nasciturusa* do życia – podstawowym prawie każdego człowieka, które budzi najwięcej kontrowersji. W tym miejscu należy wskazać na rozwój orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w Hiszpanii w tym zakresie. W wyroku z dnia 11 kwietnia 1985 r. [465], Trybunał Konstytucyjny stwierdził przy okazji określania reżimu ochronnego dla *nasciturusa*, że życie ludzkie rozpoczyna się wraz z początkiem ciąży, która zakłada istnienie odrębnego podmiotu od matki. Życie *nasciturusa* jest „dobrem prawnym", które należy chronić w świetle art. 15 Konstytucji, w którym mowa o prawie do życia, jednak życie *nasciturusa* nie jest traktowane w kategorii praw podstawowych człowieka. Mimo że *nasciturus* nie jest podmiotem tego prawa (ponieważ tyczy się ono tylko osób narodzonych), jest dobrem prawnym konstytucyjnie chronionym. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego *nasciturus* nie posiada osobowości prawnej, ponieważ w świetle kodeksu cywilnego hiszpańskiego, jej nabycie warunkowane jest żywym urodzeniem[466]. Należy jednak zauważyć, że w orzeczeniu tym, Trybunał Konstytucyjny w żaden sposób nie różnicował embrionu od preembrionu czy płodu, gwarantując *nasciturusowi* na każdym etapie rozwoju prenatalnego taką samą ochronę prawną. W orzeczeniu z dnia 19 grudnia 1996 r.[467] Trybunał Konstytucyjny podtrzymał koncepcję, że życie *nasciturusa* jest dobrem prawnym, ale wyraźnie podkreślił, że prawo do życia, o którym mowa w art. 15 Konstytucji zagwarantowane jest jedynie osobom narodzonym i nie przysługuje *nasciturusowi*. Ponadto Trybunał Konstytucyjny dokonał rozróżnienia embrionów żywotnych, od tych nieżywotnych, które nie zasługują już na taką samą ochronę prawną jak te pierwsze. W orzeczeniu z dnia 17 czerwca 1999 r.[468] Trybunał Konstytucyjny podtrzymał dotychczasową linię orzeczniczą, ostatecznie wskazując, że prawo do życia zagwarantowane jest jedynie osobom narodzonym. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny odmówił ochrony konstytucyjnej preembrionom nieżywotnym, stwierdzając, że jedynie embrion żyjący 14 dni może być uznawany przez porządek prawny za dobro prawne zasługujące na ochronę; jego ochrona powinna się ponadto zwiększać proporcjonalnie do jego rozwoju. Trybunał podkreślił ponadto, że preembrion nie jest osobą, tak samo jak gamety ludzkie niezależnie czy pochodzące od kobiety czy mężczyzny. Konsekwentne podejście Trybunału Konstytucyjnego jest spójne z podjęciem przez ustawodawcę hiszpańskiego decyzji o całkowitej depenalizacji dokonania aborcji w Hiszpani, co nastąpiło 3 marca 2010 r. na mocy ustawy 2/2010 o zdrowiu seksualnym i dobrowolnym przerywaniu ciąży (z hiszp.: *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de*

---

[464] Tak, A. Calvo Meijide, *El nasciturus como…, op. cit.*, s. 294-296. Analogicznie jest to postrzegane na gruncie prawa polskiego, o czym była mowa w pierwszym rozdziale.
[465] STC 53/1985.
[466] Por. R. Germán Zurriaráin, *La progresiva…, op. cit.*, s. 157-158.
[467] STC 212/1996.
[468] STC 116/1999.

marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo)[469].

Następnie należy odnieść się do praw cywilnych, czyli tych przysługujących osobie na mocy prawa pozytywnego. W kontekście *nasciturusa* należy przede wszystkim wskazać na prawo do dziedziczenia oraz prawo do przyjęcia darowizny, gdyż w praktyce ma to największe znaczenie. Czy również one przysługują *nasciturusowi* bezwarunkowo? Oczywistym jest, że realizować tych praw *nasciturus* osobiście nie może, jednak czy może być ich podmiotem? W doktrynie przyjmuje się, że w tym przypadku *nasciturus* nabywa je warunkowo już od momentu poczęcia, jednak pod warunkiem żywego urodzenia. Rozróżnienie to uzasadniane jest przede wszystkim ochroną pewności obrotu prawnego.

Powyżej zostało już stwierdzone, że embrion jest *nasciturusem* i to niezależnie w jakiej fazie się znajduje, przed- czy poimplantacyjnej. Do poczęcia dochodzi bowiem w momencie zapłodnienia, tj. połączenia gamet żeńskich i męskich, niezależnie od tego czy dzieje się to w sposób naturalny czy sztuczny, w tym *in vitro*. Twierdzenie, że embrion uzyskuje statut *nasciturusa* dopiero po jego implantacji jest nielogiczne. Zresztą – zakładając racjonalność ustawodawcy hiszpańskiego – jeżeli chciałby różnicować podmiotowość prawną embrionu w zależności od fazy w jakiej się znajduje, dokonałby stosownej zmiany w art. 29 k.c.h. zastępując pojęcie „dziecko poczęte" określeniem „dziecko poczęte znajdujące się już w łonie matki". Okazja ku temu była chociażby przy zmianie treści art. 30 k.c.h. w roku 2011, zwłaszcza że było to już po wejściu w życie ustaw 14/2006 i 14/2007, w których to ustawodawca hiszpański wyraźnie odróżnił embrion w fazie przed- i poimplantacyjnej.

Ponadto, uznanie przez ustawodawcę hiszpańskiego podmiotowości prawnej embrionu w

---

[469] BOE nr 55 z dnia 4 marca 2010 r.; http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514 (dostęp: 18.02.2023 r.). W świetle art. 13 i 14 tejże ustawy, każda kobieta może samodzielnie podjąć decyzję o przerwaniu ciąży, pod określonymi warunkami: 1. zabieg musi być wykonany przez lekarza specjalistę w klinice autoryzowanej; 2. kobieta musi wyrazić świadomą, pisemną zgodę; 3. kobieta w wieku 16 i 17 lat traktowana jest jak osoba o pełnej zdolności do czynności prawnych – może samodzielnie podjąć decyzję o przerwaniu ciąży, bez konieczności informowania przedstawicieli ustawowych; w przypadku kobiet młodszych informowani są przedstawiciele ustawowi; 4. zabieg przerwania ciąży można dokonać w ciągu 14 tygodni od rozpoczęcia ciąży i tylko po udzieleniu kobiety stosownych informacji, głównie o jej prawach i pomocy publicznej udzielanej ciężarnym kobietom przez państwo; 5. między udzielonymi informacjami, a zabiegiem muszą upłynąć 3 dni. W roku 2011 r., czyli po wprowadzeniu tej ustawy, w Hiszpanii przeprowadzono 118 359 zabiegów aborcji (ok. 12 kobiet na 1000 zdecydowało się na przerwanie ciąży), co stanowi największy odsetek w latach 1986-2012 (w roku 1986 liczba ta wynosiła jedynie 411); por. *El aborto sube un 5% en un año de crisis*, El País, 21/12/2012 oraz *El aborto en España*, El País, 22/12/2013. Należy dodać, że poprzednia ustawa 9/1985 z 5 lipca 1985 r., zmieniająca art. 417 kodeksu karnego (BOE nr 166 z dnia 12 lipca 1985 r., http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138 (dostęp: 18.02.2023 r.), obowiązująca od 5 lipca 1985 r. i regulująca tę kwestię, depenalizowała dokonanie aborcji jedynie w trzech przypadkach – identycznych jak polska ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78) – w brzmieniu do 27 stycznia 2021 r., którymi wówczas były nimi w świetle art. 4a tejże ustawy: 1) sytuacja, kiedy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej; 2) sytuacja, kiedy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu; 3) sytuacja kiedy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Pkt 2 tej ustawy stracił moc, po opublikowaniu 27 stycznia 2021 r. wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 1/20 z dnia 22 października 2020 r., w którym stwierdzono jego niekonstytucyjność.

fazie przedimplantacyjnej wynika pośrednio z przesądzenia, że w warunkach, o których mowa w art. 9 ustawy 14/2006, tj. dokonania zapłodnienia *post mortem*, dziecko urodzone wskutek zapłodnienia homologicznego pochodzi w świetle prawa od mężczyzny-dawcy nasienia, pomimo że zapłodnienie (zatem poczęcie) nastąpiło już po jego śmierci. Ochrona *nasciturusa* sięga tu zatem nie tylko fazy przedimplantacyjnej, ale również okresu przed samym poczęciem dziecka. Mimo że ustawodawca hiszpański w żadnym miejscu nie wskazał *expressis verbis* na podmiotowość prawną gamet ludzkich i embrionów w fazie przedimplantacyjnej, przesądzenie więzi prawnej między zmarłym mężczyzną, a dzieckiem, mimo że śmierć nastąpiła jeszcze przed poczęciem dziecka, wyklucza możliwość odmówienia embrionom w fazie przedimplantacyjnej podmiotowości prawnej.

Co więcej, zgoda mężczyzny na użycie jego materiału genetycznego po śmierci, o której mowa w art. 9 ustawy 14/2006, stanowi w istocie jednoczesne złożenie oświadczenia w przedmiocie uznania ojcostwa; nie można przecież uznać, że jest się ojcem „kogoś" kogo istnienie negujemy; komu odmawiamy podmiotowości. Zwłaszcza, że z uznaniem ojcostwa i ustaleniem, że od określonego mężczyzny – nie tylko z punktu widzenia biologicznego, ale również prawnego – pochodzi dziecko, wiążą się poważne skutki, zwłaszcza w kontekście prawa spadkowego. Zgodnie z art. 930-931 k.c.h. w pierwszej kolejności dziedziczą zstępni zmarłego: najpierw dzieci; oznacza to, że dziecko poczęte wskutek sztucznego zapłodnienia – nawet jeśli do tego doszło w warunkach określonych w art. 9 ustawy 14/2006 już po jego śmierci – będzie dziedziczyć po zmarłym ojcu. Stosując rozumowanie *a maiori ad minus*, skoro dziecko w tej sytuacji będzie dziedziczyć, mimo że urodziło się wskutek sztucznego zapłodnienia, które nastąpiło już po śmierci jego ojca, to tym bardziej uprawnione jest twierdzenie, że będzie dziedziczyć, jeżeli embriony w momencie śmierci już istniały, ale znajdowały się jeszcze w fazie przedimplantacyjnej. Zresztą ustawodawca hiszpański nie musiałby nawet tworzyć przepisu szczególnego, który dopuszczałby w tej drugiej sytuacji ustalenie pochodzenie dziecka od ojca biologicznego, a w konsekwencji dziedziczenie po nim: wynika to przecież z zasad ogólnych. Skoro bowiem w momencie śmierci mężczyzny dziecko było już poczęte (jedynie embriony jeszcze znajdowały się w fazie przedimplantacyjnej), stosuje się art. 29 k.c.h. Oznacza to, że embrion w fazie przedimplantacyjnej (który należy uważać za poczętego) należy uznać za narodzonego, bowiem wiąże się to ze skutkami dla niego korzystnymi (przy założeniu, że na dziecko poczęte przechodzą prawa, ale już nie obowiązki zmarłego spadkodawcy), oczywiście pod warunkiem, że urodzi się żywe przy spełnieniu warunków określonych w art. 30 k.c.h. Należy dodatkowo zauważyć, że analogicznie jak w polskim prawie spadkowym, to w momencie śmierci na spadkobiercę przechodzą prawa zmarłego (art. 657 k.c.h.), a zdolność spadkobiercy do spadkobrania ocenia się na moment śmierci spadkodawcy (art. 758 k.c.h.). Oznacza to, że już w momencie śmierci mężczyzny jego prawa przechodzą na: w pierwszej sytuacji jego

gamety pod warunkiem zapłodnienia (sztucznego homologicznego wewnątrzustrojowego lub homologicznego *in vitro*) w przeciągu 12 miesięcy od śmierci mężczyzny komórki jajowej jego żony, implantacji embrionu do macicy kobiety (w razie zapłodnienia *in vitro*) i żywego urodzenia dziecka (bowiem przecież w momencie śmierci mężczyzny-dawcy nie ma tu jeszcze embrionu); w drugiej sytuacji na embrion w fazie przedimplantacyjnej, pod warunkiem jego implantacji do macicy kobiety i żywego urodzenia dziecka. W konsekwencji – wobec ochrony prawnej w sytuacji, o której mowa w art. 9 ustawy 14/2006 samych gamet ludzkich oraz uwzględniając słuszność koncepcji, że nie ma praw bez ich podmiotu – wydaje się nietrafne i nielogiczne negowanie podmiotowości prawnej embrionu w fazie przedimplantacyjnej.

3.4. Uwagi końcowe

Hiszpańska regulacja jest niewątpliwie dość liberalna: możliwe jest tworzenie embrionów nie tylko w celu reprodukcji, ale również badawczym; dopuszczalna jest selekcja embrionów, ich diagnostyka jak też klonowanie w celach terapeutycznych. Ponadto ustawodawca pośrednio poprzez uregulowanie skutków zapłodnienia *post mortem* w zakresie kwestii pochodzenia dziecka, dopuszcza dokonywanie takich zabiegów, na co wprowadza termin 12 miesięcy. Jest to rozwiązanie dobre, o tyle, że z jednej strony daje kobiecie czas na oswojenie się ze śmiercią męża, ale jednocześnie umożliwia jej podjęcie decyzji o posiadaniu wspólnego potomstwa – o ile mężczyzna-dawca wyraził na to zgodę w wyraźnie zastrzeżonej formie. Zastrzeżenie terminu skraca okres niepewności prawnej, zwłaszcza w zakresie prawa spadkowego. Należy jednak podzielić wątpliwości podnoszone w doktrynie prawa hiszpańskiego, że nawet po dokonaniu zapłodnienia *post mortem* lub zaimplantowania embrionów po śmierci mężczyzny-dawcy, nie powinno się automatycznie z góry nie dopuszczać ustalenia ojcostwa mężczyzny-dawcy, który przecież jest biologicznym ojcem dziecka, co będzie skutkować pozbawieniem takiego dziecka praw do dziedziczenia po zmarłym ojcu biologicznym. W takiej sytuacji sąd powinien kierować się przede wszystkich dobrem dziecka i wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy, które mogą się przecież różnić w zależności od danego stanu faktycznego. Niezasadnym jest w końcu rozróżnianie sytuacji prawnej dziecka w zależności od tego w jaki sposób doszło do jego poczęcia.

Zdecydowanie na aprobatę zasługuje natomiast to, że ustawodawca hiszpański kierując się zasadą „dobra dziecka" zapewnia szeroką ochronę cywilno-prawną *nasciturusowi,* gdzie sięga ona nie tylko fazy przedimplantacyjnej, ale również okresu przed samym poczęciem dziecka, o czym świadczy przesądzenie w art. 9 ustawy 14/2006 więzi rodzinno-prawnej między zmarłym mężczyzną, a dzieckiem, co zapewnia mu prawo do dziedziczenia w przypadku zapłodnienia *post mortem*.

Na końcu należy negatywnie ocenić wprowadzenie pojęcia «preembrionu», który w istocie

stanowi embrion w okresie 14 od zapłodnienia i zróżnicowanie w samej ustawie 14/2006 ochrony prawnej zapewnionej embrionowi i preembrionowi, mimo braku takich naukowych wskazań. Pomimo funkcjonowania w hiszpańskim porządku prawnym pojęcia preembrionu, na gruncie prawa cywilnego brak uzasadnienia dla różnicowania podmiotowości prawnej *nasciturusa* w zależności od tego czy embrion znajduje się w fazie przed- czy poimplantacyjnej. Niezależnie od przyjętej koncepcji podmiotowości prawnej embrionu, jest ona taka sama: na gruncie prawa hiszpańskiego należy zatem przyjąć, że o ile skutki dla *nasciturusa* są korzystne, należy uznać, że embrion – niezależnie w jakiej fazie się znajduje: przed- czy poimplantacyjnej – jest narodzony; oczywiście pod warunkiem żywego urodzenia.

***

ROZDZIAŁ IV

SYTUACJA CYWILNOPRAWNA EMBRIONU W ŚWIETLE USTAWY O LECZENIU NIEPŁODNOŚCI

I. Wstęp

W świetle rozwoju technologii umożliwiających utworzenie zarodka *in vitro,* które zostały omówione w rozdziale drugim, współczesna dyskusja o *nasciturusie* jest niepełna bez analizy przepisów krajowych dotyczących MAP. Kwestie medyczne i regulacja technik wspomaganego rozrodu przenikają się bowiem z cywilno-prawnymi aspektami ochrony dziecka poczętego.

Polski ustawodawca uregulował omawiane kontrowersyjne kwestie sztucznej prokreacji w ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności[470] (dalej zwana u.l.n.), która weszła w życie 1 listopada 2015 r. W poniższym rozdziale dokonam analizy wybranych zagadnień uregulowanych w tej nowej polskiej ustawy[471], zaś w następnym ich wpływ na kwestię sytuacji prawnej *nasciturusa* znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej na gruncie konkretnych przepisów prawa cywilnego i rodzinnego.

Uchwalenie powyższej ustawy było poprzedzone szeroko zakrojoną debatą publiczną, której przedmiotem były kwestie tak podstawowe czy stosowanie MAP powinno być w ogóle w Polsce dopuszczalne[472]. Dyskusja na ten temat w polskiej doktrynie toczyła się od lat 60. XX w. i była podobnie burzliwa, jak w innych krajach[473]. Potrzeba prawnego uregulowania sfery MAP była paląca zwłaszcza, że kliniki leczenia niepłodności przeprowadzały zabiegi AI oraz IVF z uwagi na brak ustawowego zakazu w myśl zasady *quod lege non prohibitum, licitum est*. Propozycje rozwiązań legislacyjnych były rozmaite, projekty ustaw dotyczących wspomaganej prokreacji prezentowały zróżnicowane, niejednokrotnie skrajne podejścia do zagadnień bioetycznych, wpisując się w charakterystyczne światowe nurty regulacji, od liberalnego, przez umiarkowany, po

[470] Dz.U. 2015 poz. 1087.

[471] Szerzej o prokreacji wspomaganej medycznie w prawie polskim na gruncie tej ustawy por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.,* s. 615-760.

[472] Por. P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki…, op. cit.*, s. 97-110; J. Hołówka, *Manipulacje…, op. cit.*, s. 41-64; J. Haberko, K. Olszewski, *Moralne…, op. cit.*, s. 65-80; M. Boratyńska, *Umowa…, op. cit.*, s. 81 i n.; J. Haberko, K. Olszewski, *Jeszcze…, op. cit.*, s. 104-119; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawne…, op. cit.*, s. 120-139.

[473] O prokreacji wspomaganej medycznie w Polsce w okresie poprzedzającym uchwalenie ustawy por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit*., s. 615-631.

konserwatywny[474]. Na uwagę zasługuje w szczególności spostrzeżenie L. Boska, który zauważył, że punktem odniesienia do rozważań o modelu regulacyjnym sztucznej prokreacji powinny być gwarancje konstytucyjne[475].

Ostatecznie, uchwalona 25 czerwca 2015 r. ustawa o leczeniu niepłodności zakończyła dyskusje w przedmiocie tego czy w Polsce dopuszczalne jest stosowanie metod wspomaganej prokreacji, jednoznacznie dopuszczając taką możliwość. Problematyka MAP została w tej ustawie ujęta w sposób kompleksowy, uwzględniając zarówno podmiotowe i przedmiotowej przesłanki dostępu do procedur, jak i reguły filiacyjne oraz prawno-karne skutki naruszeń przyjętych w ustawie zasad, rozwiązania dotyczące instytucjonalnych warunków udzielania świadczeń, w tym funkcjonowania klinik leczenia niepłodności, banków komórek rozrodczych i zarodków, obowiązków władz publicznych w zakresie ochrony i promocji zdrowia reprodukcyjnego oraz mechanizmów zabezpieczenia podstawowych praw i wolności człowieka, w tym ochrony ludzkiej godności. Analiza przepisów ustawy dowodzi, że polska regulacja wpisuje się w nurt umiarkowany, w którym dąży się do wyważenia między gwarancją skuteczności technik leczenia niepłodności, a potrzebą zapewnienia ochrony takim wartościom, jak dobro dziecka, interes przeszłych rodziców, zdrowie oraz życie ludzkie. Ustawodawca w ustawie dał wyraz wolności prokreacyjnej, uznając MAP za istotny jej przejaw oraz potraktował priorytetowo efektywność technik wspomaganego rozrodu. Jednocześnie uznał konieczność zapewnienia zarodkom in vitro wysokiego standardu ochrony, wymaganego na gruncie prawa międzynarodowego i przepisów Konstytucji[476].

Poniżej dokonam analizy wybranych przeze mnie zagadnień na gruncie ustawy o leczeniu

---

[474] Zob., *ibidem*, s. 631-648, gdzie szczegółowo zostały opisane prace legislacyjne poprzedzające uchwalenie obecnie obowiązującej ustawy o leczeniu niepłodności.

[475] L. Bosek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie prenatalnym sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe* [w:] *Konstytucyjna ochrona życia*, Druk sejmowy nr 993, Sejm V Kadencji, 3/2007, s. 60. Publikacja ta stanowi dokumentację prac eksperckich nad projektem ustawy o zmianie Konstytucji RP, zakończonych przyjęciem przez Komisję sprawozdania zawierającego wskazanie potrzeby zmiany art. 30 a nie 38 Konstytucji. Zawartych tam zostało wiele ciekawych opinii prawnych, w których podjęto problem konstytucyjnej formuły chroniącej życie człowieka, w tym także kwestię momentu, od którego człowiekowi należne jest prawne rozpoznanie podmiotowości i zapewnienie mu stosownej ochrony prawnej. Należy wskazać, że projekt ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej zawarty w druku sejmowym nr 993 polegał na doprecyzowaniu brzmienia art. 38 Konstytucji przez dodanie słów „od momentu poczęcia". Po przeprowadzeniu pierwszego czytania Sejm skierował projekt do prac w komisji, podejmując 16 listopada 2006 r. uchwałę o powołaniu Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia poselskiego projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP. 2 marca 2007 r. przyjęto sprawozdanie z prac Komisji, która opowiedziała się za zmianą art. 30 Konstytucji wraz z dwoma wnioskami mniejszości. Zob. także R. Trzaskowski, *Opinia prawna na temat oceny cywilnoprawnych konsekwencji zmiany art. 38 Konstytucji RP* [w:] *Konstytucyjna ochrona życia*, Druk sejmowy nr 993, Sejm V Kadencji, 3/2007, s. 34-48. Dostępne on-line: http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/A39859274052914CC1257298003B120B/$file/ppc_3-2007.pdf (dostęp: 18.02.2023 r.). Zob. także: L. Bosek, *Konstytucyjne podstawy prawa biomedycznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2009, nr 2; L. Bosek, *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganej prokreacji*, Diametros 2009, nr 20.

[476] K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 649-650.

niepłodności, których omówienie uważam za istotne z punktu widzenia rozważanych w rozprawie kwestii.

II. Najważniejsze pojęcia

W przepisie art. 2 u.l.n., ustawodawca zdefiniował szereg pojęć kluczowych dla tematyki wspomaganego rozrodu. Poniżej nie będę przytaczać wszystkich zdefiniowanych pojęć, a jedynie pragnę zwrócić uwagę na te najważniejsze w kontekście omawianych zagadnień. Analizując problematykę sytuacji prawnej embrionu w fazie przedimplantacyjnej, kluczowe jest zrozumienie, kiedy, dlaczego i w jakich warunkach powstaje.

a) Zarodek

Niewątpliwie najważniejszym pojęciem zdefiniowanym w ustawie jest pojęcie embrionu, wielokrotnie przytaczane dotąd w pracy. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. zarodek jest grupą komórek powstałą wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia)[477] do chwili zagnieżdżenia się w śluzowce macicy. Polski ustawodawca nie używa w ustawie o leczeniu niepłodności pojęcia „embrionu", tylko pojęcie „zarodku", jednak są to pojęcia tożsame (z ang. zarodek to „*embryo*"). Należy przypomnieć również, że kariogamia to końcowy etap zapłodnienia, zatem zarodek to określenie *nasciturusa* od momentu zapłodnienia komórki jajowej do momentu zagnieżdżenia tej zapłodnionej komórki jajowej w macicy.

Zgodnie ze stanowiskiem twórców ustawy definicji zarodka nadano charakter definicji biologicznej i w tym kontekście została opisana w sposób możliwie najbardziej przejrzysty i jednoznaczny. Definicja ta spotkała się z krytyką przedstawicieli nauki, zarzucono jej m.in. redukcjonistyczny charakter oraz to, że w istocie sprowadza zarodek do „zygoty" lub „grupy komórek", pomijając fakt, że stanowi on wczesną formę odrębnego organizmu ludzkiego o określonej, odrębnej tożsamości genetycznej[478]. Trudno nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że wraz z powstaniem zarodka powstaje tożsamość właściwa każdemu człowiekowi, w dodatku niezależna od stadium rozwojowego człowieka. W każdym zarodku od momentu zapłodnienia komórki jajowej zawiera się indywidualny tylko danemu zarodkowi materiał genetyczny, determinujący indywidualne cechy fenotypowe tego organizmu w późniejszych stadiach rozwojowych[479]. J. Haberko twierdzi, że

---

[477] Zob. H. Bartel, *Embriologia…*, *op. cit.*, s. 94.

[478] *Opinia Ordo Iuris w sprawie projektu ustawy z dnia 16 lipca 2014 r. o leczeniu niepłodności*, https://ordoiuris.pl/ochrona-zycia/opinia-ordo-iuris-w-sprawie-projektu-ustawy-o-leczeniu-nieplodnosci (dostęp: 18.02.2023 r.), cyt. za: J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności, Komentarz*, Warszawa 2016, s. 56-57.

[479] Tak, J. Haberko, *ibidem*, s. 57.

definicji zawartej w ustawie sprowadzającej zarodek do „grupy komórek" i nadania jej biologicznego charakteru nie da się obronić w kontekście godności człowieka. Według tej autorki takie stanowisko ustawodawcy zdaje się zrównywać zarodek ludzki z innymi komórkami i tkankami[480].

Sama definicja zarodka o charakterze biologicznym nie determinuje jednak z góry tego, że do zarodka nie stosuje się przepisów dotyczących dziecka poczętego. Definicja ta została nadana na potrzeby tej konkretnej ustawy i pomimo że zarodek sprowadzono do grupy komórek, nie ma przeszkód, aby stosować do niego odpowiednio przepisy odnoszące się wprost do *nasciturusa*. Należy zauważyć, że w istocie niezależnie od sposobu zapłodnienia, tj. czy dochodzi do tego w sposób zupełnie naturalny, czy też *in vitro*, w efekcie dochodzi do powstania grupy komórek i kariogamii. Każdy z nas w początkowej fazie swojego rozwoju przez to przechodził i rzeczywiście był „grupą komórek", która przez wiele następujących po sobie procesach biologicznych doprowadziła do uformowania organizmu gotowego do samodzielnego życia. Można twierdzić, że nie było celem ustawodawcy nieposzanowanie zarodka przez nazwanie go jedynie „grupą komórek", a odwołanie się do biologicznej definicji stanowiło jedynie próbę odcięcia się od kwestii ideologicznych i nierozstrzygania kwestii czy to „już" jest początek życia, czy „jeszcze" nie, a jeżeli nie, to kiedy ono się rozpoczyna. W tej ustawie nie znajdziemy odpowiedzi na to pytanie i nie taki był cel jej stworzenia. Reguluje ona bardzo ważne kwestie związane z zasadami technik wspomaganego rozrodu, wprowadzając szereg nakazów i zakazów. Z ich analizy wynika jednak, że ustawodawca nie traktuje zarodka tak jak każdą inną komórkę lub tkankę ludzką, zapewniając mu określoną ochronę. Z przepisu art. 4 u.l.n. wynika wprost, że leczenie niepłodności jest prowadzone z poszanowaniem godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka. Nie bez przyczyny ustawodawca odwołuje się już w jednym z pierwszych przepisów analizowanej ustawy do „praw dziecka". Otóż, stworzenie zarodka nie jest celem samym w sobie, w tym znaczeniu, że konsekwencją zastosowania techniki zapłodnienia *in vitro* jest stworzenie zarodka, który zostanie przeniesiony do ciała kobiety i miarą powodzenia tego całego procesu jest urodzenie dziecka. Właśnie dlatego „już" zarodkowi przynależy godność, którą należy poszanować – aby wskutek tego mogło w ogóle dojść do urodzenia dziecka. Fakt nazwania zarodku „grupą komórek" w żaden sposób tego zmienia.

Co istotne, w ustawie nie znajdziemy pojęcia preembrionu. Polski ustawodawca tym samym

[480] Por. J. Haberko, *ibidem*, s. 57. Autorka przytacza fragment opinii Ordo Iuris wyżej przytaczanej, zgodnie z którą takie stanowisko „*ignoruje jego obiektywną, odrębną nie tylko etycznie, ale i biologicznie tożsamość względem biologicznych rodziców, co w świetle współczesnej embriologii i biologii rozwoju oraz genetyki nie budzi najmniejszych wątpliwości*".

zdecydował się nie rozróżniać embrionu i preembrionu, jak czynią to niektórzy ustawodawcy zagraniczni (przykładowo ustawodawca hiszpański). Należy to ocenić pozytywnie, ponieważ wskazuje na nieróżnicowanie ochrony prawnej zarodku w zależności od tego, w którym momencie rozwoju ten zarodek się znajduje, czy w fazie przed- czy po-implantacyjnej.

b) Dawstwo partnerskie

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n. dawstwem partnerskim jest przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyznę w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczyni; w dawstwie partnerskim stosowane są komórki rozrodcze biorczyni. Dawstwo to służy zatem zapłodnieniu homologicznemu, które polega na unasiennieniu komórki jajowej nasieniem męża lub partnera. Polski ustawodawca nie zdefiniował natomiast pojęcia dawstwa „innego niż partnerskie", którego celem jest zapłodnienie heterologiczne, gdzie nasienie pochodzi od innego mężczyzny (dawcy anonimowego lub niebędącym mężem lub partnerem biorczyni komórek rozrodczych).

c) Dawstwo zarodka

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 u.l.n. dawstwem zarodka jest przekazanie zarodka w celu zastosowania go w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni, która nie jest dawcą żeńskich komórek rozrodczych i nie pozostaje w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z dawcą męskich komórek rozrodczych, z których zarodek ten powstał. Pojęcie te zostanie szerzej omówione przy analizie warunków dopuszczalności dawstwa zarodka.

d) Komórka rozrodcza

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 14 u.l.n. komórka rozrodcza oznacza ludzką męską komórkę rozrodczą (ludzki plemnik) albo ludzką żeńską komórkę rozrodczą (ludzką komórkę jajową) przeznaczoną do zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji.

e) Konserwowanie

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 15 u.l.n. konserwowanie oznacza użycie czynników chemicznych, zmianę czynników środowiskowych lub innych czynników w celu zapobieżenia lub opóźnienia biologicznej lub fizycznej degradacji komórek rozrodczych lub zarodków.

f) Procedura medycznie wspomaganej prokreacji

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. procedura medycznie wspomaganej prokreacji oznacza czynności prowadzące do uzyskania oraz zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków wewnątrz lub pozaustrojowo u biorczyni w celu prokreacji; obejmuje ona bezpośrednie i inne niż bezpośrednie użycie komórek rozrodczych i zarodków.

III. Zamrażanie zarodków

Polski ustawodawca w żadnym miejscu ustawy o leczeniu niepłodności nie używa pojęcia „zamrażania" czy „kriokonserwacji" zarodków lub komórek rozrodczych. Pojęcia te oznaczają jednak to samo co pojęcie konserwowania, które zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 15 ustawy. Wydaje się, że przyczyną tego mogły być kontrowersje dotyczące procesu zamrażania embrionów zdolnych do rozwoju na nieokreśloną liczbę lat i etyczno-moralnych dylematów z tym związanych. W ten sposób poprzez wyeliminowanie pojęć „zamrażanie" czy „kriokonserwacji", które w debacie publicznej kojarzą się zasadniczo pejoratywnie, ustawodawca polski uznał dopuszczalność zamrażania embrionów, jednocześnie nie wprowadzając tego pojęcia do ustawy, a zręcznie zastępując je pojęciem „konserwowania". Należy bowiem przypomnieć, że niektórzy ustawodawcy zagraniczni zdecydowali się na wprowadzenie całkowitego zakazu zamrażania zarodków lub komórek rozrodczych (np. ustawodawca niemiecki), zapewniając tym samym szerszą ochronę zarodkom.

Odnosząc się do konserwowania zarodków (czyli *de facto* ich zamrażania), polski ustawodawca w art. 23 ust. 1 u.l.n. wskazuje, że zarodki powstałe z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, zdolne do prawidłowego rozwoju, które nie zostały zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, są przechowywane w warunkach zapewniających ich należytą ochronę do czasu ich przeniesienia do organizmu biorczyni. W art. 23 ust. 2 u.l.n. zdefiniowany natomiast został zarodek zdolny do prawidłowego rozwoju. I tak, zarodkiem zdolnym do prawidłowego rozwoju jest zarodek, spełniający łącznie następujące warunki: 1) tempo i sekwencja podziału komórek, stopień rozwoju w odniesieniu do wieku zarodka, budowa morfologiczna uprawdopodobniają prawidłowy rozwój; 2) nie stwierdzono u niego wady, która skutkowałaby ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą. W przepisie art. 23 ust. 3 u.l.n. ustawodawca polski jednoznacznie wprowadził zakaz niszczenia zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju, wskazując, że niedopuszczalne jest niszczenie zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju powstałych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji nieprzeniesionych do organizmu biorczyni. Jednocześnie zgodnie z art. 83 u.l.n. kto niszczy zarodek zdolny do prawidłowego rozwoju powstały w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.

Z powyższego wynika, że niedopuszczalne jest niszczenie jedynie zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju powstałych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji nieprzeniesionych do organizmu biorczyni, a takimi nie są zarodki, u których stwierdzono wadę, która skutkowałaby ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą. Argumentując *a contrario* takie zarodki można niszczyć. Należy wskazać, że pojęcie to jest niemal

tożsame z obowiązującym do 27 stycznia 2021 r. przepisem art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[481], który przewidywał legalność przerwania ciąży wówczas, gdy „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu". W przypadku zarodka nie ma jednak mowy o chorobie zagrażającej życiu[482]. Powyższe oznacza, że ustawodawca polski w istocie przesądził dopuszczalność aborcji przedimplantacyjnej. Należy wskazać, że do 27 stycznia 2021 r. w Polsce istniał dość spójny system przesłanek aborcji *in utero* oraz *ex utero* (tj., sytuacji, kiedy możliwe jest zniszczenie zarodka niezdolnego do prawidłowego rozwoju). Dla przypomnienia, zgodnie z art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78) przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w dwóch przypadkach: gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (pkt 1) oraz zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (pkt 3). Trzeci przypadek dopuszczalności aborcji (pkt 2 ww. przepisu), tj., gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, która była przewidziana w art. 4a ust. 1 pkt 2 ww. ustawy został uznany za niezgodny z art. 38 w zw. z art. 30 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 175). Utrata mocy tego przepisu nastąpiła 27 stycznia 2021 r. Od tej daty dokonanie aborcji jest prawnie niedopuszczalne w razie zaistnienia sytuacji objętej dyspozycją ww. przepisu. Jak była już mowa, wyrok ten wzbudził ogromne kontrowersje. Ponadto, wskutek powyższego wyroku aktualnie mamy sytuację niespójności systemu. Należy wskazać, że w razie stwierdzenia, że zarodek, który znajduje się w fazie przedimplantacyjnej, posiada wadę, która skutkowałaby ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą, możliwe jest zniszczenie takiego zarodka. Może się jednak zdarzyć, że w tej fazie nie dojdzie do postawienia takiej diagnozy (czy to wskutek niemożności stwierdzenia takiej wady na tym etapie, powstania jej później, czy też błędu lekarskiego). Jednak, jeżeli dojdzie do stwierdzenia już po dokonaniu transferu zarodka, że posiada on wadę, która skutkowałaby ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą nie będzie możliwe *de lege lata* legalne usunięcie takiej ciąży. Do tej niespójności nie doszło wskutek świadomej decyzji ustawodawcy, który w 2015 r. tworząc ustawę o leczeniu niepłodności stworzył

[481] Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78.

[482] Por. J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 156. Autorka wskazuje, że przyjęta konstrukcja może *de lege ferenda* skłonić ustawodawcę do zmiany przepisów w zakresie przesłanek dopuszczalności przerwania ciąży.

spójny system dopuszczalności aborcji *ex utero* oraz *in utero*. Do zróżnicowania sytuacji prawnej zarodka w zależności od tego w jakiej fazie się znajduje, doszło wskutek wydania przez Trybunał Konstytucyjny ww. wyroku. Niezależnie od tego, czy jest to świadome, czy też nie, sytuacja taka jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia spójności prawa oraz nakazu jednakowego traktowania zarodków znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej – niezależnie od fazy, w jakiej się znajdują, czy są już po transferze, czy na ten transfer oczekują. Każdy z nich zasługuje na jednakową ochronę prawną i taką samą możliwość rozwoju.

Jasno pragnę jednak wskazać, wydany przez Trybunał Konstytucyjny wyrok jest bardzo kontrowersyjny i nie uważam, aby właściwym rozwiązaniem dla uzyskania spójności prawa było zakazanie niszczenia zarodków wadliwych, które nie rokują na prawidłowy rozwój i nakazie ich transferu wbrew medycznym przeciwwskazaniom. Powyższym wyrokiem złamano osiągnięty wiele lat temu aborcyjny konsensus, który jest zawsze czymś niemożliwym do zracjonalizowania i sprowadzenia do sytuacji zero-jedynkowej. Dlatego tak ważne było pozostawienie tego wyboru osobie najbardziej zainteresowanej, matce dziecka, która dowiaduje się o stwierdzeniu jego wady, która skutkuje ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą. Aktualnie kobieta takiego wyboru nie ma, natomiast ma wybór do zdecydowania, czy zarodek, u którego przed dokonaniem transferu taką wadę stwierdzono zniszczyć i zaniechać jego transferu, czy też procedurę taką kontynuować. Nie jest jednak łatwe przejście do porządku dziennego nad taką jaskrawą niespójnością prawa. Optymalnym rozwiązaniem byłoby przywrócenie statusu *quo ante*, co z powrotem doprowadziłoby do spójności prawa w tym zakresie. Na to jednak na gruncie jednoznacznego wyroku TK i utraty mocy art. 4a ust. 1 pkt 2 ww. ustawy nie można liczyć. Trzeba zatem przyjąć, że w tym zakresie zróżnicowanie sytuacji prawnej zarodku w zależności od tego w jakiej fazie się znajduje nie jest rozwiązaniem zaplanowanym, nie doszło do tego wskutek przemyślanej i racjonalnej decyzji ustawodawcy, który daje wyraz temu, że zarodek przed transferem i zarodek po transferze zasługują na inną ochronę prawną. Oznacza to, że nieuprawnione jest wysnuwanie z tego faktu wniosku, że zarodek znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej nie jest *nasciturusem*, do którego również należy stosować odpowiednio przepisy przewidujące ochronę dziecka poczętego.

IV. Liczba tworzonych embrionów

Zgodnie z art. 9 ust. 2 u.l.n. w przypadku zapłodnienia pozaustrojowego dopuszcza się zapłodnienie nie więcej niż sześciu żeńskich komórek rozrodczych, chyba że ukończenie przez

biorczynię 35. roku życia lub wskazania medyczne wynikające z choroby współistniejącej z niepłodnością lub dwukrotnego nieskutecznego wcześniejszego leczenia metodą zapłodnienia pozaustrojowego uzasadniają zapłodnienie większej ich liczby.

Powyższy przepis spotkał się z krytyką części przedstawicieli nauki, którzy twierdzą, że nie ma podstaw, aby dopuścić do zapłodnienia akurat sześciu żeńskich komórek rozrodczych, a nie innej liczby, zaś uzasadnienie ustawodawcy jest niewystarczające[483]. Myślę, że ciężko byłoby ustawodawcy uzasadnić w sposób satysfakcjonujący, dlaczego dopuszcza się zapłodnienie nie więcej niż akurat sześciu żeńskich komórek rozrodczych, a nie przykładowo czterech lub siedmiu. Dobrze, że taki limit został wskazany. Dzięki tej regulacji polski ustawodawca z jednej strony dopuszcza możliwość wytworzenia embrionów nadliczbowych (które nie ulegną natychmiastowej implantacji), jednocześnie limitując ich liczbę do z góry określonej liczby (tj. sześciu), co stanowi wyważony kompromis pomiędzy efektywnością zabiegu zapłodnienia *in vitro* i postulatem niewytwarzania zbyt dużej liczby embrionów nadliczbowych, co może zmniejszyć szansę na ich rzeczywistą implantację w przyszłości.

V. Zapłodnienie i implantacja zarodka *post mortem*

W przepisie art. 18 ust. 1 u.l.n. ustawodawca sformułował negatywne przesłanki zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy. Zgodnie z tym przepisem niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeżeli: 1) dawca, w formie pisemnej, wycofał zgodę na zastosowanie pobranych od niego komórek rozrodczych; 2) dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego, zmarł; 3) biorczyni nie wyraziła zgody na zastosowanie u niej komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie; 4) istnieją przeciwwskazania medyczne do zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy; 5) w wyniku wcześniejszego zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie urodziło się już dziesięcioro dzieci; ograniczenie to nie dotyczy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego. Co istotne, zgodnie z art. 78 u.l.n. kto postępuje z komórkami rozrodczymi lub zarodkami w sposób niezgodny z art. 18, art. 20–22 lub art. 23 ust. 1, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku. Wydaje się, że w przypadku złamania powyższych zakazów i zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych w

[483] Tak, Por. J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 99-102.

ww. warunkach odpowiedzialność wyrażoną w przepisie art. 78 u.l.n. ponoszą lekarze dokonujący takiego zapłodnienia.

W kontekście omawianych w pracy zagadnień istotny jest przepis art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n., zgodnie z którym niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeżeli dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego, zmarł. Już w tym miejscu trzeba podkreślić, że zakaz ten obejmuje jedynie zapłodnienie *post mortem*, a nie implantację zarodka *post mortem*[484].

Wprowadzony zakaz wymaga pogłębionej analizy, z uwagi na jego potencjalny wpływ na przepisy prawa cywilnego. Należy wskazać, że ustawodawca polski zupełnie odwrotnie dokonał regulacji w tym zakresie niż ustawodawca hiszpański, w omówionej w rozdziale III regulacji. W prawie hiszpańskim ustawodawca nie przesądził o dopuszczalności bądź też niedopuszczalności samego dokonania zapłodnienia *post mortem,* tylko przyjął za zasadę niedopuszczalność ustalenia pochodzenia dziecka od zmarłego ojca, ani uznawania więzi prawnej pomiędzy dzieckiem urodzonym wskutek zastosowania technik wspomaganego rozrodu regulowanych w ustawie 14/2006, a zmarłym ojcem, jeżeli w momencie śmierci jego gamety nie znajdowały się w macicy żony (art. 9 ust. 1). W prawie hiszpańskim oznacza to przede wszystkim, że co do zasady dziecko nie dziedziczy we wskazanej powyżej sytuacji po zmarłym mężczyźnie, pomimo że był on biologicznym ojcem dziecka. Ustawodawca hiszpański ustanowił jednak wyjątek od powyższej zasady, wskazując, że zmarły dawca może wyrazić w odpowiedniej formie zgodę na zapłodnienie *post mortem*, co musi jednak nastąpić w przeciągu 12 miesięcy od momentu śmierci dawcy. Polski ustawodawca wprowadził natomiast bezwzględny zakaz dopuszczalności zapłodnienia *post mortem*, w żaden sposób nie odnosząc się natomiast jaki wpływ ma ten zakaz na zasady ustalania pochodzenia dziecka i w konsekwencji możliwość dziedziczenia po zmarłym biologicznym ojcu, jeżeli wbrew zakazowi dojdzie do zapłodnienia *post mortem* i urodzenia dziecka.

Wydaje się, że w braku szczególnej regulacji w ustawie o leczeniu niepłodności, zastosowanie znajdą przepisy ogólne prawa cywilnego, co oznacza, że: będzie możliwe ustalenie pochodzenia dziecka od zmarłego dawcy (zwłaszcza w świetle art. 85 k.r.o.), jednak dziecko takie nie będzie mogło dziedziczyć po biologicznym ojcu wobec braku zdolności dziedziczenia w momencie otwarcia spadku. Należy bowiem zauważyć, że dziecko nie było wtedy jeszcze poczęte. Pomimo że komórka rozrodcza została pobrana za życia dawcy, do samego zapłodnienia doszło w końcu *post mortem,* czyli już po otwarciu spadku[485].

---

[484] W zakresie możliwych konfiguracji, z jakimi można mieć do czynienia w zakresie postmortalnej inseminacji i implantacji embrionu por. J. Ostojska, *Sytuacja…, op. cit.,* s. 37.

[485] Inaczej, por. P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12-13, Legalis (dostęp:

Co więcej, pomimo wprowadzenia zakazu zapłodnienia *post mortem*, ustawodawca polski wprowadził do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego domniemanie pochodzenia dziecka od dawcy, które można wykorzystać w procesie o ustalenie pochodzenia dziecka, w szczególności, że przepis ten nie został wyłączony od sytuacji, w której dawca zmarł przed zapłodnieniem. Zgodnie z art. 85 § 1 k.r.o. domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka albo ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji.

Warto zauważyć, że kwestia zapłodnienia *post mortem* była dyskutowana jeszcze przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności i wprowadzonym wyraźnym zakazem tego typu praktyk. Przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności w doktrynie podnoszone były głosy o ich niedopuszczalności jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.) jako sprzecznych z zasadą dobra dziecka poczętego w taki sposób[486]. Jest to stwierdzenie dyskusyjne, albowiem można argumentować, że kierując się naczelną zasadą dobra dziecka, które potencjalnie może się urodzić, należy dać szansę na jego rozwój i zezwolić na wykorzystanie już pobranych komórek rozrodczych w celu stworzenia zarodka i jego implantacji, bądź też dokonania inseminacji domacicznej; wola dawcy nawet po jego śmierci powinna zostać uhonorowana. Przeciwnego zdania jest J. Haberko, która twierdzi, że zasada wyrażona w art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. „pozostaje oczywiście godna akceptacji", a ustawodawca nie pozwala na kontynuowanie procedury po śmierci dawcy powodowany dobrem dziecka, które miałoby się urodzić w wyniku zastosowania komórek w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji *post mortem*. Autorka zauważa jednak, że realizacja tego postulatu może *ad casum* okazać się szczególnie trudna, zwłaszcza że nie przewidziano procedur kontrolnych w zakresie oceny czy dawca pozostaje przy życiu czy nie. Dodaje, że przewidziane przez

05.02.2023 r.). Autor ten dokonuje ciekawej analizy i wskazuje, że: „Należy jednak pójść dalej i uznać, że w związku z postępem medycyny i możliwościami długotrwałego przechowywania komórek jajowych i plemników poza organizmami dawców konieczna jest również ochrona dzieci, które zostały poczęte po śmierci dawców materiału genetycznego. W szczególności dotyczy to problemów prawa spadkowego. Jeżeli do zapłodnienia nasieniem mężczyzny doszło już po jego śmierci, należy przyjąć, że dziecko poczęte w ten sposób może dziedziczyć po tym mężczyźnie; to samo dotyczy śmierci kobiety, która była dawczynią komórki jajowej. Oczywiście oznacza to, że samo pojęcie *nasciturusa* staje się już w takim wypadku czysto umowne: jest jasne, że komórki rozrodcze nie stanowią jeszcze ludzi ani podmiotu praw, jednakże chodzi w istocie nie o określenie, kiedy zaczyna się człowiek, lecz o to, czy po urodzeniu człowieka zasługuje on na ochronę polegającą na przyznaniu mu praw, które mają swe źródło w okresie sprzed poczęcia. Uważam, że w kontekście technik wspomaganej prokreacji odpowiedź na to pytanie powinna być pozytywna".

[486] Tak, M. Nesterowicz, *Prawo…, op. cit.*, s. 310-311. Autor wskazuje, że w obecnym stanie prawnym lekarz powinien odmówić dokonania takiej inseminacji, uznając ją za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. W ocenie autora inseminacja *post mortem* nie służy z pewnością realizacji funkcji prokreacyjnej małżeństwa ani zasady dobra dziecka tak poczętego. Dziecko będzie bowiem pozbawione ojca i nie będzie miało prawa dziedziczenia po dawcy. Zob. także K. Bączyk-Rozwadowska, *Prawne aspekty wspomaganej prokreacji post mortem*, Gdańskie Studia Prawnicze, 1 (49), 2021, 46–65 oraz K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.,* s. 395-501.

ustawę procedury wyrażenia zgody obejmują po stronie dawcy partnerskiego wyłącznie zgodę na pobranie komórek rozrodczych[487].

Jak zostało już zauważone powyżej, sformułowany w przepisie art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. zakaz obejmuje jedynie zapłodnienie *post mortem*, a nie implantację zarodka *post mortem.* Kwestię implantacji zarodka *post mortem* ustawodawca uregulował odrębnie. Zgodnie z art. 33 u.l.n. zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego mogą być przeniesione do organizmu biorczyni po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek. Ustawodawca poprzez tę regulację przejawia szacunek dla życia ludzkiego i wychodzi z założenia, że lepiej, by zarodki powstałe za życia dawców zostały przeniesione, niż nie zostały wykorzystane w ogóle[488]. Należy zauważyć, że zmarły dawca nie musi wyraźnie w specjalnej formie wyrazić zgody na wykorzystanie powstałego z jego komórki rozrodczej zarodku po jego śmierci, zgoda ta jest domniemywana. Ustawodawca nie rozstrzyga jednak dylematu czy art. 33 u.l.n. znajduje zastosowanie w razie wyrażenia za życia sprzeciwu co do implantacji *post mortem.* Co niezwykle istotne, polski ustawodawca nie wprowadza żadnego terminu, w jakim może dojść do implantacji zarodka *post mortem*, co ma znaczenie zasadnicze w kontekście porządku dziedziczenia (art. 927 k.c.). Należy bowiem zauważyć, że w odróżnieniu od zapłodnienia *post mortem*, w przypadku implantacji zarodka *post mortem* będzie nie tylko możliwe ustalenie pochodzenia dziecka od zmarłego dawcy komórki rozrodczej, ale również dziecko takie będzie mogło dziedziczyć po biologicznym ojcu wobec posiadania warunkowej zdolności dziedziczenia w momencie otwarcia spadku. Dzieje się tak, ponieważ dziecko było już w momencie otwarcia spadku poczęte – do zapłodnienia komórki jajowej nasieniem zmarłego dawcy i powstania zarodka doszło za życia dawcy, czyli przed otwarciem spadku. Brak określenia terminu, w jakim możliwe jest dokonanie zabiegu implantacji zarodka należy ocenić negatywnie[489]. Taka regulacja implikuje wiele problemów natury prawnej w razie dokonania zabiegu implantacji zarodka w długim czasie po otwarciu spadku, zwłaszcza wobec rozwoju technologii w tym zakresie i zamrażania zarodków na lata w specjalistycznych ośrodkach. Regulacja taka umożliwia wystąpienie sytuacji, w której wiele lat po otwarciu spadku „pojawi się" nowy spadkobierca uprawniony do dziedziczenia, pomimo przykładowo stwierdzenia nabycia spadku i jego działu przez pozostałych spadkobierców bezpośrednio po śmierci dawcy komórki rozrodczej. Rodzi to mnóstwo komplikacji prawnych, począwszy od konieczności zmiany postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku i ponownego działu spadku, z którego po tak długim czasie faktycznie mogło niewiele pozostać. *De lege ferenda* zasadne jest wprowadzenie terminu, do kiedy możliwe

[487] J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 128.
[488] Tak, *ibidem*, s. 218.
[489] Tak też, *ibidem*, s. 218-219.

byłoby dokonanie zabiegu implantacji zarodka, a w konsekwencji do kiedy pozostali spadkobiercy musieliby liczyć się z pojawieniem potencjalnego nowego spadkobiercy[490].

Tytułem przykładu należy wskazać na regulację hiszpańską dotyczącą zapłodnienia *post mortem*. Ustawodawca hiszpański wprowadził termin 12 miesięcy, do kiedy możliwe jest dokonanie zapłodnienia *post mortem,* o ile dawca wyraził przed śmiercią w odpowiedniej formie zgodę na dokonanie takiego zabiegu. Ograniczenie czasowe, do kiedy wyjątkowo może dojść do zapłodnienia *post mortem* zasługuje na aprobatę, ponieważ chroni prawa potencjalnych spadkobierców do spadku po zmarłym mężczyźnie. Chroni w tym sensie, iż skraca czas niepewności co do kręgu spadkobierców. Oznacza to, że potencjalni spadkobiercy powinni wstrzymać się przez okres 12 miesięcy po śmierci spadkodawcy od oficjalnego stwierdzenia nabycia spadku i dzielenia masą spadkową. Kobieta, która pragnie skorzystać z zabiegu zapłodnienia *post mortem* lub też pragnie dokonać implantacji *post mortem* już stworzonych embrionów, powinna stosując odpowiednio przepisy art. 959 i art. 961 kodeksu cywilnego hiszpańskiego poinformować potencjalnych spadkobierców o zamiarze poddania się zabiegowi zapłodnienia z użyciem nasienia zmarłego męża/partnera lub też o zamiarze implantacji stworzonych za jego życia embrionów, a następnie o urodzeniu dziecka[491]. Jeżeli w przeciągu 12 miesięcy od śmierci mężczyzny, kobieta nie zajdzie w ciążę wskutek sztucznego zapłodnienia nasieniem zmarłego mężczyzny lub też implantacji embrionów, dziecko nie będzie mimo biologicznej więzi uznane w świetle prawa za pochodzące od niego i w konsekwencji nie będzie dziedziczyć po zmarłym mężczyźnie.

Dostrzec należy ponadto problem z ustaleniem pochodzenia dziecka w zakresie, w jakim miałoby ono korzystać z domniemania z art. 62 k.r.o. w przypadku, gdy urodzenie nastąpiłoby po upływie wskazanego w przepisie terminu trzystu dni od ustania małżeństwa. Wobec braku określenia przez ustawodawcę terminu, do którego zarodki po śmierci dawcy mogą zostać przeniesione do organizmu biorczyni nierzadko może w praktyce dojść do sytuacji, w której dziecko urodzi się po upływie trzystu dni od śmierci dawcy i z domniemania z art. 62 k.r.o. korzystać nie będzie. Wówczas ustalenie pochodzenia dziecka będzie możliwe w trybie art. 85 § 1 k.r.o. w nowym brzmieniu, pomimo że dziecko pochodzi jednak od byłego męża matki. Jak trafnie zauważyła J. Haberko, paradoksalnie sytuacja dziecka poczętego w ramach dawstwa innego niż partnerskie, które urodziłoby się po śmierci konkubenta matki, który złożył oświadczenie w trybie art. 75^1 k.r.o., jest korzystniejsza niż sytuacja dziecka, którego matka pozostawała w związku małżeńskim. Należy jednak zauważyć, że w przypadku regulacji zawartej w przepisie art. art. 75^1 k.r.o., ustawodawca

[490] Tak też, *ibidem*, s. 219.

[491] Zgodnie z tymi przepisami, jeżeli wdowa wie, że jest w ciąży, powinna poinformować o tym fakcie potencjalnych spadkobierców swojego zmarłego męża, a następnie o urodzeniu dziecka.

wprowadził termin, wskazując w § 2, że oświadczenia są skuteczne, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, o której mowa w § 1, w ciągu dwóch lat od dnia złożenia oświadczenia przez mężczyznę[492]. Przepisy te zostaną przeanalizowane szczegółowo w następnym rozdziale.

Wracając do polskich realiów, w kontekście tych zagadnień na uwagę zasługuje jedyne zapadłe i dostępne dotąd orzeczenie polskiego sądu powszechnego, w którym pochylono się nad tego typu materią. Wskazać należy, że zapadło ono wiele lat przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności. Chodzi mianowicie o wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie, który zapadł 29 lipca 2009 r., sygn. akt I ACa 308/09 na kanwie następującego stanu faktycznego[493]. Powódka i jej mąż po długoletnich staraniach o urodzenie dziecka, podjęli próbę zapłodnienia *in vitro.* Niemniej trzy próby, którym poddała się powódka nie odniosły skutku. 3 lipca 2006 roku powódka wraz z mężem uległa wypadkowi samochodowemu, wskutek którego mąż poniósł śmierć, a powódka odniosła jedynie niewielkie obrażenia. W październiku 2006 roku powódka poddała się czwartemu zabiegowi – najprawdopodobniej korzystając z czwartego zamrożonego embrionu, który zakończył się sukcesem. 8 czerwca 2007 roku powódka urodziła bliźniaki. Ponieważ to mąż powódki osiągał duże dochody z prowadzonej działalności gospodarczej, wskutek jego śmierci i urodzenia dzieci, powódka musiała zlikwidować działalność męża z powodu braku odpowiednich kwalifikacji i zrezygnować z pracy w celu wychowania dzieci. W konsekwencji wniosła pozew o zasądzenie od PZU z tytułu ubezpieczenia OC sprawcy szkody odszkodowania za znaczne pogorszenie sytuacji życiowej po śmierci męża w kwocie 400 000 zł (art. 446 § 3 k.c.), zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na skutek uszkodzenia ciała i rozstroju zdrowia w wypadku w kwocie 47 000 zł (art. 445 § 1 k.c.) oraz renty w kwocie 1000 zł miesięcznie (art. 446 § 2 k.c.). Co istotne z perspektywy omawianego zagadnienia, żądała w imieniu małoletnich synów zasądzenia odszkodowania w kwocie po 100 000 zł za znaczne pogorszenie ich sytuacji życiowej (art. 446 § 3 k.c.) oraz po 500 zł miesięcznie renty płatnej do ukończenia przez powodów 25 roku życia (art. 446 § 2 k.c.). Pozwany uznał swoją odpowiedzialność co do zasady, stwierdzając jednocześnie żądanie powódki za wygórowane co do wysokości oraz odmówił wypłaty jakichkolwiek świadczeń na rzecz małoletnich powodów, uzasadniając, że w chwili śmierci małżonek powódki nie miał dzieci, powodowie zostali poczęci po jego śmierci na skutek zabiegu *in vitro*, dlatego jego śmierć nie wpłynęła w żaden sposób na ich sytuację życiową. Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powódki kwotę 200 000 zł tytułem odszkodowania (art. 446 § 3 k.c.), a w pozostałej części powództwo oddalił. Ponieważ strony zaskarżyły wyrok tylko co do wysokości

[492] J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 219.
[493] Lex, (dostęp: 18.02.2023 r.). Por. M. Nesterowicz, *Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w wypadku zapłodnienia post mortem*, Przegląd Sądowy, nr 1/2011, s. 143-147.

odszkodowania, wyrok w części oddalenia roszczenia małoletnich powodów stał się prawomocny.

Niemniej, Sąd Apelacyjny rozważając zasadność argumentu podnoszonego przez powódkę, iż ze względu na urodzenie dzieci musiała zaprzestać wykonywania pracy zarobkowej, stwierdził, że „dzieci powódki nie zostały przez śmierć jej męża pozbawione opieki finansowej czy osobistej, ponieważ bezspornym jest, że w chwili śmierci nie zostały jeszcze poczęte; to sama powódka zdecydowała, by mimo śmierci męża i świadomości znacznego pogorszenia jej sytuacji życiowej, doszło do ich poczęcia metodą zapłodnienia *in vitro*."

Co istotne ani z dostępnej treści orzeczenia, ani z glosy autorstwa M. Nesterowicza nie wynika jednoznacznie czy doszło faktycznie do zapłodnienia *post mortem*, czy też w istocie jedynie do implantacji *post mortem*, co w świetle obowiązujących aktualnie przepisów ma zasadnicze znaczenie, czy to w zakresie samej dopuszczalności dokonania zabiegów z użyciem komórek rozrodczych zmarłego dawcy, czy też w aspekcie dziedziczenia i rodzaju roszczeń przysługujących narodzonym w ten sposób dzieciom. Abstrahując od powyższej sprawy, kwestia, czy w momencie śmierci dawcy nasienia dziecko już nie jest poczęte, skoro zamrożony jest embrion, z pewnością nie jest bezsporna. Konsekwentnie twierdzę w tej pracy, że życie ludzkie w embrionalnej fazie powstaje już od chwili połączenia jąder komórkowych w zapłodnionej zdolnej do rozwoju komórce jajowej. Oznacza to, że dawca nasienia jest z biologicznego punktu widzenia ojcem dziecka już od tej chwili w ciągu całej fazy przedimplantacyjnej, niezależnie od momentu implantacji embrionu do macicy kobiety w okresie późniejszym. W konsekwencji, już taki embrion jest *nasciturusem*, który podlega prawnej ochronie, w tym podpada pod regulację z art. 927 k.c.

Dla rozstrzygnięcia powyższej sprawy oznaczałoby to, że – o ile doszło do implantacji *post mortem*, powódka mogła dochodzić ustalenia ojcostwa swojego zmarłego męża dzieci – wprawdzie urodzonych po jego śmierci, lecz poczętych jeszcze za jego życia, a następnie dochodzić roszczeń odszkodowawczych z art. 446 § 2 i § 3 k.c.[494]. Co więcej w aktualnym stanie prawnym, wprowadzone domniemanie ojcostwa wyrażone w art. 85 § 1 k.r.o., zgodnie z którym domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka, albo ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze

[494] Inaczej twierdzi M. Nesterowicz, który w glosie do powyższego orzeczenia wskazał, że przy braku szczegółowych unormować prawnych „żaden sąd takiego zapatrywania nie przyjmie". Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarz i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 1, Warszawa 2012, s. 396-401. Należy również przytoczyć trafną odpowiedź P. Księżaka, który wskazał, że „należy jednak wyrazić nadzieję, że sądy szybko i jednolicie przyjmą właśnie to odrzucane przez M. Nesterowicza stanowisko, bowiem jedynie ono pozostaje w zgodzie z dobrem dziecka. Zdumiewające jest wręcz, że można w ogóle zwalczać pogląd chroniący interesy dziecka i stanowiący naturalną kontynuację – w nowym otoczeniu biomedycznym – myśli wypracowanej już w starożytności." – tak, P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.).

medycznie wspomaganej prokreacji, sugeruje, że nawet jeżeli doszłoby – wbrew zakazowi – do zapłodnienia *post mortem*, możliwe byłoby ustalenie ojcostwa wynikającego z domniemania i również wówczas powódka mogłaby skutecznie dochodzić roszczeń odszkodowawczych z art. 446 § 2 i § 3 k.c. w imieniu małoletnich dzieci.

Jedną z naczelnych zasad w polskim systemie prawnym, którą podkreśla ustawodawca tworząc prawo, a następnie judykatura je stosując, jest „dobro dziecka". Nie ma żadnych uzasadnionych argumentów, aby pozbawiać dziecko poczęte *in vitro* praw – np. dziedziczenia po swoim ojcu czy też roszczeń odszkodowawczych dochodzonych w powyższej sprawie, tylko z tego względu, że zapłodnienie czy też implantacja embrionu nastąpiła po śmierci dawcy nasienia – czyli ojca urodzonego dziecka. W przypadku dziedziczenia i zapłodnienia *post mortem* sprawa jest o tyle bardziej skomplikowana, że dziecko faktycznie w momencie otwarcia spadku nie posiada zdolności dziedziczenia, skoro do poczęcia doszło już po śmierci dawcy nasienia. Problem ten niewątpliwie nie występuje jednak w przypadku implantacji zarodka *post mortem*, co zostało przez ustawodawcę polskiego w ustawie o leczeniu niepłodności wyraźnie uznane za dopuszczalne. Już na pierwszy rzut oka, niewłaściwe wydaje się różnicowanie sytuacji prawnej urodzonego dziecka tylko z tego względu czy śmierć dawcy nasienia nastąpiła dzień przed implantacją czy dzień po implantacji embrionu – w obydwu sytuacjach bowiem dojdzie do urodzenia człowieka – żywej istoty, która zasługuje na właściwą i taką samą ochronę prawną. Dobro dziecka wyraźnie zatem nakazuje przyjąć korzystniejszą dla dziecka koncepcję, że w przypadku sztucznego zapłodnienia do poczęcia dochodzi w chwili połączenia jąder komórkowych w zapłodnionej zdolnej do rozwoju komórce jajowej, a nie w momencie implantacji embrionu do macicy kobiety.

Poza tym, w kontekście przedstawionej powyżej sprawy nie sposób uznać za słuszne stwierdzenie, że śmierć męża powódki nie wpłynęła w żaden sposób na sytuację życiową małoletnich powodów. Jest przecież oczywiste, że gdyby do wypadku nie doszło, ich sytuacja życiowa różniłaby się diametralnie. To mąż powódki prowadził działalność gospodarczą, która przynosiła znaczne dochody, zatem niewątpliwie jego dzieci miałyby zapewnioną zupełnie inną przyszłość, gdyby nie doszło do zdarzenia szkodzącego i jego śmierci. Ich matka osiągała po śmierci męża i ich urodzeniu kwotę 1693 zł, na którą składały się: renta z ZUS w kwocie 723 zł, zasiłek wychowawczy w kwocie 800 zł oraz renta rodzinna dzieci łącznie z zasiłkiem rodzinnym w MOP w kwocie 170 zł. Kwota ta wystarczała jedynie na zaspokojenie podstawowych potrzeb rodziny. Jak można zatem uznać, posługując się zasadami logiki i doświadczenia życiowego, że śmierć męża powódki nie wpłynęła na sytuację życiową małoletnich chłopców, tylko z tej przyczyny, że do zapłodnienia bądź implantacji embrionu do macicy powódki doszło już po śmierci jej męża? Jest przecież oczywiste, że skoro małżeństwo trzykrotnie podejmowało próbę *in vitro*, to pragnęli oni dziecka i wspólnie je planowali

począć i wychować. Co więcej, ze sprawy w żaden sposób nie wynika, aby mąż pragnął wycofać zgodę na kontynuowanie zabiegu, nawet w przypadku swojej śmierci. Ciężko zaakceptować stanowisko, aby ich wspólne, długo oczekiwane dzieci nie były traktowane jako potomkowie zmarłego męża i w konsekwencji pozbawione z tego tytułu jakiejkolwiek ochrony prawnej.

VI. Zakazy

W ustawie o leczeniu niepłodności znalazły się liczne zakazy, jednoznacznie zabraniające określonych praktyk[495]. Najważniejszym, który został już wskazany jest zakaz niszczenia zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju (art. 23 ust. 3 u.l.n.). Poniżej przytoczę inne.

Po pierwsze, oprócz wprowadzenia zakazu zapłodnienia *post mortem* (art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n.) ustawodawca wprowadził w przepisie art. 24 u.l.n. zakaz pobierania komórek rozrodczych ze zwłok ludzkich w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji.

Po drugie, ustawodawca jednoznacznie ustanowił zakaz tworzenia embrionów do celów nie-prokreacyjnych. Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 u.l.n. niedopuszczalne jest tworzenie zarodków ludzkich w celach innych niż procedura medycznie wspomaganej prokreacji. Oznacza to, że nie jest dopuszczalne tworzenie zarodków do celów badawczych lub terapeutycznych.

Po trzecie, zgodnie z art. 25 ust. 2 u.l.n. niedopuszczalne jest tworzenie przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganej prokreacji chimer i hybryd oraz interwencja mająca na celu dokonanie dziedzicznych zmian w genomie ludzkim, które mogą być przekazane następnym pokoleniom. Przy tym, zgodnie z definicjami zawartymi przepisie art. 2 ust. 1 pkt 4 i 11 u.l.n. chimera oznacza grupę komórek zbudowaną z komórek różniących się genotypowo pochodzących od więcej niż dwóch osobników tego samego gatunku lub różnych gatunków, gdzie jednym z gatunków jest człowiek, zaś hybryda oznacza komórkę albo grupę komórek, powstałą z komórki rozrodczej i zwierzęcej komórki rozrodczej.

Po czwarte, do ustawy wprowadzono zakaz klonowania. Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 3 u.l.n. niedopuszczalne jest tworzenie zarodka, którego informacja genetyczna w jadrze komórkowym jest identyczna z informacją genetyczną w jądrze komórkowym innego zarodka, płodu, człowieka, zwłok lub szczątków ludzkich. Wydaje się, że zakaz ten obejmuje również zakaz klonowania terapeutycznego, albowiem również wówczas tworzony jest zarodek, którego informacja genetyczna w jadrze komórkowym jest identyczna z informacją genetyczną w jądrze komórkowym innego człowieka, potrzebującego przeszczepu określonego organu.

---

[495] Zakazy te pozostają zgodne z postanowieniami i duchem Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny. Por. J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 157-163.

VII. Warunki dopuszczalności implantacji zarodków oraz ograniczenia podmiotowe

Zgodnie z art. 20 ust. 1 u.l.n. przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie oraz zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka może nastąpić, jeżeli:

1) w przypadku dawstwa partnerskiego zgodę na przeniesienie wyrazili, w formie pisemnej, biorczyni oraz dawca komórek rozrodczych;

2) w przypadku dawstwa innego niż partnerskie, zgodę na przeniesienie wyrazili, w formie pisemnej, biorczyni oraz jej mąż albo mężczyzna, z którym biorczyni pozostaje we wspólnym pożyciu, złożył oświadczenie zgodnie z art. 75^1 § 1 k.r.o.;

3) dawcy zarodka wyrazili, w formie pisemnej, zgodę na jego przekazanie;

4) brak jest przeciwwskazań medycznych do przeniesienia zarodka do organizmu biorczyni.

Zgodnie z ust. 2 tego przepisu, zgody, o których mowa w ust. 1 pkt 1–3, są wyrażane przed rozpoczęciem procedury medycznie wspomaganej prokreacji, zaś ustęp 3 stanowi, że w przypadku braku możliwości bezpośredniego użycia zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego i konieczności ich przekazania do przechowywania zgoda, o której mowa w ust. 1 pkt 1, jest wyrażana każdorazowo przed ponownym rozpoczęciem procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której mają zostać wykorzystane przechowywane zarodki.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 75^1 § 1 k.r.o. zostanie szerzej omówione w następnym rozdziale przy okazji analizy zasad ustalania pochodzenia dzieci poczętych *in vitro*. W tym miejscu jedynie krótko należy wskazać, że jest to *sui generis* uznanie ojcostwa dziecka, mającego się urodzić wskutek poczęcia *in vitro* i instytucja ta wywołuje sporo kontrowersji w doktrynie prawa. *Ratio legis* wprowadzenia wymogu złożenia takiego oświadczenia jest zagwarantowanie dziecku posiadania ojca prawnego, pomimo braku biologicznej z nim więzi, co ma miejsce w przypadku dawstwa innego niż partnerskie, kiedy zarodek jest tworzony z komórki jajowej kobiety oraz nasienia anonimowego dawcy. W przypadku kiedy kobieta pozostaje w związku małżeńskim i jej mąż wyraża zgodę na procedurę, działa domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa (art. 62 § 1 k.r.o.) i automatycznie jej mąż jest uznawany za ojca dziecka (co więcej nie może on zaprzeczyć ojcostwa pomimo że jest jasne, że biologicznie dziecko nie pochodzi od niego – art. 68 k.r.o.). W sytuacji, gdy kobieta pozostaje w nieformalnym związku partnerskim, takie domniemania nie działa, stąd wprowadzony został wymóg dla samego rozpoczęcia procedur MAP, złożenia oświadczenia, o którym mowa art. 75^1 § 1 k.r.o. przez jej partnera.

Następny przepis reguluje sytuacje niedopuszczalności implantacji zarodków. I tak, przepis

art. 21 ust. 1 u.l.n. stanowi, że niedopuszczalne jest przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli:

1) biorczyni, w formie pisemnej, wycofała zgodę;

2) w przypadku dawstwa partnerskiego dawca komórek rozrodczych nie wyraził zgody na przeniesienie zarodka;

3) w przypadku dawstwa innego niż partnerskie mąż biorczyni nie wyraził zgody na przeniesienie zarodka, a w przypadku, gdy biorczyni pozostaje we wspólnym pożyciu, mężczyzna nie złożył oświadczenia zgodnie z art. 75^1 § 1 k.r.o.;

4) istnieją przeciwwskazania medyczne do przeniesienia zarodka do organizmu biorczyni.

Co istotne, zgodnie z ustępem drugim, w przypadku braku zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, z których utworzono zarodek, na przeniesienie zarodka, zezwolenie na przeniesienie wydaje sąd opiekuńczy. Oznacza to, że brak zgody na implantację nie oznacza automatycznie, że do niej nie dojdzie. Jest to ciekawa konstrukcja, która w rękach sądu rodzinnego pozostawia ostatecznie podjęcie decyzji w przedmiocie implantacji powstałego zarodka. Z jednej strony rozwiązanie takie umożliwia biorczyni dokończenie procedury wspomaganego rozrodu oraz rozwój już powstałego zarodka w jej organizmie, w efekcie czego zostanie ona matką, nawet wbrew woli jej męża lub partnera, będącego dawcą komórki rozrodczej. Z drugiej jednak strony, przy zezwoleniu na przeniesienie zarodka wydanym przez sąd opiekuńczy, dawca taki wbrew swojej woli zostanie ojcem, z czym wiążą się dalekosiężne implikacje prawne jak też faktyczne. Z pewnością nie będą to proste sprawy, które z czasem mogą pojawić się na wokandach sądów polskich, a wręcz przeciwnie: wskutek wydania przez sąd zezwolenia lub też oddalenia stosownego wniosku, albo kogoś pozbawi się możliwości posiadania genetycznie pochodzącego od siebie potomstwa (w sytuacji braku większej ilości komórek jajowych u kobiety, co nierzadko ma miejsce, a w konsekwencji niemożności stworzenia nowego zarodka) albo dawcę komórki rozrodczych, z której zarodek powstał obdarzy się wbrew jego woli potomstwem. Na sądzie będzie ciążyła ogromna odpowiedzialność, zwłaszcza wobec braku wskazania przez ustawodawcę jakichkolwiek przesłanek, jakimi sąd powinien kierować się wydając zastępcze zezwolenie. Sprawy o zezwolenie na transfer zarodka, które trafiły na wokandy polskich sądów rodzinnych na przestrzeni całego okresu obowiązywania ustawy o leczeniu niepłodności będą przedmiotem analizy w ostatnim rozdziale.

Następnie, zgodnie z ustępem trzecim zarodki powstałe z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie w przypadku:

1) upływu określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż

20 lat, licząc od dnia, w którym zarodki zostały przekazane do banku komórek rozrodczych i zarodków w celu ich przechowywania,
2) śmierci obojga dawców zarodka albo jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie – śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu
- są przekazywane do dawstwa zarodka.

Powyższe oznacza, że w przypadku, gdy mąż lub partner w toku procedury zmieni zdanie i już po utworzeniu zarodka wycofa zgodę na transfer zarodka, zaś na skutek wniosku biorczyni sąd odmówi wyrażenia zgody na taki transfer, taki zarodek po jego przechowywaniu przez klinikę przez okres 20 lat trafi do dawstwa zarodka. Należy przypomnieć, że w przepisie art. 23 ust. 3 u.l.n. ustawodawca polski jednoznacznie wprowadził zakaz niszczenia zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju. Nie jest zatem dopuszczalne zniszczenie niewykorzystanych zarodków, stąd wprowadzono mechanizm jego automatycznego przekazania do dawstwa po 20 latach – nawet wbrew woli biorczyni, która chciałaby dokonać transferu takiego zarodka do swojego organizmu. Przy braku zgody dawcy komórki rozrodczej oraz braku zgody zastępczej wydanej przez sąd opiekuńczy nie ma takiej możliwości.

Przepis art. 22 u.l.n. stanowi natomiast, że niedopuszczalne jest przeniesienie zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka do organizmu biorczyni, jeżeli:
1) dawcy zarodków, w formie pisemnej, wycofali zgodę na przekazanie zarodków;
2) biorczyni, w formie pisemnej, wycofała zgodę na przeniesienie zarodka; w przypadku, gdy biorczyni pozostaje w związku małżeńskim, niedopuszczalne jest przeniesienie zarodka, jeżeli jej mąż nie wyraził zgody na przeniesienie zarodka;
3) istnieją przeciwwskazania medyczne do przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni.

Należy wskazać, że polski ustawodawca nie zawęził wprost kręgu podmiotów, które mogą korzystać z technik wspomaganego rozrodu uregulowanych w ustawie o leczeniu niepłodności. Nie ma wskazanego wieku górnego, powyżej którego nie można stosować technik wspomaganego rozrodu, a jedynie dolny, który pokrywa się z posiadaniem pełnej zdolności do czynności prawnych.

Ponadto, ustawodawca wymaga, aby w przypadku leczenia niepłodności w drodze procedury zapłodnienia pozaustrojowego wyczerpane zostały inne metody leczenia prowadzone przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy (art. 5 ust. 2 zd. 1 u.l.n.). Wyjątek zachodzi, jeżeli zgodnie z aktualną wiedzą medyczną nie jest możliwe uzyskanie ciąży w wyniku zastosowania tych metod; wówczas procedurę zapłodnienia pozaustrojowego można podejmować bez wyczerpania innych metod leczenie i w terminie krótszym niż 12 miesięcy od rozpoczęcia leczenia niepłodności (art. 5 ust. 2 zd. 2 u.l.n.). Co istotne, niedopuszczalne jest ograniczanie możliwości rozrodu ze względu na nosicielstwo chorób warunkowanych genetycznie (art. 3 ust. 2 u.l.n.).

Analiza ustawy o leczeniu niepłodności pozwala jednak na stwierdzenie, że ustawodawca ograniczył zakres podmiotów, które mogą uczestniczyć w procedurach medycznie wspomaganej prokreacji jedynie do małżonków oraz osób odmiennej płci, które pozostają we wspólnym pożyciu. Z procedury zapłodnienia pozaustrojowego, a następnie implantacji powstałego zarodka do organizmu biorczyni nie mogą korzystać kobiety samotne. Ustawodawca wymaga bowiem w przypadku implantacji tak powstałego zarodka, aby w przypadku dawstwa innego niż partnerskie, zgodę na przeniesienie wyrazili, w formie pisemnej, biorczyni oraz jej mąż albo mężczyzna, z którym biorczyni pozostaje we wspólnym pożyciu złożył oświadczenie zgodnie z art. 75^1 § 1 k.r.o. (art. 20 ust. 1 pkt 2 u.l.n.). Oznacza to, że ustawodawca nie przewiduje sytuacji, aby mogło dojść w przypadku dawstwa innego niż partnerskie do implantacji zarodka, w przypadku braku mężczyzny, który miałby w razie urodzenia dziecka zostać jego ojcem. Regulacja taka ma na celu ochronę interesów dziecka, które ma w ten sposób zapewnione posiadanie obojga rodziców.

Z powyższą kwestią związany jest inny problem, dostrzeżony przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który 29 października 2015 r. (zatem jeszcze przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, co nastąpiło 1 listopada 2015 r.) złożył wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 20 ust. 1 pkt 2 oraz art. 21 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 78 i art. 97 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności w zakresie, w jakim mają zastosowanie do kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które zdeponowały zarodki powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy przed dniem wejścia w życie tej ustawy, z art. 2 w związku z art. 47 Konstytucji. Rzecznik Praw Obywatelskich uzasadniając swój wniosek wskazał, że „od 1 listopada 2015 r., czyli wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności, kobiety niepozostające w związkach małżeńskich albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną nie mogą już korzystać z procedury zapłodnienia pozaustrojowego z wykorzystaniem zarodków, które powstały z ich komórek rozrodczych i komórek anonimowych dawców. Ustawodawca wprowadził bowiem wymóg przystąpienia do *in vitro* dwóch osób: męża i żony albo kobiety i mężczyzny pozostających we wspólnym pożyciu, tj. konkubentów, nie tylko w przypadku dawstwa partnerskiego, ale także dawstwa innego niż partnerskie. Co więcej, w przypadku dawstwa innego niż partnerskie istnieje wymóg wyrażenia zgody w formie pisemnej przez biorczynię i jej męża (art. 62 § 1 k.r.o.), albo złożenia przez konkubenta biorczyni oświadczenia dotyczącego uznania ojcostwa z dniem urodzenia dziecka (art. 75^1 § 1 k.r.o.). Tym samym, skoro przystąpienie do in vitro możliwe jest jedynie w razie leczenia par - mężczyzny i kobiety, to transfer utworzonego wcześniej zarodka możliwy będzie jedynie w przypadku pozostawania przez biorczynię w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, który zdecyduje się złożyć wskazane wyżej oświadczenia”.

Wątpliwości konstytucyjne wnioskodawcy zbudziła „sytuacja kobiet, które przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności poddały się procedurze *in vitro*, w wyniku której stworzono z ich komórek rozrodczych i komórek anonimowych dawców zarodki, przechowywane następnie w klinice leczenia niepłodności. Zgodnie z ustawą o leczeniu niepłodności implantowanie tak wytworzonych zarodków jest możliwe, gdy biorczyni ma męża albo partnera, który wyrazi na to zgodę. W przeciwnym razie taka biorczyni nie może skorzystać z wytworzonych zarodków. Zarazem zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności są przekazywane do dawstwa tylko w razie śmierci obojga dawców zarodka albo po upływie 20 lat od dnia wejścia w życie tej ustawy, chyba że wcześniej zostaną przekazane przez dawców zarodka".

W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich, „kwestionowane przepisy naruszają zasadę demokratycznego państwa prawnego, wynikającą z art. 2 w związku z art. 47 Konstytucji, ponieważ kobiety, które poddały się procedurze pobrania ich komórek rozrodczych w celu utworzenia zarodków z ich komórek i komórek rozrodczych anonimowych dawców, działały w zaufaniu do obowiązującego prawa. Utworzenie zarodka a następnie przechowanie go do czasu wykorzystania przez kobietę było uregulowane w odpłatnej umowie cywilnoprawnej, a - wobec braku regulacji prawnej tego zagadnienia - kobiety mogły oczekiwać, że podjęte przez nie, zgodne z prawem, działania będą także w przyszłości dozwolone przez porządek prawny. Tymczasem ustawa o leczeniu niepłodności zamknęła tym kobietom drogę do implementacji zarodków i urodzenia dzieci powstałych z ich komórek rozrodczych. Co więcej, wbrew woli, a nawet bez wiedzy tych kobiet, utworzone z ich komórek rozrodczych zarodki mogą zostać po upływie 20 lat przekazane do dawstwa zarodka. Tym samym ustawodawca odbiera tym kobietom zarówno możliwość decydowania o wykorzystaniu zarodków, jak i jakiekolwiek prawa do dzieci, będących - w sensie genetycznym - ich potomkami. Traktuje więc je, wbrew ich woli, na równi z anonimowymi dawczyniami komórek rozrodczych".

Przyjęte rozwiązanie wywołało wątpliwości wnioskodawcy również w perspektywie konstytucyjnego prawa do prywatności i związanej z nim swobody decyzji o posiadaniu potomstwa. Prywatność jednostki obejmuje bowiem sferę życia seksualnego oraz zachowań prokreacyjnych. Zdaniem wnioskodawcy, „ustawodawca może ograniczyć w tym zakresie swobodę jednostek, ale tylko w granicach wyznaczonych art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ewentualne ograniczenie nie powinno się jednak odnosić do kobiet, które przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności zdeponowały zarodki w celu ich późniejszej implementacji. Zakwestionowana regulacja, w sposób niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji, zaskoczyła kobiety, będące już „w połowie" procesu zmierzającego do zajścia w ciążę i urodzenia dziecka".

W ocenie wnioskodawcy, zakwestionowane przepisy naruszają również wywodzoną z art.

2 Konstytucji zasadę ochrony praw słusznie nabytych, a ściślej - ekspektatyw maksymalnie ukształtowanych, gdyż za taką właśnie ekspektatywę należy uznać prawo kobiet posiadających zamrożone zarodki do ich wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem.

Zdaniem wnioskodawcy, niekonstytucyjność zakwestionowanych regulacji wynika z braku przepisów przejściowych, przewidujących wydłużenie obowiązywania dawnego prawa do czasu wygaśnięcia stosunków prawnych zawiązanych w czasie obowiązywania zmienionego prawa i trwających nadal. W ocenie wnioskodawcy, jest to „sytuacja w toku", której źródłem jest umowa kobiety z ośrodkiem leczenia niepłodności. Ustawodawca powinien był rozważyć wprowadzenie przepisów przejściowych, przewidujących, że nowe przepisy nie będą miały zastosowania do sytuacji kobiet niepozostających w związkach małżeńskich ani konkubinatach, które przed dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności zdeponowały zarodki powstałe z ich komórek rozrodczych i komórek anonimowych dawców. Możliwe było również wprowadzenie dłuższej - niż trzymiesięczna - *vacationis legis*.

W piśmie z 19 stycznia 2016 r. Prokurator Generalny zajął stanowisko, że oba przepisy są - w zakresie wskazanym we wniosku - niezgodne z art. 2 w związku z art. 47 Konstytucji. Prokurator Generalny stwierdził, że ustawa o leczeniu niepłodności ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do korzystania z in vitro do małżonków oraz konkubentów, ponieważ:

- ustawodawca przyjął, iż niepłodność, jako choroba, angażuje co najmniej dwie osoby i stan ten identyfikowany jest w konkretnej konfiguracji, czyli dotyczy określonej pary,
- ustawa zakłada subsydiarność procedury medycznie wspomaganej prokreacji oraz uwzględnia konstytucyjny nakaz ochrony dobra dziecka,
- leczenie niepłodności jest prowadzone z poszanowaniem godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka.

W bezpośrednim związku z dobrem dziecka pozostaje - zdaniem Prokuratora Generalnego – „konstytucyjnie uprzywilejowana pozycja małżeństwa, a więc wizja rodziny jako trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo. Ustawodawca uznał więc, że zarówno małżeństwo, jak i nieformalne, ale trwałe związki kobiet i mężczyzn stanowią najlepsze środowisko rozwoju i wychowania dziecka. Na mocy zakwestionowanej regulacji, kobieta niepozostająca w związku małżeńskim ani w konkubinacie, jako niedopuszczona do implantacji zarodka, wytworzonego z jej komórek rozrodczych i komórek anonimowego dawcy, przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, została zrównana z anonimowym dawcą komórek rozrodczych". Zdaniem Prokuratora Generalnego, „wyłączenie z in vitro samotnych kobiet jest - co do zasady - podyktowane dobrem dziecka, które ma się urodzić w

wyniku tej procedury. Nie sposób jednak nie dostrzec, że wynikające z ustawy o leczeniu niepłodności wyłączenie stanowi ograniczenie konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia w sprawach prokreacji, w tym prawa do posiadania genetycznego potomstwa, gwarantowanego w art. 47 Konstytucji. Istnieje tu konflikt dwóch wartości: dobra dziecka, które ma się urodzić w wyniku procedury *in vitro*, ale bez uwzględnienia więzi biologicznych i genetycznych, oraz prawa kobiety do prywatności w zakresie decydowania o sferze prokreacyjnej".

Prokurator Generalny dodał, że „Istniejący przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności stan prawny nie przewidywał zakazu *in vitro*, a uczestniczenie w tych procedurach nie było działaniem bezprawnym. Nie było również żadnych ograniczeń podmiotowych w zakresie możliwości korzystania z tych procedur, w szczególności zaś nie były z nich wyłączone samotne kobiety, z których komórek rozrodczych (i komórek rozrodczych anonimowych dawców) utworzono zarodki. Dopuszczalne było również tworzenie dodatkowych zarodków, których przeniesienie do organizmu biorczyni miało nastąpić w późniejszym okresie". Ograniczenie wynikające z kwestionowanej regulacji Prokurator Generalny uznał za uzasadnione w zakresie prospektywnego działania ustawy o leczeniu niepłodności, ale za naruszające zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Negatywnie ocenił brak odpowiednich przepisów przejściowych, które dałyby kobietom, znajdującym się w opisanej sytuacji, czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania. Decyzja podejmowana jako realizacja autonomii w sferze prokreacji wymaga - zdaniem Prokuratora Generalnego - uwzględnienia przez ustawodawcę odpowiedniego horyzontu czasowego. Nie bez znaczenia pozostaje to, że kobiety oczekujące na implementację zarodków powstałych z komórek rozrodczych ich i anonimowych dawców przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, znajdują się „w połowie" procesu zmierzającego do urodzenia dziecka, co nakłada na ustawodawcę szczególny obowiązek uwzględnienia ochrony tych szczególnych „interesów w toku" w przepisach intertemporalnych.

W piśmie z 9 listopada 2017 r., Marszałek Sejmu zajął stanowisko, że art. 20 ust. 1 pkt 2, art. 21 ust. 1 pkt 3 i art. 97 ustawy o leczeniu niepłodności, w zakresie odnoszącym się do kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które zdeponowały zarodki powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy przed dniem wejścia w życie tej ustawy, są zgodne z art. 2 i art. 47 Konstytucji. Marszałek Sejmu stwierdził, że konsekwencją wynikającą z zaskarżonych przepisów, jest wyłączenie możliwości skorzystania z procedury in vitro przez kobiety samotne, a celem takiej regulacji jest zapewnienie ochrony prawa dziecka do posiadania obydwojga rodziców.

Marszałek Sejmu stwierdził, że „kandydatka na biorczynię zarodka nie nabyła podlegającego

ochronie konstytucyjnej prawa do przeniesienia do jej organizmu zarodka utworzonego przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, ponieważ konstrukcja praw nabytych odwołuje się do praw podmiotowych uzyskanych w określonym stanie prawnym i następnie odebranych albo ograniczonych. Tymczasem przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności in vitro nie stanowiło przedmiotu regulacji prawnej i panowała w tym zakresie dowolność. Ponieważ wynikała ona jednak z braku regulacji prawnej, to nie podlega ochronie w perspektywie praw nabytych. Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa nie ma zastosowania do stanów prawnych niemających charakteru praw podmiotowych. Materia *in vitro* została poddana reglamentacji po raz pierwszy. Dlatego nie można uznać, że wprowadzone przepisy nie mogły odnosić się do osób, które podjęły już określone działania przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, a ustawodawca nie mógł wprowadzić ograniczeń w korzystaniu z procedury wspomaganego rozrodu. Zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa może kolidować z innymi zasadami i wartościami konstytucyjnymi. Gdyby nawet przyjąć, że sytuacja samotnych kobiet podlega ochronie w świetle zasady zaufania, to obowiązek jej respektowania przez prawodawcę pozostawałby w kolizji z koniecznością ochrony rodziny i ochrony praw dziecka. Konstytucyjny obowiązek ochrony praw dziecka stanowi naczelną zasadę prawa rodzinnego, zasada dobra dziecka najpełniej realizowana jest przez zapewnienie mu wychowania w rodzinie naturalnej, a więc pod pieczą rodzicielską sprawowaną przez osoby połączone z dzieckiem więzią biologiczną. Realizacja „dobra dziecka" polega na zapewnieniu mu wzrastania w pełnej rodzinie, w warunkach odpowiadających godności istoty ludzkiej, przy poszanowaniu podmiotowości dziecka, a prawo do wychowania w rodzinie stanowi pierwotne prawo dziecka".

Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 18 kwietnia 2018 r., sygn. K 50/16 postanowił na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym[496] umorzyć postępowanie, do czego doszło z przyczyn formalnych, tj. niedostatecznego uzasadnienia zarzutów oraz nieprawidłowego określenie wzorcu kontroli[497]. W uzasadnieniu postanowienia Trybunał Konstytucyjny pokusił się jednak o zajęcie merytorycznego stanowiska w sprawie. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, powyższe ujęcie problemu konstytucyjnego nie jest prawidłowe, ponieważ ustawodawca nie zignorował całkowicie sytuacji zarodków zdeponowanych w bankach przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, a przez to również odniósł się do sytuacji deponujących je kobiet. Postanowił bowiem, że:

1) niedopuszczalne i karalne jest niszczenie zdolnych do prawidłowego rozwoju zarodków

[496] Dz.U. poz. 2072.
[497] OTK Seria A 2018, poz. 19.

nieprzeniesionych do organizmu biorczyni (art. 23 ust. 3 i art. 83 u.l.n.);
2) zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności są - po upływie 20 lat (od dnia jej wejścia w życie) - przekazywane do dawstwa zarodka (chyba, że dawcy zarodka przekazali je do dawstwa wcześniej; art. 97 pkt 1 u.l.n.).

Tym samym, zakaz przejścia do końcowych etapów procedury in vitro w wypadku samotnych kobiet wynika z art. 97 u.l.n. (wskazanego tylko jako związkowy, nie zaś zasadniczy przedmiot kontroli), wyczerpująco regulującego sytuację prawną zarodków utworzonych i przechowywanych przed dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności.

Trybunał Konstytucyjny zauważył, że „w kwestii dostępności technik wspomaganej prokreacji (*in vitro*) ścierają się dwie koncepcje. W myśl jednej - w której niepłodność jest cechą indywidualną - w zakresie dostępności in vitro nie powinno być żadnych ograniczeń; procedura ta powinna być dostępna (dopuszczalna) dla wszystkich kobiet bez żadnych ograniczeń, w tym dla kobiet samotnych (z wyboru albo po śmierci ich partnerów), a także pozostających w związkach homoseksualnych. Zgodnie z drugą - uznającą niepłodność nie za cechę indywidualną, lecz występującą w konkretnych relacjach („układach") międzyludzkich, a więc dotykającą § różnopłciowych, nie zaś jednostek - procedura może być dostępna tylko dla § (związków zarówno sformalizowanych - małżeństw, jak i niesformalizowanych - konkubinatów), z czego wynika wprowadzenie ograniczenia podmiotowego w postaci konieczności uzyskania zgody męża (oświadczenia konkubenta) na przeniesienie zarodka. Ustawodawca, podejmując wysiłek unormowania tych zagadnień po raz pierwszy w polskim prawie, wybrał - świadomie, o czym świadczą materiały z procesu legislacyjnego - bardziej rygorystyczną koncepcję drugą, znajdującą podstawę w prawie dziecka do wychowywania się w rodzinie opartej na małżeństwie albo w środowisku możliwie najbardziej do niej zbliżonym. W tych okolicznościach, kwestionowana regulacja nie może być postrzegana jako pominięcie legislacyjne, lecz jako zaniechanie ustawodawcy - jego świadoma decyzja o ograniczeniu kręgu osób, mogących skorzystać z medycznie wspomaganej prokreacji (ściśle: z procedury *in vitro*)".

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że „w przypadku uchwalenia ustawy o leczeniu niepłodności nie doszło do „zmiany stanu prawnego", ale do wprowadzenia przez ustawodawcę prawnej regulacji zjawiska faktycznego wcześniej nieuregulowanego. Tymczasem zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa odnosi się - z samej istoty rzeczy - tylko do zmian stanu prawnego i nie obejmuje prawnego regulowania zjawisk wcześniej nieregulowanych. W innym wypadku prawo nie mogłoby nadążać za rzeczywistością społeczno-gospodarczą, niemożliwe też byłoby na przykład wprowadzenie nowych typów przestępstw".

Ze względu na powyższe Trybunał Konstytucyjny doszedł do przekonania, że „w sprawie nie

występuje „problem intertemporalny”, ponieważ mamy tu do czynienia wyłącznie z ustawą nową, a nie z kolejnymi różniącymi się od siebie regulacjami. Ustawa o leczeniu niepłodności nie zmieniła przepisów obowiązujących, lecz unormowała po raz pierwszy stany faktyczne dotychczas nie objęte regulacją prawną. Przyjęte, nowe uregulowanie może być zgodne, albo też niezgodne z oczekiwaniami pewnych grup osób, ale nie sposób twierdzić, że ustawodawca jest nielojalny wobec obywateli, jeśli wybiera model regulacji inny niż oczekiwany przez niektórych z nich. Wprowadzona regulacja może - choć nie powinna - być pewnym zaskoczeniem dla niektórych osób zainteresowanych. Jest tak dlatego, że ewentualne oczekiwania co do nieograniczonej czasowo dostępności (dopuszczalności) procedury *in vitro* dla kobiet samotnych były nieuzasadnione. Już wcześniej bowiem, rządowy program „Leczenie niepłodności metodą zapłodnienia pozaustrojowego na lata 2013-2016” zapewniał refundację tej procedury wyłącznie małżeństwom i konkubinatom, a projekt ustawy o leczeniu niepłodności był przedmiotem szeroko publicznie komentowanych prac od 2011 r. (wpłynął on do Sejmu 13 marca 2015 r., a sama ustawa - i to poszerzająca pierwotny projekt o konkubinaty - weszła w życie dopiero 1 listopada 2015 r.)”.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił ponadto, że „zdeponowane pozostają nie tylko zarodki samotnych kobiet, ale również zarodki pozostałe po przeprowadzeniu początkowych etapów procedury in vitro przez pary małżeńskie i konkubinaty. Rozważając problematykę sprawy trzeba mieć na uwadze, że również żony albo konkubiny, które przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności przeszły przez drugi etap procedury (doszło do *in vitro*, w wyniku którego powstał zarodek), nie mają obecnie „prawa” do samodzielnego przejścia do etapu kolejnego - przeniesienia tak powstałych zarodków do ich organizmów. Muszą one obecnie uzyskać zgody mężów (oświadczenia konkubentów). W tym stanie rzeczy trudno znaleźć argumenty za koniecznością szczególnej ochrony „interesu prawnego” samotnych kobiet, które zdeponowały zarodki przed wejściem ustawy o leczeniu niepłodności w życie. W ówczesnym stanie prawnym nie istniało „prawo do *in vitro*”, bo warunkiem istnienia każdego prawa podmiotowego, a przez to i interesu prawnego, jest obowiązywanie w systemie prawnym odpowiedniej normy prawnej, tymczasem przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności in vitro nie było w żaden sposób regulowane. Zarazem, skoro obecnie przechowywane są zarodki powstałe przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności zarówno w stanach faktycznych później zdefiniowanych prawnie jako „dawstwo partnerskie” oraz „dawstwo inne niż partnerskie” (a - w bardzo dużym i stanowiącym „skrót myślowy” uproszczeniu - zarodki „należące” do samotnych kobiet i te „należące” do par małżeńskich albo konkubinatów), które mogą zostać wykorzystane w dalszych etapach procedury *in vitro*, to nie ma podstaw do różnicowania ich sytuacji pod kątem formalnych wymagań w procedurze *in vitro*”.

Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „wnioskodawca - jak można wnosić z treści wniosku -

uważa, że samotne kobiety, które zdeponowały zarodki pochodzące z ich komórek jajowych i plemników anonimowych dawców powinny zachować dotychczasową, wynikającą z braku regulacji „swobodę dysponowania" nimi. Tymczasem zdeponowanie powstałych z takich komórek zarodków nie może być traktowane jak zabezpieczenie interesów kobiety przed skutkami ustawy, której podstawowym założeniem jest ochrona dobra poczętego dziecka. Ludzkie życie nie może być traktowane przedmiotowo, a żaden zarodek nie stanowi li tylko „materiału biologicznego", którym można swobodnie dysponować, lecz zasługuje na ochronę gwarantowaną przez ustawę o leczeniu niepłodności, której celem jest właśnie ograniczenie takiej swobody. Ustawodawca przewidział w tym względzie trzymiesięczną *vacationem legis* (art. 100 ustawy o leczeniu niepłodności) i - choć można dyskutować, czy okres ten był dostatecznie długi, czy zbyt krótki - jego wolą nie było doprowadzenie do stanu, w którym samotne kobiety mogłyby bezterminowo poddawać się „przeniesieniu" zarodków. W kontekście naruszenia prawa samotnych kobiet do prywatności należy tu zwrócić uwagę, że ustawa o leczeniu niepłodności nakazuje szczególnie chronić życie, zdrowie, dobro i prawa dziecka (art. 4) i brakuje uzasadnienia dla wyłączenia tych gwarancji z uwagi na prawo samotnych kobiet do jakkolwiek bądź pojętej „prywatności". Paradoksalnie zresztą, prawo to mogłoby zostać naruszone w znacznie większym stopniu, gdyby ustawodawca wprowadził dłuższy - na przykład roczny - okres przejściowy, wpływałby bowiem w ten sposób na decyzje kobiet, w pewien sposób przymuszając je do przyśpieszenia kolejnych etapów procedury *in vitro* (przeniesienia zarodków do ich organizmów)".

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego „wymóg pozostawania osób - które będą opiekować się i wychowywać dziecko poczęte w wyniku procedury *in vitro* - w małżeństwie albo konkubinacie stanowi jedną z wielu nowych, nieistniejących wcześniej w systemie prawnym, regulacji wprowadzonych przez ustawę o leczeniu niepłodności. Uzależnienie możliwości skorzystania z tej procedury od pozostawania w jednym z takich związków jest zgodne z dobrem dziecka. Dostępność procedury zapłodnienia pozaustrojowego tylko dla par (małżeńskich albo konkubinatów) jest wręcz podyktowana dobrem dziecka, przy czym ustawa o leczeniu niepłodności nakazuje szczególnie chronić jego życie, zdrowie, dobro i prawa (art. 4). Nie ma powodów do odejścia od tej zasady w wypadku zdeponowania zarodków przez samotne kobiety przed wejściem ustawy o leczeniu niepłodności w życie. Z całą pewnością, w interesie dziecka poczętego w wyniku procedury in vitro pozostaje uzależnienie „przeniesienia zarodka" od zgody męża (oświadczenia konkubenta), wprowadzone ze względu na kwestię uznania ojcostwa (zgodnie z art. 68 k.r.o. zaprzeczenie ojcostwa nie jest dopuszczalne, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, na którą mąż albo konkubent wyraził zgodę)".

Trybunał Konstytucyjny wskazał również, że „nie można tracić z pola widzenia praw dziecka

wynikających z Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r.[498], w opozycji do których nie istnieje żadne „prawo do dziecka". Koncepcja zakładająca istnienie „prawa kobiety do zarodka" narusza konstytucyjnie chronioną godność (art. 30 Konstytucji) przysługującą każdemu człowiekowi, w tym również dziecku poczętemu. Uznanie, że człowiek (dziecko, niezależnie od etapu rozwoju) może być przedmiotem prawa podmiotowego innego człowieka (matki) jest równoznaczne z jego przedmiotowym traktowaniem. Tymczasem człowiek nie może być traktowany jako środek do osiągnięcia celu przez inne osoby. Nie może więc być traktowany jak „rzecz" ani być przedmiotem dysponowania przez innego człowieka. W katalogu praw człowieka wyróżnia się prawo do poznania swojego pochodzenia genetycznego, bo pozwala to na poznanie własnej tożsamości. Zgodnie z art. 7 konwencji, „dziecko (...) będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką", a „Państwa-Strony zapewnią, aby te prawa stały się zgodne z ich prawem wewnętrznym oraz z ich międzynarodowymi zobowiązaniami w tej dziedzinie, w szczególności w przypadkach, gdyby brak tych uregulowań spowodował, iż dziecko zostałoby bezpaństwowcem". Ponadto, w myśl art. 8 konwencji, jej państwa-strony muszą podejmować „działania mające na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym (...) stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, z wyłączeniem bezprawnych ingerencji", a w razie, gdyby „dziecko zostało bezprawnie pozbawione części lub wszystkich elementów swojej tożsamości, Państwa-Strony okażą właściwą pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia jego tożsamości".

Niezależnie od umorzenia postępowania w związku z niedopuszczalnością wydania wyroku, Trybunał Konstytucyjny za celowe uznał wystąpienie - na podstawie art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym - do Sejmu z postanowieniem sygnalizacyjnym, ponieważ dostrzegł w regulacjach ustawy o leczeniu niepłodności pewne braki (uchybienia), inne jednak niż te, będące przedmiotem wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich. Braki te polegają na nieuregulowaniu losów zarodków w dwudziestoletnim okresie wynikającym z art. 97 pkt 1 ustawy o leczeniu niepłodności i wymagają - zdaniem Trybunału Konstytucyjnego - wprowadzenia sądowej kontroli zezwalania samotnym kobietom na przeniesienie zarodków powstałych przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności w stanach faktycznych mieszczących się w ramach dawstwa innego niż partnerskie.

Na uwagę zwraca fakt, że powyższe orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego nie zapadło jednomyślnie. Od powyższego orzeczenie złożono zdanie odrębne, w którym wskazano, że wniosek

[498] Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

Rzecznika Praw Obywatelskich spełniał ustawowe wymagania pozwalające na jego merytoryczne rozpoznanie. Nie podzielono również poglądu Trybunału, że w niniejszej sprawie nie występował problem intertemporalny, ponieważ w przypadku uchwalenia ustawy o leczeniu niepłodności nie nastąpiła zmiana stanu prawnego (w znaczeniu: wprowadzenie kolejnej regulacji, różniącej się od poprzedniej), ale została wprowadzona przez ustawodawcę prawna regulacja zjawiska wcześniej nieuregulowanego. Prawo powinno być zmieniane w taki sposób, „by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny" (wyrok z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 29). Wskazano, że jednostki nie powinny przy tym ponosić negatywnych konsekwencji tylko z tego powodu, że ustawodawca długo zwlekał z uregulowaniem w sposób kompleksowy zasad przeprowadzania procedur metod wspomaganej prokreacji. W zdaniu odrębnym wskazano, że istnieje doniosły interes publiczny, który legitymizuje ustawodawcę do podjęcia działań zmierzających do uporządkowania zasad przeprowadzania procedur metod wspomaganej prokreacji: „Na państwie spoczywa jednak odpowiedzialność za zapewnienie, by instrumenty te stosowane były w sposób gwarantujący godność i prawa zarówno istot ludzkich, które mają się urodzić w ich wyniku, jak i przyszłych matek oraz ich partnerów. Stanowienie regulacji, takich jak ustawa o leczeniu niepłodności, nie może dokonywać się w sposób arbitralny, bez uwzględnienia należytego wyważenia wszystkich relewantnych wartości, zasad i praw konstytucyjnych. Przyjęte rozwiązania legislacyjne nie mogą także prowadzić do zanegowania celów, jakie ustawodawca sam sobie postawił. Ponadto - co ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia istoty problemu konstytucyjnego przedstawionego we wniosku Rzecznika - wprowadzenie nowej ustawy, określającej zakres podmiotowy i zasady, z poszanowaniem których przeprowadzenie procedury metod wspomaganej prokreacji jest dopuszczalne i nie naraża nikogo na odpowiedzialność karną (przewidzianą w art. 78 u.l.n.), wymagało uwzględnienia szczególnego charakteru sytuacji faktycznej i prawnej zarodków, które zostały utworzone przed wejściem w życie tej ustawy, a także kobiet, które przekazały już swój materiał biologiczny". Uzasadniając zdanie odrębne wskazano ponadto, że „rozpoznając wniosek Rzecznika, Trybunał powinien był poddać zakwestionowane przepisy (w szczególności przepis intertemporalny, jakim jest art. 97 u.l.n.) kontroli merytorycznej pod kątem tego, czy ustawodawca zapewnił dostateczną ochronę tych zarodków, a także czy proporcjonalnie wyważył podlegające ograniczeniu na skutek wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności wolności i prawa kobiet niezamężnych lub niepozostających w stałym pożyciu, z których komórek rozrodczych zarodki powstały, z wartościami konstytucyjnymi, jakie uzasadniały wprowadzenie tej ustawy. Za wartości,

których ochronie służyć ma ustawa o leczeniu niepłodności, art. 4 u.l.n. uznaje godność człowieka, życie prywatne i rodzinne, a także („ze szczególnym uwzględnieniem") życie, zdrowie, dobro i prawa dziecka. Treść art. 97 u.l.n. - rekonstruowana w związku z pozostałymi przepisami objętymi wnioskiem Rzecznika - nie realizuje celów deklarowanych w art. 4 u.l.n. Ustawodawca w sposób arbitralny przesądził, że zarodki, które zostały utworzone przed 1 listopada 2015 r., mają być przechowywane przez 20 lat, licząc od wskazanego terminu, a następnie oddane do dawstwa zarodka bez zgody kobiety, z której komórki rozrodczej powstały - chyba że ta kobieta znajdzie męża lub partnera, który wyrazi zgodę na przeniesienie zarodka i zakończenie procedury metod wspomaganej prokreacji. Z punktu widzenia zakładanej przez ustawodawcę potrzeby ochrony godności dzieci rozwiązanie to należy oceniać jako formę uprzedmiotowienia zarodka. Art. 97 u.l.n. prowadzi do tego, że dziecko nie może się urodzić i wychować przy - choć samotnej - matce genetycznej, z której komórki rozrodczej przed dniem wejścia w życie ustawy powstał zarodek. Sytuacja taka w sposób oczywisty nie sprzyja dobru dziecka, jakim jest prawo do ukształtowania relacji faktycznych i prawnych w ramach życia rodzinnego zgodnie z prawdą biologiczną, podlegające ochronie na mocy art. 47 Konstytucji. Jak zauważył już Trybunał, „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" (wyrok z 28 kwietnia 2003 r., sygn. K 18/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 32). Rozwiązanie legislacyjne przyjęte w art. 97 w związku z art. 20 ust. 1 pkt 2 i art. 21 ust. 1 pkt 3 u.l.n. prowadzi jednocześnie do uprzedmiotowienia kobiet niezamężnych lub niepozostających w stałym pożyciu, które były dawczyniami komórek rozrodczych. Po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności stały się one de facto - wbrew własnej woli, wyłącznie na mocy decyzji samego ustawodawcy - jedynie anonimowymi dawczyniami materiału biologicznego. Innymi słowy, zmienia się status kobiet, które miały być matkami, a stają się na mocy zaskarżonej regulacji dawczyniami. Ustawodawca nie tylko zanegował podjętą przez nie przed dniem wejścia w życie ustawy (a więc bez świadomości późniejszych ograniczeń ustawowych) decyzję o poddaniu się zabiegom mającym zapewnić im możliwość posiadania potomstwa i realizowania swoich potrzeb rodzicielskich, ale także zdecydował, że zarodki, jakie powstały w wyniku tych zabiegów, zostaną oddane - bez zgody zainteresowanych kobiet - do dawstwa po upływie 20 lat, licząc od 1 listopada 2015 r. Taka ingerencja w prawo tych kobiet do życia prywatnego i rodzinnego oraz do decydowania o swoim życiu osobistym jest nieproporcjonalna choćby z tego powodu, że w rzeczywistości nie realizuje - jak wskazano wyżej - celu, jakim ma być ochrona dobra

zarodków, które nie zostały wykorzystane przed dniem wejścia w życie ustawy, a powstały z materiału biologicznego tych kobiet. Przeciwko rozwiązaniu zastosowanemu w przepisach zakwestionowanych przez Rzecznika przemawia też, ciążący na ustawodawcy, obowiązek realizacji przysługującego matkom przed urodzeniem dziecka i po jego urodzeniu prawa do szczególnej pomocy władz publicznych, o jakim mowa w art. 71 ust. 2 Konstytucji".

Z powyższych względów w zdaniu odrębnym wskazano, że po dokonaniu merytorycznego rozpoznania wniosku Rzecznika, Trybunał powinien był orzec, że art. 97 w związku z art. 78 w związku z art. 20 ust. 1 pkt 2 i art. 21 ust. 1 pkt 3 u.l.n. - w zakresie, w jakim dotyczy zarodków, które przed dniem wejścia w życiu ustawy o leczeniu niepłodności zostały utworzone z komórek rozrodczych kobiet niezamężnych lub niepozostających w stałym pożyciu i komórek rozrodczych anonimowych dawców, i które przed tym terminem zostały przekazane do przechowania - jest niezgodny z art. 2 w związku z art. 47 Konstytucji.

Dalej należy wskazać, że postanowieniem z tego samego dnia tj. 18 kwietnia 2018 r. wobec umorzenia postępowania w sprawie o sygn. akt K 50/16 wywołanego wniesieniem wniosku przez Rzecznika Praw Obywatelskich, Trybunał Konstytucyjny postanowił na podstawie art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym zasygnalizować Sejmowi i Senatowi istnienie uchybień w prawie, których usunięcie jest niezbędne do zapewnienia spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, polegających na nieunormowaniu w ustawie o leczeniu niepłodności postępowania z zarodkami powstałymi z komórek rozrodczych samotnych kobiet i anonimowych dawców przed jej wejściem w życie (S 2/18)[499]. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że co do zasady, wynikającej z art. 97 pkt 1 u.l.n., wszystkie zarodki utworzone i przechowywane w bankach przed dniem jej wejścia w życie zostaną przekazane do dawstwa zarodka (dalej: adopcji) po upływie 20 lat (od dnia wejścia w życie ustawy), chyba że wcześniej zostaną przekazane do adopcji przez ich dawców (ponadto zarodki mogą zostać oddane do adopcji wcześniej, w razie śmierci obojga dawców zarodka albo - w wypadku dawstwa innego niż partnerskie - śmierci biorczyni i jej męża albo konkubenta; art. 21 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 97 pkt 2 u.l.n.). Ta regulacja, zawarta w przepisie przejściowym, koresponduje z art. 21 ust. 3, przesądzającym o losie niewykorzystanych zarodków, powstałych po wejściu ustawy o leczeniu niepłodności w życie, z komórek rozrodczych pobranych zarówno w celu dawstwa partnerskiego jak i dawstwa innego niż partnerskie.

Problemem dostrzeżonym przez Trybunał Konstytucyjny jest nierówne traktowanie zarodków w kontekście art. 21 ust. 2 u.l.n.: „Przepis ten, dotyczący dawstwa partnerskiego, przewiduje, że w

[499] Legalis nr 1760485.

razie braku zgody męża (konkubenta) na przeniesienie zarodka (czyli na dokończenie procedury in vitro w szerokim znaczeniu), zezwolenie na przeniesienie wydaje sąd opiekuńczy. Innymi słowy, w sytuacji, w której w wyniku dawstwa partnerskiego powstał w procedurze in vitro (w sensie ścisłym) zarodek, a następnie dawca męskiej komórki (mąż albo konkubent) „rozmyślił się" i odmawia wyrażenia zgody na jego wszczepienie żonie (konkubinie), może ona skierować sprawę do sądu opiekuńczego. Ten zaś „wydaje zezwolenie" o charakterze zastępczym". Co istotne, Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że „kategoryczne stwierdzenie przepisu nie oznacza obowiązku wydania konkretnego (pozytywnego) rozstrzygnięcia, niezależnie od analizy okoliczności sprawy i ich oceny przez sąd; sytuacja jest tu podobna do „udzielenia zezwolenia" - zgodnie z art. 561 § 1 k.p.c. - na zawarcie małżeństwa kobiecie niemającej ukończonych 18 lat, co wymaga przeanalizowania przez sąd całokształtu sytuacji prawnej i faktycznej potencjalnych nupturientów".

Dalej Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „sytuacja samotnych kobiet, które zdeponowały zarodki, jest - w zakresie skutku - podobna do sytuacji mężatek (konkubin), których mężowie (konkubenci) nie wyrażają obecnie zgody na przeniesienie zarodków do ich organizmów (bez omówionej wyżej regulacji zawartej w art. 21 ust. 2 u.l.n., te ostatnie nie miałyby możliwości „dokończenia" *in vitro* w szerokim znaczeniu). Tymczasem ustawa o leczenie niepłodności nie zawiera analogicznej regulacji w odniesieniu do zarodków powstałych z komórek rozrodczych samotnych kobiet i anonimowych dawców. Ustawodawca zdecydował, że po 20 latach wszystkie zarodki powstałe przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności trafią do adopcji, ale nie wypowiedział się o tym, co ma się z nimi dziać przez te 20 lat. Tymczasem powinien był - skoro „na przyszłość" otworzył mężatkom i konkubinom drogę sądową - otworzyć ją również kobietom samotnym, dając im możliwość wystąpienia do sądu opiekuńczego o zezwolenie na przeniesienie zarodka".

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, „takie postępowanie mogłoby, a nawet powinno, toczyć się z udziałem *curatoris ventris*, a sąd - rozstrzygając - powinien mieć na uwadze zasady systemu prawnego Rzeczypospolitej, wyrażone w Konstytucji i ustawodawstwie krajowym (nie tylko w ustawie o leczenie niepłodności) oraz w wiążących Rzeczpospolitą Polską umowach międzynarodowych, między innymi takie, jak:

- prawo zarodka do życia (procedura in vitro nie może prowadzić do zniszczenia zarodka albo do „rozmrażania" kilku zarodków, ich selekcji i ponownego „zamrażania" zarodków niewykorzystanych),
- zakaz przedmiotowego traktowania jakiegokolwiek zarodka,
- życie, zdrowie, dobro i prawa dziecka, w tym jego prawo do życia rodzinnego,
- dopuszczalność adopcji dzieci - w uzasadnionych wypadkach - przez osoby samotne (niezależnie

od tego, że z powodu dużej liczby chętnych par - do takiej adopcji dochodzi bardzo rzadko),
- niedopuszczalność adopcji dzieci przez osoby/pary homoseksualne".

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca - uchwalając poszczególne regulacje ustawa o leczenie niepłodności - dokonał wyborów o charakterze aksjologicznym, podyktowanych dobrem dziecka. Ustawa ta nakazuje szczególnie chronić jego życie, zdrowie, dobro i prawa (art. 4). Wypełnienie sygnalizowanej luki byłoby w najwyższym stopniu uzasadnione pełniejszą realizacją tych wartości.

Analogicznie jak w przypadku sprawy K 50/16, również tutaj złożone zostało zdanie odrębne. W jego uzasadnieniu wskazano, że skierowanie postanowienia sygnalizacyjnego nie było konieczne, ponieważ Trybunał powinien był rozpoznać merytorycznie wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z 29 października 2015 r. (który spełniał ustawowe wymagania formalne) oraz wydać wyrok stwierdzający niekonstytucyjność zakwestionowanych przepisów w zakresie, w jakim dotyczą zarodków, które przed dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności zostały już utworzone z komórek rozrodczych kobiet niezamężnych lub niepozostających w stałym pożyciu i z komórek rozrodczych anonimowych dawców, i które przed tym terminem zostały przekazane do przechowania. Dalej w zdaniu odrębnym wskazano, że „skierowanie postanowienia sygnalizacyjnego nie rozstrzyga problemu konstytucyjnego w sposób wiążący dla ustawodawcy. Na tle przepisów zakwestionowanych we wniosku Rzecznika, nie można w ogóle mówić o luce, która miałaby polegać na nieunormowaniu postępowania z zarodkami powstałymi przez dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności z komórek rozrodczych kobiet samotnych lub niepozostających w stałym pożyciu i z komórek anonimowych dawców. Sposób postępowania z tymi zarodkami reguluje bowiem bezpośrednio - zakwestionowany we wniosku Rzecznika - art. 97 u.l.n. Stanowi on, że zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy (*primafacie*: wszystkie) są przekazywane do dawstwa zarodka, ale dopiero po upływie 20 lat, licząc od tego dnia, chyba że zrealizuje się jeden z wyjątków opisanych w tym przepisie (dotyczących zgody dawców zarodka na oddanie zarodka do dawstwa albo śmieci obojga dawców zarodka). Inne postępowanie z zarodkami utworzonymi z komórek rozrodczych kobiet niezamężnych lub niepozostających w stałym pożyciu przed dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności rodziłoby podstawy odpowiedzialności karnej, przewidzianej w art. 78 u.l.n., chyba że po tym dniu kobiety te zdecydowałyby się na małżeństwo lub konkubinat a także uzyskały zgodę swoich mężów lub konkubentów na dokończenie procedur medycznie wspomaganej prokreacji, wymaganych przez art. 20 ust. 1 pkt 2 i art. 21 ust. 1 pkt 3 u.l.n. Na tle tych przepisów nie chodzi zatem ani o lukę („pominięcie legislacyjne"), ani tym bardziej o zaniechanie ustawodawcze (w znaczeniu wynikającym z orzecznictwa Trybunału), lecz chodzi o jednoznaczne rozstrzygnięcie ustawodawcy, które powinno być ocenione przez Trybunał

pod kątem zgodności z wzorcami konstytucyjnymi wskazanymi we wniosku".

Ponadto, w zdaniu odrębnym wskazano, że „niezależnie od tego, przedstawiona przez Trybunał propozycja korekty rozwiązań intertemporalnych przewidzianych przez ustawę o leczeniu niepłodności, jeśli w ogóle zostanie uchwalona przez ustawodawcę, nie zapewni efektywnej ochrony dobra zarodków utworzonych przed dniem wejścia w życie ustawy i nieprzeniesionych do organizmów kobiet niezamężnych lub niepozostających w stałym pożyciu, z których komórek rozrodczych zarodki te powstały, ani dobra tychże kobiet. Nie wiadomo bowiem, co miałby ustalać sąd, skoro po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności przeniesienie zarodków do organizmu biorczyni bez zgody męża lub bez złożenia przez konkubenta oświadczenia o uznaniu dziecka narodzonego w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji jest niedopuszczalne (zob. art. 21 ust. 1 pkt 3 u.l.n.) i podlega odpowiedzialności karnej (zob. art. 78 u.l.n.). W istocie zakwestionowane przez Rzecznika przepisy, których Trybunał nie uchylił w zakresie wynikającym z wniosku, uniemożliwią sądowi udzielenie zezwolenia na przeniesienie zarodków utworzonych przed dniem wejścia w życie ustawy do organizmu kobiety, od której pobrano materiał biologiczny. Jedynie wprowadzenie nowego przepisu przejściowego dałoby możliwość zapewnienia odpowiedniego standardu ochrony dobra utworzonych już zarodków oraz kobiet, z których komórek rozrodczych one powstały".

Przytoczyłam powyżej obszerne fragmenty obu orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego zapadłych 18 kwietnia 2018 r. w sprawach K 50/16 oraz S 2/18 z dwóch powodów. Po pierwsze, są to jedyne zapadłe dotąd orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego dotyczące ustawy o leczeniu niepłodności (Sąd Najwyższy dotąd nie wydał żadnego orzeczenia na tle tej ustawy), co powoduje, że zarówno strony w postępowaniu o zastępcze wyrażenie zgody na transfer zarodka jak i sądy opiekuńcze orzekając w tym przedmiocie odwołują się do nich. Po drugie, wszystkie wskazane powyżej kwestie są silnie związane ze statusem prawnym zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, ponieważ powyższe rozważania i stanowiska, często bardzo zróżnicowane dotyczą losu wielu zarodków utworzonych przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, zatem *stricte* zarodków znajdujących się w fazie przedimplantacyjnej, oczekujących na transfer.

Zdecydowanie zgodzić się trzeba, że w stosunku do kobiet samotnych posiadających zarodki stworzone z ich komórek jajowych oraz komórek rozrodczych dawców anonimowych w przypadku wprowadzenia ustawy o leczeniu niepłodności nie została zachowana zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Nie sposób uznać za Trybunałem Konstytucyjnym, że skoro kwestie metod wspomaganej prokreacji nie były dotąd uregulowane to kobietom takim nie należy się ochrona ich specyficznej zastanej sytuacji faktycznej i prawnej w momencie wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności. Do 1 listopada 2015 r. kobiety samotne mogły bez żadnych przeszkód brać

udział w procedurze *in vitro* licząc na doprowadzenie do urodzenia dziecka pochodzącego biologicznie od nich. Nie można zapominać, że w Polsce metody te zaczęły funkcjonować już w roku 1987 r. Ośrodki leczenia niepłodności niejednokrotnie działały zgodnie z zasadą *quod lege non prohibitum, licitum* est (czego prawo nie zakazuje, to jest to dozwolone). Dopiero ustawa o leczeniu niepłodności zakazała niektórych występujących w praktyce procedur, w tym medycznie wspomaganej prokreacji dostępnej dla osób samotnych[500]. Ustawodawca powinien był zatem wprowadzając po raz pierwszy regulację MAP w 2015 r. uszanować to, że szereg samotnych kobiet w trakcie wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności było w trakcie całego procesu przygotowującego je do transferu zarodków. W istocie przepis art. 97 u.l.n. prowadzi do tego, że dziecko nie może się urodzić i wychować przy biologicznej matce, z której komórki rozrodczej przed dniem wejścia w życie ustawy powstał zarodek. Sytuacja taka w sposób oczywisty moim zdaniem nie sprzyja dobru dziecka, jakim jest prawo do ukształtowania relacji faktycznych i prawnych w ramach życia rodzinnego zgodnie z prawdą biologiczną[501]. Uważam, że dla takiego dziecka zdecydowanie lepiej jest urodzić się i być wychowywanym przez biologiczną, choć samotną matkę już teraz, niż czekać 20 lat na możliwość adopcji przez inną parę, niezwiązaną genetycznie z zarodkiem. Ustawodawca nie tylko zanegował podjętą przez kobiety samotne przed dniem wejścia w życie ustawy decyzję o poddaniu się zabiegom mającym zapewnić im możliwość posiadania potomstwa pochodzących genetycznie od nich, ale także zdecydował, że zarodki, jakie powstały w wyniku tych zabiegów, zostaną oddane - bez zgody zainteresowanych kobiet - do dawstwa po upływie 20 lat, licząc od dnia wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności, tj. 1 listopada 2015 r. Należy podkreślić, że kobiety takie zdecydowały się na rozpoczęcie wielokrotnie długotrwałych i kosztownych procedur w jasno określonym celu – posiadania dziecka genetycznie pochodzącego od nich, przy tym bez świadomości późniejszych ograniczeń ustawowych w tym zakresie. Taka ingerencja w prawo tych kobiet do życia prywatnego i rodzinnego oraz do decydowania o swoim życiu osobistym jest w mojej ocenie nieuzasadniona. Nie można również pomijać faktu, że wskutek takiego zaskoczenia kobiet samotnych, wiele z nich zmuszonych jest kontynuować legalnie rozpoczętą procedurę wspomaganego rozrodu za granicą, gdzie aktualnie nie jest to zakazane. Zjawisko *cross-borded reproductive care* zyskuje w ostatnich latach na popularności, co związane jest z istotnymi różnicami w modelach ustawowych dotyczących medycznie wspomaganej

[500] Jak wskazują przeprowadzone w okresie od stycznia 2015 do marca 2015 r. badania, tylko pięć ośrodków leczenia niepłodności w Polsce zadeklarowało niewykonywanie świadczeń na rzecz pacjentów samotnych lub pozostających w związkach jednopłciowych (na trzydzieści pięć, w których przeprowadzono monitoring bezpośredni). Tak, R. Łukasiewicz, *Implantacja zarodków utworzonych z komórek rozrodczych samotnych kobiet propozycje przepisów przejściowych*, RPEiS 2021, nr 1 (dostęp w Legalis: 18.02.2023 r.).

[501] Tak też, por. R. Łukasiewicz, *ibidem*.

prokreacji[502].

Niezależnie od tego jakie rozwiązanie wyżej przedstawionego problemu należy uznać za prawidłowe, czy to zaproponowane przez Trybunał Konstytucyjny czy też wyrażone w zdaniu odrębnym przez sędziego Piotra Pszczółkowskiego, nie ulega wątpliwości, że problem dostrzeżony przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który skłonił go do złożenia wniosku do Trybunału Konstytucyjnego, jest istotny i w dalszym ciągu aktualny. Co więcej, pomimo że sam wniosek został złożony w roku 2015, zatem jeszcze przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, zaś orzeczenia zapadły w roku 2018, dotąd ustawodawca nawet pomimo wydania przez Trybunał Konstytucyjny postanowienia sygnalizacyjnego nie dokonał żadnych zmian w ww. zakresie. Kobiety samotne w dalszym ciągu są zatem pozbawione możliwości dokonania transferu zarodków, powstałych z ich komórek jajowych, utworzonych przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności. Należy to ocenić jednoznacznie negatywnie. *De lege ferenda* powinny zostać wprowadzone zmiany w ustawie o leczeniu niepłodności gwarantujące kobietom samotnym możliwość dokonania takiego transferu – co rzeczywiście zgodnie z sugestią Trybunału Konstytucyjnego mogłoby nastąpić po zezwoleniu sądu opiekuńczego. Takie rozwiązanie każdorazowo umożliwiłoby wyważenie przez sąd dwóch interesów: kobiety pragnącej dziecka pochodzącego genetycznie od niej oraz dobra dziecka, mającego się wskutek transferu urodzić. Jak każda tego typu sprawa, ostatecznie rozstrzygnięcie zależeć będzie od wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności danej sprawy przez sąd. W zaproponowanym przez Trybunał Konstytucyjny rozwiązaniu rola sądu opiekuńczego sprowadzałaby się do ustalenia, czy powinno dojść do rodzicielstwa samotnej kobiety. Pojawiają się wątpliwości, jakie kryteria powinien wziąć pod uwagę sąd opiekuńczy. Jak zauważył Rafał Łukasiewicz konstrukcja ta przypomina znany niektórym systemom prawnym wymóg weryfikacji zasadności skorzystania z medycznie wspomaganej prokreacji przez samotną kobietę, przy uwzględnieniu różnych kryteriów. Ocenia się przy tym między innymi predyspozycje matki genetycznej do wypełniania ról rodzicielskich oraz analizuje zgodność z dobrem dziecka sytuacji, w której nie będzie ono mieć prawnego ojca. Różnica polega jednak na tym, że w obcych systemach prawnych ocena taka dokonywana jest przed powstaniem zarodka, a w świetle zaproponowanego rozwiązania miałoby to następować w odniesieniu do zarodków, które już istnieją. Posłużenie się nią oznacza bowiem, że sąd opiekuńczy oceniałby matkę genetyczną, biorąc pod uwagę jej kwalifikacje osobiste, podobnie jak w odniesieniu do kandydatów do przysposobienia dziecka, a więc rodziców niegenetycznych. Jeżeli sąd opiekuńczy uznałby, że

[502] Por. Hudson, N., Culley, L., Blyth, E., Norton, W., Rapport, F., Pacey, A., *Cross-border reproductive care: a review of the literature*, Reproductive BioMedicine Online 2011, vol. 22, nr 7, s. 673–685. Przytoczono za: R. Łukasiewicz, *Implantacja…, op. cit.*

samotna matka nie spełnia tych kryteriów, wówczas zarodek byłby przekazany do dawstwa. Z kolei osoby, które korzystają z dawstwa zarodka w Polsce, nie są badane z punktu widzenia ich kwalifikacji osobistych. Wobec tego doszłoby do tego, że sąd opiekuńczy badałby, czy matka genetyczna będzie „dobrą matką", a gdyby stwierdził, że tak nie jest, dziecko trafiałoby do tzw. adopcji zarodków przez parę, co do której takie wymogi nie są stawiane[503]. O ile zastrzeżenia te rzeczywiście są uzasadnione, to w mojej ocenie problem nie tkwi w tym, że w pierwszym wypadku istniałaby kontrola sądu opiekuńczego, a w drugim wypadku kontroli takiej nie ma. Kluczowym problemem jest właśnie brak jakiejkolwiek kontroli sądu opiekuńczego w przypadku dawstwa zarodków i uzasadniony jest postulat, aby taką kontrolę sąd opiekuńczy mógł sprawować[504]. Wówczas obie sytuacje byłyby ujednolicone, albowiem w obu przypadkach sąd opiekuńczy badałby czy zgoda na transfer zarodka w przypadku kobiety samotnej albo dawstwo zarodka byłoby zgodne w danej sytuacji faktycznej z dobrem dziecka.

W doktrynie problem ten nie jest postrzegany jednolicie. R. Łukasiewicz ocenił krytycznie rozwiązanie, zgodnie z którym to sąd opiekuńczy mógłby wyrażać w przypadku kobiet samotnych zgodę na transfer zarodka. Zaproponował jednocześnie dwa alternatywne modele. W pierwszym z nich należałoby wprowadzić przepis, zgodnie z którym kobiety mogłyby zastosować zarodki w terminie 20 lat od wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności, ewentualnie od dnia, w którym zarodki zostały przekazane do banku komórek rozrodczych i zarodków w celu ich przechowywania, co stanowiłoby rozwiązanie analogiczne od konstrukcji unormowanej w art. 21 ust. 3 pkt 1 u.l.n. Drugim sposobem na rozwiązanie problemu zarodków utworzonych przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności z komórek rozrodczych kobiet samotnych byłoby wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą przepisów ustawy nie stosuje się w odniesieniu do nich w określonym zakresie. Dodał jednak, że takie ujęcie mogłoby jednak być słusznie skrytykowane jako sprzeczne z założeniami ustawy o leczeniu niepłodności i prowadzące do niespójności przepisów. Brak zastosowania terminu miałby tę zaletę, że nie dochodziłoby do dawstwa zarodków z mocy prawa, a więc bez wiedzy i woli samotnych kobiet. Należy bowiem pamiętać, że osoby decydujące się na medycznie wspomaganą prokreację w aktualnym porządku prawnym muszą liczyć się ze świadomością, że ich zarodki mogą być przekazane do dawstwa. Natomiast samotne kobiety, które uczestniczyły w tych procedurach przed obowiązywaniem ustawy o leczeniu niepłodności, nie wyrażały zgody na uczestniczenie w nich na zasadach ustawy, a zatem także na przekazanie zarodków do dawstwa w razie ich niezastosowania[505]. Uważam jednak, że rozwiązanie, zgodnie z którym to sąd opiekuńczy mógłby

[503] Tak, R. Łukasiewicz, *Implantacja…, op. cit.*
[504] Będzie to szerzej omówione przy okazji analizy warunków dopuszczalności dawstwa zarodków.
[505] Por. R. Łukasiewicz, *Implantacja…, op. cit.*

wyrażać w przypadku kobiet samotnych zgodę na transfer jest trafniejsze aniżeli dwa przedstawione powyżej modele. Przede wszystkim oba modele właściwie bez żadnych ograniczeń ani kontroli pozostawiałyby istniejące zarodki do swobodnej dyspozycji kobiety, z których komórek jajowej zarodki powstały. Stoi to w sprzeczności z aksjologicznymi założeniami ustawy o leczeniu niepłodności, która zakazuje przedmiotowego traktowania zarodków (art. 4 u.l.n.) i trafniejszym wydaje się rozwiązanie, kiedy każdorazowo należałoby rozważyć daną sytuację faktyczną – co mógłby oceniać właśnie sąd opiekuńczy analogicznie jak w przypadku wyrażenia zgody na transfer na podstawie przepisu art. 21 ust. 2 u.l.n.

Na zakończenie tym temacie chciałabym zwrócić uwagę na kilka ważnych stwierdzeń zapadłych na kanwie powyższych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, istotnych z punktu widzenia rozważań o statusie prawnym zarodków w fazie przed ich transferem.

Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „podstawowym założeniem ustawy o leczeniu niepłodności jest ochrona dobra poczętego dziecka". Wyraźnie stwierdził, że „ludzkie życie nie może być traktowane przedmiotowo, a żaden zarodek nie stanowi li tylko „materiału biologicznego", którym można swobodnie dysponować, lecz zasługuje na ochronę gwarantowaną przez ustawę o leczeniu niepłodności, której celem jest właśnie ograniczenie takiej swobody". Dodał, że ustawa o leczeniu niepłodności nakazuje szczególnie chronić życie, zdrowie, dobro i prawa dziecka (art. 4) i brakuje uzasadnienia dla wyłączenia tych gwarancji z uwagi na prawo samotnych kobiet do jakkolwiek bądź pojętej „prywatności". Wskazał również, że „koncepcja zakładająca istnienie „prawa kobiety do zarodka" narusza konstytucyjnie chronioną godność (art. 30 Konstytucji) przysługującą każdemu człowiekowi, w tym również dziecku poczętemu. Uznanie, że człowiek (dziecko, niezależnie od etapu rozwoju) może być przedmiotem prawa podmiotowego innego człowieka (matki) jest równoznaczne z jego przedmiotowym traktowaniem. Tymczasem człowiek nie może być traktowany jako środek do osiągnięcia celu przez inne osoby. Nie może więc być traktowany jak „rzecz" ani być przedmiotem dysponowania przez innego człowieka".

Z powyższego w sposób dość jednoznaczny wynika stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym zarodek oczekujący na transfer jest już *nasciturusem*, jest dzieckiem poczętym, a nie jedynie materiałem biologicznym. Dalej, wskazać trzeba, że również jemu przysługuje konstytucyjnie chroniona godność, ponieważ przysługuje ona każdemu człowiekowi, w tym dziecku, niezależnie od etapu rozwoju. Jest to stanowisko potwierdzające tezę tej pracy, zgodnie z którą przepisy zapewniające ochronę dziecku poczętemu powinno się odpowiednio stosować do embrionów znajdujących się w fazie przedimplantacyjnej.

VIII. Umowa o przechowywanie komórek rozrodczych lub zarodków

W przepisie art. 46 u.l.n. ustawodawca wprowadził nowy typ umowy o przechowywanie komórek rozrodczych lub zarodków. W ustępie pierwszym tego przepisu wskazał, że bank komórek rozrodczych i zarodków zawiera umowę o przechowywanie komórek rozrodczych lub zarodków z dawcami, którzy te komórki rozrodcze lub zarodki oddali do przechowywania.

W ustępie drugim sprecyzował, że umowa ta określa:

1) uprawnienia w zakresie przechowywania komórek rozrodczych lub zarodków oraz ich przekazywania;

2) bank komórek rozrodczych i zarodków, do którego zostaną przekazane przechowywane komórki rozrodcze lub zarodki w przypadku likwidacji banku komórek rozrodczych i zarodków albo zaprzestania przez niego prowadzenia działalności w zakresie przechowywania komórek rozrodczych lub zarodków, w tym również w przypadku cofnięcia pozwolenia, o którym mowa w art. 48 ust. 1;

3) sposób finansowania i koszt przechowywania komórek rozrodczych lub zarodków oraz sposób jego ponoszenia przez dawców, którzy oddali komórki rozrodcze lub zarodki do przechowywania;

4) termin przechowywania zarodków.

Ponadto zgodnie z ustępem trzecim bank komórek rozrodczych i zarodków informuje niezwłocznie dawców, którzy oddali do przechowywania komórki rozrodcze lub zarodki w tym banku, o cofnięciu pozwolenia, o którym mowa w art. 48 ust. 1, oraz o likwidacji banku albo zaprzestaniu przez niego prowadzenia działalności w zakresie przechowywania komórek rozrodczych lub zarodków.

Do powyższej umowy w mojej ocenie zastosowanie znajdą przepisy prawa zobowiązań, albowiem zarówno komórki rozrodcze jak i embriony traktowane są jako „przedmiot" tego podtypu umowy o przechowywanie. Z jednej strony rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę jest zbieżne z podejściem amerykańskim wyrażonym w ww. sprawach co do przedmiotowego potraktowania w tym kontekście komórek rozrodczych i zarodków. Zauważmy, że komórki rozrodcze i zarodki zostały w tym przypadku potraktowane jednakowo i postawione na równi, pomimo że jak wynika z rozważań zawartych w poprzednim fragmencie pracy, zarówno ustawodawca jak i Trybunał Konstytucyjny w wyrokach K 50/16 oraz S 2/18 wyraźnie rozróżnia komórki rozrodcze i zarodki, jedynie te drugie traktując jako początek rozwoju człowieka w jego fazie prenatalnej przedimplantacyjnej. Z drugiej strony, w sprawach Davis v. Davis, York v. Jones, Kass v. Kass, wygrała koncepcja stosowania do sporów o władztwo nad zarodkami prawa kontraktów, a nie

przepisów prawa rodzinnego. Zupełnie inaczej jest w prawie polskim, gdzie w przypadku sporu o „władztwo" nad zarodkami w przypadku braku zgody na jego transfer sądy opiekuńcze stosują przepisy prawa rodzinnego kierując się naczelną zasadą dobra dziecka i w konsekwencji decydują czy w zgodzie z tą zasadą będzie wydanie zgody na transfer czy też odmowa udzielenia zgody. Zresztą sam fakt, że ustawodawca przyznał w tych sprawach kognicję sądom opiekuńczym, czyli wydziałom rodzinnym jednoznacznie rozstrzyga, że są to sprawy opiekuńcze z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego, a nie prawa zobowiązań.

Niemniej jednak, w przypadku samego ukształtowania umowy o przechowanie tychże zarodków oraz komórek rozrodczych polski ustawodawca przyjął podejście pragmatyczne i odwołał się już do prawa kontraktów. Nie wydaje się, aby poprzez przyjęcie takiej konstrukcji ustawodawca polski pragnął zdeprecjonować wartość przechowywanych wyjątkowych w końcu komórek rozrodczych oraz powstałych z nich embrionów, sprowadzając je do „rzeczy". Celem zawierania stosownych umów, których przedmiotem jest przechowywanie komórek rozrodczych lub zarodków pomiędzy bankami, a ich dawcami jest jedynie zapewnienie im należytej ochrony prawnej przez cały okres ich istnienia – do momentu ich implantacji do organizmu kobiety, wskutek którego dojdzie do narodzin dziecka. Trzeba dodać, że sama specyfika okoliczności w jakich znajduje się taki zarodek niejako wymusiła na ustawodawcy wprowadzenie do przepisów takiej umowy i jednoznaczne określenie zobowiązań obu jej stron i w tym sensie ma na celu ochronę zarodków w okresie kriokonserwacji, aż do momentu ich implantacji. Zarodek do czasu transferu musi być przechowywany w określonych warunkach, które mogą zapewnić jedynie wyspecjalizowane w tym zakresie kliniki. Poprzez zawarcie takiej umowy, dawcy komórek rozrodczych oraz powstałych z nich zarodków mają gwarancję przechowywania ich w bezpiecznych warunkach, co umożliwia ich późniejsze wykorzystanie w celu implantacji do organizmu kobiety i doprowadzenia do urodzenia dziecka.

Co istotne, zarodki takie – w razie braku chęci kontynuowania procedury MAP przez dawców komórek rozrodczych, z których powstały bądź oddalenia wniosku przez sąd złożonego na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. – zostaną przekazane do dawstwa zarodków, w żadnym zaś razie nie mogą być przedmiotem dowolnych dyspozycji stron umowy o przechowywanie ani nie mogą zostać zniszczone. Rozwiązanie to w dużo większym zakresie zapewnia ochronę zarodkom oczekującym na transfer i rzeczywiście realizuje nakaz ich poszanowania i umożliwienia dalszego rozwoju, niż przykładowo rozwiązanie hiszpańskie, gdzie w przypadku braku corocznego „odnowienia" zgody na przechowywanie zarodku, może być on dowolnie wykorzystywany przez kliniki leczenia niepłodności, w tym przeznaczony do badań embrionalnych (wskutek czego unicestwiona zostaje możliwość jego dalszego rozwoju i implantacji do organizmu kobiety).

IX. Diagnostyka preimplantacyjna

W przepisie art. 26 u.l.n. ustawodawca uregulował kwestię diagnostyki preimplantacyjnej[506]. Zgodnie z ustępem pierwszym ww. przepisu, stosowanie preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej w ramach procedury medycznie wspomaganej prokreacji jest dozwolone wyłącznie ze wskazań medycznych i poprzedza się tę diagnostykę poradnictwem genetycznym w ramach poradnictwa medycznego, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1. Preimplantacyjna diagnostyka genetyczna jest wykonywana w medycznym laboratorium diagnostycznym. W ustępie drugim zastrzeżono, że niedopuszczalne jest stosowanie preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej w ramach procedury medycznie wspomaganej prokreacji w celu wyboru cech fenotypowych, w tym płci dziecka, z wyjątkiem sytuacji, gdy wybór taki pozwala uniknąć ciężkiej, nieuleczalnej choroby dziedzicznej. Wąski zakres dopuszczalnej diagnostyki preimplantacyjnej służy ochronie embrionów; zasadą jest dopuszczalność diagnostyki jedynie w celu ustalenia, czy zarodek nadaje się do prawidłowego rozwoju i czy nie posiada wad. Wówczas dopuszczalny jest transfer takiego zarodka do organizmu kobiety.

X. Zbywanie i nabywanie komórek rozrodczych lub zarodków

Ustawodawca jednoznacznie wprowadził zakaz odpłatnego obrotu komórkami rozrodczymi lub zarodków. W przepisie art. 28 ust. 1 u.l.n. wskazał, że niedopuszczalne jest odpłatne zbycie, nabycie lub pośredniczenie w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki rozrodczej lub zarodka. W ustępie drugim sprecyzował, że za pobrane od dawcy komórki rozrodcze lub zastosowane zarodki nie można żądać ani przyjmować zapłaty, innej korzyści majątkowej lub korzyści osobistej. Jednocześnie zaznaczono w ustępie trzecim, że zwrot kosztów: 1) pobrania, przechowywania, przetwarzania, dystrybucji i zastosowania komórek rozrodczych, 2) uzyskania, przechowywania, przetwarzania, dystrybucji i zastosowania zarodków − nie stanowi zapłaty ani korzyści majątkowej lub osobistej, o których mowa w ust. 2. Ratio legis tej regulacji jest oczywiste. Tylko taki zakaz uniemożliwi przedmiotowe traktowanie komórek rozrodczych lub zarodków, gwarantując ich poszanowanie.

---

[506] Zob. szerzej na ten temat, K. Bączyk-Rozwadowska, *Aktualne problemy diagnostyki preimplantacyjnej w kontekście dążeń rodziców do realizacji projektu rodzicielskiego*, Białostockie Studia Prawnicze 2017, nr 2; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.,* s. 698. Por. także O. Nawrot, *Diagnostyka preimplantacyjna w prawodawstwie Rady Europy*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2009, nr 2.

XI. Warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego

W przepisie art. 29 u.l.n. uregulowane zostały warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego. Komórki rozrodcze mogą być pobierane od dawcy w celu dawstwa partnerskiego przy zachowaniu łącznie następujących warunków:

1) medyczną zasadność pobrania komórek rozrodczych od określonego dawcy i zastosowania ich w celu dawstwa partnerskiego ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej;

2) stwierdzono w drodze przeprowadzonego z kandydatem na dawcę wywiadu medycznego oraz niezbędnych badań lekarskich i laboratoryjnych, że:

a) ryzyko związane z pobraniem komórek rozrodczych od określonego dawcy nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia dawcy,

b) możliwe jest ograniczenie ryzyka zaistnienia istotnego zdarzenia niepożądanego lub istotnej niepożądanej reakcji u dawcy, biorczyni oraz u dzieci, które mogą się urodzić w wyniku zastosowania tych komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji;

3) kandydat na dawcę przed wyrażeniem zgody:

a) został w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowany przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jego danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zabiegiem pobrania komórek rozrodczych, dających się przewidzieć następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości, środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych dawcy oraz o zakresie i skutkach prawnych stosowania pobranych od niego komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego wynikających z przepisów k.r.o., w tym sytuacji prawnej dziecka urodzonego w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

b) miał możliwość zadawania pytań w zakresie spraw, o których mowa w lit. a, i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi – co zostało przez kandydata potwierdzone przez złożenie oświadczenia w formie pisemnej;

4) kandydat na dawcę potwierdził przez złożenie oświadczenia, w formie pisemnej, że wszystkie informacje podane przez niego w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe zgodnie z jego najlepszą wiedzą;

5) kandydat na dawcę ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraził dobrowolnie przed

lekarzem, w formie pisemnej, zgodę na pobranie komórek rozrodczych i ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego;
6) biorczyni, przed wyrażeniem zgody, zostały przekazane informacje, o których mowa w art. 32 ust. 1 pkt 3;
7) biorczyni ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraziła dobrowolnie przed lekarzem, w formie pisemnej, zgodę na zastosowanie u niej komórek rozrodczych dawcy lub zastosowanie ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji (art. 29 ust. 1 u.l.n.).

Zgoda, o której mowa w ust. 1 pkt 5, może zostać wycofana przez dawcę komórek rozrodczych, w formie pisemnej, w obecności osoby zatrudnionej w ośrodku medycznie wspomaganej prokreacji, w którym komórki rozrodcze zostały pobrane w celu dawstwa partnerskiego do bezpośredniego użycia, albo w obecności osoby zatrudnionej w banku komórek rozrodczych i zarodków, w którym komórki rozrodcze są przechowywane (art. 29 ust. 2 u.l.n.).

Wycofanie zgody, o której mowa w ust. 1 pkt 5 i 7, może nastąpić do momentu rozpoczęcia u biorczyni procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której mają zostać zastosowane komórki rozrodcze, w przypadku zastosowania wewnątrz organizmu biorczyni albo do momentu rozpoczęcia procesu tworzenia z tych komórek rozrodczych zarodka, w przypadku zapłodnienia pozaustrojowego (art. 29 ust. 3 u.l.n.). Bank komórek rozrodczych i zarodków niezwłocznie przekazuje informację o wycofaniu zgody na dawstwo komórek rozrodczych do ośrodka medycznie wspomaganej prokreacji lub banku komórek rozrodczych i zarodków, do którego komórki zostały przekazane (art. 29 ust. 4 u.l.n.).

Uregulowanie, że zgoda mężczyzny dawcy na pobranie komórek rozrodczych i ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego oraz zgoda kobiety biorczyni na zastosowanie u niej komórek rozrodczych dawcy lub zastosowanie ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji może zostać wycofana w przypadku zapłodnienia pozaustrojowego najpóźniej do momentu rozpoczęcia procesu tworzenia z tych komórek rozrodczych zarodka jest istotne moim zdaniem z dwóch względów. Po pierwsze, każda osoba wyrażająca zgodę musi być świadoma konsekwencji swojej decyzji, co oznacza, że nie jest tak, że w każdym momencie w razie zmiany zdania może wycofać swoją zgodę na zastosowanie komórek rozrodczych – w razie rozpoczęcia procesu tworzenia zarodka wycofanie zgody już nie będzie możliwe i taki zarodek powstanie. Konsekwencje tego są bardzo duże – w razie rozmyślenia się przez mężczyznę co do dalszego procedowania już po utworzeniu zarodka, a co za tym idzie w razie niewyrażenia przez niego zgody na transfer zarodka, pomimo tego do transferu może dojść na mocy zastępczej zgody wyrażonej na wniosek kobiety biorczyni przez sąd opiekuńczy (art. 21 ust. 2 u.l.n.). Wyrażając zatem zgodę na dawstwo partnerskie dawca komórek rozrodczych powinien zdawać sobie sprawę, że w momencie, kiedy zarodek już

powstanie może dojść do urodzenia się dziecka pochodzącego genetycznie od niego i którego będzie ojcem, nawet jeżeli w dalszym etapie życia z różnych przyczyn nie będzie już tego chciał. Po drugie, co bardzo istotne w kontekście tej pracy, ustawodawca po raz kolejny właśnie z chwilą przystąpienia do procesu tworzenia zarodka wiąże istotne konsekwencje prawne. Wyważając dwie wartości: prawo do dysponowania własnymi komórkami rozrodczymi oraz dobro zarodka, który powstaje przewyższa ta druga. Nie jest możliwe w razie wycofania zgody przez mężczyznę zaniechanie procesu tworzenia zarodku, jeżeli taki proces już się rozpoczął, co ma zapewnić możliwość rozwoju takiego zarodka, a ostatecznie do jego transferu i urodzenia dziecka. Zastosowany mechanizm jest przykładem zasady wyrażonej w przepisie art. 4 u.l.n., która wskazuje, że leczenie niepłodności jest prowadzone z poszanowaniem godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka.

XII. Warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie

W przepisie art. 30 u.l.n. uregulowane zostały warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskiego. Komórki rozrodcze mogą być pobierane od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie przy zachowaniu łącznie następujących warunków:

1) pobranie następuje na rzecz anonimowej biorczyni;

2) medyczną zasadność pobrania komórek rozrodczych od określonego dawcy i zastosowania ich w celu dawstwa innego niż partnerskie ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej;

3) stwierdzono w drodze przeprowadzonego z kandydatem na dawcę wywiadu medycznego oraz niezbędnych badań lekarskich i laboratoryjnych, że:

a) ryzyko związane z pobraniem komórek rozrodczych od określonego dawcy nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia dawcy,

b) ryzyko związane z zastosowaniem komórek rozrodczych pobranych od określonego dawcy nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia biorczyni oraz zdrowia dzieci, które mogą się urodzić w wyniku zastosowania tych komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji,

c) możliwe jest ograniczenie ryzyka zaistnienia istotnego zdarzenia niepożądanego lub istotnej niepożądanej reakcji u dawcy, biorczyni oraz u dzieci, które mogą się urodzić w wyniku

zastosowania tych komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji;

4) kandydat na dawcę przed wyrażeniem zgody:

a) został w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowany przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jego danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zabiegiem pobrania komórek rozrodczych, dających się przewidzieć następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości oraz o środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych dawcy,

b) miał możliwość zadawania pytań w zakresie spraw, o których mowa w lit. a, i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi – co zostało przez kandydata potwierdzone przez złożenie oświadczenia w formie pisemnej;

5) kandydat na dawcę został przed wyrażeniem zgody szczegółowo poinformowany o skutkach prawnych przekazania komórki rozrodczej, to jest o:

a) braku dostępu do informacji na temat dalszego postępowania z przekazanymi komórkami rozrodczymi,

b) braku jakichkolwiek praw wobec dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

c) zakresie informacji dotyczących osoby dawcy, z którymi ma prawo zapoznać się biorczyni komórek i osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji w wyniku dawstwa komórek rozrodczych innego niż partnerskie, po osiągnieciu pełnoletności;

6) kandydat na dawcę potwierdził przez złożenie oświadczenia, w formie pisemnej, że wszystkie informacje podane przez niego w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe zgodnie z jego najlepszą wiedzą;

7) kandydat na dawcę ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraził dobrowolnie przed lekarzem, w formie pisemnej, zgodę na pobranie komórek rozrodczych i ich zastosowanie w celu dawstwa innego niż partnerskie, na pośmiertne zastosowanie pobranych od niego komórek rozrodczych oraz na dawstwo zarodka utworzonego z zastosowaniem tych komórek (art. 30 ust. 1 u.l.n.).

Co istotne zakaz zapłodnienia *post mortem* dotyczy jedynie dawstwa partnerskiego, albowiem w przypadku dawstwa innego niż partnerskie, ojcem według prawa jest mąż bądź partner uznający na podstawie art. 75^1 k.r.o. ojcostwo dziecka poczętego *in vitro* nasieniem dawcy anonimowego. Wycofanie zgody następuje analogicznie jak w przypadku zgody na pobranie komórek rozrodczych i ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego (art. 30 ust. 2-4 u.l.n.).

Powyżej zostało wskazane, że pomimo tego, że tzw. anonimowy dawca nie jest prawnie

związany z dzieckiem, które urodzi się z jego komórek rozrodczych istnieją pewne informacje dotyczącego jego osoby, z którymi ma prawo zapoznać się biorczyni komórek i osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji w wyniku dawstwa komórek rozrodczych innego niż partnerskie, po osiągnieciu pełnoletności. Z tą regulacją związane jest bezpośrednio utworzenie w ustawie o leczeniu niepłodności przez ustawodawcę rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków, w celu identyfikacji dawców i biorczyń komórek rozrodczych przekazanych w celu dawstwa innego niż partnerskie oraz dawców i biorczyń zarodków oraz w celu monitorowania procesu medycznie wspomaganej prokreacji (art. 37 ust. 1 u.l.n.). Ponieważ jest to kwestia uregulowana wspólnie dla dawców komórek rozrodczych i zarodków, zostanie szerzej omówiona po przedstawieniu warunków dopuszczalności dawstwa zarodków.

XIII. Warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od dawcy w celu zabezpieczenia płodności na przyszłość

W przepisie art. 31 u.l.n. uregulowano warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od dawcy w celu zabezpieczenia płodności na przyszłość. Jak zostało wskazane w rozdziale II, zabezpieczenie płodności na przyszłość polega na pobraniu od mężczyzn nasienia, a od kobiet oocytów i stosowane jest, kiedy osoby te cierpią na chorobę bądź są poddawane zabiegowi, który może wpłynąć niekorzystnie na ich możliwości prokreacyjne w przyszłości. Pobrane nasienie bądź oocyty są następnie poddawane procesowi kriokonserwacji i mogą być w przyszłości w razie potrzeby użyte przez ich dawców[507].

Najczęściej stosowane jest to w przypadku pacjentów chorujących na raka przed rozpoczęciem kuracji lub przeprowadzeniem operacji, która może skutkować ich bezpłodnością. Ponadto, metoda ta znajduje zastosowanie u kobiet, u których wykryto mutacje genu BRCA, który odpowiedzialny jest za rozwój genetycznie uwarunkowanych nowotworów piersi i jajnika, kiedy wskazane jest obustronne wycięcie jajowodu i jajnika przed ukończeniem przez kobietę 35. roku życia w celu zminimalizowania prawdopodobieństwa zachorowania na raka jajnika w przyszłości. Zabezpieczenie płodności na przyszłość jest ponadto wskazane w przypadku wystąpienia zespołu Turnera, zespołu łamliwego chromosomu X lub zespołu Klinefeltera.

Należy jednak zauważyć, że na zabezpieczenie płodności na przyszłość decydują się kobiety nie tylko ze względu na którąś z wymienionych powyżej chorób, ale również takie, które pragną „przełożyć" macierzyństwo na później z powodów osobistych lub też zawodowych (zjawisko zwane

[507] Por. Londra L., Wallach E., Zhao Y., *Assisted…, op. cit.,* s. 265-266.

z j. ang. *delayed childbearing*)[508]. Zabezpieczenie płodności na przyszłość nie powinno być jednak stosowane jedynie w celach przełożenia macierzyństwa „na później", niezwiązanych z chorobą, która może faktycznie spowodować niemożność posiadania potomstwa[509].

W polskiej regulacji wydaje się, że nawet jeżeli kobieta chciałaby dokonać takiego swoistego „przełożenia macierzyństwa" na później nie byłoby to możliwe – komórki rozrodcze mogą zostać pobrane jedynie przy istnieniu medycznej zasadności takiego postępowania, co musi być stwierdzone przez lekarza. Takiego medycznego uzasadnienia nie ma natomiast w przypadku kobiet, które chciałyby pobrać swoją komórkę jajową niejako „na zaś", którą mogłyby wykorzystać, kiedy już będą gotowe na macierzyństwo, antycypując możliwe problemy z naturalnym poczęciem z uwagi na wiek i ryzyka z tym związane. Przesłanki dopuszczalności zabezpieczenia płodności na przyszłość uregulowane zostały w art. 5 ust. 1 pkt 6, który to przepis wskazuje, że komórki rozrodcze mogą być pobierane od dawcy przy zachowaniu łącznie następujących warunków:

1) medyczną zasadność pobrania komórek rozrodczych od określonego dawcy ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej;

2) pobranie nie spowoduje bezpośredniego zagrożenia zdrowia i życia dawcy;

3) pobranie zostało poprzedzone wywiadem medycznym oraz niezbędnymi badaniami lekarskimi i laboratoryjnymi, o których mowa w art. 29 ust. 1 pkt 2;

4) kandydat na dawcę przed wyrażeniem zgody:

a) został w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowany przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jego danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zabiegiem pobrania komórek rozrodczych, dających się przewidzieć następstwach dla jego stanu zdrowia w przyszłości, środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych dawcy oraz o możliwości zastosowania pobranych od niego komórek rozrodczych w przyszłości w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji,

b) miał możliwość zadawania pytań w zakresie spraw, o których mowa w lit. a, i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi – co zostało przez kandydata potwierdzone przez złożenie oświadczenia w formie pisemnej;

5) kandydat na dawcę potwierdził przez złożenie oświadczenia, w formie pisemnej, że wszystkie informacje podane przez niego w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe zgodnie z jego najlepszą wiedzą;

---

[508] Por. Rudick B., Opper N., Paulson R., Bendikson K., Chung K., *The status…, op. cit.*, s. 2642-2646.

[509] Por. Londra L., Wallach E., Zhao Y., *Assisted…, op. cit.*, s. 266; Meldrum D.R., *Female…, op. cit.*, s. 1-5; Laopaiboon M., Lumbiganon P, Intarut N., Mori R., Ganchimeg T., Vogel J., *WHO…, op. cit.*, s. 49-56.

6) kandydat na dawcę wyraził dobrowolnie przed lekarzem, w formie pisemnej, zgodę na pobranie komórek rozrodczych w celu zabezpieczenia płodności na przyszłość;
7) jeżeli kandydatem na dawcę jest małoletni albo osoba ubezwłasnowolniona, pobranie komórek rozrodczych może być dokonane za zgodą wyrażoną w formie pisemnej albo na złożony w formie pisemnej wniosek jego przedstawiciela ustawowego; w przypadku, gdy kandydatem na dawcę jest małoletni powyżej lat trzynastu albo osoba ubezwłasnowolniona częściowo, wymagana jest także jego zgoda wyrażona w formie pisemnej (art. 31 ust. 1 u.l.n.). Jeżeli kandydat na dawcę, o którym mowa w ust. 1, jest niezdolny do świadomego wyrażenia zgody lub niemożliwe jest uzyskanie wyrażonej, w formie pisemnej, zgody przedstawiciela ustawowego, wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zezwolenie to można uzyskać po pobraniu komórek rozrodczych. W przypadku gdy po pobraniu komórek rozrodczych nie uzyskano takiego zezwolenia lub gdy dawca świadomie nie wyraził zgody na pobranie komórek rozrodczych – komórki rozrodcze niszczy się niezwłocznie. (art. 31 ust. 2 u.l.n.).

Należy zauważyć, że jest to druga sytuacja przewidziana w ustawie o leczeniu niepłodności, kiedy ustawodawca przyznał sądowi opiekuńczemu kognicję do wyrażenia zezwolenia zastępczego w razie braku zgody w sprawach związanych z technikami wspomaganego rozrodu. O ile natomiast na wokandach polskich sądów można spotkać się ze sprawami, kiedy sąd opiekuńczy decyduje, czy wyrazić zastępczą zgodę na transfer zarodka (art. 21 ust. 2 u.l.n.), o tyle sprawy w zakresie wyrażenia zgody na pobranie komórek rozrodczych w celu zabezpieczenia płodności na przyszłość w praktyce dotąd nie występują.

XIV. Warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od biorczyni w celu zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w dawstwie partnerskim albo dawstwie innym niż partnerskie

W przepisie art. 32 u.l.n. uregulowane zostały warunki dopuszczalności pobierania komórek rozrodczych od biorczyni w celu zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w dawstwie partnerskim albo dawstwie innym niż partnerskie.

I tak, komórki rozrodcze mogą być pobierane od biorczyni w celu zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w dawstwie partnerskim albo dawstwie innym niż partnerskie przy zachowaniu łącznie następujących warunków:
1) medyczną zasadność pobrania komórek rozrodczych od biorczyni i zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w dawstwie partnerskim albo dawstwie innym niż partnerskie ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej;

2) stwierdzono w drodze przeprowadzonego z biorczynią wywiadu medycznego oraz niezbędnych badań lekarskich i laboratoryjnych, że:

a) ryzyko związane z pobraniem komórek rozrodczych od biorczyni nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia biorczyni,

b) możliwe jest ograniczenie ryzyka zaistnienia istotnego zdarzenia niepożądanego lub istotnej niepożądanej reakcji u biorczyni oraz u dzieci, które mogą się urodzić w wyniku zastosowania tych komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji;

3) biorczyni przed wyrażeniem zgody:

a) została w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowana przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jej danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zabiegiem pobrania komórek rozrodczych, dających się przewidzieć następstwach dla jej stanu zdrowia w przyszłości, środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych biorczyni oraz o zakresie i skutkach prawnych stosowania pobranych od niej komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, wynikających z przepisów k.r.o., w tym sytuacji prawnej dziecka urodzonego w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

b) miała możliwość zadawania pytań w zakresie spraw, o których mowa w lit. a, i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi – co zostało przez nią potwierdzone przez złożenie oświadczenia w formie pisemnej;

4) biorczyni potwierdziła przez złożenie oświadczenia, w formie pisemnej, że wszystkie informacje podane przez nią w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe zgodnie z jej najlepszą wiedzą;

5) biorczyni ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraziła, w formie pisemnej, zgodę na pobranie od niej komórek rozrodczych w celu ich zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji oraz zgodę na utworzenie z tych komórek zarodka w ramach dawstwa partnerskiego lub dawstwa innego niż partnerskie (art. 32 ust. 1 u.l.n.).

Natomiast zastosowanie u biorczyni komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie albo zarodka utworzonego z tych komórek rozrodczych następuje przy zachowaniu łącznie następujących warunków:

1) medyczną zasadność zastosowania u biorczyni komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie albo zarodków utworzonych z tych komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej;

2) lekarz ustalił na podstawie danych fenotypowych podobieństwo z dawcą komórek rozrodczych, w przypadku, gdy utworzenie zarodka wymaga zastosowania komórek rozrodczych z dawstwa innego niż partnerskie;

3) stwierdzono w drodze przeprowadzonego z biorczynią wywiadu medycznego oraz niezbędnych badań lekarskich i laboratoryjnych, że:

a) ryzyko związane z zastosowaniem komórek rozrodczych u biorczyni nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia biorczyni,

b) możliwe jest ograniczenie ryzyka zaistnienia istotnego zdarzenia niepożądanego lub istotnej niepożądanej reakcji u biorczyni oraz u dzieci, które mogą się urodzić w wyniku zastosowania tych komórek rozrodczych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji;

4) biorczyni przed wyrażeniem zgody:

a) została w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowana przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jej danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zabiegiem zastosowania komórek rozrodczych albo zarodka, dających się przewidzieć następstwach dla jej stanu zdrowia w przyszłości, środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych biorczyni oraz o zakresie i skutkach prawnych stosowania pobranych od niej komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie albo zarodków utworzonych z tych komórek rozrodczych, wynikających z przepisów k.r.o., w tym sytuacji prawnej dziecka urodzonego w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

b) miała możliwość zadawania pytań w zakresie spraw, o których mowa w lit. a, i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi – co zostało przez nią potwierdzone przez złożenie oświadczenia w formie pisemnej;

5) biorczyni potwierdziła przez złożenie oświadczenia, w formie pisemnej, że wszystkie informacje podane przez nią w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe zgodnie z jej najlepszą wiedzą;

6) biorczyni ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraziła, w formie pisemnej, zgodę na zastosowanie u niej komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji albo zgodę na utworzenie z tych komórek rozrodczych zarodka i jego zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji; w przypadku, gdy biorczyni pozostaje:

a) w związku małżeńskim, zastosowanie komórek rozrodczych albo zarodka następuje po wyrażeniu, w formie pisemnej, zgody przez męża, który został uprzednio szczegółowo, na piśmie,

poinformowany o skutkach prawnych stosowania komórek rozrodczych albo zarodka w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni, wynikających z przepisów k.r.o., w szczególności o ojcostwie dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

b) we wspólnym pożyciu, zastosowanie komórek rozrodczych pobranych w celu: – dawstwa partnerskiego albo zarodka utworzonego z tych komórek następuje po wyrażeniu, w formie pisemnej, zgody przez mężczyznę pozostającego z biorczynią we wspólnym pożyciu, który został uprzednio szczegółowo, na piśmie, poinformowany o skutkach prawnych stosowania komórek rozrodczych albo zarodka w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni, wynikających z przepisów k.r.o., w szczególności o ojcostwie dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji, – dawstwa innego niż partnerskie albo zarodka utworzonego z tych komórek rozrodczych następuje po złożeniu przez mężczyznę oświadczenia zgodnie z art. 75^1 § 1 k.r.o.;

7) zastosowanie komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa innego niż partnerskie albo zarodków utworzonych z tych komórek rozrodczych nastąpi w okresie 14 miesięcy od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w pkt 6 lit. b (art. 32 ust. 2 u.l.n.).

XV. Warunki dopuszczalności dawstwa zarodka

W przepisie art. 36 u.l.n uregulowane zostały warunki dopuszczalności dawstwa zarodka. Dawstwo zarodka jest dopuszczalne przy zachowaniu łącznie następujących warunków:

1) przekazanie następuje na rzecz anonimowej biorczyni;

2) medyczną zasadność przekazania i zastosowania zarodka u biorczyni ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej;

3) stwierdzono w drodze przeprowadzonego z kandydatką na biorczynię wywiadu medycznego oraz niezbędnych badań lekarskich i laboratoryjnych, że:

a) ryzyko związane z zastosowaniem zarodka u biorczyni nie wykracza poza przewidywane granice dopuszczalne dla tego rodzaju zabiegów i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia biorczyni,

b) możliwe jest ograniczenie ryzyka zaistnienia istotnego zdarzenia niepożądanego lub istotnej niepożądanej reakcji u biorczyni oraz u dzieci, które mogą się urodzić w wyniku zastosowania tego zarodka w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji;

4) stwierdzono na podstawie danych fenotypowych podobieństwo osób, które wyraziły zgodę na przeniesienie zarodka, z dawcami zarodka;

5) biorczyni przed wyrażeniem zgody:

a) została w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowana przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jej danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zastosowaniem zarodków, dających się przewidzieć następstwach dla jej stanu zdrowia w przyszłości, środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych biorczyni oraz o zakresie i skutkach prawnych stosowania zarodków, w tym sytuacji prawnej dziecka, które urodzi się w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

b) miała możliwość zadawania pytań w zakresie spraw, o których mowa w lit. a, i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi – co zostało przez nią potwierdzone przez złożenie oświadczenia w formie pisemnej;

6) biorczyni potwierdziła przez złożenie oświadczenia, w formie pisemnej, że wszystkie informacje podane przez nią w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe zgodnie z jej najlepszą wiedzą;

7) biorczyni ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraziła, w formie pisemnej, zgodę na przyjęcie zarodków i na zastosowanie ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji; w przypadku, gdy biorczyni pozostaje:

a) w związku małżeńskim, zastosowanie zarodka następuje po wyrażeniu, w formie pisemnej, zgody przez męża, który został uprzednio szczegółowo, na piśmie, poinformowany o skutkach prawnych przyjęcia i zastosowania zarodków w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni, wynikających z przepisów k.r.o., w szczególności o ojcostwie dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

b) we wspólnym pożyciu, zastosowanie zarodka następuje po złożeniu przez mężczyznę oświadczenia zgodnie z art. 75^1 § 1 k.r.o.;

8) zastosowanie zarodka nastąpi w okresie 14 miesięcy od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w pkt 7 lit. b;

9) dawcy zarodka zostali przed wyrażeniem zgody szczegółowo poinformowani o skutkach prawnych przekazania zarodków, to jest o:

a) braku dostępu do informacji na temat dalszego postępowania z przekazanymi zarodkami,

b) braku jakichkolwiek praw i obowiązków wobec dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji,

c) zakresie informacji dotyczących dawców, z którymi ma prawo zapoznać się, po osiągnięciu pełnoletności, osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w wyniku dawstwa zarodka lub jej przedstawiciel ustawowy;

10) dawcy zarodka mają pełną zdolność do czynności prawnych, wyrazili dobrowolnie w obecności

osoby zatrudnionej w banku komórek rozrodczych i zarodków, w formie pisemnej, zgodę na przekazanie zarodków do dawstwa i złożyli, w formie pisemnej, oświadczenie co do świadomości skutków prawnych dawstwa zarodka (art. 36 ust. 1 u.l.n). Wycofanie zgody na dawstwo zarodka może nastąpić do momentu rozpoczęcia u biorczyni procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której ma zostać zastosowany zarodek (art. 36 ust. 5 u.l.n).

Z instytucją dawstwa zarodków bezpośrednio związany jest problem zjawiska tzw. „adopcji zarodków" oraz kwestia czy dawstwo zarodków powinno być traktowane jako specyficzna postać instytucji przysposobienia[510]. Należy bowiem zauważyć, że dawstwo zarodków przypomina uregulowaną w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym instytucję adopcji anonimowej, czyli bez wskazania na przyszłość osoby przysposabiającego[511]. W ocenie J. Haberko o ile dobrze odczytać intencję ustawodawcy, tak właśnie tłumaczyć należy brak dostępu do wiedzy na temat dalszego postępowania z przekazywanymi zarodkami oraz niemożność sprawowania jakichkolwiek praw wobec dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji[512].

W tym kontekście należy zadać pytanie, czy procedura dawstwa zarodków będzie mogła być poddana jakiejkolwiek kontroli sądów rodzinnych. Po pierwsze, z ustawy nie wynika kognicja sądów rodzinnych w tym zakresie. Po drugie, aby do dawstwa zarodków mogły mieć w jakimkolwiek aspekcie zastosowanie zasady, jakimi rządzi się przysposobienie uregulowane w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, potrzebna jest wyraźna podstawa prawna, której *de lege lata* brakuje. Powyższe oznacza, że instytucja dawstwa zarodków wymyka się spod kontroli sądów opiekuńczych, co należy ocenić negatywnie. Optymalnym rozwiązaniem *de lege ferenda* byłoby, aby sądy rodzinne w określonym zakresie mogły kontrolować proces dawstwa zarodków. Wydaje się, że w każdym przypadku sąd podobnie jak przy orzekaniu w przedmiocie przysposobienia powinien kierować się naczelną zasadą prawa rodzinnego, jaką jest dobro dziecka. Dawstwo zarodków w obecnym kształcie stwarza wiele problemów prawnych, których ustawodawca zdaje się nie przewidział. Zgodzić należy się z obawą, wyrażoną przez J. Haberko, że wprowadzona instytucja dawstwa zarodków stwarza niebezpieczeństwo obejścia przepisów o przysposobieniu, a pod pojęciem „dawstwa zarodków" kryje się w istocie przedmiotowe traktowanie zarodka[513]. Autorka stwierdza jednoznacznie, że rozwiązanie to godzi w porządek prawny Rzeczypospolitej Polskiej, ponieważ służy łatwemu pokonaniu przesłanek i wymogów adopcyjnych, pozbawia mające się urodzić dziecko możliwości ochrony i wyłącza możliwość poznania pełnego genetycznego pochodzenia. Dodaje, że przyjmując założoną

[510] Por. J. Haberko, *Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności*, Forum Prawnicze 2014, nr 4 (24), s. 3-15.
[511] Tak, J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 230.
[512] Tak, *ibidem*, s. 230-231.
[513] Tak, *ibidem*, s. 234-235.

konstrukcję dawstwa zarodków, która w porównaniu z procedurą przysposobienia wydaje się o wiele łatwiejsza i wręcz bezproblemowa, zachęca się do jej zastosowania, zaś kobieta przyjmująca zarodek do swego organizmu, która następnie urodzi dziecko, nie będąc jego matką biologiczną, nie podlega żadnym procedurom przygotowawczym i kontrolnym ze strony państwa, co nie stwarza żadnej gwarancji poszanowania zasady dobra dziecka[514].

O ile zgodzić się należy, że procedura dawstwa zarodków wymaga dopracowania i poddania w stosownych zakresie kontroli sądów rodzinnych, o tyle nie można zanegować w całości pożyteczności tej instytucji. Wskazać trzeba, że dzięki niej możliwy jest rozwój zarodków w ciele kobiety i urodzenie dziecka, które w przeciwnym razie nie miałoby szansy na rozwój wobec niewykorzystania zarodka. Ponadto, nie można stwierdzić, że procedura ta jest o wiele łatwiejsza i „wręcz bezproblemowa" z perspektywy biorczyni zarodka, która wpierw poddana zostaje procedurze implantacji zarodka, następnie przez 40 tygodni kobieta jest w ciąży, która kończy się porodem. Abstrahując od nierzadkich sytuacji, kiedy przebieg całej ciąży i sam poród nie są łatwe, ciężko zgodzić się ze stwierdzeniem o bezproblemowości takiego rozwiązania w porównaniu do klasycznej adopcji, kiedy dziecko już istnieje i przyszło na świat bez jakiegokolwiek udziału przysposabiającego. Co więcej, należy jeszcze raz podkreślić, że dzięki dawstwu zarodków, możliwe jest urodzenie się dzieci z zarodków, które przy braku tej regulacji nie miałyby szansy na dalszy prenatalny rozwój i urodzenie. W tym kontekście dawstwo zarodków sprzyja realizacji zasady dobra dziecka.

XVI. Rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków, a ich anonimowość i prawo dziecka do znajomości prawdy biologicznej

Jak zostało już wspomniane powyżej, w ustawie o leczeniu niepłodności ustawodawca stworzył rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków, w celu identyfikacji dawców i biorczyń komórek rozrodczych przekazanych w celu dawstwa innego niż partnerskie oraz dawców i biorczyń zarodków oraz w celu monitorowania procesu medycznie wspomaganej prokreacji (art. 37 ust. 1 u.l.n.).

W tym kontekście istotne jest zagadnienie anonimowości dawców komórek rozrodczych z jednej strony, zaś z drugiej prawa dziecka urodzonego wskutek technik wspomaganego rozrodu do znajomości prawdy biologicznej o swoim pochodzeniu[515]. Ustawodawca wskazał w przepisie art. 37

[514] Tak, *ibidem*, s. 234-235.

[515] W tym temacie szerzej por.: K. Bączyk-Rozwadowska, *Dawstwo materiału genetycznego a rozwiązania polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, Białostockie Studia Prawnicze 2020, vol. 25, nr 2, s. 141 i n.; L. Bosek, *Prawo*

ust. 2 u.l.n., że w rejestrze zamieszcza się następujące dane:

1) niepowtarzalne oznakowanie identyfikujące dawcę komórek rozrodczych lub dawców zarodka;

2) rok i miejsce urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka;

3) informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka: wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka;

4) dane fenotypowe dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka;

5) datę pierwszej rejestracji dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka;

6) wykaz, niepowtarzalne oznakowanie identyfikujące i charakterystykę komórek rozrodczych lub zarodków pobranych, przetworzonych, przetestowanych, przechowywanych i zastosowanych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji;

7) nazwę (firmę) i adres podmiotu leczniczego, w którym komórki rozrodcze lub zarodki zostały pobrane, przetworzone lub przetestowane, oraz datę wykonania tych czynności;

8) nazwę (firmę) i adres banku komórek rozrodczych i zarodków, w którym komórki rozrodcze lub zarodki są przechowywane, oraz datę rozpoczęcia i zakończenia przechowywania;

9) nazwę (firmę) i adres ośrodka medycznie wspomaganej prokreacji, który zastosował komórki rozrodcze lub zarodki w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji;

10) numer PESEL biorczyni komórek rozrodczych lub zarodków, a w przypadku osoby, która nie ma nadanego numeru PESEL – imię, nazwisko, serię i numer dowodu osobistego, paszportu lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość;

11) datę i rodzaj zastosowanej u biorczyni komórek rozrodczych lub zarodków procedury medycznie wspomaganej prokreacji;

12) informacje dotyczące przebiegu i wyników zastosowanej u biorczyni komórek rozrodczych lub zarodków procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w tym informację o liczbie utworzonych lub przeniesionych zarodków;

13) przekazane przez biorczynię ośrodkowi medycznie wspomaganej prokreacji informacje o przebiegu ciąży, dacie urodzin, płci i stanie zdrowia w chwili urodzenia dziecka urodzonego w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji;

14) informację o wycofaniu zgody dawcy na zastosowanie pobranych od niego komórek rozrodczych

---

osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, nr. 4, s. 947 i n.; T. Sokołowski, *Prawo dziecka urodzonego w wyniku technik wspomaganej prokreacji do poznania swojego pochodzenia*, (w:) J. Haberko, M. Łączkowska (red.), *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, Poznań 2005, s. 131 i n.; K. Szczucki, *Prawo dziecka poczętego metodą in vitro do poznania własnej tożsamości biologicznej*, (w:) L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010, s. 193 i n.

albo zgody dawców zarodka na przekazanie zarodka.

W przepisie art. 37 ust. 5 u.l.n. ustawodawca jednoznacznie wprowadził jako zasadę anonimowość dawców komórek rozrodczych, wskazując, że dane, o których mowa w ust. 2, podlegają anonimizacji w sposób pozwalający na techniczne pozyskiwanie danych udostępnianych przez ministra właściwego do spraw zdrowia osobom, o których mowa w art. 38 ust. 2 i 3.

Od zasady anonimowości wprowadzone jednak zostały istotne wyjątki, wskutek których dziecko urodzone w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji i jego przedstawiciel ustawowy mogą się dowiedzieć o dawcy komórki rozrodczej niektórych danych. Zasada ta nie ma zatem charakteru bezwzględnego. I tak, zgodnie z art. 38 ust. 1 u.l.n. dane gromadzone w rejestrze są objęte tajemnicą i mogą być udostępniane wyłącznie osobom uprawnionym i w zakresie wynikającymi z przepisów ustawy. Zgodnie z ustępem 2. osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w wyniku dawstwa innego niż partnerskie komórek rozrodczych lub dawstwa zarodka, ma prawo zapoznać się z informacjami dotyczącymi dawcy wymienionymi w art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 po osiągnieciu pełnoletności. Natomiast zgodnie z ustępem 3. przedstawiciel ustawowy dziecka urodzonego w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji ma prawo zapoznać się z informacjami dotyczącymi stanu zdrowia dawcy wymienionymi w art. 37 ust. 2 pkt 3, jeżeli informacje te mogą przyczynić się do uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia tego dziecka. Wskazania do zapoznania się z informacjami dotyczącymi dawcy określa lekarz prowadzący leczenie dziecka i odnotowuje je w dokumentacji medycznej.

Powyższe oznacza, że osoba urodzona wskutek technik wspomaganego rozrodu może uzyskać informacje o:

1) roku i miejscu urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka;

2) informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka: wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka.

Jego przedstawiciel ustawowy może zaś uzyskać jedynie informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka: wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka. Może je uzyskać w każdym czasie i konieczność ta jest podyktowana względami terapeutycznymi, tj. gdy informacje te mogą przyczynić się do uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia tego dziecka (*medical reasons*). Poprzez wprowadzenie takiej regulacji ustawodawca uszanował anonimowość dawców komórek rozrodczych z jednej strony, zaś z drugiej uwzględnił w wąskim, aczkolwiek koniecznym zakresie prawa dziecka urodzonego wskutek technik wspomaganego rozrodu do znajomości prawdy biologicznej o swoim

pochodzeniu. Ograniczył je natomiast jedynie do możliwości ujawnienia informacji z zakresu profilu zdrowotnego dawcy jak również innych danych nieidentyfikujących *(non-identifying information)*[516]. Stanowi to próbę wyważenia spornych interesów i znalezienia kompromisu pomiędzy prawem dawcy do prywatności, a prawem dziecka do poznania swojej tożsamości biologicznej.

Na koniec należy dodać, że zgodnie z art. 39 ust. 1 u.l.n. ośrodek medycznie wspomaganej prokreacji oznacza komórki rozrodcze lub zarodki w sposób umożliwiający ich identyfikację i identyfikację ich dawcy lub dawców za pomocą niepowtarzalnego oznakowania. Jest to bardzo istotna gwarancja zapewniona osobom korzystającym z technik wspomaganego rozrodu, zwłaszcza przy pojawiających się doniesieniach o różnego rodzaju pomyłkach zdarzających się przy inseminacjach czy implantacjach zarodków.

Na tle zagadnienia dawstwa komórek rozrodczych, anonimowości dawcy oraz prawa dziecka urodzonego wskutek technik wspomaganego rozrodu do prawdy biologicznej o własnym pochodzeniu należy zwrócić uwagę na tendencję panującą w tym zakresie, jeżeli chodzi o prawo europejskie. W tym kontekście wskazać trzeba, że 12 kwietnia 2019 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło tekst zalecenia nr 2156 (2019)[517], które stanowi wyraz intensyfikującego się w ostatnich latach ruchu w kierunku uznania prawa do poznania własnego pochodzenia, jak również przeświadczenia, że choć dawstwo heterologiczne dotyczy interesów różnych podmiotów (które zasadniczo trzeba równoważyć), to jednak przeważa ochrona i interesy dziecka poczętego w rezultacie dawstwa komórek rozrodczych. Dokument nie jest wiążący dla państw członkowskich Rady Europy. Stanowi jednak pierwszy krok w stronę ustalenia europejskiego standardu w zakresie poznania tożsamości dawcy przez osobę poczętą dzięki dawstwu komórek rozrodczych[518].

Współcześnie można wyróżnić dawstwo anonimowe (z j. ang. *anonymous donation*) oraz dawstwo nieanonimowe (z j. ang. *non-anonymous donation*). W ramach dawstwa nieanonimowego można zaś wskazać identyfikowalne (z j. ang. *identifiable donation*) oraz dawstwo jawne (z j. ang. *known donation*)[519]. Dawstwo anonimowe oraz dawstwo identyfikowalne łączy to, że w obu przypadkach w momencie dawstwa tożsamość dawcy komórki rozrodczej nie jest znana biorcom i na odwrót. Różnica polega na tym, że dziecko poczęte dzięki zastosowaniu medycznie wspomaganej prokreacji w przypadku dawstwa anonimowego nie będzie mogło w przyszłości poznać tożsamości

[516] Por. *ibidem*, s. 148-149, 157-160. Autorka słusznie zauważa, że trafnym rozwiązaniem byłoby poszerzenie zakresu tych informacji o te pozyskanie w toku wywiadu lekarskiego, tak aby obejmowały m.in. przebyte schorzenia, alergie, obciążenia genetyczne, itp., *ibidem*, s. 158.

[517] Zalecenie Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 12.04.2019 r. nr 2156(2019) „Anonimowe dawstwo nasienia i oocytów: równoważenie praw rodziców dawców i dzieci".

[518] Tak, R. Łukasiewicz, *Dawstwo identyfikowalne komórek rozrodczych – proponowany standard europejski a prawo polskie*, PiP 2021, nr 8, s. 226-241.

[519] Szerzej o różnych modelach dawstwa zob. K. Bączyk-Rozwadowska, *Dawstwo…*, *op. cit.*, s. 141 i n.

dawcy, podczas gdy w przypadku dawstwa identyfikowalnego będzie miało taką możliwość po osiągnięciu określonego wieku. Dawstwo jawne odnosi się natomiast do sytuacji, gdy już w momencie dawstwa tożsamość dawcy jest znana biorcom i dawcom. Chodzi m.in. o sytuacje przekazywania komórek rozrodczych między członkami rodziny (np. gdy niepłodna kobieta korzysta z dawstwa komórki jajowej od swojej siostry) [520].

Zgodnie z zaleceniem nr 2156 (2019) dawstwo komórek rozrodczych powinno być unormowane na podstawie modelu dawstwa identyfikowalnego, z dopuszczalnością dawstwa jawnego na zasadzie wyjątku. Odejście od zasady anonimowości uzasadnione jest prawem dziecka do poznania swojej tożsamości. Samo uzyskanie informacji o tożsamości dawcy nie powinno mieć jednak wpływu na stan cywilny dziecka (nie może prowadzić do obalenia dotychczasowego pochodzenia, ustalenia pochodzenia od dawcy, czy też kierowania do niego roszczeń spadkowych czy alimentacyjnych).

Z przytoczonej powyżej regulacji zawartej w ustawie o leczeniu niepłodności wynika natomiast, że ustawodawca polski w odniesieniu do metod heterologicznych przyjął wyłącznie model dawstwa anonimowego (art. 30 ust. 1 pkt 1 u.l.n.). Wobec braku w polskim porządku prawnym innych rodzajów dawstwa sytuację tę określono w doktrynie jako „przymusową anonimowość dawstwa”[521]. Osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji ma prawo po osiągnięciu pełnoletności uzyskać dane o dawcy, o których mowa w art. 37 ust. 2 pkt. 2 i art. 3 u.l.n. (art. 38 ust. 2 u.l.n.), które zostały przytoczone powyżej.

Należy przypomnieć, że polski ustawodawca przewiduje nie tylko dawstwo komórek rozrodczych i zarodków (za zgodą dawcy), ale także przekazywanie zarodków do dawstwa z mocy prawa (art. 21 ust. 3 u.l.n. i art. 97 u.l.n.). Instytucja została szeroko omówiona przy okazji analizy orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego K 50/16 i S 2/18 w kontekście kobiet samotnych, które rozpoczęły procedurę in vitro przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, tj. 1 listopada 2015 r. Co oczywiste, konstrukcja ta z samej swojej istoty opiera się na działaniu niezgodnym z wolą osób biorących udział w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. W doktrynie nazywa się je mianem „przymusowego dawstwa zarodków”[522]. Trzeba bowiem pamiętać, że wchodzi ona w rachubę, gdy utworzone zarodki nadliczbowe nie zostały zastosowane w kolejnej procedurze u tej pary albo para ta nie wyraziła zgody na dawstwo. Oznacza to, że w świetle prawa polskiego osoby chcące wziąć udział w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji muszą zaakceptować fakt, że

[520] Zob. R. Łukasiewicz, *Dawstwo identyfikowalne*…, *op. cit.*, s. 226-241.
[521] M. Boratyńska, [w:] *System Prawa Medycznego, t. II, cz. 2, Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 400, cyt. za: R. Łukasiewicz, *Dawstwo identyfikowalne*…, *op. cit.*, s. 233-234.
[522] M. Boratyńska, [w:] *System Prawa Medycznego*…, *op. cit*., s. 404.

zarodki nadliczbowe mogą w przyszłości trafić do dawstwa, z tym, że jest to dawstwo anonimowe. R. Łukasiewicz trafnie spostrzegł, że gdyby w takich sytuacjach zamiast dawstwa anonimowego wprowadzić dawstwo identyfikowalne, sytuacja stawałaby się znacznie bardziej skomplikowana, zwłaszcza że zarodków może być kilka i mogą one trafić do różnych par biorących udział w procedurach leczenia niepłodności[523]. Przyjęte przed polskiego ustawodawcę rozwiązania mające chronić zarodek w istocie doprowadziły do stanu rzeczy, w którym implantacja embrionu następuje wbrew woli oraz wiedzy osób, od których embrion genetycznie pochodzi[524]. Jest to konsekwencja decyzji ustawodawcy, który dopuścił możliwość tworzenia zarodków nadliczbowych (art. 9 u.l.n.) równocześnie wykluczając możliwość niszczenia takich zarodków (art. 23 ust. 2 pkt. 2 u.l.n.).

Spowodowało to konieczność wprowadzenia instrumentów prawnych, które wyeliminowałyby problem przechowywania zarodków *ad infinitum*, czyli tych, które nigdy nie zostaną zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. Nie zawsze bowiem osoby korzystające z takich procedur wyrażałyby zgodę na dawstwo zarodka pochodzącego genetycznie od siebie. Należy bowiem pamiętać, że możliwa jest sytuacja, kiedy jedna osoba, tj. kobieta będąca biorczynią chce kontynuować procedurę i dokonać transferu zarodka, zaś mężczyzna, będący dawcą komórek rozrodczych, z których ten zarodek powstał, wycofa zgodę na taki transfer, a sąd opiekuńczy oddali wniosek kobiety o wyrażenie zastępczej zgody na transfer na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. Wówczas taki zarodek nie może zostać wykorzystany przez kobietę, pomimo genetycznego pochodzenia od niej, co oznacza w świetle zakazu zniszczenia zarodka konieczność jego przechowywania w warunkach kriokonserwacji. Może też dojść do mniej spornej sytuacji, kiedy obydwoje i kobieta, i mężczyzna stracą zainteresowanie transferem już powstałego zarodka, co może być wynikiem najróżniejszych sytuacji życiowych: rozstaniem, pomyślnym naturalnym poczęciem dziecka etc. Z tych wszystkich przyczyn ustawodawca wprowadził instytucję dawstwa z mocy prawa, która polega na tym, że po upływie 20 lat zarodki trafiają do dawstwa, niezależnie od zajętego w tej kwestii stanowiska osób, z których komórek rozrodczych powstał zarodek. Oznacza to, że *de lege lata* para musi jedynie pogodzić się z faktem, że zarodek utworzony choćby częściowo z ich komórek rozrodczych zostanie zastosowany w leczeniu innej pary, a oni pozostaną anonimowi. Dawstwo z mocy prawa obejmuje też m.in. sytuacje, gdy (przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności) utworzono zarodek z komórek rozrodczych dawcy anonimowego oraz samotnej kobiety, która brała udział w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, co zostało już szeroko

[523] R. Łukasiewicz, *Dawstwo identyfikowalne*…, *op. cit.*, s. 226-241.

[524] Należy przypomnieć, że w 1990 r. M. Safjan wskazywał, że byłaby to sytuacja trudna do wyobrażenia, a teraz *de lege lata* tak właśnie się może wydarzyć. Por. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*…, *op. cit.*, s. 109.

omówione przy okazji analizy orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego K 50/16 i S 2/18[525]. Jedynie dla przypomnienia wskazać trzeba, że w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego kobieta nie może doprowadzić do implantacji takiego zarodka, co oznacza, że po 20 latach zostanie on przekazany do dawstwa z mocy prawa, na które nie będzie ona miała żadnego wpływu. Zgodzić się trzeba z R. Łukasiewiczem, że trudno jest uznać, że przekazanie zarodków do dawstwa w powyższych przypadkach odpowiada wskazanemu w zaleceniu wymogowi, aby dawstwo komórek rozrodczych pozostawał dobrowolnym i altruistycznym gestem wyłącznie w celu niesienia pomocy innym[526].

Zauważalną tendencję w prawie europejskim odzwierciedla analizowane zalecenie nr 2156 (2019) i jest ona następująca: należy wykluczyć dawstwa anonimowe, przyjąć dawstwo identyfikowalne, ewentualnie także dawstwo jawne[527]. Choć zalecenie to stanowi jedynie tzw. *soft law*, to jednak nie można zignorować faktu, że między jego treścią, a modelem przyjętym w prawie polskim rysuje się wyraźna rozbieżność. Ustawodawca polski niewątpliwie prędzej czy później będzie musiał zmierzyć się z kwestią ewentualnego wprowadzenia w prawie polskim identyfikowalności dawców. Zasada anonimowości dawstwa komórek rozrodczych jest przełamywana nie tylko przez zmiany prawa w poszczególnych ustawodawstwach, ale zaczyna być faktycznie omijana przez stosowanie nowoczesnych technologii, takich jak komercyjne testy DNA, które umożliwiają znalezienie dawcy[528].

[525] Szerzej zob. R. Łukasiewicz, *Implantacja…, op. cit.*, s. 73-84.
[526] R. Łukasiewicz, *Dawstwo identyfikowalne…*, *op. cit.*, s. 226-241.
[527] Tak także, *ibidem* oraz K. Bączyk-Rozwadowska, *Dawstwo…*, *op. cit.*, s. 141 i n.
[528] R. Łukasiewicz, *Dawstwo identyfikowalne…*, *op. cit.*, s. 226-241.

***

ROZDZIAŁ V

OCHRONA CYWILNOPRAWNA *NASCITURUSA*, A SYTUACJA ZARODKA ZNAJDUJĄCEGO SIĘ W FAZIE PRZEDIMPLANTACYJNEJ NA GRUNCIE PRAWA POLSKIEGO

I. Gwarancja godności ludzkiej i jej wpływ na ochronę *nasciturusa* w fazie przedimplantacyjnej

W pierwszym rozdziale tej pracy przeanalizowane zostały przepisy prawa obligacyjnego, spadkowego i rodzinnego, w których polski ustawodawca zapewnił ochronę dziecku poczętemu. Mowa również była o pojęciach podmiotowości oraz zdolności cywilnoprawnej. W drugim rozdziale zostało wykazane, że istnieją uzasadnione podstawy do uznania na gruncie wiedzy medycznej, że zarodek znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej jest dzieckiem poczętym, w szczególności w kontekście konieczności zapewnienia mu analogicznej ochrony prawnej. W tym miejscu chciałabym dokonać ponownej analizy tych konkretnych przepisów kodeksu cywilnego oraz kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, tym razem jednak w kontekście już nie *nasciturusa* w ogóle, a takiego, który powstał *stricto in vitro* i znajduje się w fazie przedimplantacyjnej. Postaram się wyjaśnić po pierwsze, czy przepisy takie w ogóle mogą znaleźć zastosowanie w przypadku zarodka przed transferem oraz w jakim kontekście, a jeżeli tak czy istnieją przeszkody prawne do ich stosowania.

Przypomnieć trzeba w tym miejscu, że w literaturze można spotkać się z dwoma koncepcjami traktującymi o statusie embrionu przebywającego *ex utero.* Zgodnie z pierwszym, jest to status szczególny, funkcjonalny, określany za pomocą celu, któremu wytworzenie albo przechowywanie embrionu ma służyć, zaś tłumaczone to jest wysokim ryzykiem procedur pozaustrojowych szansami pomyślnego rozwoju embrionu w pełni funkcjonalną psychofizycznie, autonomiczną jednostkę ludzką oraz faktyczną zależnością od woli osób trzecich decydujących o losie embrionu, w szczególności zależnym od decyzji tych osób o transferze do organizmu matki[529]. Druga koncepcja, zasługująca na aprobatę, zakłada brak ontologicznych i normatywnych różnic między dzieckiem poczętym naturalnie i klinicznie także wtedy, gdy embrion przetrzymywany jest *ex utero.* Należy przytoczyć trafne stanowisko M. Rylskiego, że *„jedynym niearbitralnym i wolnym od jakiejkolwiek ideologii założeniem co do początku przysługiwania tego rodzaju bytowi godności jest przyjęcie, że*

[529] L. Bosek, *Gwarancje…*, op.cit., s. 305-306.

przysługuje mu ona od samego początku, z chwilą jego powstania, przez sam fakt jego przynależności do gatunku ludzkiego, nie zaś ze względu na jakieś okoliczności „zewnętrzne" lub „dodatkowe". (...) Godność, o jakiej mowa w art. 30 Konstytucji RP, ma charakter bezwarunkowy, a jeśli tak, to podważenie wcześniejszego założenia mogłoby się odbywać wyłącznie poprzez negowanie twierdzenia, że istocie ludzkiej przysługuje godność in genere. (...) Uzależnienie zatem możliwości przypisania danej istocie godności człowieka wyłącznie od stwierdzenia jej przynależności do gatunku ludzkiego jest uzasadnione tym, że rozwiązanie takie pozostaje wolne od nieostrych i arbitralnych kryteriów, czego nie dałoby się uniknąć, odwołując w tym zakresie do innych racji, w szczególności filozoficznych czy religijnych. Prawo i nauka w miarę możliwości powinny opierać się na kryteriach obiektywnych lub maksymalnie zobiektywizowanych, a filozofia i religia z samej swej istoty kryteriów takich nie dostarczają. Z tego względu pojęcie „człowieka" w przepisie art. 30 Konstytucji RP oraz innych przepisach statuujących fundamentalne prawa jednostki należy odnosić do jego biologicznego (gatunkowego) wymiaru. Wszelkie inne koncepcje należy uznać za obarczone niepotrzebnym subiektywizmem." [530]

Z powyższego w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że to z momentem poczęcia pojawia się swoista podmiotowość człowieka[531]. Wielokrotnie podkreślano, że to ten moment jest kluczowy dla dalszego rozwoju zarodka oraz właśnie wtedy powstaje jedyny w swoim rodzaju kod genetyczny mającego się urodzić człowieka. Brak szczególnej regulacji ustawowej w tym względzie potwierdza wręcz tezę o uznaniu pojmowanej szeroko podmiotowości człowieka od chwili poczęcia, wywodzącej się z uznania niezbywalnej godności właściwej wszystkim ludziom. Należy w pełni poprzeć stanowisko L. Boska, że sam sposób powołania jednostki do życia, a nawet wola tej jednostki lub osób trzecich o jej poczęciu nie ma zasadniczo znaczenia dla konstrukcji praw stanu, a tym bardziej dla podmiotowości prawnej człowieka[532]. Jedynie w przypadku zdolności prawnej uznać trzeba, że wyposażenie podmiotu prawnego w nią zależy od decyzji ustawodawcy. Oznacza to brak podstaw normatywnych i aksjologicznych do przyjęcia, że pojęcie dziecka poczętego nie obejmuje dziecka poczętego pozaustrojowo[533]. Nie dość, że ustawa nie różnicuje statusu dziecka poczętego *in vivo* i *in vitro*, to również zróżnicowanie statusu jednostki ludzkiej w zależności od sposobu jego poczęcia albo fazy prenatalnej, w jakiej się znajduje „*nie byłoby zgodne z gwarancjami*

[530] M. Rylski, *Zakres…, op. cit.*, s. 130-131.
[531] Tak też L. Bosek, *Gwarancje…*, op.cit., s. 306. Zob. także w tym zakresie opinie stanowiące dokumentację prac eksperckich nad projektem ustawy o zmianie Konstytucji RP, w których podjęto problem konstytucyjnej formuły chroniącej życie człowieka, w tym także kwestię momentu, od którego człowiekowi należne jest prawne rozpoznanie podmiotowości i zapewnienie mu stosownej ochrony prawnej, zawarte [w:] *Konstytucyjna ochrona życia*, Druk sejmowy nr 993, Sejm V Kadencji, 3/2007.
[532] Por. L. Bosek, *Gwarancje…, ibidem*.
[533] Tak też *ibidem*.

konstytucyjnymi, w świetle których takie zróżnicowanie należałoby uznać za naruszenie zakazu dyskryminacji"[534]. Jak wskazał L. Bosek, „*Konstytucja RP nie daje podstaw do tak drastycznego zróżnicowania sytuacji prawnej identycznych co do tożsamości biologicznej istot ludzkich (...). Jeżeli gwarancja godności ludzkiej jest zawsze przeważającym kryterium różnicowania i oceny jego legalności (konstytucyjności), a godność ludzka przynależy wszystkim istotom ludzkim, to należy stwierdzić, że porządek prawny jednolicie, co do zasady, musi traktować embriony ludzkie, bez względu na to, w jaki sposób powstały, gdzie przebywają i bez względu na to, jakie osoby trzecie mają wobec nich plany. (...) Człowiek w pierwszych stadiach swojego rozwoju może więc egzystować poza organizmem matki, ale zawsze należy mu się szacunek wynikający z normy gwarantującej godność ludzką*"[535].

Do podobnych wniosków doszedł Mikołaj Rylski, który wskazał, że „*Godność, o jakiej mowa w art. 30 Konstytucji RP, przysługuje tylko istocie żywej, czyli bytowi charakteryzującemu się procesami życiowymi, należącemu w dodatku do gatunku ludzkiego (istota ludzka, byt ludzki). Na podstawie zaś rzetelnej i powszechnie dostępnej wiedzy medycznej embrion, o którym tu mowa, jest istotą ludzką. Posiada wyłącznie ludzki genotyp powstały z połączenia kodów genetycznych jego ludzkich rodziców. Co najmniej zatem z chwilą powstania (w drodze zapłodnienia) nowego genotypu lub jego replikacji (w przypadku klonowania) możemy mówić o nowej istocie ludzkiej (bycie ludzkim) i to niezależnie od tego, czy powstanie tej istoty następuje w środowisku naturalnym, czy w laboratorium. Zarówno zarodek poczęty in utero lub in vitro, jak i dziecko po narodzeniu są istotami ludzkimi, choć w dziedzinie nauk biologicznych określanymi w zróżnicowany sposób w zależności od stadium rozwoju. Istota ludzka w początkowym stadium rozwoju nie jest zatem częścią (w znaczeniu przedmiotowym) ciała matki, lecz odrębnym bytem, nową istotą, choć fizjologicznie zależną od organizmu matki do czasu nabycia zdolności do życia poza jej organizmem*"[536].

Autor ten nawiązał również do prawa do ochrony życia, które jako będące konsekwencją przynależnej istocie ludzkiej godności, przysługuje jej również w embrionalnym stadium rozwoju, także zapoczątkowanym procedurą *in vitro*. Wskazał, że nie ulega wątpliwości, że narodzony człowiek może korzystać z pełni praw i wolności jednostki, aby jednak tak się stało, musi się „narodzić", a warunkiem *sine qua non* narodzenia się człowieka jest rozwinięcie się życia ludzkiego w fazie prenatalnej[537]. Dodał, że ochronę życia embrionu ludzkiego można wyinterpretować również z art. 2 Konstytucji RP, który ustanawia jedną z głównych zasad, na jakich opiera się polski porządek

[534] *Ibidem*, s. 307.
[535] *Ibidem*.
[536] M. Rylski, *Zakres…, op.cit.*, s. 129-130.
[537] Tak, *ibidem*, s. 131-132.

konstytucyjny – zasadę demokratycznego państwa prawnego[538]. Zgodnie natomiast z art. 2 ust. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka[539] w rozumieniu ustawy dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności. M. Rylski wskazał, że skoro Rzecznik Praw Dziecka jest szczególnym organem konstytucyjnym, który ma zapewnić, że prawa dzieci w Polsce będą chronione i szanowane, zaś dzieckiem w rozumieniu ustawy jest istota ludzka od poczęcia, to znaczy, że embrion ludzki, niezależnie od tego, czy powstały *in utero* czy *in vitro* (liczy się bowiem fakt poczęcia, a nie środowisko w jakim ono nastąpiło), musi posiadać godność, o jakiej mowa w art. 30 Konstytucji RP, z której wszelkie prawa i wolności konstytucyjne wynikają. Świadczy to o przyznaniu embrionowi godności i podmiotowości[540].

Ponadto, konstytucyjną ochronę embrionów ludzkich realizują także przepisy wielu innych ustaw zwykłych, w tym ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[541], ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej[542], czy ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny[543]. Również z ustawy z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży wynika, że życie ludzkie jest co prawda chronione, ale „w granicach określonych w ustawie" – art. 1 tej ustawy. Była już o tym mowa i ponownie wymaga podkreślenia, że fakt dopuszczalności przerywania ciąży w ściśle określonych przypadkach przepisu art. 4a ustawy nie świadczy o tym, że embrionowi nie przysługuje ochrona prawna i podmiotowość. Analiza przepisów tej ustawy wskazuje wyraźnie, że możliwość pozbawienia życia nienarodzonej istoty ludzkiej stanowi wyjątek od zasady. Życie i zdrowie dzieci są chronione od poczęcia, zaś wszelkie odstępstwa od tej zasady mogą być dokonywane wyjątkowo, wyłącznie w trybie ustawowym i tylko przy spełnieniu pozostałych warunków określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, z uwzględnieniem ponadto wypracowanych w orzecznictwie TK zasad proporcjonalności i adekwatności[544].

Również analiza przepisów ustawy o leczeniu niepłodności prowadzi do wniosku, że ustawodawca uznaje zasadniczo istnienie szczególnego statusu moralnego zarodków ludzkich i

---

[538] Tak, por. szerzej *ibidem*, s. 132-134. M. Rylski doszedł do wniosku, że bez ochrony życia w fazie prenatalnej prawa narodzonego człowieka byłyby fikcją, a ściślej: byłyby pozbawione społecznego sensu. Prawodawca natomiast tworzy prawo w sposób celowy. Jeśli chce, aby narodzonym ludziom przysługiwały pewne prawa, to zakłada, że gatunek ludzki przetrwa, a więc musi chronić podstawy trwania tego gatunku. Podstawą trwania gatunku jest to, że potomstwa się nie uśmierca. Z powyższego wynika, że życie w fazie prenatalnej musi być objęte ochroną prawną i to co najmniej w takim zakresie, w jakim człowiek na tym etapie rozwoju może z danych praw skorzystać. Jednym z tych praw, zupełnie fundamentalnym i pierwotnym w stosunku do pozostałych, jest prawo do ochrony życia.

[539] Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka, Dz.U. z 2000 r. nr 6, poz. 69.

[540] Tak, por. szerzej M. Rylski, *Zakres…, op.cit.*, s. 134-136.

[541] Dz.U. z 2011 r. nr 277, poz. 1643.

[542] Dz.U. 2003 r., nr 119, poz. 1117.

[543] Dz.U. nr 88, poz. 553 z późn. zm. Por. szerzej M. Rylski, *Zakres…, op.cit.*, s. 136-137.

[544] Tak też, por. szerzej *ibidem*, s. 136-139.

szanuje ten status poprzez objęcie ich, w przeciwieństwie do komórek rozrodczych, wzmożoną ochroną prawną. W doktrynie podnoszone są jednak głosy, że w uwagi na możliwość dokonania preimplantacyjnej diagnostyki genetycznej oraz niszczenia zarodków mówiąc w uproszczeniu, które „nie rokują" oraz zamrażania nadliczbowych zarodków, ochrona prawna zarodków w fazie przedimplantacyjnej nie jest wystarczająca[545].

Jeżeli zaś chodzi o standardy międzynarodowe, pomimo że świadomość w zakresie zapewnienia ochrony embrionom dojrzewała w środowisku międzynarodowym powoli, to wciąż można dostrzec permanentne podnoszenie jej standardów w dokumentach ponadnarodowych i orzecznictwie europejskich organów sprawiedliwości, co zostało przedstawione w rozdziale III pracy.

Z powyższego wynika, że embrionowi ludzkiemu przysługuje godność człowieka, o której mowa w art. 30 Konstytucji RP, a co za tym idzie – posiada on w Polsce konstytucyjnie zagwarantowane prawo do ochrony tej godności i poszanowania jej przez władze publiczne. Nie jest on zatem tylko przedmiotem ochrony (zbiorem ludzkich komórek, takim jak tkanka czy organ), lecz podmiotem ochrony. Godność, o jakiej tu mowa, przysługuje od momentu powstania odrębnego organizmu ludzkiego, niezależnie od sposobu, w jaki do tego dojdzie, a w szczególności od chwili zapłodnienia komórki jajowej (w sposób naturalny czy *in vitro*)[546]. Jednocześnie nawet przyjmując możliwość ograniczenia przez ustawodawcę również tak fundamentalnych praw jednostki jak prawo do ochrony życia, należy uznać, że może się to dokonać w sytuacjach absolutnie koniecznych, ze względu na ratowanie dobra o charakterze co najmniej równorzędnym względem poświęcanego, wyłącznie w trybie ustawowym i przy spełnieniu dalszych przesłanek z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z zachowaniem wypracowanych w orzecznictwie TK zasad proporcjonalności i adekwatności[547].

II. Przegląd doktryny prawa cywilnego w przedmiocie statusu cywilno-prawnego *nasciturusa* w fazie przedimplantacyjnej

Punktem wyjścia dalszych rozważań, jest zatem wyraźne wskazanie, że logicznym wnioskiem powyższego wywodu jest uznanie, że art. 446^1 k.c., art. 446 § 2-4 k.c., art. 446^2 k.c. art. 927 § 2 k.c., art. 182 k.r.o., art. 75 k.r.o. powinny znaleźć odpowiednie zastosowanie, a art. 75^1 k.r.o. wprost - także w odniesieniu do embrionów powstałych w wyniku stosowania technik wspomaganej medycznie

[545] Tak, zob. *ibidem*, s. 139-141.
[546] Tak też, *ibidem*, s. 152.
[547] Tak, por. szerzej *ibidem*, s. 152-153.

prokreacji i to na każdym etapie tej procedury, również przedimplantacyjnej[548].

Należy wskazać, że kwestia ta nie jest szeroko omawiana w literaturze. J. Haberko wskazała wprawdzie, że przepisy te znajdują zastosowanie bez ograniczenia do embrionów powstałych w wyniku stosowania technik wspomaganej medycznie prokreacji i to na każdym etapie tej procedury, również przedimplantacyjnej, jednak ostatecznie dochodzi do wniosku, że przyjęcie w obecnym stanie prawnym założenia, że status takiego embrionu jest równy statusowi dziecka poczętego nie jest możliwy, nawet jeśli ustawodawca w przepisach przyznających ochronę dziecku poczętemu nie wyraża stanowiska, że ochronę tę odnieść należy wyłącznie do dziecka poczętego *in vitro*[549]. Z kolei J. Ostojska wskazała, że ochrona embrionu *in vitro* powinna być, co do zasady, mniej intensywna niż ta przewidziana dla *nasciturusa*. Nie precyzuje przy tym na czym ta zmniejszona „intensywność" powinna polegać[550]. Z. Czarnik, J. Gajda wyraźnie odróżniają natomiast *nasciturusa* od „zapłodnionej komórki jajowej do chwili jej implantowania". Wskazują, że ochrona prawna *nasciturusa* ma charakter pośredni, tzn. realizowana jest za pomocą organizmu matki, zatem gdy jest brak organizmu kobiety, to brak jest również ochrony dziecka poczętego. Autorzy zwracają jednak uwagę na ewentualną możliwość odpowiedniego stosowania przepisów prawa cywilnego traktującego o *nasciturusie* do embrionu znajdującego się poza ustrojem kobiety w celu zapewnienia mu ochrony prawnej[551]. A. Breczko z kolei stwierdziła, że konieczne jest określenie odrębnego statusu zarodka ludzkiego uzyskanego poza organizmem matki. Proponuje w odniesieniu do niego dwie odrębne kategorie: *surronasciturus* i *pronasciturus*. Termin *surronasciturus* ma służyć określeniu zarodka powstałego wskutek zapłodnienia pozaustrojowego – w wyniku zastosowania metody *in vitro* oraz implantowanego do łona matki zastępczej. *Pronasciturus* to nazwa nadawana dla zarodka przed jego implantacją do łona matki genetycznej i dla zarodka zamrożonego[552].

Wskazać jednak trzeba, że *de lege lata* takie rozróżnienia pojęciowe są nieuprawnione i w zasadzie dowolne, w szczególności jeśli w oparciu o nie różnicowana byłaby ochrona prawna *nasciturusa*, w zależności od tego czy jest on *surro-* czy *pro- nasciturusem*. Należy też przytoczyć

---

[548] Tak też: P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz…*, *op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.) oraz R. Majda [w:] *Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 46, s. 176-177. Pogląd ten aprobuje A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział I.4.1.2., Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Zob. także R. Trzaskowski, *Opinia…, op. cit.*, s. 34-48; L. Bosek, *Gwarancje…, op. cit.*, s. 306; M. Żelichowski, *Zarządzenie…, op. cit.*, s. 77-87; M. Żelichowski, *Dylemat - „człowieczeństwa*" …, *op. cit.*; M. Machinek, *Implantacja jako kryterium, w dyskusji o moralnym statusie embrionu*, w: B. Sitek, G. Dammacco, M. Sitek, J. J. Szczerbowski (red.), *Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie*, Olsztyn - Bari 2007, s. 301-310.

[549] Por. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona… op. cit.*, s. 99-100; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 26-29. Należy jednak zauważyć, że artykuł ten został napisany w roku 2008 i nie uwzględnia przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności.

[550] Tak, J. Ostojska, *O problemie…, op. cit.*, s. 84-98

[551] Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona …, op. cit.,* 2, s.105-106.

[552] A. Breczko, *Podmiotowość…*, *op.cit*., s. 177-178.

pogląd T. Sokołowskiego, który wskazuje wprost, że „*brak jest jakiejkolwiek cywilnoprawnej przesłanki, aby różnicować 'człowieczy statut' nasciturusa w czasie, czyli dzielić okres prenatalny na jakiekolwiek 'podokresy', w których nasciturus miałby różną sytuację prawną"* oraz dodaje w kontekście statusu prawnego embrionu, że jest on już bezspornie „osobną" istotą ludzką [553]. Autor ten słusznie wskazuje, że: *„zdolność fizyczna i psychiczna nie pojawia się ex nihilo dopiero z chwilą urodzenia, ale jest pewnym continuum, podlegającym ochronie w całości przed i po urodzeniu; inne podejście wydaje się z gruntu przestarzałe i nieskuteczne i nie może być dalej brane pod uwagę jako przekonująca alternatywa"*[554].

Na uwagę zasługuje również stanowisko R. Trzaskowskiego, który wskazuje, że „*określenie „poczęcie" odnosi się do momentu zapłodnienia. Przyjęcie takiego założenia jest uzasadnione, gdyż, po pierwsze, odpowiada literalnemu znaczeniu słowa „poczęcie", a po drugie chodzi tu przecież w istocie o ochronę życia ludzkiego „od początku" jego rozwoju, a ten początek nieodparcie wiąże się z zapłodnieniem komórki jajowej. W takim ujęciu status istoty ludzkiej przed implantacją byłby w świetle prawa jednoznaczny: byłby to człowiek i należałoby traktować go z należną mu ludzką godnością* (…)."[555]

Należy stwierdzić, że w sytuacji przesądzenia przez ustawodawcę dopuszczalności i uregulowania zasad stosowania technik wspomaganego rozrodu w ustawie o leczeniu niepłodności oraz przy braku wyraźnego wyłączenia możliwości stosowania przepisów prawa cywilnego dotyczących *nasciturusa* do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, nie jest uzasadnione ich niestosowanie jedynie powołując się na sposób poczęcia dziecka. Zupełnie niezrozumiałe i pozbawione racjonalnego uzasadnienia jest natomiast, przy aktualnym stanie wiedzy z zakresu embriologii i rozwoju technologii MAP, wywodzenie, że przy zapłodnieniu *in vitro* inaczej należy określać moment poczęcia. Do poczęcia zawsze dochodzi w momencie zapłodnienia komórki jajowej, niezależnie czy następuje to *in vitro*, czy *in vivo*[556].

---

[553] T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.,* pkt 1 i 2, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Tak też: T. Smyczyński, *Nasciturus jako dobro prawne* [w:] *Problemy kodyfikacyjne prawa cywilnego*, Poznań 1990, s. 72.

[554] *Ibidem*, pkt 14.

[555] R. Trzaskowski, *Opinia…, op. cit.*, s. 44.

[556] Tak też: T. Smyczyński, *Nasciturus…, op. cit., s. 72*; R. Trzaskowski, *Opinia…, op. cit.*, s. 44; L. Bosek, Gwarancje…, op. cit., s. 305-307; P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.); W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*. W. Borysiak, K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), wyd. 30, Warszawa 2022, komentarz do art. 927 k.c., teza nr 35, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.); T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.,* pkt 1 i 2, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.), M. Safjan, *Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego*, Studia Prawnicze, 1988, nr 3, s. 123; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 391; R. Majda [w:] *Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 46, s. 176-177, A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział I. 4.1.1.- 4.1.2., Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Autorka ta wskazuje na praktyczne problemy związane z przyjęciem tej koncepcji, jednak stwierdza, że gwarantuje ona najszerszy zakres ochrony i pozwala najpełniej realizować zasadę dobra dziecka, z czym trzeba się oczywiście zgodzić.

Trzeba jednak dostrzec, że zarówno w dawniejszej, jak i we współczesnej literaturze, można spotkać się ze stanowiskiem, zgodnie z którym w przypadku zapłodnienia *in vitro* – inaczej niż w przypadku zapłodnienia naturalnego – uznać należy, że poczęcie następuje nie w chwili połączenia gamet, lecz w momencie zagnieżdżenia się zapłodnionego jaja w macicy[557]. K. Bączyk-Rozwadowska wskazała, że: „*na gruncie prawa zrównanie embrionu in vitro z nasciturusem, tj. dzieckiem poczętym pozostającym w łonie matki*" jest „*nieuzasadnione i niepożądane*"[558]. Dodała, że: „*z uwagi na brak w ustawodawstwach poszczególnych państw (w tym także Polsce) wyraźnych i jednoznacznych rozwiązań w kwestii prawnego statusu embrionu in vitro nie można zakładać, że byt ten jest podmiotem takich samych praw, jakie przypisuje się nasciturusowi"*[559]. Wskazuje również w kontekście zapłodnienia *in vitro*, że *„poczęcie interpretowane jest nie jako chwila połączenia gamet, lecz moment zainicjowania ciąży, równoznaczny z zagnieżdżeniem (nidation) embrionu w macicy kobiety"*[560]. M. Pazdan aprobując takie stanowisko, twierdzi, że jest to konieczne „*ze względu na potrzebę zachowania ładu prawnego*"[561].

Wydaje się, że przeciwnicy uznania, że dzieckiem poczętym jest już zarodek znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej kierują się bardziej pragmatyzmem i schematycznym podejściem do cywilnoprawnej ochrony *nasciturusa*. Zgodzić się natomiast trzeba, że „*nie tylko nauka prawa cywilnego, ale w ogóle nauka w swoim najszerszym zakresie nie może przypisywać słowom, uformowanym w poprzednich okresach historycznych, tylko ich pierwotnego sensu, pomijając postęp wiedzy*"[562]. Konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska jest uznanie, że embrion przed dokonaniem transferu nie jest płodem i nie stanowi dziecka poczętego, więc autorzy podzielający ten pogląd nawet nie podejmują próby szerszej analizy możliwości stosowania przepisów z zakresu ochrony *nasciturusa* do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej.

Słusznie natomiast stwierdza P. Księżak, że: „*ze względu na potrzebę ochrony praw dziecka (która uaktualnia się po jego urodzeniu) należy opowiedzieć się za poglądem, że nasciturus to dziecko od chwili zapłodnienia komórki jajowej. Jeśli zatem dziecko urodzi się żywe, będzie mogło dochodzić np. odszkodowania za szkody powstałe w okresie, gdy zarodek znajdował się jeszcze poza organizmem matki przed implantacją (art. 446[1] k.c.) i będzie mogło dziedziczyć po osobie zmarłej w tym czasie*

---

[557] Tak twierdzą: K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie dziecka poczętego in vitro*, Białostockie Studia Prawnicze 2022 vol. 27, nr 3, s. 12; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 496; M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 29 lipca 2009 r.*, *op. cit*., s. 143; A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1994, z. 3, s. 60; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 10, Warszawa 2020, komentarz do art. 8, Nb 3, Legalis (dostęp: 5 lutego 2023 r.); W. Bendza, *Zdolność prawna…, op. cit.*, s. 28.

[558] K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.*, s. 496.

[559] *Ibidem.*

[560] *Ibidem.*

[561] M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny…, op. cit.*, komentarz do art. 8, Nb 3, Legalis (dostęp: 5 lutego 2023 r.)

[562] T. Sokołowski, *Ochrona…, op. cit.,* pkt 1, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.).

(art. 927 § 2 k.c.). (...) Przyznanie chronionej pozycji nasciturusowi od chwili poczęcia (nie zaś od chwili implantacji do organizmu matki) jest w świetle założeń ochrony życia i praw dziecka oczywiste i poglądy negujące taką ochronę należy uznać za nietrafne, wręcz anachroniczne"[563].

Powyższe stanowisko ma aktualnie tym większe uzasadnienie po wejściu w życie ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności. Należy bowiem wskazać, że część argumentów przeciwników stosowania przepisów prawa cywilnego dotyczących *nasciturusa* do embrionu w fazie przedimplantacyjnej sprowadzają się do tego, że z pewnością nie było to zamiarem ustawodawcy polskiego[564]. Niemniej należy wskazać, że aktualnie argumenty te straciły na wartości, albowiem ustawodawca polski jednoznacznie dopuścił w szerokim zakresie stosowanie technik wspomaganego rozrodu, wprost wskazując, że aktualnie możliwe jest pozaustrojowe poczęcie dziecka. Jednocześnie nie dokonał w żadnym zakresie zmian przepisów prawa cywilnego traktujących o dziecku poczętym, co może świadczyć o celowym zabiegu ustawodawcy, który pragnął, aby pojęcie *nasciturusa* (dziecka poczętego) objęło również zarodki w fazie przedimplantacyjnej. Co więcej, ustawodawca polski wprost rozszerzył możliwość uznania ojcostwa embrionu w fazie przedimplantacyjnej, regulując w przepisie art. 75^1 k.r.o. warunki, jakie takie uznanie musi spełnić z uwagi na wyjątkową sytuację prawną *nasciturusa* w fazie przedimplantacyjnej. Zresztą nawet w okresie nieobowiązywania ustawy o leczeniu niepłodności w doktrynie istniał pogląd już w latach 90-tych, że jest możliwe uznanie dziecka poczętego *in vitro* przed dokonaniem jego transferu do organizmu kobiety. Wynika to z ogólnego charakteru regulacji z art. 75 k.r.o., który *lege non distinguente* jest ogólną regulacją dotyczącą dziecka poczętego, nie stanowiąc jednocześnie nic o sposobie poczęcia oraz kwestii implantacji zarodka do organizmu[565].

Na uwagę zasługuje również stanowisko L. Boska, który zasygnalizował problem zdolności prawnej dziecka poczętego pozaustrojowego, wskazując jednak, że kwestia statusu i ochrony cywilnoprawnej wymaga odrębnej analizy, „*gdyż nie jest jasne czy dopuszczalne jest bez zastrzeżeń stosowanie wprost zasad dotyczących dziecka poczętego do jednostek powołanych do życia poza ustrojem matki"*[566]. W jego ocenie formalnym uzasadnieniem odrębnego podjęcia tego zagadnienia jest to, że w momencie wejścia w życie kodeksu cywilnego i kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie mogło ono zostać wprost i jednoznacznie rozwiązane legislacyjnie, ponieważ nie pozwalał na to ówczesny stan rozwoju technologii medycznych[567]. Odnosząc się do tego, trzeba zauważyć, że o ile

---

[563] P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz…*, *op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.).
[564] Por. J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s.96; J. Haberko, *Status cywilnoprawny…, op. cit.*, s. 18-19; L. Bosek, *Gwarancje…, op. cit.*, s. 305.
[565] Tak, Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s.104.
[566] L. Bosek, *Gwarancje…, op. cit.*, s. 305.
[567] *Ibidem*.

w 2012 roku uzasadnienie to było racjonalne, o tyle w aktualnym stanie prawnym uzasadnienie to moim zdaniem nie jest już aktualne. Skoro ustawodawca polski, jak wskazano powyżej, po wielu latach zdecydował się w 2015 roku na jednoznaczne dopuszczenie w określonych warunkach możliwości korzystania z technik wspomaganego rozrodu, nowelizując przy tym szereg przepisów, w tym kodeks rodzinny i opiekuńczy, nie można twierdzić, że ustawodawca w dalszym ciągu nie dostrzega wpływu rozwoju technologii medycznych na przepisy prawa cywilnego dotyczące *nasciturusa*. W żadnym jednak miejscu nie zdecydował się na wyłączenie możliwości stosowania przepisów dotyczących *nasciturusa* do zarodka w fazie przedimplantacyjnej.

III. Ochrona cywilnoprawna *nasciturusa*, a faza przedimplantacyjna

Z powyższych uwag wynika logiczny wniosek, że sytuacja zarodka, który znajduje się w fazie przedimplantacyjnej powinna być oceniania analogicznie jak sytuacja dziecka poczętego *in utero*. W tym miejscu przejdę do analizy poszczególnych przepisów, w których *nasciturusowi* zapewniona jest ochrona cywilnoprawna oraz odniosę je bezpośrednio do zarodka, który znajduje się w fazie przedimplantacyjnej.

1) Dziecko poczęte może być zarówno spadkobiercą jak i zapisobiercą – art. 927 § 2 k.c. i art. 972 k.c.

Należy przypomnieć, że pozycja *nasciturusa* ulega wzmocnieniu w zakresie prawa spadkowego[568]. Ustawodawca przyznał w przepisie art. 927 § 2 k.c. zdolność dziedziczenia dziecku poczętemu w chwili otwarcia spadku, jeżeli urodzi się żywe. Ponadto, na podstawie przepisów art. 972 k.c. i art. 981^5 k.c. *nasciturus* na tych samych warunkach co spadkobiercą może być również zapisobiercą zwykłym oraz zapisobiercą windykacyjnym. Dodatkowo należy wskazać na przepis art. 994 § 2 zd. 2 k.c., gdzie została przewidziana szczególna ochrona *nasciturusa* w zakresie ustalania jego zachowku – ustawodawca przewidział wyjątek od zasady niezaliczania do spadku darowizn w przypadku spadkodawcy, który nie miał zstępnych – reguła ta nie ma zastosowania w przypadku darowizn uczynionych na 300 dni przed urodzeniem się zstępnego.

Kwestią zasadniczą jest w tym przypadku ustalenie, że zdolność dziedziczenia przysługuje

[568] Por. w kontekście prawa spadkowego i rozwoju MAP: A. Breczko, M. Andruszkiewicz, *Prawo spadkowe w obliczu postępu technologicznego (nowe wyzwania w XXI wieku)*, Białostockie Studia Prawnicze 2017, nr 4, vol. 22; P. Rafałowicz, *Dziedziczenie ustawowe nasciturusa poczętego w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego*, Prawo i Medycyna 2017, nr 4.

jedynie dziecku już poczętemu w chwili otwarcia spadku, oczywiście pod warunkiem żywego urodzenia – jedynie wtedy dojdzie do dziedziczenia. W przypadku dziecka poczętego w sposób naturalny nie ma żadnych wątpliwości, że jeżeli kobieta jest w ciąży z dzieckiem, którego ojcem jest spadkodawca, to dziecko takie dziedziczy, ponieważ oczywistym jest, że zostało poczęte jeszcze za jego życia i w momencie otwarcia spadku było już poczęte. Sytuacja komplikuje się w przypadku zapłodnienia *in vitro*, kiedy do implantacji tak utworzonego zarodka albo samego zapłodnienia dochodzi *post mortem*. Zagadnienia te były już przedmiotem analizy zarówno w drugim rozdziale przy okazji ogólnego omówienia problemów w ustaleniu statusu prawnego embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej w kontekście medycyny (rozdział II pkt III) jak i przy omawianiu regulacji ustawy o leczeniu niepłodności (rozdział IV pkt V – por. art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. – zakaz zapłodnienia *post mortem* oraz art. 33 u.l.n. – dopuszczalność implantacji *post mortem* w ramach dawstwa partnerskiego).

Można rozróżnić trzy możliwe sytuacje związane z dziedziczeniem przez dziecko, które zostało poczęte *in vitro* w ww. warunkach:

a. Implantacja *post mortem* zarodka utworzonego w ramach dawstwa partnerskiego

Do zapłodnienia *in vitro* dochodzi za życia spadkodawcy, będącego dawcą komórek rozrodczych, z którego zarodek ma powstać, czyli w ramach dawstwa partnerskiego. Jeżeli już po zapłodnieniu *in vitro*, jednak jeszcze przed transferem zarodka, powstałego z takiego zapłodnienia dawca umiera, należy postawić pytanie, czy w momencie otwarcia spadku mamy już do czynienia z dzieckiem poczętym, co umożliwiałoby dziedziczenie w świetle art. 927 § 2 k.c. Dotychczasowe wywody poczynione w pracy wskazują jednoznacznie, że na tak postawione pytanie należy udzielić pozytywnej odpowiedzi. Moment poczęcia to moment połączenia komórki jajowej i komórek rozrodczych dawcy *in vitro* w ramach dawstwa partnerskiego. W konsekwencji w razie transferu zarodka już po otwarciu spadku, a następnie urodzenia się dziecka, będzie ono dziedziczyć jako zstępny zmarłego.

Trzeba zauważyć, że w tym przypadku, aby dziecko, pochodzące biologicznie od zmarłego ojca mogło po nim dziedziczyć, nie musi być zachowany jakikolwiek termin na dokonanie transferu zarodka do organizmu kobiety. Po pierwsze, dokonanie takiego transferu *post mortem*, gdy zarodek został utworzony w ramach dawstwa partnerskiego jest dopuszczalne na podstawie art. 33 u.l.n., gdzie nie został wprowadzony jakikolwiek termin na przeprowadzenie transferu. Po drugie, pomocny przy ustalaniu pochodzenia dziecka od zmarłego mężczyzny może okazać się art. 85 k.r.o., gdzie zawarto domniemanie ojcostwa mężczyzny, który był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej

prokreacji.

Należy jednak zastrzec, że na dokonanie transferu w przypadku braku zgody dawcy komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego (której nie może udzielić skoro nie żyje), kobieta musi uzyskać zastępczą zgodę sądu, o którą musi wystąpić na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. Przepis ten znajduje bowiem zastosowanie nie tylko w przypadku „sporu" co do dokonania transferu, ale również gdy z obiektywnych względów, jak właśnie śmierć mężczyzny, zgody takiej nie można uzyskać bezpośrednio przed dokonaniem transferu. Sprawy takie pojawiają się na wokandach polskich sądów i zostaną przeanalizowane w następnym rozdziale. Trzeba jednak już teraz zauważyć, że w przypadku kiedy kobieta zwlekałaby przez długi czas z dokonaniem implantacji, wniosek taki złożony przykładowo po wielu latach mógłby zostać przez sąd oddalony, jeżeli sąd dopatrzyłby się konkretnych przesłanek, wskazujących, że uwzględnienie wniosku byłoby sprzeczne z dobrem dziecka, które miałoby się urodzić wskutek wyrażenia zgody na transfer.

b. Implantacja *post mortem* zarodka utworzonego w ramach dawstwa innego niż partnerskie

Do zapłodnienia *in vitro* dochodzi za życia spadkodawcy, niebędącego dawcą komórek rozrodczych, z którego zarodek ma powstać, czyli w ramach dawstwa innego niż partnerskiego, zaś do implantacji zarodka doszło *post mortem*, jednak złożył on obowiązkowe dla rozpoczęcia procedury *in vitro* oświadczenie o uznaniu ojcostwa albo był mężem biorczyni i wyraził zgodę na procedurę MAP. Jeżeli chodzi o taką sytuację, również uznać trzeba, że momentem poczęcia jest moment połączenia komórki jajowej i komórek rozrodczych dawcy anonimowego *in vitro* w ramach dawstwa innego niż partnerskiego. Wówczas zmarły spadkodawca będzie uznany za ojca dziecka, które urodzi się wskutek transferu zarodka już po otwarciu spadku.

W przypadku powyższego stanu faktycznego należy poczynić trzy istotne zastrzeżenia.

Po pierwsze, w sytuacji, kiedy zmarły nie był mężem biorczyni, do urodzenia dziecka musi dojść w terminie dwóch lat od złożenia oświadczenia przez spadkodawcę o uznaniu ojcostwa, które po bezskutecznym upływie terminu nie wywoła zamierzonych nim skutków prawnych w postaci ustalenia pochodzenia dziecka od mężczyzny, który zmarł przed transferem (art. 75^1 § 2 k.r.o.).

Po drugie, w przypadku kiedy zmarłym był mąż matki, do urodzenia dziecka musi dojść przed upływem 300 dni od ustania małżeństwa, a więc śmierci mężczyzny, aby domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa mogło zadziałać (art. 62 § 1 k.r.o.). Dziedziczenie przez dziecko będzie zatem możliwe tylko jeżeli do implantacji zarodka dojdzie niezwłocznie po otwarciu spadku, tak, aby zachowany został powyższy termin. Paradoksalnie zatem, wdowa po zmarłym mężu, jeżeli chce zapewnić dziecku prawa do spadku po nim, ma mniej czasu na implantację zarodka, niż kobieta niepozostająca z mężczyzną w związku małżeńskim przed jego śmiercią, a jedynie w nieformalnym

związku partnerskim.

Po trzecie, trzeba pamiętać, że powyższa sytuacja, tj. dokonanie implantacji zarodka *post mortem*, jeżeli do jego utworzenia doszło w ramach dawstwa innego niż partnerskie, a zatem z użyciem nasienia anonimowego dawcy jest zakazane, wykładając art. 33 u.l.n. *a contrario*, w którym ustawodawca wskazał, że jedynie „zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego mogą być przeniesione do organizmu biorczyni po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek". Uważam jednak, że jeżeli pomimo takiego zakazu, dojdzie do implantacji zarodka *post mortem*, który został utworzony w ramach dawstwa innego niż partnerskie, w żadnym razie nie można twierdzić, że do takiego dziecka nie należy stosować zasad ustalania jego pochodzenia oraz przepisu art. 927 § 2 k.c., w taki sam sposób jak do wszystkich innych dzieci. Wydaje się to oczywiste. Jakkolwiek taka praktyka nie musi być przez ustawodawcę akceptowana i jednoznacznie nie jest w świetle art. 33 u.l.n., to w żaden sposób nie może to ograniczać praw podmiotowych dzieci, które wbrew takiemu zakazowi się urodziły.

c. Zapłodnienie *post mortem*

Wreszcie można wyróżnić trzecią sytuację, kiedy nie tylko do transferu zarodka dochodzi po momencie otwarcia spadku, ale również do zapłodnienia *in vitro* dojdzie już po śmierci mężczyzny. Tutaj można łącznie rozpatrywać zarówno sytuacje, kiedy spadkodawca był dawcą komórek rozrodczych, z których zarodek utworzono w ramach dawstwa partnerskiego, jak również kiedy nie był, zaś zarodek utworzono w ramach dawstwa innego niż partnerskie, ale spadkodawca był mężem matki dziecka i wyraził zgodę na procedurę MAP albo jako jej partner złożył oświadczenie na podstawie art. 75^1 k.r.o. Trzeba mieć na uwadze, że polski ustawodawca w przepisie art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. w sposób jednoznaczny wprowadził zakaz zapłodnienia *post mortem*, wskazując, że niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy jeżeli dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego zmarł. Naruszenie tego zakazu stanowi przestępstwo zagrożone alternatywnie grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku (art. 78 u.l.n.). Zakaz ten dotyczy zatem tylko dawstwa partnerskiego, kiedy wskutek zapłodnienia i implantacji *post mortem* zarodka, urodziłoby się dziecko pochodzące biologicznie od zmarłego mężczyzny.

Należy jednak zauważyć, co jest najistotniejsze w kontekście rozważanych tutaj kwestii, że w momencie otwarcia spadku nie mamy jeszcze do czynienia w ogóle z zarodkiem, ponieważ do poczęcia dziecka na ten moment jeszcze nie doszło, niezależnie czy procedura MAP dotyczy dawstwa partnerskiego, czy dawstwa innego niż partnerskie. Innymi słowy – nawet jeżeli wbrew zakazowi wynikającemu z przepisu art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. dojdzie do zapłodnienia *post mortem*, a następnie do transferu i urodzenia dziecka, dziecko takie nie będzie mogło dziedziczyć po zmarłym dawcy

komórek rozrodczych, a więc po ojcu, od którego pochodzi genetycznie. Analogicznie będzie przedstawiać się sytuacja, jeżeli procedura MAP dotyczyła dawstwa innego niż partnerskie i zmarły mężczyzna był mężem matki i wyraził na to zgodę albo jako jej partner złożył oświadczenie na podstawie art. 75^1 k.r.o., pomimo świadomości, że zarodek zostanie utworzony przy użyciu nasienia anonimowego dawcy. Kluczowe w obu sytuacjach jest bowiem ustalenie, że na moment otwarcia spadku, zarodek nie został jeszcze utworzony.

Choć sytuacja taka z punktu widzenia ochrony dziecka i jego dobra może wydawać się niesprawiedliwa i nieuzasadniona, nawet szeroka wykładnia przepisu art. 927 § 2 k.c. nie pozwoliłaby uznać, że w takim stanie faktycznym mamy już do czynienia z *nasciturusem*. Byłaby to wykładnia *contra legem*. Wszakże zdolność dziedziczenia przysługuje dziecku już poczętemu w chwili otwarcia spadku, jeżeli urodzi się żywe, co oznacza, że dziecko musi już na moment śmierci spadkodawcy zostać poczęte, zatem zarodek zapłodniony *in vitro* musi już na ten moment być utworzony[569].

Warto w tym kontekście przypomnieć rozwiązanie hiszpańskie, które wynika z przepisu art. 9 ustawy 14/2006 regulującej w tym kraju MAP, w którym jasno określone zostały zasady ustalenia pochodzenia dziecka od ojca biologicznego, co umożliwia takiemu dziecku dziedziczenie po nim, w sytuacji kiedy doszło do zapłodnienia *post mortem,* co zostało omówione w rozdziale trzecim. Ustawodawca hiszpański natomiast kierując się zasadą „dobra dziecka" zapewnia szeroką ochronę cywilno-prawną *nasciturusowi,* gdzie sięga ona nie tylko fazy przedimplantacyjnej, ale również okresu przed samym poczęciem dziecka, o czym świadczy przesądzenie więzi rodzinno-prawnej między zmarłym mężczyzną, a dzieckiem, mimo że śmierć nastąpiła jeszcze przed jego poczęciem *in vitro*.

W kontekście technik wspomaganego rozrodu oznacza to, że aby uznać, że dziecko poczęte *in vitro* może być spadkobiercą na podstawie przepisu art. 927 § 2 k.c. bądź zapisobiercą zwykłym albo zapisobiercą windykacyjnym na podstawie przepisów art. 972 k.c. i art. 981^5 k.c., niezbędną przesłanką jest ustalenie, że do zapłodnienia *in vitro* doszło jeszcze przed otwarciem spadku i że na

[569] Inaczej, por. P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, wyd. 30, Warszawa 2022, komentarz do art. 8 k.c. teza nr 12-13, Legalis (dostęp: 05.02.2023 r.). Autor ten dokonuje ciekawej analizy, która była już przytaczana w rozdziale IV pkt V i wskazuje, że: „Należy jednak pójść dalej i uznać, że w związku z postępem medycyny i możliwościami długotrwałego przechowywania komórek jajowych i plemników poza organizmami dawców konieczna jest również ochrona dzieci, które zostały poczęte po śmierci dawców materiału genetycznego. W szczególności dotyczy to problemów prawa spadkowego. Jeżeli do zapłodnienia nasieniem mężczyzny doszło już po jego śmierci, należy przyjąć, że dziecko poczęte w ten sposób może dziedziczyć po tym mężczyźnie; to samo dotyczy śmierci kobiety, która była dawczynią komórki jajowej. Oczywiście oznacza to, że samo pojęcie *nasciturusa* staje się już w takim wypadku czysto umowne: jest jasne, że komórki rozrodcze nie stanowią jeszcze ludzi ani podmiotu praw, jednakże chodzi w istocie nie o określenie, kiedy zaczyna się człowiek, lecz o to, czy po urodzeniu człowieka zasługuje on na ochronę polegającą na przyznaniu mu praw, które mają swe źródło w okresie sprzed poczęcia. Uważam, że w kontekście technik wspomaganej prokreacji odpowiedź na to pytanie powinna być pozytywna".

moment otwarcia spadku zarodek już istnieje i znajduje się w fazie przedimplantacyjnej i oczekuje na transfer. Dotyczy to zarówno dziedziczenia ustawowego, jak i dziedziczenia testamentowego. W wypadku bowiem jeśli sporządzono testament, w którym do spadu powołane zostało dziecko, które w chwili śmierci testatora znajduje się w fazie przedimplantacyjnej, dziecko takie może być powołane do dziedziczenia po spadkodawcy, jeżeli urodzi się żywe. Może ono być ustanowione spadkobiercą w testamencie na zasadach ogólnych, gdyż jest podmiotem istniejącym i „oznaczalnym" w chwili sporządzenia testamentu[570].

Nie znajduję natomiast żadnych okoliczności przemawiających za uznaniem, że ww. przepisy nie należy stosować do zarodka istniejącego już na moment otwarcia spadku, a jedynie znajdującego się w tym szczególnym momencie przedimplantacyjnym. Przesłanką uznania posiadania warunkowej zdolności dziedziczenia przez *nasciturusa* nie jest przecież znajdowanie się w ciąży przez biorczynię zarodka, a istnienie dziecka poczętego – takie natomiast istnieje od momentu stworzenia zarodka. Z pewnością inna wykładnia byłaby sprzeczna z zasadą dobra dziecka, które się urodziło i prawnie pochodzi od zmarłego mężczyzny[571].

Należy przy tym dostrzec niebezpieczeństwo pojawienia się nowego spadkobiercy, nawet w odległym czasie po śmierci spadkodawcy, co może naruszać ustalony uprzednio porządek dziedziczenia[572]. Wówczas natomiast możliwe będzie dokonanie zmiany postanowienia w przedmiocie stwierdzenia nabycia spadku na podstawie przepisu art. 679 k.p.c. Należy wskazać w tym kontekście na uchwałę SN z 25 lipca 2019 r., w której uzasadnieniu SN dostrzegł, że przepisy k.p.c. nie uniemożliwiają wystąpienia sytuacji, w której pomimo istnienia dziecka poczętego spadkodawcy, sąd stwierdzi nabycie spadku przez osoby wyprzedzanie przez nie w dziedziczeniu[573].

---

[570] Tak, W. Borysiak (red. tomu), wyd. 30, Warszawa 2022, komentarz do art. 927 k.c., teza nr 37, Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.).

[571] Tak też: P. Księżak [w:] *Kodeks cywilny…, ibidem*; W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny…, op. cit.*, komentarz do art. 927 k.c., teza nr 30-35, Legalis; A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział I. 4.1.1.- 4.1.2. oraz 4.3.1.1.1., Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Tak też Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit*, s. 108. Uważają oni, że dziecku poczętemu *in vitro* zdolność dziedziczenia przysługuje. Zwrócić należy uwagę, że pogląd ten wyrażony blisko 30 lat temu na tamte czasy jest wręcz rewolucyjny. Poruszyli oni również kwestię prawa dziecka poczętego w wyniku inseminacji heterologicznej do poznania swego naturalnego pochodzenia. Wskazują oni, że są trzy stanowiska: 1) dziecku takie prawo przysługuje zawsze; 2) prawo to dziecku nie przysługuje; 3) dziecko ma prawo poznania swego naturalnego pochodzenia, ale bez żadnych konsekwencji w sferze prawa alimentacyjnego i spadkowego. W ich ocenie w przypadku przyjęcia pierwszego poglądu prawo do bycia spadkobiercą powinno przysługiwać, a uznając drugi lub trzeci pogląd nie. Komplikacja ta dotyczy jednak jedynie inseminacji heterologicznej, bo przy homologicznej, ich zdaniem, prawo do dziedziczenia przysługuje zawsze. Odmiennie por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.,* s. 496; P. Rafałowicz, *Dziedziczenie…, op. cit.,* s. 112 i 121.

[572] Por. A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział I.4.3.1.1.1., Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Zob. także P. Rafałowicz, *Dziedziczenie…, op. cit.,* s. 110-111. Autor ten wskazuje, że gdy w gronie spadkobierców znajduje się *nasciturus*, do czasu jego urodzenia się nie może zostać wydany akt poświadczenia dziedziczenia ani zostać przeprowadzone postępowanie w przedmiocie stwierdzenia nabycia spadku, które powinno być zawieszone.

[573] III CZP 12/19, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.). Por. też glosę do tej uchwały M. Sepełowskiego, *Nasciturus jako rzeczywisty spadkobierca*, MoP 2020, nr 9, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.).

Owszem, uznanie warunkowej zdolności dziedziczenia przez *nasciturusa*, który w momencie otwarcia spadku znajdował się w fazie przedimplantacyjnej może wiązać się trudnościami praktyczno-prawnymi, jednak okoliczność ta nie może stanowić argumentu dla pozbawienia dziecka praw spadkowych po zmarłym ojcu. Można natomiast postulować w tym zakresie wnioski *de lege ferenda*, jak przede wszystkim ustalenie terminu, w którym kobieta musi dokonać implantacji zarodka oraz obowiązku poinformowania o takim zamiarze pozostałych spadkobierców i sąd spadku (analogicznie jak uregulował to hiszpański ustawodawca).

Jeżeli natomiast chodzi o przepis art. 994 § 2 zd. 2 k.c., gdzie została przewidziana szczególna ochrona *nasciturusa* w zakresie ustalania jego zachowku, nie ma w mojej ocenie żadnych przeszkód do jego stosowania do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. Jak była mowa powyżej, ustawodawca przewidział w tym przepisie wyjątek od zasady niezaliczania do spadku darowizn w przypadku spadkodawcy, który nie miał zstępnych – reguła ta nie ma zastosowania w przypadku darowizn uczynionych na 300 dni przed urodzeniem się zstępnego. Niezależnie zatem w jaki sposób doszło do poczęcia, czy to w sposób naturalny czy też *in vitro*, a następnie do transferu zarodka, wyjątek od tej zasady znajdzie zastosowanie również w przypadku dziecka poczętego *in vitro*, jeżeli została uczyniona na 300 dni przed jego urodzeniem. Teoretycznie sytuacja taka jest możliwa, jeżeli transfer zarodka nastąpi bezpośrednio po jego utworzeniu, zaś w międzyczasie dojdzie do otwarcia spadku po zmarłym mężczyźnie.

2) Możliwość uznania ojcostwa dziecka poczętego - art. 75 § 1 k.r.o. i art. 75^1 k.r.o. oraz inne odrębności dotyczące pochodzenia dziecka w kontekście jego poczęcia wskutek zastosowania technik wspomaganego rozrodu

W przepisie art. 75 k.r.o. ustawodawca wyraźnie przyznał możliwość uznania dziecka poczętego i nieurodzonego. Nie trzeba jednak przepisu tego stosować analogicznie do sytuacji, kiedy zarodek znajduje się w fazie przedimplantacyjnej, ponieważ ustawodawca polski wyraźnie przewidział możliwość uznania ojcostwa dziecka poczętego *in vitro* w przepisie art. 75^1 k.r.o., dodanym 1 listopada 2015 r. na mocy ustawy o leczeniu niepłodności. Należy postawić pytanie, co oznacza, że w art. 75^1 k.r.o. ustawodawca wprost wskazał na możliwość uznania ojcostwa zarodku w fazie przedimplantacyjnej? Skoro zgodnie z art. 75 k.r.o. dopuszczalne dotąd było uznanie ojcostwa *nasciturusa*, a tezą tej pracy jest postawienie znaku równości pomiędzy dzieckiem poczętym rozumianym tradycyjnie, a zarodkiem w fazie przedimplantacyjnej, to czy nie należy uznać, że przepis art. 75^1 k.r.o. stanowi w pewnym zakresie jedynie *superfluum* ustawowe? Dlaczego ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie przepisu art. 75^1 k.r.o.? Pomimo że na pierwszy rzut oka, kwestie te mogą wydawać się niejednoznaczne, w mojej ocenie dodanie przepisu art. 75^1 k.r.o.

wcale nie oznacza, że pojęcie „dziecka poczętego i nieurodzonego" użyte w art. 75 k.r.o. nie można odnosić do zarodku znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. Trzeba zauważyć, że dodanie przepisu art. 75^1 k.r.o. oraz dokonanie innych zmian w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym wraz z wprowadzeniem do naszego systemu prawnego ustawy o leczeniu niepłodności było konieczne z uwagi na niezbędność zmodyfikowania zasad ustalania pochodzenia dziecka, poczętego *in vitro*, właśnie z uwagi na ten szczególny sposób, w jaki do zapłodnienia dochodzi i implikacji prawnych z tym związanych. W przypadku art. 75 k.r.o., w którym mowa o możliwości uznania dziecka poczętego i nieurodzonego ustawodawca nigdy nie wprowadził terminu, w którym dziecko takie musi się urodzić, aby uznanie było skuteczne. Przyczyny, dlaczego tak było są oczywiste: w przypadku poczęcia naturalnego, kiedy mężczyzna składa oświadczenie w przedmiocie uznania ojcostwa matka dziecka jest już w ciąży i z praktycznego punktu widzenia nie jest konieczne wprowadzenie jakiegokolwiek terminu, skoro wiedzą medyczną jest, że ciąża trwa 40 tygodni. Natomiast w przypadku technik wspomaganego rozrodu, możliwe jest, że upłynie znaczny odstęp czasu pomiędzy złożeniem oświadczenia w przedmiocie uznania ojcostwa przez mężczyznę, a urodzeniem dziecka – często na tę chwilę nie sposób nawet wiedzieć, kiedy, a nawet czy w ogóle do urodzenia dojdzie. Ustawodawca zatem zdając sobie sprawę z niepewności sytuacji prawnej, jaka mogłaby powstać w przypadku złożenia oświadczenia o uznaniu ojcostwa, kiedy matka dziecka jeszcze nawet nie jest w ciąży bez jednoczesnego wskazania terminu, do którego dziecko ma się urodzić, zdecydował się na wprowadzenie przepisu szczególnego względem przepisu art. 75 k.r.o., w którym jednoznacznie wskaże przesłanki uznania ojcostwa zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej oraz termin, do którego dziecko ma się urodzić, aby oświadczenie takie mogło być skuteczne. Oznacza to, że nie sposób uznać przepisu art. 75^1 k.r.o. za *superfluum* ustawowe. Jest to zupełnie nowa instytucja, która różni się od klasycznego uznania dziecka poczętego na podstawie art. 75 k.r.o.

Niemniej jego wejście w życie wcale nie oznacza, że do momentu jego wprowadzenia mężczyzna nie mógł złożyć oświadczenia o uznaniu ojcostwa dziecka poczętego, jeszcze przed transferem zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej na podstawie przepisu ogólnego art. 75 k.r.o.[574]. Wracając do tezy tej pracy: skoro na moment złożenia oświadczenia w przedmiocie uznania ojcostwa dziecko już było poczęte (do zapłodnienia *in vitro* już doszło), nie było przeszkód do uznania tak poczętego dziecka na podstawie przepisu art. 75 k.r.o., nawet jeszcze przed dokonaniem jego transferu. Z praktycznego punktu widzenia rzadko do takiej potrzeby zapewne dochodziło, ponieważ przed wprowadzeniem ustawy o leczeniu niepłodności nie istniał wymóg

[574] Tak też Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s.106-107. Uważają oni, że nawet na gruncie art. 75 § 1 k.r.o. możliwe było uznanie embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej.

złożenia oświadczenia o uznaniu ojcostwa w przypadku korzystania z metod wspomaganego rozrodu przez pary niepozostawające w związku małżeńskim, kiedy nie działało domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki. Zatem do uznania ojcostwa dochodziło dopiero kiedy pomyślnie został zakończony transfer zarodka i kobieta zachodziła w ciążę – dopiero wówczas z prawnego punktu widzenia należało uporządkować kwestie pochodzenia dziecka poczętego *in vitro*.

Była już mowa o tym, że ustawodawca regulując techniki wspomaganego rozrodu w ustawie o leczeniu niepłodności, dostrzegł implikacje sposobu poczęcia dziecka na zasady ustalania jego pochodzenia i konieczność wprowadzenia stosownych zmian do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[575].

Przed omówieniem tych zmian trzeba wskazać na podstawowe zasady filiacyjne w zakresie pochodzenia dziecka w kontekście jego poczęcia *in vitro*. Podstawową zasadą, wyrażoną w przepisie art. 61^9 k.r.o., jest to, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Pozycja matki biologicznej, niezależnie od sposobu poczęcia oraz pochodzenia żeńskich komórek rozrodczych wykorzystanych do zabiegu IVF, jest zatem stała i w zasadzie niepodważalna *(mater semper certa est)*. Ustawodawca dopuszcza bowiem kwestionowanie macierzyństwa wyznaczonego w oparciu o kryterium urodzenia w ograniczonym zakresie. Zgodnie z przepisem art. 61^{12} k.r.o. można to uczynić jedynie w drodze powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa, jeżeli do aktu urodzenia została błędnie wpisana jako matka kobieta, która dziecka nie urodziła. Ustawodawca ograniczył krąg podmiotów mających czynną legitymację procesową. Katalog ten nie obejmuje natomiast matki genetycznej, tj. dawczynię komórki jajowej, która po skutecznym zaprzeczeniu macierzyństwa kobiety rodzącej dziecko mogłaby podjąć próby ustalenia swojego macierzyństwa w oparciu o więź pokrewieństwa, potwierdzoną dowodem z badań DNA. Podobnie matka biologiczna wpisana do aktu urodzenia, a niebędąca dawczynią komórki jajowej, nie może zaprzeczyć swojego macierzyństwa, powołując się na brak więzi genetycznej. Kobieta, której komórkę jajową wykorzystano w procedurze in vitro, a także ta, która urodziła dziecko, nie będąc matką genetyczną, jest zatem prawną matką dziecka ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami w sferze władzy rodzicielskiej, obowiązku alimentacyjnego, praw spadkowych oraz praw stanu[576].

Również w przypadku tzw. zastępczego macierzyństwa *(surrogate motherhood)*, kiedy określona kobieta – zastępcza matka, zwaną surogatką – zachodzi w ciążę i rodzi dziecko bez intencji wychowania go i przejęcia w przyszłości odpowiedzialności rodzicielskiej, zaś w umowie zawieranej

---

[575] Por. szerzej, K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie dziecka poczętego in vitro*, Białostockie Studia Prawnicze 2022 vol. 27, nr 3, s. 11-30. Zob. także M. Łączkowska, *Ustalenie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji ludzkiej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2011, nr 2; A. Wojcieszak, *Zabieg medycznie wspomaganej prokreacji a ustalenie ojcostwa*, Medyczna Wokanda 2016, nr. 8.

[576] K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie…, op. cit.*, s. 14-16.

z inną osobą bądź osobami (tzw. zamawiającym, rodzicami socjologicznymi) zobowiązuje się do wydania dziecka z chwilą urodzenia i wyrażenia zgody na przyznanie tym osobom praw rodzicielskich, polski ustawodawca nie odstąpił od zasady wyrażonej w przepisie art. 61^9 k.r.o.[577] Umowy o zastępcze macierzyństwo są w Polsce powszechnie uznawane za nieważne, jako sprzeczne z prawem i zasadami współżycia społecznego. W razie urodzenia dziecka i wydania go zamawiającym, matką prawną z mocy art. 61^9 k.r.o. jest zawsze surogatka, jako kobieta, która je urodziła. Mąż zamawiającej może dziecko uznać tylko wówczas, gdy był dawcą nasienia wykorzystanego w procedurze IVF[578]. W aktualnym stanie prawnym nie jest dopuszczalna tzw. adopcja ze wskazaniem, z której w określonych przypadkach mogłyby skorzystać zastępcza matka i zamawiająca[579]. Należy bowiem wskazać, że w 2015 r. właśnie w celu wyeliminowania praktyk zastępczego macierzyństwa, znowelizował przepisy k.r.o. i ograniczył krąg uprawnionych do tej postaci przysposobienia do małżonka, jednego z rodziców oraz krewnych rodziców dziecka (bez względu na linię i stopień pokrewieństwa), którzy na adopcję wyrazili zgodę (art. 119^{1a} k.r.o.)[580]. Nadto, w 2019 r. do kodeksu karnego wprowadzono art. 211 a § 2 i 3, które zakazują praktyk macierzyństwa zastępczego o charakterze komercyjnym pod sankcją kary pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5[581]. Co istotne jednak, ustawodawca polski nie zdecydował się na wprowadzenie wprost do ustawy o leczeniu niepłodności zakazu zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, co uczynił hiszpański ustawodawca w ustawie 14/2006 dot. MAP.

Następnie trzeba wskazać, że ustalenie osoby matki umożliwia też wyznaczenie ojca, tj. drugiego rodzica, ponieważ jak była już o tym mowa w pracy, z metod wspomaganej prokreacji w świetle ustawy o leczeniu niepłodności nie może skorzystać kobieta samotna[582]. W przypadku dawstwa partnerskiego pochodzenie dziecka z reguły nie budzi wątpliwości, zwłaszcza gdy zarodek utworzono z komórek rozrodczych pary pozostającej w związku małżeńskim. Mąż matki będący dawcą nasienia jest prawym ojcem z uwagi na domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa (art. 61 § 1 k.r.o.). Niezależnie od domniemania pochodzenia z małżeństwa pozycję prawną dziecka

---

[577] Szerzej o zastępczym macierzyństwie, *ibidem*, s. 16-20. Zob. także K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.,* s. 503-613; O. Nawrot, *Macierzyństwo zastępcze – aspekty moralne-prawne*, Etyka 2000, nr 33.

[578] K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie…, op. cit.*, s. 20.

[579] Zob. R. Łukasiewicz, *Prawna regulacja przysposobienia ze wskazaniem na problem handlu dziećmi*, Monitor Prawniczy 2016, nr 3, s. 122 i n.

[580] K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie…, op. cit*, s. 20. Autorka wskazuje, że *de lege lata* nabycie praw rodzicielskich przez zamawiających byłoby teoretycznie możliwe wyłącznie w relacjach rodzinnych, np. w razie urodzenia dziecka dla siostry. Jak trafnie jednak spostrzega, praktykę tę wyłącza jednak ustawa o leczeniu niepłodności z uwagi na zasadę anonimowości dawstwa materiału genetycznego.

[581] Ustawa o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy -Kodeks postępowania cywilnego z dnia 16 października 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 2128. Ustawa weszła w życie 20 listopada 2019 r. Przepisy te budzą wiele kontrowersji w doktrynie. Zob. A. Wilk, *Macierzyństwo zastępcze w Polsce – dozwolone czy zakazane?*, Radca Prawny 2020, nr 1.

[582] Szeroko o sytuacji prawnej ojca dziecka poczętego wskutek MAP por. A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna…, op. cit.,* rozdział IV, Legalis (dostęp: 15.02.2023 r.)

zabezpiecza regulacja wiążąca zgodę męża na zastosowanie technik wspomaganej prokreacji ze stosunkiem ojcostwa (art. 68 k.r.o.). Ojcostwo mężczyzny wyprowadzane jest w tym przypadku, odmiennie niż macierzyństwo, z aktu jego woli (kryterium wolicjonalne). Mężczyzna akceptuje w ten sposób poddanie żony procedurze *in vitro* w ramach dawstwa innego niż partnerskie, tj. z użyciem komórek rozrodczych anonimowego dawcy oraz przyjmuje na siebie rolę ojca dziecka urodzonego w następstwie zabiegu, pomimo braku genetycznej z nim więzi[583]. Taki sam cel zabezpieczenia pozycji dziecka ma regulacja szczególnej postaci uznania ojcostwa uregulowana w przepisie art. 75^1 k.r.o. w przypadku pozostawania mężczyzny i kobiety w trwałym, lecz nieformalnym związku[584]. Ojcostwo dawcy komórki rozrodczej, nie będącego mężem biorczyni, może natomiast zostać ustalone w procesie na podstawie art. 85 § 1 k.r.o., ewentualnie w drodze tradycyjnego uznania (art. 72 k.r.o.), dopuszczalnego ze względu na więź genetyczną tego mężczyzny z dzieckiem.

a. Wyłączenie domniemania pochodzenia dziecka od drugiego męża matki

Przystępując do analizy zmian w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym wprowadzonymi przepisami ustawy o leczeniu niepłodności, trzeba po pierwsze wskazać, że w przepisie art. 62 § 2 k.r.o. wyłączono domniemanie pochodzenia dziecka od drugiego męża matki. Zmiana art. 62 § 2 k.r.o. polega na wyłączeniu stosowania domniemania pochodzenia dziecka od drugiego męża, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w ciągu 300 dni od ustania (unieważnienia) małżeństwa a po zawarciu przez matkę drugiego związku małżeńskiego, a na przeprowadzoną procedurę wyraził zgodę pierwszy mąż. Była już mowa o tym, że sposób poczęcia oraz biologiczna więź męża matki z dzieckiem jest obojętny dla "zadziałania" domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, o którym mowa w przepisie art. 62 § 1 k.r.o. Oznacza to, że ustalenie ojcostwa męża matki nastąpi bez względu na wyrażenie przez niego zgody na przeprowadzoną procedurę o ile: a) w czasie trwania małżeństwa rozpoczęta została procedura medycznie wspomaganej prokreacji; b) przeniesienie utworzonego pozaustrojowo zarodka lub męskiej komórki rozrodczej do organizmu kobiety nastąpiło w czasie trwania małżeństwa, a następnie małżeństwo ustało (zostało unieważnione); c) przeniesienie zarodka (męskiej komórki rozrodczej) nastąpiło krótko po ustaniu (unieważnieniu) małżeństwa i w obu przypadkach dziecko urodziło się w ciągu 300 dni od ustania (unieważnienia) małżeństwa. Brak tej zgody może jedynie umożliwić skuteczne zaprzeczenie ojcostwa[585].

---

[583] Por. A. Wojcieszak, *Zabieg medycznie wspomaganej prokreacji a ustalenie ojcostwa*, Medyczna Wokanda 2016, nr. 8, s. 212.

[584] Por. K. Bączyk-Rozwadowska, *Pochodzenie…, op. cit*, s. 21-29.

[585] Zob., M. Domański, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz,* K. Osajda. (red. serii), M. Domański, J. Słyk (red. tomu), wyd. 9, Warszawa 2022, komentarz do art. 62 k.r.o., Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.).

Sytuacja komplikuje się jednak w przypadku zawarcia przez kobietę nowego związku małżeńskiego przed urodzeniem się dziecka i upływem 300 dni od ustania (unieważnienia) poprzedniego małżeństwa. Rozwiązanie wprowadzone w art. 62 § 2 zd. 2 k.r.o. dotyczy właśnie takiej sytuacji, tj. "kolizji" domniemań pochodzenia dziecka poczętego w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji od pierwszego i drugiego męża. Jeżeli spełnione zostaną następujące przesłanki: 1) dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji; 2) na przeprowadzenie tej procedury wyraził zgodę pierwszy mąż matki; 3) urodzenie nastąpiło w ciągu 300 dni od ustania (unieważnienia) pierwszego małżeństwa i po zawarciu przez matkę nowego związku małżeńskiego, ustawodawca wyłączył stosowanie "reguły kolizyjnej" z art. 62 § 2 zd. 1 k.r.o. przewidującej ustalenie ojcostwa drugiego męża. Nie jest przy tym istotne jaka procedura została zastosowana ani czy przeniesienie zarodka albo męskiej komórki rozrodczej nastąpiło przed czy też po ustaniu (unieważnieniu) małżeństwa[586]. Jeżeli więc powyższe przesłanki zostaną spełnione, wyłączone zostanie domniemanie ojcostwa drugiego męża, a ojcostwo dziecka zostanie ustalone na podstawie art. 62 § 1 k.r.o., a więc na rzecz pierwszego męża matki. Należy zauważyć, że przesłanką zastosowania domniemania na rzecz pierwszego męża jest wyrażenie przez niego zgody na zastosowaną procedurę medycznie wspomaganej prokreacji. W braku takiej zgody domniemanie na rzecz drugiego męża nie zostanie uchylone, a więc nastąpi ustalenie jego ojcostwa zgodnie z art. 62 § 2 zd. 1 k.r.o.[587]

Trzeba wskazać, że w doktrynie pojawił się pogląd, że zezwolenie sądu na przeniesienie zarodka (art. 21 ust. 2 u.l.n.) nie jest substytutem zgody męża matki[588]. Zwolennicy tego poglądu wskazują, że prawomocne postanowienie sądu opiekuńczego zezwalające na przeniesienie zarodka jedynie otwiera możliwość przeprowadzenia procedury medycznie wspomaganej prokreacji, jednak nie wyłącza działania normy art. 62 § 2 zd. 1 k.r.o. W przypadku przeniesienia zarodka w ramach procedury medycznej dokonanej na podstawie zezwolenia sądu i następnie zawarcia małżeństwa przez matkę dziecka, jeżeli dziecko urodzi się przed upływem 300 dni od ustania (unieważnienia) pierwszego małżeństwa, nastąpi ustalenie ojcostwa drugiego męża matki. Możliwe będzie w takim przypadku zaprzeczenie jego ojcostwa, z uwagi na fakt, że nie wyrażał zgody na zabieg, a także nieistnienie więzi genetycznej między nim, a dzieckiem (art. 62 § 3 k.r.o., art. 67 k.r.o.). Jeżeli zaprzeczenie okaże się skuteczne, możliwe będzie domniemanie ojcostwa pierwszego męża wynikające z faktu przekazania komórek rozrodczych w celu utworzenia zarodka *in vitro* w ramach

---

586 *Ibidem.*
587 *Ibidem.*
588 Tak, *ibidem.* Por. także K. Bączyk-Rozwadowska, Pochodzenie…, *op. cit*, s. 22; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja…, op. cit.,* s. 687-688.

dawstwa partnerskiego (art. 85 k.r.o.)[589].

Przyjęcie, że prawomocne postanowienie sądu opiekuńczego nie skutkuje przypisaniem ojcostwa, a jedynie umożliwia legalne poddanie kobiety procedurom MAP w braku zgody jej męża lub partnera, uwzględnia przede wszystkim interes dawcy nasienia, który wg zwolenników tego poglądu może legalnie zaprzeczyć ojcostwu, ponieważ w przypadku wydania przez sąd postanowienia nie są spełnione zasadnicze funkcje, jakie urzeczywistnia zgoda męża (partnera) na MAP. Nadrzędne nad interesem dawcy nasienia powinno być natomiast dobro dziecka, które ma się urodzić wskutek transferu, na który zastępczo zgodę wydaje sąd opiekuńczy. Jeżeli sąd opiekuńczy po przeanalizowaniu sprawy dochodzi do wniosku, że w danej sytuacji prawno-rodzinnej uwzględnienie wniosku jest uzasadnione, należy zdecydowanie uznać, że takie zezwolenie nie tylko legalizuje zabieg, ale jak najbardziej wywołuje wszelkie skutki w sferze rodzinno-prawnej, ze wszystkimi konsekwencjami m.in. w sferze praw stanu, obowiązku alimentacyjnego czy dziedziczenia. Nie sposób się zgodzić, że przyjęcie takiej koncepcji nie jest rozwiązaniem korzystnym dla dziecka, które urodziłoby się ze względu na brak odpowiednich gwarancji realizacji jego dobra w sferze niemajątkowej[590]. Mężczyzna taki, jako prawny ojciec dziecka jest zobowiązany do wypełniania spoczywających na nim ustawowego obowiązku alimentacyjnego oraz wszelkich innych obowiązków wynikających z obowiązku sprawowania władzy rodzicielskiej i kontaktu z dzieckiem. Argument, że nie będzie on skłonny współdziałać z matką i czynnie uczestniczyć w sprawowaniu opieki i wychowaniu dziecka nie jest przekonywujący, ponieważ sytuacja taka może wystąpić w wielu stanach faktycznych, w których rodzice muszą wspólnie wychowywać dzieci po rozstaniu, w szczególności w konfliktowych sytuacjach.

Należy w tym miejscu zasygnalizować, że analiza spraw, w których sądy opiekuńcze rozpoznawały wnioski o wyrażenie zgody na transfer zarodka na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. skłania do przyjęcia, że w praktyce w razie pozostawania przez matkę w związku małżeńskim lub związku partnerskim z innym mężczyzną, aniżeli dawca nasienia, z którego utworzony został zarodek, którego transferu żąda, to skierowany przez nią wniosek mógłby zostać oddalony z uwagi na szczególne okoliczności sprawy oraz właśnie z uwagi na dobro dziecka. Właśnie w tych konfliktowych sytuacjach, kiedy w ocenie sądu dana prawno-rodzinna sytuacja nie rokuje, że uwzględnienie wniosku rzeczywiście stanowi realizację dobra dziecka, wnioski takie są oddalane. Zresztą uczestnicy, będący genetycznymi ojcami dzieci, które miałyby urodzić się wskutek transferu niejednokrotnie podnoszą, że nie wyrażają zgody, aby ich dzieci były wychowywane przez innych mężczyzn, zatem koncepcja, że zgoda sądu stanowi jedynie legalizację transferu, nie zawsze jest w

[589] *Ibidem*.
[590] Tak, *ibidem*, s. 685-688.

interesie dawcy nasienia, którzy uznają i akceptują swoje ojcostwo w stosunku do dziecka, które miałoby się urodzić wskutek transferu. Z analizy spraw wynika, że sądy opiekuńcze rozpoznające wnioski na podstawie przepisu art. 21 ust. 2 u.l.n. odrzucają koncepcję, zgodnie z którą wyrażana przez nich zgoda stanowi jedynie legalizację samego transferu i nie wywołuje skutków dla uczestnika-dawcy nasienia w sferze prawno-rodzinnej.

b. Wyłączenie możliwości zaprzeczenia ojcostwa dziecka urodzonego w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji

Po drugie, zmodyfikowany został przepis art. 68 k.r.o. W stanie prawnym obowiązującym przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności niedopuszczalne było zaprzeczenie ojcostwa, jeżeli dziecko zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego, na który mąż matki wyraził zgodę[591]. Ustawą o leczeniu niepłodności częściowo zmieniona została treść tego artykułu. Obecnie, niedopuszczalne jest zaprzeczenie ojcostwa, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, na którą mąż matki wyraził zgodę. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy "stosowanie poprzedniego pojęcia może rodzić wątpliwości, gdyż o uznaniu lub zaprzeczeniu domniemania ojcostwa można mówić, tylko jeżeli dziecko urodziło się"[592]. Drugą zmianą w treści art. 68 k.r.o. wprowadzoną ustawą o leczeniu niepłodności było zastąpienie pojęcia "zabiegu medycznego" - "procedurą medycznie wspomaganej prokreacji". Wydaje się, że miało to na celu dostosowanie terminologii kodeksowej do regulacji ustawy o leczeniu niepłodności, w której w przepisie art. 2 ust. 1 pkt 21 wprost zdefiniowano pojęcie „procedury medycznie wspomaganej prokreacji".

c. Uznanie ojcostwa przy zastosowaniu procedury medycznie wspomaganej prokreacji

Po trzecie, w art. 75^1 k.r.o. uregulowano ustalenie ojcostwa przez jego uznanie w stosunku do dziecka, które ma urodzić się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której zastosowane zostaną komórki anonimowego dawcy, czyli dawstwa innego niż partnerskie. Uznanie takie jest dokonane, gdy mężczyzna, przed przeniesieniem zarodka lub komórek rozrodczych do

[591] Należy wskazać, że normatywna treść art. 68 została w pierwotnym brzmieniu określona przez ustawę zmieniającą kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 6 listopada 2008 r., która weszła w życie 13 czerwca 2009 r. Celem wprowadzenia tej regulacji była stabilizacja stanu cywilnego dziecka poczętego w związku ze stosowaniem procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Przepis jest inkorporacją do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego rozwiązania przyjętego wcześniej w orzecznictwie SN. W uchwale (7) z 27.10.1983 r. (III CZP 35/83, OSNC 1984, Nr 6, poz. 86) stwierdzono, że żądanie męża matki zaprzeczenia ojcostwa co do dziecka poczętego w wyniku dokonanego, za zgodą tego męża, sztucznego zapłodnienia nasieniem innego mężczyzny może być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Pogląd ten spotkał się generalnie z akceptacją doktryny prawa. Ustawodawca, dokonując w 2008 r. obszernej modyfikacji przepisów regulujących zagadnienia filiacyjne, postanowił wprost uregulować tę kwestię w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i wyłączyć konieczność odwoływania się do konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego. Tak, M. Domański, *Kodeks rodzinny…, op. cit.*, komentarz do art. 68 k.r.o., Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.).

[592] Uzasadnienie do projektu z 13.03.2015 r. ustawy o leczeniu niepłodności, Druk sejmowy VII kadencji Nr 3245.

organizmu kobiety, oświadczy przed kierownikiem USC, że będzie ojcem dziecka, a kobieta jednocześnie lub w ciągu 3 miesięcy potwierdzi, że ten mężczyzna będzie ojcem dziecka, które urodzi się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Ustawodawca w art. 75^1 § 2 k.r.o. wskazał, że uznanie takie będzie skuteczne, jeżeli dziecko urodzi się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji w ciągu 2 lat od dnia złożenia oświadczenia przez mężczyznę. W art. 75^1 § 3 k.r.o. rozstrzygnięto kolizję pomiędzy uznaniem ojcostwa dokonanym na podstawie art. 75^1 § 1 k.r.o., a domniemaniem pochodzenia dziecka od męża matki innego niż uznający mężczyzna, "na korzyść" mężczyzny, który dokonał uznania ojcostwa. Ma to na celu wyeliminowanie potencjalnych sporów o ojcostwo, jakie mogłyby zaistnieć w praktyce między byłym partnerem, a aktualnym mężem matki[593]. Ponadto, w art. 75^1 § 4 k.r.o. wyłączono stosowanie regulacji art. 73 § 1 i art. 74 k.r.o. do uznania ojcostwa dokonywanego na podstawie art. 75^1 § 1 k.r.o. Wprowadzone zmiany można nazwać rewolucyjnymi w zakresie ustalania podmiotowości prawnej oraz relacji rodzinnoprawnej dziecka poczętego[594].

Instytucja określona w art. 75^1 k.r.o. pełni podwójną funkcję. Po pierwsze, co zostało już kilkakrotnie przytoczone przy okazji analizy przepisów ustawy o leczeniu niepłodności, stanowi przesłankę przeprowadzenia procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której urodzone dziecko nie będzie biologicznie pochodziło od mężczyzny pozostającego we wspólnym pozamałżeńskim pożyciu z matką dziecka[595]. Po drugie, jest podstawą ustalenia ojcostwa tego dziecka – złożenie oświadczenia prowadzi do ustalenia pochodzenia dziecka od partnera matki (ojca socjalnego). Skutek ten powstaje jednak dopiero z chwilą urodzenia dziecka[596]. Przyjęte rozwiązanie,

---

[593] Tak, K. Bączyk-Rozwadowska, Pochodzenie…, *op. cit*, s. 27.

[594] Tak, J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności, Komentarz*, Warszawa 2016, s. 409.

[595] Dla przypomnienia: w ustawie o leczeniu niepłodności zastosowanie komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa innego niż partnerskie, a więc przeniesieniu męskich komórek rozrodczych pobranych od anonimowego dawcy do organizmu biorczyni (art. 32 ust. 2 pkt 6 lit. b u.l.n.), przeniesienie zarodka utworzonego z komórek rozrodczych anonimowego dawcy i biorczyni (art. 20 ust. 1 pkt 2 i art. 32 ust. 2 pkt 6 lit. b u.l.n.), jak również przeniesienie zarodka w ramach dawstwa zarodka, a więc zarodka utworzonego z komórek anonimowych dawców (art. 20 ust. 1 pkt 2 i art. 36 ust. 1 pkt 7 lit. B u.l.n.), uzależnione zostało od złożenia przez mężczyznę, z którym biorczyni pozostaje we wspólnym pożyciu oświadczenia zgodnie z at. 75^1 § 1 k.r.o.

[596] Tak, M. Domański, *Kodeks rodzinny…, op. cit.*, komentarz do art. 75^1 k.r.o., Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.); także K. Bączyk-Rozwadowska, Pochodzenie…, *op. cit*, s. 27. Odmiennie J. Mazurkiewicz, *Uznanie dziecka poczętego*, Studia Prawnicze 1975, z. 4, s. 85 i n., który twierdzi, że uznanie już na gruncie art. 75 k.r.o. wywołuje skutek od chwili poczęcia i to jeszcze przed urodzeniem. Zob. także J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 411-412. Autorka ta wskazuje, że zabezpieczenie interesu dziecka ma miejsce jeszcze przez transferem zarodka do organizmu kobiety, a nawet jeszcze przed samym zapłodnieniem *in vitro*. Złożenie przez mężczyznę oświadczenia w przedmiocie uznania ojcostwa co do dziecka stanowi, wszakże dopiero warunek rozpoczęcia procedury związanej ze sztucznym zapłodnieniem. Tym samym, na tym etapie nie ma podmiotu, w stosunku, do którego uznanie mogłoby nastąpić. Oznacza to dalej, że ustawodawca dopuścił uznanie ojcostwa w sytuacji, w której nie ustalono macierzyństwa. J. Haberko zwróciła uwagę na rewolucyjność tej zmiany w zakresie prawa rodzinnego, wskazując, że zasadą, na której opiera się prawo filiacyjne, jest bowiem ustalenie macierzyństwa jako koniecznej i niezbędnej podstawy do dalszych ustaleń w zakresie pokrewieństwa czy powinowactwa. Trafnie spostrzegła, że w przepisie art. 75^1 k.r.o. określając podmioty, których oświadczenia do uznania są konieczne nie pojawia się bowiem 'matka dziecka', tylko 'kobieta'. Ustawodawca, jej zdaniem, dopuścił tym samym możliwość uznania ojcostwa wówczas, gdy kobieta nie jest w ciąży.

jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy miało na celu "zapewnienie, aby dziecko, które urodziło się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji, mogło mieć zarówno matkę, jak i ojca, mimo braku biologicznego pochodzenia od przynajmniej jednej z tych osób"[597]. Zgodzić się trzeba z M. Domańskim, że założenia tego nie udało się konsekwentnie zrealizować. Przesłanką inseminacji komórkami rozrodczymi anonimowego dawcy czy przeniesienia zarodków utworzonych z komórek anonimowego dawcy (dawców, przy procedurze dawstwa zarodka) jest, aby "mężczyzna, z którym biorczyni pozostaje we wspólnym pożyciu złożył oświadczenie zgodnie z art. 75^1 k.r.o." (art. 20 ust. 1 pkt 2, art. 32 ust. 2 pkt 6 lit. b, art. 36 ust. 1 pkt 7 lit. b u.l.n.). Nie jest to jednak wystarczające do dokonania uznania zgodnie z art. 75^1 k.r.o. Na akt uznania składają się bowiem oświadczenia mężczyzny i kobiety poddającej się procedurze. W przypadku złożenia jedynie oświadczenia przez mężczyznę nie dochodzi do skonstruowania zdarzenia prawnego uznania ojcostwa. Może więc wystąpić sytuacja, iż mężczyzna złoży oświadczenie zgodnie z art. 75^1 k.r.o., co otworzy drogę do przeprowadzenia procedury medycznie wspomaganej prokreacji, ale oświadczenia nie złoży kobieta i do ustalenia ojcostwa dziecka nie dojdzie[598].

Warto odnotować stanowisko M. Domańskiego, który wskazał, że próba „wbudowania" art. 75^1 k.r.o. w instytucję uznania nie powiodła się i powieść się nie mogła, ponieważ fundamentem „zwykłej" instytucji uznania jest oparcie ustalenia ojcostwa na rzeczywistych związkach biologicznych uznającego mężczyzny z dzieckiem. Cała koncepcja uznania ojcostwa uregulowana w przepisie art. 73 k.r.o. w odróżnieniu od uznania dziecka miała akcentować właśnie ten związek biologiczny. Realizacji wskazanego założenia odpowiadało odejście od koncepcji oświadczeń woli jako podstawy zdarzenia prawnego uznania na rzecz oświadczenia wiedzy o naturalnym pochodzeniu od uznającego mężczyzny. Stworzono również szczególne powództwo o ustalenie bezskuteczności uznania (art. 78 k.r.o.), którego podstawą jest właśnie brak biologicznego związku uznającego mężczyzny z dzieckiem.

Instytucja uregulowana w art. 75^1 k.r.o., zdaniem M. Domańskiego, już w samych założeniach stanowi zaś zaprzeczenie podstawowej idei uznania ojcostwa. Jest oczywiste, że nie może ona znaleźć zastosowania do sytuacji, gdy dziecko, które ma się urodzić w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji, będzie powiązane biologicznie z mężczyzną. Jeżeli bowiem w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji mają zostać użyte komórki mężczyzny, z którym biorczyni pozostaje we wspólnym pozamałżeńskim pożyciu (dawstwo partnerskie – art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n.), dla ustalenia ojcostwa zastosowanie znajdą "zwykłe" sposoby jego ustalenia, tj. uznanie ojcostwa zgodnie z art. 73 i n. k.r.o. oraz sądowe ustalenie ojcostwa. Fundamentem instytucji

[597] Uzasadnienie do projektu z 13.03.2015 r. ustawy o leczeniu niepłodności, Druk sejmowy VII kadencji Nr 3245.
[598] Tak, M. Domański, *Kodeks rodzinny…, op. cit.*, komentarz do art. 75^1 k.r.o., Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.)

uregulowanej w art. 75^1 k.r.o. jest więc nie prawne potwierdzenie ojcostwa biologicznego, ale ukształtowanie relacji rodzinnoprawnej z założenia nieopartej na więzach biologicznych, ale na woli uznającego mężczyzny i kobiety poddającej się procedurze medycznie wspomaganej prokreacji[599]. Należy podzielić pogląd reprezentowany w doktrynie, że w przypadku art. 75^1 k.r.o. mamy do czynienia z odrębną od „zwykłego" uznania instytucją prawną, uznaniem niewątpliwie *sui generis*, nazywanym również „uznaniem kwalifikowanym"[600].

Wskazać również należy, że dokonanie uznania na podstawie art. 75^1 k.r.o. ma charakter warunkowy *(conditio iuris)*. Wystąpienie skutku w postaci ustalenia ojcostwa uzależnione zostało od urodzenia się dziecka w terminie 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę. Do ustalenia ojcostwa nie dojdzie więc, gdy procedura medycznie wspomaganej prokreacji nie zostanie przeprowadzona, przeniesienie zarodka nie powiedzie się, nie dojdzie do zapłodnienia w przypadku inseminacji, nastąpi poronienie (w tym ostatnim przypadku sytuacja jest taka jak przy uznaniu na podstawie art. 75 k.r.o.) czy też dziecko urodzi się po upływie 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę[601]. Ustawodawca liczył się tutaj z możliwością zmiany decyzji, przykładowo w razie niepowodzenia kolejnych zabiegów *in vitro*. Jeżeli zatem dziecko nie urodzi się w terminie 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę, traci ono moc[602].

Wymaga podkreślenia, że omawiana instytucja wywoła skutki dopiero z chwilą urodzenia się dziecka w zakreślonym przez ustawodawcę terminie. Inaczej jest w przypadku dziecka poczętego *in vivo*, do którego uznania doszło w okresie prenatalnym; korzysta ono bowiem z dobrodziejstwa ustalenia relacji pokrewieństwa z ojcem już od chwili uznania. Dziecko poczęte w wyniku zabiegu medycznie wspomaganej prokreacji, co do którego złożono oświadczenie, o którym mowa w art. 75^1 k.r.o., nawet po implantacji zarodka do organizmu kobiety, aż do momentu urodzenia z dobrodziejstwa ustalenia relacji pokrewieństwa z ojcem nie skorzysta[603].

Zmiany w zakresie instytucji uznania ojcostwa są rzeczywiście rewolucyjne, nie można jednak zapominać, że tradycyjne zasady rządzące prawem rodzinnym i opiekuńczym muszą ewoluować wraz z postępem nauk medycznych w zakresie prokreacji, ponieważ jedno na drugie będzie wpływać. Nie jest łatwym zadaniem wbudowanie w ramy prawa filiacyjnego konsekwencji urodzenia się dziecka, które zostało poczęte in vitro. Już z powyższych rozważań niezbicie wynika, że w związku z rozwojem metod wspomaganej prokreacji możliwe jest wystąpienie wielu bardzo

---

[599] *Ibidem*.
[600] *Ibidem*. Zob. także: M. Nazar, w: *Ignatowicz, Nazar*, Prawo rodzinne, 2016, s. 438 i n.; J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 412.
[601] Tak, M. Domański, *Kodeks rodzinny…, op. cit.*, komentarz do art. 75^1 k.r.o., Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.)
[602] Tak, K. Bączyk-Rozwadowska, Pochodzenie…*, op. cit*, s. 27.
[603] Por. J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, s. 412-413.

zróżnicowanych stanów faktycznych, które wspólne są ze sobą często tylko w tym, że na koniec dochodzi do urodzenia się dziecka. Nie powinno zatem dziwić, że w celu zabezpieczenia interesów dziecka, które urodziło się wskutek zapłodnienia in vitro, tak aby już w momencie zapłodnienia istniała pewność co do tego, kto jest ojcem dziecka, ustawodawca musiał odejść od tradycyjnie rozumianej instytucji uznania ojcostwa uregulowanej w art. 75 k.r.o., wprowadzając w przepisie art. 75^1 k.r.o. uznanie kwalifikowane[604].

d. Dopuszczalność ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa przy zastosowaniu procedury medycznie wspomaganej prokreacji

Po czwarte, dodany został przepis art. 81^1 k.r.o. w brzmieniu: w przypadku, gdy uznanie ojcostwa nastąpiło na podstawie art. 75^1, ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy dziecko nie urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, o której mowa w art. 75^1 § 1. Artykuł 81^1 k.r.o. stanowi uzupełnienie art. 75^1 k.r.o., omówionego powyżej. W przepisie tym ustawodawca wskazał jedną okoliczność – nieurodzenie się dziecka w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji określonej w art. 75^1 k.r.o. i uczynił z niej wyłączną podstawę powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa. Wskazanie tej przesłanki w treści art. 81^1 k.r.o. i określenie jej jako wyłącznej nie oznacza oczywiście, że jest to jedyna podstawa wadliwości uznania ojcostwa dokonanego zgodnie z art. 75^1 k.r.o. Podobnie jak w przypadku uznania zwykłego mogą wystąpić inne okoliczności czyniące uznanie wadliwym[605]. Przesłanka powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa została określony w sposób niezwykle niejasny, na co zwróciła uwagę J. Haberko[606]. Stwierdzenie, że dziecko nie urodziło się "w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, o której mowa w art. 75^1 § 1 k.r.o.", można odnieść do: 1) dziecka, które w terminie 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę urodziło się nie w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji, ale w wyniku naturalnego obcowania z matką dziecka (zarówno mężczyzny, który uznał ojcostwo zgodnie z art. 75^1 k.r.o., jak również innego mężczyzny)[607]; 2) dziecka, które w terminie 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji jednak nieokreślonej w art. 75^1 k.r.o., a więc takiej, w której zastosowane zostają komórki rozrodcze mężczyzny, który złożył oświadczenie (dawstwo partnerskie – art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n.); 3) dziecka, które w terminie 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji przeprowadzonej z wykorzystaniem

[604] Zob. także K. Bączyk-Rozwadowska, Pochodzenie…, *op. cit*, s. 28-29.
[605] Tak, M. Domański, *Kodeks rodzinny…, op. cit.*, komentarz do art. 81^1 k.r.o., Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.)
[606] J. Haberko, *Ustawa…, op. cit.*, art. 91, Nb 26. Tak też Tak, M. Domański, *ibidem.*
[607] Tak, J. Haberko, *ibidem.*

komórek rozrodczych anonimowego dawcy jednak nie takiej, ze względu na którą złożone zostało oświadczenie mężczyzny, który dokonał uznania[608]. Uznanie ojcostwa wywołuje skutki wyłącznie, jeżeli dziecko urodziło się w terminie 2 lat od dnia złożenia oświadczenia przez mężczyznę. Należy jak się wydaje przyjąć, że w przypadku dokonania uznania ojcostwa na podstawie art. 75^1 k.r.o., urodzenie się dziecka, bez względu na okoliczności poczęcia, w ciągu 2 lat od złożenia oświadczenia przez mężczyznę zgodnie z art. 75^1 k.r.o. spowoduje ustalenie ojcostwa tego mężczyzny. We wszystkich trzech przedstawionych powyżej sytuacjach istniała będzie jednak możliwość wytoczenia powództwa o ustalenie bezskuteczności uznania, co doprowadzi do wzruszenia go ze skutkiem *ex tunc*[609].

e. Domniemanie ojcostwa pozamałżeńskiego

Po piąte, zmianie uległ przepis art. 85 § 1 k.r.o. Należy wskazać, że art. 85 k.r.o. jest drugim przepisem regulującym instytucję sądowego ustalenia ojcostwa, uzupełniającym regulację art. 84 k.r.o. W art. 85 § 1 k.r.o. uregulowane zostało domniemanie prawne ojcostwa. Jego przesłanką jest w obecnym brzmieniu obcowanie z matką dziecka w okresie pomiędzy 300 a 181 dniem przed urodzeniem się dziecka albo dawstwo komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. Wnioskiem domniemania jest ojcostwo dziecka. Należy dodać, że w przepisie tym ustanowione zostało domniemanie prawne wzruszalne (*preasumptio iuris tantum)*. Przesłanką domniemania jest fakt obcowania z matką dziecka w okresie koncepcyjnym (pomiędzy 300 a 181 dniu przed urodzeniem dziecka) albo po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności - dawstwo komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. Rozwiązanie poszerzające zakres podstawy domniemania, dodane przez ustawę o leczeniu niepłodności, znajdzie zastosowanie w przypadku przekazania komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyznę – w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji u biorczyni pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu (art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n.). W odniesieniu do dawstwa partnerskiego w ramach związku małżeńskiego domniemanie z art. 85 § 1 k.r.o. znajdzie zastosowanie w przypadku urodzenia się dziecka, w wyniku przeprowadzenia procedury medycznie wspomaganej prokreacji po upływie 300 dni od ustania albo unieważnienia małżeństwa czy też orzeczenia separacji. W przypadku urodzenia dziecka w czasie trwania małżeństwa (lub wskazanym okresie od jego ustania czy unieważnienia), jak również przed upływem 300 dni od orzeczenia separacji ustalenie ojcostwa nastąpi na podstawie domniemania pochodzenia dziecka od męża

[608] Tak, M. Nazar, *Prawo…, op. cit.*, s. 457.
[609] Tak, M. Domański, *Kodeks rodzinny…, op. cit.*, komentarz do art. 85 k.r.o., Legalis (dostęp: 19.02.2023 r.)

matki[610]. W sytuacji dawstwa partnerskiego, jeżeli dawca i biorczyni pozostawali we wspólnym pożyciu, domniemanie z art. 85 § 1 k.r.o. znajdzie zastosowanie bez względu na dalsze pozostawanie dawcy i biorczyni we wspólnym pożyciu, jak również bez względu na obcowanie w okresie koncepcyjnym[611]. Wnioskiem normy domniemania ustanowionej w art. 85 § 1 k.r.o. jest ojcostwo dziecka, którego dotyczy proces. Należy uznać, że wniosek domniemania dotyczy ojcostwa biologicznego. Domniemanie wskazuje więc na faktyczne ojcostwo. Ustalenie ojcostwa prawnego ma dopiero nastąpić w procesie i wiąże się z uprawomocnieniem konstytutywnego wyroku sądu[612].

2) Koszt utrzymania dziecka poczętego - art. 142 k.r.o.

W świetle art. 142 k.r.o. matka dziecka w sytuacji uwiarygodnionego ojcostwa mężczyzny nie będącego jej mężem może żądać, ażeby mężczyzna jeszcze przed urodzeniem przez nią dziecka przyczyniał się do kosztów utrzymania matki przez trzy miesiące w okresie porodu oraz do kosztów utrzymania dziecka przez pierwsze trzy miesiące po urodzeniu dziecka. Była już mowa o tym, że roszczenie, o którym mowa w tym przepisie ma na celu nie tylko ochronę interesu prawnego kobiety, ale także jej nienarodzonego jeszcze dziecka i jest to środek prawny służący ochronie prawnej interesów *nasciturusa* jeszcze w fazie prenatalnej jak i bezpośrednio po jego urodzeniu.

W przypadku tego przepisu, okoliczność czy dziecko zostało poczęte w sposób naturalny czy in vitro nie ma żadnego znaczenia. W obu przypadkach roszczenie przysługuje matce dziecka dopiero jak jest ona już w ciąży. W równym stopniu chroni on zatem interesy nasciturusa, niezależnie w jaki sposób doszło do jego poczęcia.

3) *Curator ventris* - art. 182 k.r.o.

Na podstawie art. 182 k.r.o. ustanawia się kuratora dla strzeżenia przyszłych praw dziecka poczętego – chodzi o zabezpieczenie przez kuratora pewnych praw do czasu żywego urodzenia, które dziecko poczęte nabędzie. Nie będę ponownie przytaczać rozważań prawnych dotyczących instytucji *curatora ventris*, które znalazły się w pierwszym rozdziale.

Uważam, że uzasadnione jest, aby przepis ten znajdował zastosowanie również w przypadku zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, który oczekuje na transfer[613]. Nie zmienia się

---

[610] *Ibidem*.
[611] *Ibidem*.
[612] *Ibidem*.
[613] Tak też, Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s. 106.

przecież w jakikolwiek sposób cel, dla którego taki kurator zostałby ustanowiony – czyli strzeżenie praw takiego zarodka i zabezpieczenie przez niego pewnych praw do czasu jego transferu i żywego urodzenia, które dziecko nabędzie. Kiedykolwiek zatem taka potrzeba by zachodziła, kurator powinien zostać ustanowiony.

Na uwagę w tym kontekście zasługuje również pogląd wyrażony w doktrynie, że dla rozwiązania problemów związanych z brakiem podstawy prawnej do działania przez rodziców w imieniu embrionów przed implantacją jako ich przedstawiciele, władza rodzicielska powinna przysługiwać rodzicom od chwili poczęcia dziecka bez konieczności ustanawiania kuratora do strzeżenia praw przyszłych dziecka w trybie art. 182 k.r.o.[614]. Kurator byłby ustanawiany tylko wówczas, gdy rodzice jako przedstawiciele ustawowi nie mogliby chronić praw dziecka lub nie byliby w stanie prawy tych chronić należycie. Nie powinna ona dotyczyć tylko spraw majątkowych dziecka poczętego *in vitro*, ale powinna obejmować również pieczę nad dzieckiem. Ponadto powinno być jak w art. 180 § 1 k.r.o., zatem kuratela powinna być uchylana dopiero po odpadnięciu jej celu, a nie powinna ustawać *ex lege* z chwilą urodzenia dziecka[615]. Przyznanie władzy rodzicielskiej rodzicom od momentu poczęcia dziecka umożliwia ich ochronę również przed samymi rodzicami, ponieważ sąd rodzinny mógłby wydawać zarządzenia w trybie art. 109 k.r.o. i zawiesić lub pozbawić władzy rodzicielskiej na podstawie art. 110 i 111 k.r.o., co wzmacnia ochronę embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej[616]. Wniosek taki, zdaniem części przedstawicieli doktryny, można wyprowadzić w drodze interpretacji art. 92 k.r.o.[617], aczkolwiek w doktrynie wyraźnie dominuje pogląd, że władza rodzicielska powstaje od chwili urodzenia, co zostało wskazane w I rozdziale pracy. Należy podzielić w tym zakresie dominujący pogląd. Trzeba mieć bowiem na uwadze zakres władzy rodzicielskiej wynikający z art. 95 k.r.o., w szczególności, że musi być wykonywana z poszanowaniem godności i praw dziecka (§ 1) oraz tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny (§ 3). Stanowisko, że władza rodzicielska przysługuje rodzicom od poczęcia jest nie do pogodzenia z dopuszczeniem przez ustawodawcę legalnego przerwania ciąży *de lege lata* w dwóch przypadkach wynikających z ustawy o planowaniu rodziny.

W tym miejscu, należy się teraz zastanowić nad praktycznymi przykładami sytuacji, kiedy zachodzi potrzeba ustanowienia kuratora w przypadku zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, który oczekuje na transfer.

Wydaje się, że kurator taki powinien zostać ustanowiony w przypadku śmierci dawcy

[614] Tak, *ibidem*, s. 112-114.
[615] Tak, *ibidem*, s. 115.
[616] Tak, *ibidem*, s. 116. Por. w tym zakresie również M. Żelichowski, *Zarządzenie…, op. cit.*
[617] Takie stanowisko zajmuje J. Mazurkiewicz, zob. *Przedstawiciel ustawowy dziecka poczętego, op. cit.,* s. 101.

komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego, jeżeli do zapłodnienia in vitro i utworzenia zarodka doszło przed otwarciem spadku. Dziecko, które urodzi się bowiem wskutek dokonanego transferu wchodzi w krąg spadkobierców po spadkodawcy i jego prawa zasługują w takiej sytuację na ochronę. *Curator ventris* może w szczególności uczestniczyć w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku po spadkodawcy (art. 510 w zw. z art. 669 i n. k.p.c.) oraz dokonywać czynności zabezpieczających spadek (art. 633 i n. k.p.c.).

Ponadto, trzeba przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu sygnalizacyjnym z 18 kwietnia 2018 r., S 2/18, wskazał na istnienie uchybień w prawie, których usunięcie jest niezbędne do zapewnienia spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, polegających na nieunormowaniu w ustawie o leczeniu niepłodności postępowania z zarodkami powstałymi z komórek rozrodczych samotnych kobiet i anonimowych dawców przed jej wejściem w życie. Problemem dostrzeżonym przez Trybunał Konstytucyjny jest nierówne traktowanie zarodków w kontekście art. 21 ust. 2 u.l.n. Przepis ten, dotyczący dawstwa partnerskiego, przewiduje, że w razie braku zgody męża (konkubenta) na przeniesienie zarodka (czyli na dokończenie procedury in vitro w szerokim znaczeniu), zezwolenie na przeniesienie wydaje sąd opiekuńczy. Ustawodawca zdecydował, że po 20 latach wszystkie zarodki powstałe przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności trafią do adopcji, ale nie wypowiedział się o tym, co ma się z nimi dziać przez te 20 lat. Tymczasem w ocenie Trybunału Konstytucyjnego powinien był - skoro „na przyszłość" otworzył mężatkom i konkubinom drogę sądową - otworzyć ją również kobietom samotnym, dając im możliwość wystąpienia do sądu opiekuńczego o zezwolenie na przeniesienie zarodka. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, takie postępowanie mogłoby, a nawet powinno, toczyć się z udziałem *curatoris ventris*, a sąd - rozstrzygając - powinien mieć na uwadze zasady systemu prawnego Rzeczypospolitej, wyrażone w Konstytucji i ustawodawstwie krajowym (nie tylko w ustawie o leczenie niepłodności) oraz w wiążących Rzeczpospolitą Polską umowach międzynarodowych.

Z powyższego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wynika zatem, że gdyby ustawodawca zdecydował się wprowadzenie do ustawy o leczeniu niepłodności możliwości złożenia przez kobiety samotne wniosku do sądu opiekuńczego o zezwolenie na przeniesienie zarodka, wówczas dla zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej należałoby ustanowić *curatoris ventris,* z którego udziałem takie postępowanie mogłoby się toczyć. Postulat ten niesie ze sobą dwie konsekwencje. Po pierwsze, potwierdza, że nie ma przeszkód prawnych, aby na podstawie przepisu art. 182 k.r.o. ustanowić kuratora dla strzeżenia przyszłych praw dziecka poczętego, które oczekuje jeszcze na transfer. Po drugie, skoro kurator taki powinien zostać ustanowiony w razie wprowadzenia przez ustawodawcę postulowanego przez Trybunał Konstytucyjny rozwiązania, to tym bardziej powinno się go ustanawiać obecnie, w razie wystąpienia przez kobietę na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. do sądu

opiekuńczego o zezwolenie na przeniesienie zarodka w przypadku braku zgody na transfer zarodka mężczyzny, tj. dawcy komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego. Już teraz trzeba wskazać, że w polskiej praktyce orzeczniczej tak się nie dzieje i postępowania takie toczą się bez udziału *curatoris ventris*. Trzeba natomiast przyznać, że jego ustanowienie rzeczywiście byłoby uzasadnione. Należy zauważyć, że sprawy te toczą się z jednej strony z udziałem kobiety, która chce zostać matką i zazwyczaj jest to jej ostatnia nadzieja na macierzyństwo i posiadanie potomstwa genetycznie pochodzącego od niej. Z drugiej zaś z udziałem mężczyzny, który z różnych przyczyn nie wyraża zgody na dokonanie transferu i nie chce być ojcem, w konsekwencji nie chce transferu i aby dziecko się urodziło. Bardzo często z pola widzenia znika to, co w danej konkretnej sytuacji faktycznej jest rzeczywiście zgodne z dobrem tego zarodka, a w konsekwencji zgodne z dobrem dziecka, mającego się urodzić w razie dokonania transferu. Za strzeżenie praw takiego dziecka i tego co jest dla niego najlepsze odpowiadałby właśnie ustanowiony kurator, który nie byłby związany z którymkolwiek z uczestników. Mógłby on w sposób całkowicie obiektywny zająć stanowisko w przedmiocie tego czy sąd opiekuńczy powinien wyrazić zastępczą zgodę na transfer, pomimo sprzeciwu mężczyzny. Wymaga podkreślenia, że o ile intuicyjnie wydaje się, że zazwyczaj kurator będzie opowiadał się za wyrażeniem takiej zgody, ponieważ wówczas dziecko będzie mogło się urodzić i wychowywać przy genetycznej matce, to można sobie wyobrazić, że w konkretnej sytuacji uzna uwzględnienie wniosku za niezasadne i wniesie o jego oddalenie. Trzeba bowiem pamiętać, że nie jest tak, że wówczas zarodek taki zostanie unicestwiony i skazany na wieczną kriokonserwację – trafi on wtedy do dawstwa zarodka i w przyszłości będzie mógł zostać wykorzystany przez parę, tj. kobietę i mężczyznę, którzy nie mogą mieć dzieci w inny sposób. W przypadku bardzo zaognionej sytuacji pomiędzy uczestnikami postępowania i innymi okolicznościami sprawy, zgodne z zasadą dobra dziecka będzie mogło być wnioskowanie przez kuratora o oddalenie wniosku, tak aby miało ono szansę na urodzenie w rodzinie pełnej, gdzie obydwoje rodzice pragną jego narodzin, nawet jeżeli genetycznie zarodek nie byłby z nimi związany.

4) Roszczenie *nasciturusa* o naprawienie szkód doznanych przed urodzeniem - art. 446^1 k.c. oraz pojęcie szkód prokreacyjnych

W ustawie o leczeniu niepłodności nie uregulowano odrębnie odpowiedzialności odszkodowawczej w przypadku wyrządzenia szkody embrionowi. Wydaje się zatem, że sięgnąć należy właśnie do regulacji zawartej w przepisie art. 446^1 k.c.

Należy wskazać, że w przepisie art. 446^1 k.c. ustawodawca przyznał każdemu człowiekowi prawo żądania naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem. Przepis został wprowadzony ustawą

o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Wiązało się to z ówczesną ideą ochrony życia od poczęcia. Wprowadzenie tego przepisu stanowiło wzmocnienie ochrony prawnej dziecka poczętego[618]. W roku 1996 ustawodawca do przepisu dodał zdanie drugie: „Dziecko nie może dochodzić tych roszczeń w stosunku do matki", jednak zdanie to utraciło moc z dniem 22 grudnia 1997 roku na mocy obwieszczenia Prezesa TK z dnia 18 grudnia 1997 roku[619]. Zostało to już omówione w pierwszym rozdziale.

Wymaga podkreślenia, że dziecko może żądać naprawienia szkody lub krzywdy dopiero z chwilą żywego urodzenia. Dopiero wtedy dziecko wystąpić może jako podmiot roszczenia odszkodowawczego i dopiero z tą chwilą powstaje jego zdolność deliktowa. Niemniej jednak, na mocy art. 446^1 k.c. działanie szkodzące skierowane przeciwko *nasciturusowi* ma miejsce w fazie prenatalnej i jest bezprawne w czasie przed jego urodzeniem i już w tym czasie może powstać szkoda. Z chwilą urodzenia aktualizuje się, co prawda, roszczenie, ale czyn bezprawny, szkoda oraz związek przyczynowy mają miejsce wcześniej. Konstrukcja przyjęta w art. 446^1 k.c. przypomina tę z art. 927 k.c., ponieważ w obu sytuacjach występuje warunek żywego urodzenia.

W kontekście technik wspomaganego rozrodu, należy podkreślić, że bezprawny czyn wywołujący *nasciturusowi* szkodę lub krzywdę może mieć miejsce nie tylko w fazie po implantacji embrionu w ciele matki, lecz również w fazie przedimplantacyjnej. Zatem niezależnie od tego w jaki sposób dziecko zostało poczęte oraz w którym momencie jego rozwoju szkoda lub krzywda została mu wyrządzona, przysługuje mu roszczenie odszkodowawcze – w każdym przypadku oczywiście w razie żywego urodzenia.

Należy podkreślić, że podjęcie się dokonywania zapłodnienia *in vitro* może się łączyć – w razie szkody wyrządzonej dziecku z poważną odpowiedzialnością cywilną. Klauzule umowne przerzucające na poszkodowanych (rodziców i dziecko) ryzyko szkody w razie winy lekarza lub zakładu leczniczego, które mogą polegać na: zaniedbaniach diagnostycznych, wadliwości zgody na działanie, braku odpowiednich umiejętności i wiedzy, niestosowanie wysokich standardów technik medycznych, nieumiejętne i nieostrożne posługiwanie się embrionami po ich zapłodnieniu, a przed implantacją do macicy kobiety oraz nienależyta implantacja itp., są nieważne. Wszelkie klauzule nieodpowiedzialności za szkody na osobie są nieważne jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.)[620].

Analogicznie należy chronić *nasciturusa* znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. Art. 446^1 k.c. nie wyklucza w końcu możliwości dochodzenia odszkodowania za szkody wyrządzone

[618] J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona…, op. cit.*, s. 35.
[619] Por. R. Majda [w:] *Komentarz…, op. cit.*, komentarz do art. 8 k.c., teza nr 30, s. 170.
[620] Por. M. Nesterowicz, *Prawo…, op. cit.*, s. 298-299.

dziecku bezprawnym zdarzeniem szkodzącym, mającym miejsce w fazie przedimplantacyjnej i przyznaje roszczenie odszkodowawcze za wszelkie szkody powstałe przed jego urodzeniem[621]. Ustawodawca w żaden sposób nie ograniczył podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej uregulowanej w art. 446^1 k.c. do szkód powstałych w fazie prenatalnej już po implantacji zarodka do organizmu biorczyni, co mógł zrobić chociażby przy okazji uchwalenia ustawy o leczeniu niepłodności.

W kontekście pojęcia odpowiedzialności odszkodowawczej, rozwoju metod wspomaganej prokreacji oraz możliwości wyodrębnienia fazy prenatalnej człowieka, kiedy utworzony embrion znajduje się przed rozpoczęciem ciąży poza organizmem kobiety, można wyodrębnić zupełnie nową kategorię określaną mianem szkód prokreacyjnych. Do powstania tego rodzaju szkód powstaje zazwyczaj wskutek niezachowania przez kliniki leczenia niepłodności oraz pracujących tam lekarzy reguł należytej staranności. Obowiązek lekarza pozostaje obowiązkiem starannego działania, a nie rezultatu. Dla oceny staranności lekarza zasadnicze znaczenie ma art. 355 k.c., który znajduje zastosowanie zarówno dla oceny postępowania dłużnika, jak i sprawcy szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym. Koncepcja staranności odzwierciedla realia praktyki medycznej: stosowanie metody diagnozy i terapii, pomimo intensywnego postępu w medycynie, nie gwarantują pomyślnych efektów leczenia. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że lekarz jako profesjonalista, jest zobowiązany do staranności podwyższonej (standard fachowca, art. 355 § 2 k.c.), idącej dalej niż przeciętna, a nawet najwyższej *(exactissima diligentia).* Przemawia za tym przede wszystkim przedmiot jego działań (najcenniejsze dobro człowieka – zdrowie i życie ludzkie) oraz okoliczność, że negatywne skutki podjętej interwencji medycznej są poważna i często nieodwracalne[622]. W kontekście szkód prokreacyjnych często właśnie mamy do czynienia z takimi nieodwracalnymi skutkami, kiedy wskutek pomyłki lekarza zaimplantowany zostanie „nie ten" zarodek. Może się bowiem zdarzyć, że para, z których komórek rozrodczych utworzono zarodek i który omyłkowo uległ transferowi do organizmu innej biorczyni nie dysponuje innymi zarodkami i nie jest możliwe utworzenie nowych. Wskutek omyłki zostają oni pozbawieni możliwości posiadania potomstwa, pochodzącego genetycznie od nich, co więcej muszą żyć ze świadomością, że dziecko, które jest z nimi związane genetycznie żyje (oczywiście w razie pomyślnego transferu, ciąży i porodu) i jest wychowywane w innej rodzinie. Ponadto nie przysługują im jakiekolwiek instrumenty prawne, aby

[621] Tak też, Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s. 107. Autorzy uważają, że zarówno roszczenia odszkodowawcze z art. 446^1 k.c., jak też art. 446 § 2-4 k.c. powinny przysługiwać embrionowi znajdującemu się w fazie przedimplantacyjnej.

[622] Por. szerzej, K. Bączyk-Rozwadowska, *Należyta staranność podmiotów udzielających świadczeń z zakresu prokreacji wspomaganej medycznie* [w:] J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022, Legalis, (dostęp: 19.02.2023 r.).

móc „odwrócić" te skutki – wszakże nie ma żadnych wątpliwości, że to biorczyni, która urodziła dziecko jest jego matką, pomimo braku więzi genetycznych z dzieckiem, o czym stanowi jednoznacznie przepis art. 61^9 k.r.o. Nie jest również w takiej sytuacji możliwe zaprzeczenie macierzyństwa (art. 61^{12} § 1 k.r.o.).

Obowiązek dochowania należytej staranności obejmuje każdy z etapów zastosowania procedur związanych z metodami wspomaganego rozrodu (pobieranie, przechowywanie i selekcję materiału genetycznego, wykorzystanie go podczas zabiegu) oraz wszelkie przejawy kontaktu z pacjentami, a ponadto tzw. techniczną stronę leczenia[623]. Do naruszenia reguł staranności może dojść na różnych etapach szeroko rozumianej procedury *in vitro*. Są to w szczególności zaniedbania w zakresie zapewnienia odpowiednich warunków konserwacji materiału genetycznego, prowadzące do utraty potencjału rozrodczego i w konsekwencji – niemożności wykorzystania zdeponowanych gamet lub embrionów w celach prokreacyjnych. Brak staranności może także polegać na użyciu w procedurach MAP gamet lub embrionów wadliwych, tj. zakażonych bądź obciążonych wadami genetycznymi. Wreszcie są także sytuacje, o których była już wyżej mowa, w których klinika leczenia niepłodności wykorzystuje do zabiegu komórki rozrodcze lub zarodki pochodzące od niewłaściwej osoby (*ang. sperm/embryo mix-up*) [624].

Standardy przechowywania komórek rozrodczych i zarodków wykorzystywanych w procedurach wspomaganej prokreacji są szczególnie wysokie z uwagi na przeznaczenie ludzkiego materiału genetycznego[625]. W procesach sądowych, wytaczanych z powództwa osób doznających szkód związanych z zawinionym przez klinikę lub kriobank uszkodzeniem bądź utratą materiału genetycznego, trudności dotyczą w szczególności ustalenia przesłanek naprawienia szkody, zwłaszcza zaś związku przyczynowego oraz zakresu indemnizacji. Pojawia się zwłaszcza pytanie o to, czy naprawieniu podlega tylko doznana przez parę szkoda majątkowa, czy także niemajątkowa, przejawiająca się w cierpieniach psychicznych wynikłych z utraty gamet lub zarodków[626].

---

[623] *Ibidem*, s. 5-6.

[624] *Ibidem*, s. 6.

[625] Zob. szerzej *ibidem*, s. 6-7. Podmioty udzielające świadczeń z zakresu metod wspomaganej prokreacji są zobowiązane w szczególności przestrzegać implementowanych w krajach członkowskich UE reguł zawartych w tzw. dyrektywach tkankowych, zwłaszcza zaś w dyrektywnie Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/23/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek rozrodczych.

[626] *Ibidem*, s. 6-7. K. Bączyk Rozwadowska wskazała, że za ograniczeniem kompensacji do szkody majątkowej opowiada się w szczególności orzecznictwo anglosaskie, zgodnie z którym naprawieniu podlega wyłącznie szkoda majątkowa wynikająca z zawinionego naruszenia warunków umowy przechowania i ma to bezpośredni związek z niejasnym statusem prawnym ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej. Zbliżone stanowisko w kwestii zakresu odszkodowania za zawinione zniszczenie materiału genetycznego zajmuje orzecznictwo systemu kontynentalnego. Autorka wskazuje na wiele ciekawych orzeczeń w tym zakresie. I tak: Angielski Sąd Apelacyjny w wyr. z 4.02.2009 r. w sprawie *Yearworth v. North Bristol HNS Trust* stwierdził, że brak jest związku przyczynowego między cierpieniem psychicznym doznanym przez powodów a naruszeniem przez klinikę MAP obowiązku dochowania staranności w zakresie odpowiedniego przechowywania materiału genetycznego. Pracownicy kliniki, odpowiedzialni za utrzymanie

Na lekarzu oraz klinice leczenia niepłodności spoczywa obowiązek starannego badania dawców oraz pochodzącego od nich materiału genetycznego. Z uwagi na daleko idące negatywne konsekwencje zaniechania tego obowiązku, tj. prawdopodobieństwo przeniesienia na dziecko lub matkę chorób zakaźnych i wad genetycznych staranność powinna być szczególnie wysoka. Regułą jest, że zarówno osoba przekazująca komórki rozrodcze na cele dawstwa anonimowego, jak i przyszły rodzic, oddający komórki rozrodcze do dawstwa partnerskiego powinni spełnić określone wymagania zdrowotne. Są one weryfikowane w drodze wywiadu medycznego oraz wykonywanych obligatoryjnie badań lekarskich i laboratoryjnych (por. przepisy art. 29 i 30 u.l.n.). W uzasadnionych przypadkach, kiedy ryzyko transmisji chorób dziedzicznych jest podwyższone, zalecane jest dokonanie tzw. diagnostyki preimplantacyjnej (art. 26 u.l.n.), czyli poddanie komórek rozrodczych lub zarodków bardziej szczegółowemu badaniu. Pozwala to na wykrycie obciążenia genetycznego niedającego się stwierdzić podczas rutynowej analizy budowy morfologicznej, zaś uzyskane wyniki

---

odpowiednich warunków mrożenia, zaniechali wymaganej kontroli urządzeń i dopuścili do spadku temperatury ciekłego azotu. W konsekwencji doszło do „rozmrożenia" gamet i całkowitej utraty potencjału rozrodczego. Oddalając powództwo o zadośćuczynienie, SA podkreślił, że zniszczenie gamet co do zasady nie powoduje szkody na osobie, lecz najwyżej może prowadzić do uszczerbku w majątku powodów przyjmującego postać kosztów poniesionych w związku z przechowywaniem. Podobne stanowisko zajmują sądy amerykańskie, o czym świadczy m.in. wyr. z 5.12.2000 r. SA stanu Wisconsin w sprawie *Levsen v. Medical College of Wisconsin*. W ocenie sądu było wątpliwe, że uszkodzenie gamet wywołało u powodów krzywdę w postaci cierpień psychicznych, nawet jeśli umowa o przechowanie nasienia została zawarta przed rozpoczęciem terapii onkologicznej i w celu zabezpieczenia płodności męża na przyszłość, a niedbalstwo kliniki doprowadziło do rozmrożenia gamet i uczyniło niemożliwym wykorzystanie ich do inseminacji. Sąd Apelacyjny stanu Arizona w wyr. z 27.10.2005 r. w sprawie *Jeter v. Mayo Clinic Arizona* przyjął, że trzydniowy embrion *in vitro*, zniszczony w wyniku niedbalstwa kliniki, nie jest osobą w rozumieniu ustawy stanowej przewidującej możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu *wrongful death*. Powodowie mogli zatem domagać się wyłącznie naprawienia szkody majątkowej wynikającej z zawinionego naruszenia warunków umowy przechowania. Zbliżone stanowisko w kwestii zakresu odszkodowania za zawinione zniszczenie materiału genetycznego, poparte jednakową argumentacją, zajmuje orzecznictwo systemu kontynentalnego. Przeciwko naprawieniu krzywdy w postaci utraty szansy stania się rodzicem w następstwie zastosowania procedur MAP (ang. *loss of chance of parenthood*) opowiedział się w szczególności francuski sąd administracyjny w Amiens w wyr. z 9.3.2004 r. Oddalając (jako bezzasadne) powództwo małżonków o zadośćuczynienie za krzywdę wynikłą z zawinionego zniszczenia 10 embrionów, sąd podkreślił, że powodowie nie stracili szansy na rodzicielstwo. Mogli bowiem ponownie poddać się procedurze *in vitro* i podjąć w ten sposób próbę poczęcia dziecka. W ocenie sądu brak było również podstaw do zasądzenia zadośćuczynienia z tytułu utraty osoby bliskiej, tj. dziecka. Embrion *in vitro* nie ma bowiem – jak zaznaczono w uzasadnieniu – statusu osoby, lecz stanowi *tertium genus* – byt pośredni między osobą a rzeczą. Pogląd przeciwny, reprezentowany przez niektóre sądy stanowe USA oraz judykaturę niemiecką, zakłada, że pozbawienie materiału genetycznego potencjału rozrodczego może powodować szkodę niemajątkową podlegającą wynagrodzeniu. Krzywdę w postaci cierpień psychicznych, wynikłych z faktu umyślnego zniszczenia embrionu *in vitro*, uwzględnił m.in. Sąd Okręgowy stanu Nowy Jork w wyr. z 14.11.1978 r. w sprawie *Del Zio v. Columbia Presbyterian Hospital* Klinika MAP została zobowiązana do wypłaty zadośćuczynienia za ból i cierpienie powodów związane z utratą zarodka i niemożnością kontynuowania projektu rodzicielskiego. Małżonkom nie przysługiwało natomiast odszkodowanie za szkodę majątkową wynikłą z umyślnego zniszczenia rzeczy (ang. *damages for destruction of their property*). W ocenie sądu, zarodek przechowywany w probówce nie miał bowiem statusu rzeczy i nie stanowił przedmiotu własności małżonków. W judykaturze niemieckiej pojawiła się natomiast koncepcja zakładająca, że wadliwe przechowywanie gamet, skutkujące utratą potencjału rozrodczego, stanowi nieuzasadnioną ingerencję w chronione Konstytucją dobra osobiste jednostki. W wyroku z 9.11.1993 r. niemiecki Trybunał Federalny zasądził na rzecz powoda (mężczyzny poddającego nasienie autokonserwacji) zadośćuczynienie z tytułu bezprawnego naruszenia prawa do wolności i integralności cielesne. Na ocenę roszczeń oraz wysokość zasądzonej kwoty istotny wpływ miała okoliczność, że po ukończeniu terapii onkologicznej powód zawarł związek małżeński, lecz nie mógł wykorzystać własnych gamet w celu realizacji projektu rodzicielskiego w układzie homologicznym.

są zaś niezbędne dla podjęcia decyzji o tym, czy gamety mogą być użyte w procedurze *in vitro*, a zarodki przeniesione do organizmu biorczyni w celu inicjacji ciąży[627].

W polskiej doktrynie na kategorię tzw. szkód prokreacyjnych zwrócił uwagę R. Łukasiewicz, wskazując, że wraz ze wzrostem zainteresowania tymi metodami coraz częściej dochodziło do różnego rodzaju pomyłek w zakresie zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków[628]. Ich rezultatem było m.in. urodzenie dziecka w innej rodzinie niż genetyczna, brak zamierzonego związku genetycznego między dzieckiem a rodzicami czy też urodzenie dziecka niepodobnego do rodziców. W doktrynie wyróżniono kategorię tzw. zaniedbań reprodukcyjnych (*reproductive negligence*). W jej ramach można wyodrębnić tzw. *procreation confounded*, które polega na tym, że dziecko urodzone wskutek procedury medycznie wspomaganej prokreacji nie ma określonych, pożądanych cech, w szczególności różni się fizycznie od swoich rodziców prawnych. Inne zgłaszane w piśmiennictwie pojęcie – szkody prokreacyjne (*procreative injuries*) odnosi się do szkód wynikających z pomyłek w zastosowaniu komórek rozrodczych i zarodków. Wskazać trzeba, że u ich źródła leży brak zachowania należytej staranności[629]. Badania pokazują, że podobieństwo między rodzicem niegenetycznym, a dzieckiem poczętym w rezultacie zastosowania dawstwa heterologicznego jest niezwykle ważne dla osób korzystających z medycznie wspomaganej prokreacji i służy m.in. zachowaniu w tajemnicy sposobu poczęcia dziecka, uniknięciu związanej z tym stygmatyzacji, komentarzy i pytań na temat podobieństwa z dzieckiem (*resemblance talk*) czy umocnienia więzi z dzieckiem oraz „społecznego pokrewieństwa"[630].

Jak trafnie zauważył R. Łukasiewicz szkody związane z poczęciem i urodzeniem dziecka intuicyjnie prowadzą do rozważań na temat takich pojęć jak *wrongful conception* (niechciane poczęcie), *wrongful birth* (niechciane urodzenie) i *wrongful life* (niechciane życie). W przypadku natomiast szkód prokreacyjnych dochodzi do sytuacji, w której rodzice chcą mieć dziecko, oraz doprowadzają do jego urodzenia w rezultacie zastosowania metod medycznie wspomaganej prokreacji, ale urodzone dziecko nie jest fizycznie do nich podobne ze względu na brak zastosowania ich komórek rozrodczych (dawstwo homologiczne – dawstwo partnerskie)) albo niedokonanie doboru w oparciu o podobieństwo fenotypowe (dawstwo heterologiczne – dawstwo inne niż partnerskie). Przywołane wyżej pojęcia odnoszą się zaś do sytuacji, w których rodzice w ogóle nie chcieli mieć dziecka, albo nie chcieli mieć dziecka chorego, jak również sytuacji, w której dziecko

[627] Tak, zob. *ibidem*, s. 7-9. Autorka opisuje tam szeroko procesy o naprawianie szkód wynikających z zakażenia matki lub dziecka podczas procedury AI i IVF.
[628] Zob. R. Łukasiewicz, *Należyta staranność a tzw. szkody prokreacyjne – zarys problemu z perspektywy prawa polskiego* [w:] J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022, Legalis, (dostęp: 19.02.2023 r.).
[629] Tak, *ibidem*.
[630] *Ibidem.*

twierdzi, że wolałoby się w ogóle nie urodzić niż urodzić się chore[631].

W tym miejscu uzasadnione jest poświęcenie uwagi koncepcji *reproductive negligence* (zaniedbanie reprodukcyjne, niestaranność reprodukcyjna), która została zaproponowana przez D. Foxa[632]. W ramach tego pojęcia autor ten dokonuje próby usystematyzowania różnego rodzaju typów zaniedbań reprodukcyjnych. Wyróżnia on trzy pojęcia: *procreation imposed*, *procreation deprived* oraz *procreation confounded.* Pierwsze z tych pojęć odnosi się do takich zaniedbań reprodukcyjnych, które powodują poczęcie lub urodzenie dziecka, pomimo że rodzice dziecka chcieli tego uniknąć np. przez sterylizację lub aborcję. Drugie z tych pojęć dotyczy stanów faktycznych, w których pozbawiono rodzicielstwa osoby mogące zostać rodzicami np. przez doprowadzenie do zniszczenia komórek rozrodczych czy zarodków. Trzecie z wymienionych pojęć to *procreation confounded* i odnosi się do zaniedbań, w rezultacie których określone osoby zostały zgodnie ze swoja wolą rodzicami dziecka, które jednak nie ma określonych, pożądanych przez nich cech. W ramach pojęcia *procreation confounded* można wyróżnić cztery przypadki: 1) zapłodnienie niewłaściwym nasieniem (zastosowanie niewłaściwej komórki jajowej); 2) implantacja zarodka innej pary; 3) przekazanie niewłaściwych informacji o dawcy; 4) prowadzenie leczenia w ten sposób, który uniemożliwia uwzględnienie preferencji biorców co do cech dawcy.

Pomyłka w zastosowaniu odpowiednich komórek rozrodczych lub zarodków może występować w rozmaitych konfiguracjach. Jedną z możliwości jest sytuacja, w której komórki rozrodcze (zarodek) przeznaczone do dawstwa homologicznego, zostaną pomyłkowo zastosowane u innej pary. Skutkiem takiej pomyłki jest urodzenie się dziecka w innej rodzinie niż genetyczna. Może także mieć miejsce przypadek, który stanowi odwrotność powyższej sytuacji, tj., gdy pobrano komórki rozrodcze od określonej pary, która bierze udział w procedurze dawstwa partnerskiego, ale pomyłkowo, zamiast nich, została zastosowana komórka rozrodcza osoby trzeciej lub implantowany został zarodek innej pary. Wówczas dojdzie do częściowego albo całkowitego braku związku genetycznego między dzieckiem a rodzicami. W tych przypadkach oczywiście obok braku związków genetycznych może dojść do braku podobieństwa fenotypowego. W przypadku dawstwa heterologicznego pomyłka może polegać na braku doboru komórki rozrodczej (zarodka) według kryterium podobieństwa fenotypowego, np. dziecko może być innej rasy lub mieć inny kolor włosów niż osoby uczestniczące w tej procedurze[633].

W doktrynie dostrzeżono przy tym, że w opisanych przypadkach brak jest wystarczających środków prawnych do ochrony interesów osób uczestniczących w procedurach medycznie

[631] *Ibidem*, s. 4.
[632] Szerzej D. Fox, *Reproductive Negligence*, s. 149-241. Cytat [za:] R. Łukasiewicz, *ibidem*.
[633] Tak, R. Łukasiewicz, *Należyta…, op. cit.*

wspomaganej prokreacji[634]. Wskazuje się, że niezbędne jest sformułowanie nowej kategorii szkody, właśnie szkody prokreacyjnej (*procreative injury*)[635]. Można wyróżnić w tej sferze możliwość naruszenia trzech interesów rodziców: 1) przekazania swoich genów kolejnemu pokoleniu; 2) możliwości wyboru partnera, od którego będzie pochodzić „połowa genów"; 3) urodzenia i wychowywania genetycznie „własnych" dzieci[636].

Należy zgodzić się z R. Łukasiewiczem, że niezależnie od oceny sformułowanej koncepcji trudno nie dostrzec, że pomyłki w zastosowaniu komórek rozrodczych i zarodków mają daleko idące implikacje i należą do tych sytuacji, w których jedno zdarzenie wpływa na całe dalsze życie określonych podmiotów. Autor ten zadał pytanie, czy istnieje możliwość „osadzenia" roszczeń będących wynikiem takich pomyłek w polskim systemie prawa[637]. Wskazał, że zarówno odpowiedzialność kontraktowa, jak i deliktowa wchodzą w rachubę, gdy lekarz nie zachowa reguł należytej staranności[638]. Źródłem pomyłek w zastosowaniu odpowiednich komórek rozrodczych (zarodków) jest brak zachowania należytej staranności wynikającej np. z niewłaściwego ich oznaczenia (może to wynikać z umieszczenia niewłaściwego kodu kreskowego albo zbliżonych danych osobowych dawców). W wielu przypadkach *prima facie* da się ustalić brak należytej staranności w zastosowaniu komórek rozrodczych (zarodków), np. jeżeli para uczestnicząca w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji to mężczyzna i kobieta o jasnej cerze, niebieskich oczach i blond włosach, a urodzone dziecko jest czarnoskóre. O ile przy dawstwie homologicznym skutkiem pomyłki jest brak związku genetycznego między dzieckiem a rodzicem lub rodzicami, o tyle przy dawstwie heterologicznym skutkiem jest wyłącznie brak podobieństwa[639].

W kontekście szkód prokreacyjnych związanych z omyłkowym zastosowaniem komórek rozrodczych lub zarodków pochodzących od niewłaściwej osoby należy wskazać jakie konkretne obowiązki spoczywają w tym zakresie na lekarzach. Po pierwsze, komórki rozrodcze (zarodki) mogą pochodzić z polskiego banku komórek rozrodczych i zarodków. Ustawa o leczeniu niepłodności jednoznacznie odwołuje się do konieczności ustalenia przez lekarza na podstawie danych fenotypowych podobieństwa z dawcą komórek rozrodczych, w przypadku, gdy utworzenie zarodka wymaga zastosowania komórek rozrodczych z dawstwa innego niż partnerskie (art. 32 ust. 2 pkt

---

[634] *Ibidem*.
[635] J. Kleinfeld, *Tort Law*, s. 237-238. Cytat [za:] R. Łukasiewicz, *ibidem.*
[636] *Ibidem*.
[637] *Ibidem*.
[638] *Ibidem*. R. Łukasiewicz wskazuje, że w prawie medycznym należyta staranność jest podstawowym kryterium działalności lekarza i w zasadzie odrzuca się odpowiedzialność lekarza opartą na koncepcji zobowiązania rezultatu. Jednak w doktrynie podkreśla się, że niektóre działania medyczne, formalnie objęte ogólnym obowiązkiem staranności, należy oceniać podobnie jak obowiązki rezultatu, ponieważ „zły" rezultat może przesądzać o niestaranności. Chodzi o przypadki, w których rezultat daje się w konkretnym przypadku zmierzyć i porównać ze zobiektywizowanymi kryteriami oceny.
[639] *Ibidem*.

2 u.l.n.). Nieco inaczej sformułowany jest przepis odnoszący się do dawstwa zarodka, w którym mowa o tym, że jest ono dopuszczalne, jeżeli stwierdzono na podstawie danych fenotypowych podobieństwo osób, które wyraziły zgodę na przeniesienie zarodka, z dawcami zarodka (art. 36 ust. 1 pkt 4 u.l.n.). Artykuł 37 ust. 2 pkt 4 u.l.n. określa, że w rejestrze dawców komórek rozrodczych i zarodków zamieszcza się dane fenotypowe dawcy komórek rozrodczych lub zarodków. Zgodnie z § 21 ust. 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 20 października 2015 r. w sprawie wymagań, jakie powinien spełniać system zapewnienia jakości w ośrodku medycznie wspomaganej prokreacji oraz w banku komórek rozrodczych i zarodków[640], karta dawcy komórek rozrodczych powinna zawierać m.in. dane fenotypowe, do których należą: wzrost, waga, kolor oczu, kolor włosów, struktura włosa (proste, kręcone, falowane), budowa ciała, rasa, pochodzenie etniczne. Można przyjąć, że stosując wymóg doboru fenotypowego, lekarz bazuje wyłącznie na tych informacjach i w tym zakresie powinna być oceniana jego należyta staranność. Stwierdzenie na podstawie danych fenotypowych podobieństwa z dawcą komórek rozrodczych (dawcami zarodka) jest obowiązkiem ustawowym. Przepis ma charakter *ius cogens*, więc zarówno lekarz, jak i osoby uczestniczące w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji nie mogą zrezygnować z doboru fenotypowego[641].

Po drugie, komórki rozrodcze lub zarodki mogą pochodzić z zagranicznego banku komórek rozrodczych lub zarodków, z którego korzysta polski ośrodek leczenia niepłodności. Wówczas wciąż na lekarzu ciąży obowiązek doboru fenotypowego, ale nie można wykluczyć, że ocena jest dokonywana na podstawie szerszego zakresu danych, które są dostępne w zagranicznym banku, których nie gromadzi się w polskim banku komórek rozrodczych i zarodków np. porównanie zdjęcia dawcy z dzieciństwa z wyglądem biorców. Zagraniczne banki często podają także inne informacje, które mogą być istotne dla biorców np. wykształcenie, wykonywany zawód czy wyznawana religia dawcy. Praktyka pokazuje, że czasami polskie ośrodki leczenia niepłodności dają biorcom możliwość wyboru dawcy przy uwzględnieniu tych informacji[642].

Trzeba za R. Łukasiewiczem wskazać, że mając na względzie konsekwencje przedstawionych pomyłek w sferze interesów dziecka urodzonego w rezultacie medycznie wspomaganej prokreacji oraz jego rodziców (szkoda, krzywda), niezachowanie należytej staranności przy wykonywaniu ww. obowiązków może stanowić podstawę odpowiedzialności deliktowej. Trudno byłoby rozważać ewentualne roszczenia dziecka w ramach reżimu kontraktowego w sytuacji, w której nie było ono stroną umowy. W odniesieniu do dziecka można rozważyć zastosowanie omawianego powyżej przepisu art. 446^1 k.c. Była już mowa o tym, że przepis ten nie precyzuje momentu początkowego

[640] Dz.U. z 2015 r. poz. 1727.
[641] R. Łukasiewicz, *Należyta…, op. cit.*
[642] *Ibidem*.

powstania odpowiedzialności odszkodowawczej. Nie rozstrzyga też w sposób rodzajowy, do jakiej kategorii szkód się odnosi. Jeszcze raz trzeba podkreślić, że w doktrynie przeważa jednak pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność odszkodowawcza może być konsekwencją zdarzeń, które miały miejsce jeszcze przed poczęciem dziecka[643].

Analizując przesłanki odpowiedzialności deliktowej, wskazać trzeba, że pomyłka w zastosowaniu odpowiednich komórek rozrodczych w dawstwie homologicznym i heterologicznym mieści się w kategorii zachowania bezprawnego. Wina polega tu zaś na braku zachowania należytej staranności. Zazwyczaj oczywiście mamy w tym przypadku do czynienia „jedynie" z winą nieumyślną, ale w judykaturze zagranicznej odnotowano przypadki użycia przez lekarza własnego nasienia w celu inseminacji (*ang. cases of sperminator*), co jest działaniem niewątpliwie umyślnym i z pewnością wpływa na rozmiar krzywdy[644]. Jeżeli chodzi o szkodę (krzywdę) *a priori* należy przyjąć, że szkody nie stanowi sam fakt urodzenia dziecka (była już mowa, że tutaj nie chodzi o roszczenia typu *wrongful birth*), ale określone uszczerbki na dobrach prawnie chronionych, będące skutkiem urodzenia dziecka niespokrewnionego, niepodobnego fenotypowo lub urodzenie dziecka w innej rodzinie niż ta od której genetycznie pochodzi. Można także przyjąć, że pomiędzy zawinionym zachowaniem a negatywnymi skutkami analizowanych pomyłek istnieje adekwatny związek przyczynowy. Jeżeli zaś chodzi o samą szkodę i krzywdę, trzeba przede wszystkim skupić się na negatywnych konsekwencjach, które może ponosić dziecko (czy też rodzic) w sferze niemajątkowej. Na przykład, jeżeli małżeństwo wzięło udział w procedurze dawstwa innego niż partnerskie z użyciem nasienia od anonimowego dawcy, który miał być podobny do męża, to brak doboru fenotypowego może prowadzić do urodzenia dziecka niepodobnego do niego. Mąż może być narażony na uwagi, że dziecko pochodzi ze zdrady, a żona, że nie była wierna mężowi. Nietrudno też wyobrazić sobie krzywdę, jaką może ponosić dziecko np. gdy jest innej rasy niż rodzice lub różni się znacząco kolorem włosów, oczu czy skóry. Można tu wymienić chociażby brak akceptacji przez środowisko rówieśnicze, szykany czy ogólnie rzecz ujmując, wspomniany już tzw. *resemblance talk*. Wszystkie te okoliczności mogą z kolei prowadzić do szkody majątkowej np. kosztów wizyt u psychologa[645]. W przypadku pomyłki przy dawstwie homologicznym, krzywda może być jeszcze

---

[643] *Ibidem*. Autor dodaje, że choć pogląd o możliwości powoływania się na zdarzenia sprzed poczęcia dziecka jest prezentowany głównie na płaszczyźnie skutków majątkowych urodzenia się dziecka chorego (upośledzonego), można by spróbować zastosować tę konstrukcję także do analizowanych tutaj przypadków (szkód prokreacyjnych).

[644] Tak. np. wyrok Sądu Apelacyjnego USA z 1993 r., James v. Jacobson, 6F. 3d 233, 4th Cir. 1993, dotyczącej wykorzystania przez lekarza do zabiegu inseminacji, własnych gamet w miejsce nasienia męża. Zabieg powiódł się i kobieta urodziła dwoje dzieci (bliźnięta), a następnie poddała się sterylizacji (co, z uwagi na nieodwracalność zabiegu, trwale wyłączyło możliwość powołania do życia genetycznie spokrewnionego potomstwa w przyszłości). W sprawie tej sąd słusznie stanął na stanowisku, że takie działanie jest naruszeniem nietykalności cielesnej partnerów. Podaję za: K. Bączyk-Rozwadowska, *Należyta…, op. cit*.

[645] R. Łukasiewicz, *Należyta…, op. cit.*

większa, ponieważ może dojść np. do tego, że urodzone dziecko nie jest genetycznym dzieckiem rodziców (co było przecież celem wzięcia udziału w procedurze dawstwa partnerskiego), albo zarodek utworzony w tej procedurze został implantowany innej kobiecie i rodzicami zostały osoby niezwiązane z nim genetycznie. Powoduje to swojego rodzaju stratę zarówno u rodziców, którzy muszą żyć z wiedzą, że ich dziecko wychowuje inna para, jak i u dziecka, które nie może być wychowywane przez swoich rodziców genetycznych[646].

Krzywda doznana w następstwie zamiany komórek rozrodczych lub embrionów jest zazwyczaj poważna, a zasądzane przez sądy zagraniczne kwoty – stosunkowo wysokie[647]. W takich przypadkach, w ocenie judykatury, dochodzi do naruszenia przysługującego małżonkom (partnerom) prawa do prokreacji (*ang. right to procreate*) oraz kontroli własnych zdolności reprodukcyjnych (*ang. right to control reproduction*). Autonomia prokreacyjna wyraża się bowiem nie tylko w możliwości swobodnego decydowania o poczęciu dziecka (w określonym czasie i w określony sposób, np. z zastosowaniem IVF), ale także o urodzeniu i wychowywaniu własnego, genetycznego potomstwa, powołanego do życia z dowolnie wybraną osobą. Poza tym, jak się podkreśla w literaturze, zamiana gamet lub embrionów i poczęcie dziecka niespokrewnionego z rodzicami czyni poważny wyłom w strukturze rodziny i przerywa „ciągłość pokoleniową"[648]. Urzeczywistnienie planów rodzicielskich w układzie homologicznym zostaje odsunięte w czasie lub w ogóle wyeliminowane, gdy w wyniku omyłki kliniki dochodzi do definitywnej utraty komórek rozrodczych, a ich ponowne pozyskanie jest niemożliwe (z uwagi na trwałą utratę płodności). Znaczących rozmiarów krzywda może także, w ocenie judykatury i piśmiennictwa, wynikać z faktu, że potomstwo osoby, której komórki rozrodcze zostały użyte omyłkowo, znajduje się w okresie ciąży poza kontrolą genetycznego rodzica i konieczne jest ustalenie statusu prawno-rodzinnego urodzonego dziecka[649].

Specyfika szkód prokreacyjnych wynika z ich dużej różnorodności. Powyżej został przedstawiony jedynie wycinek problemów pojawiających się na ich tle, ale już on w sposób jednoznaczny wskazuje, że jest to zupełnie nowy rodzaj szkód i z tej przyczyny nie jest łatwo o znalezienie idealnie pasującej podstawy prawnej w realiach polskich w celu dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Różnorodne są zarówno zdarzenia szkodzące oraz wywołujące je szkody oraz krzywdy. Dotąd nie spotkałam się również z jakąkolwiek sprawą w polskiej judykaturze, która dotyczyłaby szkód prokreacyjnych, jednak możliwe jest, że sprawy takie zaczną się pojawiać się na

---

[646] *Ibidem.*

[647] K. Bączyk-Rozwadowska, *Należyta…, op. cit.* Autorka wskazuje, że w 2009 r. sąd amerykański zasądził od kliniki MAP, w której wszczepiono matce niewłaściwy embrion, zadośćuczynienie w wysokości 1 mln dolarów amerykańskich za cierpienia psychiczne związane z urodzeniem „nieswojego dziecka".

[648] *Ibidem*.

[649] *Ibidem*, s. 10-11.

wokandach polskich sądów i z pewnością ich rozstrzyganie będzie prawdziwym wyzwaniem. Na koniec aprobująco należy ocenić proponowane sankcje za naruszanie reguł w zakresie świadczeń związanych z metodami wspomaganego rozrodu w postaci pozbawienia czy zawieszenia licencji na udzielanie takich świadczeń, które są przyjmowane w innych państwach członkowskich UE. Poza zasadniczą funkcją represyjną, sankcje takie są istotnym elementem prewencji zachowań mogących prowadzić do powstawania szkód prokreacyjnych[650].

5) Roszczenia odszkodowawcze *nasciturusa* z art. 446 § 2-4 k.c. oraz art. 446^2 k.c.

Dla przypomnienia wskazać trzeba, że zgodnie z art. 446 § 2 zd. 1 k.c. osoba, względem której ciążył na zmarłym ustawowy obowiązek alimentacyjny, może żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody renty obliczonej stosownie do potrzeb poszkodowanego oraz do możliwości zarobkowych i majątkowych zmarłego przez czas prawdopodobnego trwania obowiązku alimentacyjnego. Z kolei w świetle § 3 sąd może ponadto przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego stosowne odszkodowanie, jeżeli wskutek jego śmierci nastąpiło znaczne pogorszenie ich sytuacji życiowej. Paragraf 4 stanowi natomiast, że sąd może także przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę.

W pierwszym rozdziale była szerzej o tym mowa, tutaj wskazać trzeba jedynie, że w doktrynie przyjmuje się, że te roszczenia przysługują również dziecku poczętemu w momencie śmierci ojca, ale jeszcze nienarodzonemu. Na uzasadnienie takiego poglądu podnosi się, że szkoda, o której mowa w § 2 i 3 (oraz aktualnie krzywda, o której mowa w § 4) przepisu art. 446 k.c. jest w istocie szkodą przyszłą. Dlatego też naprawienie szkody, która może przecież powstać dopiero po przyjściu dziecka na świat, wymaga przyznania dziecku roszczeń odszkodowawczych z art. 446 § 2-4 k.c. jako surogatu niedoszłych roszczeń alimentacyjnych, rekompensaty za pogorszenie sytuacji życiowej oraz w obecnym stanie prawnym zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Wymaga podkreślenia, że Sąd Najwyższy odrzucił taką wykładnię prawa, która zmierzałaby do pozbawienia dziecka roszczeń, jakie przysługują jego rodzeństwu, tylko dlatego że w momencie zdarzenia, która uzasadnia roszczenie, było ono wprawdzie poczęte, ale jeszcze nie urodzone[651].

Powyższe uwagi jak najbardziej znajdują zastosowanie również wówczas, kiedy urodzone dziecko zostało poczęte *in vitro* i w momencie śmierci ojca zarodek był jeszcze przed transferem[652].

---

[650] *Ibidem*, s. 11.

[651] Por. na tle art. 166 k.z. orzeczenie SN z 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66, OSPiKA 12/1966 z glosą A. Szpunara; por. także A. Wolter, *Glosa…, op. cit.,* s. 1615-1619; T. Smyczyński, *Pojęcie…, op. cit.*, s. 12; S. Garlicki, *Odpowiedzialność…, op. cit.*, s. 475.

[652] Tak też Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s. 107.

Również jemu będą przysługiwać roszczenia odszkodowawcze z art. 446 § 2-4 k.c., nie może być bowiem tak, że przysługiwanie tych roszczeń uzależnimy od tego, czy do transferu już doszło, czy jeszcze nie. Skoro Sąd Najwyższy odrzucił wykładnię prawa, która zmierzałaby do pozbawienia dziecka roszczeń, jakie przysługują jego rodzeństwu, tylko dlatego że w momencie zdarzenia, która uzasadnia roszczenie, było ono wprawdzie poczęte, ale jeszcze nie urodzone, analogicznie odrzucić trzeba wykładnię, która doprowadziłaby do pozbawienia dziecka roszczeń, ponieważ w momencie zdarzenia nie doszło jeszcze do transferu zarodka.

Analogicznie jest z nowym roszczeniem przewidzianym dla najbliższych członków rodziny bezpośrednio poszkodowanego w przepisie art. 446^2 k.c. Przypomnieć trzeba, że zgodnie z tym przepisem w razie ciężkiego i trwałego uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, skutkującego niemożnością nawiązania lub kontynuowania więzi rodzinnej, sąd może przyznać najbliższym członkom rodziny poszkodowanego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Okoliczności dodania tego przepisu do kodeksu cywilnego zostały omówione szerzej w pierwszym rozdziale. W tym miejscu jedynie krótko wskazać trzeba, że tak samo jak w przypadku roszczeń odszkodowawczych z art. 446 § 2-4 k.c. odrzucić trzeba wykładnię, która doprowadziłaby do pozbawienia dziecka roszczeń, ponieważ w momencie zdarzenia, która uzasadnia roszczenie, nie doszło jeszcze do transferu zarodka.

W kontekście powyższego ponownie trzeba wskazać, że momentem poczęcia jest połączenie się komórki jajowej kobiety i komórek rozrodczych mężczyzny, wówczas powstaje niepowtarzalny kod genetyczny, właściwy tylko temu konkretnemu zarodkowi, który nie ulegnie już zmianie, niezależnie od tego, czy do zapłodnienia dojdzie wewnątrz organizmu kobiety, czy *in vitro*.

6) Dopuszczalność dokonania darowizny na rzecz *nasciturusa*

W pierwszym rozdziale dokonana została analiza kwestii dopuszczalności dokonania na rzecz *nasciturusa* darowizny. Nie ma potrzeby przytaczania w tym miejscu ponownie różnych stanowisk zajmowanych w doktrynie w tym zakresie. Przypomnę jedynie, że w mojej ocenie *de lege lata* istnieją instrumenty prawne umożliwiające dokonanie przysporzenia na rzecz *nasciturusa* bez konieczności sięgania po umowę darowizny, której *nasciturus* nie może być stroną. Uważam, że takiej umowy *nasciturus* zawrzeć nie może, ponieważ na mocy decyzji ustawodawcy nie został on wyposażony w zdolność prawną. Nie znajduję uzasadnienia dla przyjęcia, że akurat ten konkretny stosunek zobowiązaniowy pozwolimy *nasciturusowi* zawrzeć, a inne już nie. Stanowisko to pozostaje aktualne

również w przypadku dopuszczalności dokonania darowizny na rzecz *nasciturusa*, który znajduje się w fazie przedimplantacyjnej.

7) Zdolność prawna zarodka przed transferem

Również analogicznie potraktować trzeba kwestię przysługiwania zarodkowi znajdującemu się w fazie przedimplantacyjnej zdolności prawnej (a raczej jej nieprzysługiwania). W pierwszym rozdziale zostały przeanalizowane różne stanowiska zajmowane w doktrynie w tym zakresie, nie jest celowe ich ponowne przytaczanie. Niezależnie od tego jaką koncepcję uzna się za słuszną, kluczowe jest bowiem ustalenie, że dziecko poczęte, w tym zarodek znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej posiada podmiotowość prawną i w określonym zakresie prawo powinno je chronić i to niezależnie od tego czy przysługuje mu zdolność prawna i jaki jest jej charakter. Należy wskazać choćby na rozwój orzecznictwa Sądu Najwyższego po II wojnie światowej, w świetle, którego *nasciturusowi* zapewniana była coraz szersza ochrona prawna[653].

Na uwagę zasługuje pogląd wyrażony w doktrynie już w latach 90-tych ubiegłego wieku, że warunkowa zdolność prawna powinna przysługiwać embrionowi znajdującemu się w fazie przedimplantacyjnej oraz brak podstaw, aby jej odmawiać. Ponadto kierując się kryterium genetycznym już od momentu poczęcia dziecku powinna przysługiwać zdolność prawna i już od tej chwili powinno być ono chronione przez prawo[654].

Ponownie trzeba podkreślić, że podmiotowość prawna przynależy *nasciturusowi* nie dlatego, że zdecydował tak ustawodawca. Przysługuje mu z samego faktu posiadania człowieczego genotypu. Już od momentu poczęcia mamy do czynienia z istotą ludzką i decyzja ustawodawcy nie ma na ten fakt żadnego wpływu. Godność ludzka przynależy każdej istocie ludzkiej, zatem powinna również przysługiwać poczętemu dziecku. Właśnie z przynależności *nasciturusowi* godności ludzkiej można wywodzić jego podmiotowość prawną. Dlatego też, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że dziecko poczęte, w tym zarodek znajdujący się w fazie przedimplantacyjnej nie jest podmiotem praw. Sam ustawodawca w przepisach prawa cywilnego takich jak: art. 927 § 2 k.c., art. 75 § 1 k.r.o., art. 75^1 k.r.o., art. 142 k.r.o., art. 182 k.r.o. oraz art. 446^1 k.c., uznaje istnienie podmiotu prawa jakim jest *nasciturus*. Nie są to jednak przepisy szczególne względem art. 8 k.c. W żadnym z tych przepisów

[653] J. Mazurkiewicz, *Czas…, op. cit.*, s. 4-6. Autor ten wskazał, że niezwykłe jest natomiast to, że ochrona praw dziecka poczętego w judykaturze nie tylko Sądu Najwyższego, ale i sądów powszechnych, zapewniania była mimo przyjętej wówczas nadzwyczaj szeroko, a *de facto* nieograniczonej możliwości pozbawiania życia dzieci poczętych. Zob. art. 1 ust. 1 i 1 oraz art. 2 ust. 1 ustawy z 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. 1956 nr 12 poz. 61 ze zm.

[654] Tak, Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona…, op. cit.*, s. 111-112.

ustawodawca nie zastrzegł, że w tych sytuacjach *nasciturusowi* przysługuje zdolność prawna.

Pragnę powtórzyć, że rację należy przyznać zwolennikom stanowiska, iż *de lege lata* obecnie *nasciturusowi* zdolność prawna nie przysługuje. Nie przysługuje ona zarodkowi niezależnie od tego, czy znajduje się on przed transferem w fazie przedimplantacyjnej, czy do transferu już doszło. Zdolność prawna jest sztuczną konstrukcją stworzoną na użytek obrotu prawnego i to ustawodawca decyduje komu przysługuje. Skoro ustawodawca nie uwzględnił w art. 8 k.c. dziecka poczętego, nie można zasadnie twierdzić, że i tak zdolność prawna mu przynależy. Jedynie modyfikacja art. 8 k.c. i wyraźne wyposażenie dziecka poczętego w zdolność prawną umożliwiłoby zasadne twierdzenie, że *nasciturusowi* takowa przysługuje. Ustawodawca zdecydował się jednak na ochronę *nasciturusa* w różnych sytuacjach prawnych oraz umożliwił kuratorowi strzeżenia przynależnych mu praw, które *nasciturus* definitywnie nabędzie i będzie mógł je wykonywać dopiero z momentem narodzin, kiedy już zdolność prawna na mocy art. 8 k.c. będzie mu przysługiwać. Stąd też w art. 182 k.r.o. mowa o przyszłych prawach dziecka. Należy podkreślić, że nie mamy tu do czynienia z ekspektatywami praw, a prawami istniejącymi od momentu poczęcia. Dziecku nie przysługuje jednak możliwość ich wykonywania do momentu ziszczenia się *conditio iuris,* jakim jest jego żywe urodzenie się. W przypadku *nasciturusa* w fazie przedimplantacyjnej oprócz warunku żywego urodzenia pojawia się też naturalnie warunek implantacji do organizmu matki.

Należy jednak ponownie wskazać na zasadność stosowania w polskim prawie cywilnym zasady *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* („mającego się narodzić uważa się za narodzonego, ilekroć chodzi o jego korzyści"). Owszem, *expressis verbis* polskie prawo nie wypowiada tej zasady, jednak *de lege ferenda* zasadne byłoby jej wprowadzenie. Należy bowiem zwrócić uwagę, że pomimo chronienia *nasciturusa* w obrębie prawa prywatnego w poszczególnych sytuacjach, ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć każdej sytuacji, w której taka ochrona powinna być dziecku poczętemu zapewniona. Wprowadzenie takiej zasady nakazywałoby każdorazową analizę, czy w danym stanie faktycznym celowe jest uznanie, że dziecko poczęte jest już narodzone i czy zasadna jest jego ochrona. Wprowadzenie takiej zasady zapewniłoby większą elastyczność w procesie stosowania prawa. Postulat ten zasadny jest również w przypadku zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej.

***

ROZDZIAŁ VI

SYTUACJA CYWILNOPRAWNA ZARODKA ZNAJDUJĄCEGO SIĘ W FAZIE PRZEDIMPLANTACYJNEJ W ŚWIETLE ORZECZNICTWA POLSKICH SĄDÓW POWSZECHNYCH

Celem tej pracy poza teoretyczną analizą prawną sytuacji cywilnoprawnej zarodka w fazie przedimplantacyjnej, jest dokonanie przynajmniej w okrojonym zakresie również analizy praktycznej tych zagadnień.

Przypomnieć trzeba, że ustawa o leczeniu niepłodności przewiduje w dwóch miejscach kognicję sądu opiekuńczego:

1. Zgodnie z przepisem art. 21 ust. 2 u.l.n. w przypadku braku zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, z których utworzono zarodek, na przeniesienie zarodka, zezwolenie na przeniesienie wydaje sąd opiekuńczy.

2. Przepis art. 31 ust. 1 u.l.n. stanowi natomiast, że w celu zabezpieczenia płodności na przyszłość komórki rozrodcze mogą być pobierane od dawcy przy zachowaniu łącznie określonych w tym przepisie warunków. Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 2 u.l.n., jeżeli kandydat na dawcę, o którym mowa w ust. 1, jest niezdolny do świadomego wyrażenia zgody lub niemożliwe jest uzyskanie wyrażonej, w formie pisemnej, zgody przedstawiciela ustawowego, wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zezwolenie to można uzyskać po pobraniu komórek rozrodczych. W przypadku gdy po pobraniu komórek rozrodczych nie uzyskano takiego zezwolenia lub gdy dawca świadomie nie wyraził zgody na pobranie komórek rozrodczych - komórki rozrodcze niszczy się niezwłocznie.

Ponieważ ustawa o leczenie niepłodności weszła w życie 1 listopada 2015 r., zatem ponad siedem lat temu, zainteresowało mnie, czy ww. przypadki kognicji sądu opiekuńczego występują w praktyce i z jakimi problemami sądy w tego typu sprawach się spotykają, w jaki sposób definiowany jest zarodek oraz jego status. W związku z tym zwróciłam się do dwudziestu sześciu prezesów największych sądów rejonowych na terenie każdej apelacji w Polsce z prośbą o udzielenie informacji czy w danym sądzie rejonowym na przestrzeni ostatnich siedmiu lat wpłynęły ww. kategorie spraw. W odpowiedzi na powyższe dwudziestu trzech prezesów odpisało, że nigdy jakakolwiek sprawa z tego zakresu nie wpłynęła do sądu. Dostałam tylko trzy odpowiedzi o pojawieniu się takich spraw: w Sądzie Rejonowym dla Warszawy-Mokotowa pięć spraw; w Sądzie Rejonowym dla Warszawy-

Żoliborza jedna sprawa oraz w Sądzie Rejonowym dla Krakowa-Podgórze również jedna sprawa. Oznacza to, że od wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności na wokandach polskich sądów powszechnych pojawiło się w największych sądach rejonowych w Polsce tylko siedem spraw z zakresu ustawy o leczeniu niepłodności. Większość spraw toczyło się na skutek wniosku złożonego przez kobietę na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. o zezwolenie na transfer zarodka w razie sprzeciwu mężczyzny albo w razie braku zgody. Jedna dotyczyła kwestii wyrażenia przez sąd opiekuńczy zgody na przejście zarodków na „własność" kliniki leczenia niepłodności, ewentualnie przekazanie zarodka do adopcji, w której wniosek złożył mężczyzna, dawca komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego. Nie wpłynęła natomiast żadna sprawa na podstawie art. 31 ust. 2 u.l.n., tj. w celu zabezpieczenia płodności na przyszłość.

Już sam fakt, że tak mało spraw z tego zakresu pojawiło się dotąd w sądach powszechnych świadczy o tym, że przepisy ustawy o leczeniu niepłodności dopiero zaczynają nabierać praktycznego znaczenia. Od jej wprowadzenia w życie upłynęło już ponad siedem lat, jednak w wielu przypadkach procedura związana z in vitro trwa wiele lat i spory pomiędzy dawcami komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego mogą dopiero zacząć się pojawiać w większej ilości i przybierać na sile. Jest to również związane z możliwością poddania powstałych i niewykorzystanych dotąd zarodków procesowi kriokonserwacji, co pozwala na przesunięcie w czasie moment transferu. W konsekwencji, do sporu co do zgody na dokonanie transferu zarodka może dojść nawet po kilku latach od utworzenia zarodka w razie zmiany sytuacji życiowej dawców komórek rozrodczych (najczęściej rozstania).

Należy również przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 97 u.l.n. zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy są przekazywane do dawstwa zarodka: 1) po upływie 20 lat od dnia wejścia w życie ustawy, chyba że wcześniej zostaną przekazane przez dawców zarodka do dawstwa zarodka; 2) w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 21 ust. 3 pkt 2 (który to przepis wskazuje, że zarodki powstałe z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie w przypadku śmierci obojga dawców zarodka albo, jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie – śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu – są przekazywane do dawstwa zarodka). Oznacza to, że automatyczne przejście zarodków do ich dawstwa (nawet w przypadku braku woli lub sprzeciwu obu dawców lub tylko jednego z nich) w ww. sytuacjach nastąpi 20 lat po wejściu w życie ustawy, zatem 1 listopada 2035 r. Do tego czasu osoby, z których komórek rozrodczych zarodki powstały przed 1 listopada 2015 r. mają czas na podjęcie decyzji co do ich ewentualnego transferu do organizmu biorczyni. W przypadku sporu konieczne będzie wydanie zgody zastępczej przez sąd opiekuńczy.

W konsekwencji, jestem przekonana, że tych spraw będzie coraz więcej, a już analiza tych siedmiu spraw pozwala stwierdzić, że są to sprawy niezwykle trudne do merytorycznego orzekania. Poniżej przedstawione zostaną szczegółowo stany faktyczne spraw oraz rozstrzygnięcia sądów wraz z moimi wnioskami. Przeanalizowane sprawy podzieliłam na trzy kategorie:

1) trzy sprawy, w których kobieta, z której komórki jajowej powstał zarodek pragnie dokonać transferu zarodka do jej organizmu, zaś mężczyzna, będący dawcą komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego sprzeciwia się transferowi;

2) trzy sprawy, w których kobieta, z której komórki jajowej powstał zarodek pragnie dokonać transferu zarodka do jej organizmu, zaś mężczyzna, będący dawcą komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego zmarł (po utworzeniu zarodków, ale przed transferem) i niemożliwe jest uzyskanie jego zgody na transfer;

3) jedna sprawa, w której mężczyzna, dawca komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego złożył wniosek o wyrażenie przez sąd opiekuńczy na przejście zarodków na „własność" kliniki leczenia niepłodności, ewentualnie przekazanie zarodka do adopcji.

Poniżej wg tych kategorii zostaną one po kolei omówione. Swoje wnioski i podsumowanie przedstawię po opisaniu wszystkich spraw z danej kategorii; wiele wniosków jest bowiem wspólnych dla wszystkich spraw i nie jest celowe ich powielanie po przytoczeniu każdej z nich. Już teraz pragnę jedynie zauważyć, że w sprawach tu omawianych ustawodawca w ustawie o leczeniu niepłodności nie pokusił się o wskazanie jakimi przesłankami kierować się powinien sąd opiekuńczy rozpoznając złożone na jej podstawie wnioski. Oznacza to, że to właśnie sąd rozpoznający sprawę musi podjąć wpierw decyzję jakie przesłanki są prawnie istotne w tego rodzaju sprawach, a następnie zdecydować, które wartości w jego ocenie w danej sytuacji faktycznej zasługują na ochronę. W tego typu sprawach zazwyczaj w grę wchodzą dwie sprzeczne ze sobą wartości, jakimi są: chęć posiadania przez kobietę potomstwa genetycznie pochodzącego od niej oraz autonomia woli mężczyzny, który nie chce zostać ojcem. Ponadto sąd jest zobowiązany zawsze rozważyć te dwie wartości w kontekście naczelnej zasady dobra dziecka, które wskutek wyrażenia zgody na transfer miałoby się urodzić. Już z tego względu przedmiot tych spraw jest z pewnością wyjątkowy, to nie są sprawy zero-jedynkowe, w których możliwe jest do wydania tylko jedno sprawiedliwe i słuszne rozstrzygnięcie poprzez dokonanie prostej subsumpcji prawnej. W każdej z tych spraw sąd musi bowiem wyważyć wartości, które są jednakowo istotne. To, która w danej sprawie przeważy, zależy tylko od elementów danego stanu faktycznego oraz rozważań sądu.

Z tym względów w omówionych poniżej sprawach bardzo szczegółowo przytoczę zarówno stanowiska stron, jak i rozważania sądów. Już na pierwszy rzut oka widać bowiem, że rozstrzygnięcia sądów zależne są od faktów w danej sprawie i wszystkie te okoliczności są ostatecznie istotne dla

wydania orzeczenia.

Trzeba również dodać, że w każdej z tych spraw, w szczególności ich pierwszej kategorii, podnoszone są przez strony i poruszane przez sąd bardzo zróżnicowane kwestie zarówno z zakresu prawa cywilnego i rodzinnego materialnego, jak i procedury cywilnej. Jakkolwiek ciekawe są wszystkie te kwestie, z uwagi na tematykę niniejszej pracy, w swojej analizie i wnioskach skupię się jedynie na kwestiach bezpośrednio związanych ze statusem prawnym zarodka w fazie przed transferem, czyli jak jest on „traktowany" przez strony oraz orzekający sąd opiekuńczy. Ponadto celem omówienia poniższych spraw oraz ich analizy jest przybliżenie jakie kwestie związane z ustawą o leczeniu niepłodności występują obecnie w praktyce stosowania polskiego prawa.

Na koniec pragnę wskazać, że wszystkie imiona stron zostały zmienione, aby zapewnić ich anonimowość.

Ad. 1.

W pierwszej kolejności omówione zostaną trzy sprawy, w których kobieta, z której komórki jajowej powstał zarodek pragnie dokonać transferu zarodka do jej organizmu, zaś mężczyzna, będący dawcą komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego sprzeciwia się transferowi. W każdej z tych spraw był inny stan faktyczny oraz zapadło w nich inne rozstrzygnięcie.

(i) Sprawa o sygn. akt VI RNs 677/19 Sądu Rejonowego dla Warszawy Żoliborza w Warszawie VI Wydział Rodzinny i Nieletnich

Wnioskiem z 4 listopada 2019 r. Anna M. wniosła o wydanie zezwolenia na przeniesienie do swojego organizmu zarodka powstałego 15 maja 2018 r. z jej komórek rozrodczych oraz jej męża Michała M. w wyniku leczenia niepłodności metodą zapłodnienia in vitro, przeprowadzonego w Klinice I. w W., będącego ośrodkiem medycznie wspomaganej prokreacji w rozumieniu u.l.n. W uzasadnieniu wniosku wskazała, że wnioskodawczyni i uczestnik od 2013 r. pozostają w związku małżeńskim i od tego czasu konsekwentnie wspólnie dążyli do posiadania potomstwa. Od 2016 r. wobec niepowodzenia naturalnych metod poczęcia, podjęli leczenie niepłodności, wskutek czego w maju 2018 r. powstał zarodek. Trzy dni przed planowanym transferem w kwietniu 2019 r. zarodka do organizmu wnioskodawczyni, uczestnik wycofał zgodę na transfer.

W odpowiedzi na wniosek z 19 lutego 2020 r. uczestnik Michał M. wniósł o zawieszenie postępowania do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym w Warszawie pod sygn. akt VII C 2171/19 z powództwa Michała M. przeciwko Annie M. o rozwód. Ponadto wniósł o oddalenie wniosku o wydanie zezwolenia na przeniesieniem do

organizmu Anny M. zarodka. Wskazał, że pod kątem dobra dziecka nie jest celowe rozstrzyganie o zezwoleniu na transfer zarodka, jeżeli między stronami nie istnieje już więź warunkująca trwanie związku małżeńskiego. Uczestnik nie zamierza wyrazić zgody na transfer zarodka, a jedynie na jego przechowywanie w depozycie i nie widzi możliwości kontaktu z wnioskodawczynią. W tej sytuacji nie znajduje uzasadnienia przyjście na świat dziecka poczętego ze związku będącego w zupełnym i trwałym rozkładzie pożycia. Dodał, że nie wyraża zgody, aby doszło do narodzin dziecka, które biologicznie jest jego, lecz nie będzie znało ojca. Jako nadrzędny cel stawa sobie ułożenie życia od nowa, bez wnioskodawczyni.

Wnioskodawczyni wniosła o oddalenie ww. wniosku o zawieszenie postępowania. Wskazała, że pozew o rozwód otrzymała 13 stycznia 2020 r. i w odpowiedzi na pozew wniosła o zawieszenie postępowania o rozwód do czasu ostatecznego zakończenia postępowania o zezwolenie na przeniesienie zarodka, gdyż do tego czasu nie na możliwości wydania orzeczenia w sprawie o rozwód. Wskazała, że zgodnie z art. 58 § 1 k.r.o. w sprawie o rozwód sąd z urzędu rozstrzyga o władzy rodzicielskiej, o kontaktach oraz kosztach utrzymania małoletniego dziecka pochodzącego ze związku małżeńskiego. 15 maja 2018 r. strony podpisały zgodę na użycie pobranych od nich komórek rozrodczych oraz na transfer zarodków celem wykonania procedur medycznych zapłodnienia in vitro związanych z leczeniem. Wg stanowiska wnioskodawczyni do powstania zarodka stron doszło w maju 2018 r., kiedy to strony bezspornie pozostawały w bliskiej relacji, związku małżeńskim i wspólnie starały się o dziecku. Wnioskodawczyni dodała, że to w maju 2018 r. powstało nowe życie.

Postanowieniem z 26 lutego 2020 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie Wydział Rodzinny i Nieletnich oddalił wniosek uczestnika o zawieszenie postępowania.

Postanowieniem z 19 maja 2020 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie Wydział Rodzinny i Nieletnich zezwolił na przeniesienie do organizmu wnioskodawczyni Anny M. zarodka powstałego z komórek rozrodczych Anny M. oraz jej męża Marcina w wyniku leczenia niepłodności metodą zapłodnienia in vitro, przeprowadzonej w Klinice I. w W.

W uzasadnieniu powyższego postanowienia Sąd Rejonowy ustalił, że Anna i Michał M. 24 sierpnia 2013 r. zawarli związek małżeński. Przed zawarciem związku małżeńskiego Anna M. zaszła w ciążę, jednak nastąpiło poronienie samoistne. Od początku związku małżeńskiego uczestnicy chcieli mieć wspólne dziecko. Podejmowali próby naturalnego rozrodu. Anna M. czterokrotnie zachodziła w ciążę, z czego trzykrotnie poroniła. Czwarta ciąża okazała się ciążą pozamaciczną. Z uwagi na komplikacje konieczne było usunięcie jajowodu lewego. Po utracie jajowodu Anna M. i Michał M. wspólnie zdecydowali się na podjęcie leczenia niepłodności. W tym czasie u wnioskodawczyni stwierdzono konflikt immunologiczny. Z tego powodu wnioskodawczyni przeszła cykl szczepień limfocytami krwi obwodowej uczestnika. Decyzja o terapii immunologicznej była

decyzją wspólną uczestników. Wnioskodawczyni trzykrotnie przechodziła stymulację hormonalną. Trzykrotnie przechodziła również zabieg punkcji jajników. Po 3 latach związku małżeńskiego uczestnicy postanowili podjąć próbę zapłodnienia in vitro w Przychodni Lekarskiej N. w W. Jednak z uwagi na metodę stosowaną w tej klinice, uczestnicy odstąpili od zapłodnienia. Przy ponownej próbie zapłodnienia in vitro, nie doszło do zagnieżdżenia zarodka, a drugi zarodek nie podjął funkcji życiowych. Po nieudanych próbach uczestnicy zdecydowali się na pomoc kliniki I., gdzie korzystali również z pomocy psychologicznej. Po konsultacjach przeprowadzonych z lekarzem prowadzącym, wspólnie podjęli decyzję o podjęciu kolejnej próby in vitro. 15 maja 2018 r. uczestnicy wspólnie podpisali wszelkie niezbędne w tym celu zgody, w tym na transfer zarodka. Uczestnicy oświadczyli, że podejmują decyzję z należytym rozpoznaniem i pełną świadomością oraz nie będąc do tego zmuszeni. Uczestnik oświadczył i potwierdził, że ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraził dobrowolnie przed lekarzem zgodę na pobranie komórek rozrodczych i ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego. Jednocześnie przyjął do wiadomości, że wycofanie zgody może nastąpić do momentu rozpoczęcia procesu tworzenia z tych komórek rozrodczych zarodka, w przypadku zapłodnienia pozaustrojowego. Późniejsze cofnięcie zgody, w braku porozumienia między małżonkami, będzie skutkowało podjęciem decyzji przez sąd. W wyniku podjętych przez uczestników działań, w maju 2018 r. powstał zarodek. Fakt ten bardzo zadowolił obydwojga uczestników postępowania. Z ostrożności, zalecane było przeprowadzenie badań genetycznych. Badania genetyczne wykazały mozaikowość zarodka. Jednak lekarz genetyk po przeanalizowaniu dokumentacji i dostępnej literatury stwierdził, że zarodek ma szansę rozwinąć się i nadawał się do podania uczestniczce. Wszelkie konsultacje zakończyły się w grudniu 2018 r. Po badaniach genetycznych i konsultacjach, uczestnicy wspólnie podjęli decyzję o transferze zarodka do organizmu wnioskodawczyni. W tym czasie Anna M. podjęła wspomagania farmakologiczne, przyjęła wlewy dożylne z Intralipidu, który miał za zadanie wspomóc proces zagnieżdżania zarodka i miał przeciwdziałać odrzuceniu zarodka przez organizm uczestniczki. Uczestnik również zrobił niezbędne badania do transferu. Planowany termin transferu zarodka miał się odbyć na początku kwietnia 2019 r. Jednak z uwagi na złe samopoczucie uczestniczki termin ten został przesunięty o dwa tygodnie. W tym czasie Anna M. przyjmowała zalecane suplementy, które miały wspomagać przyjęcie zarodka i zajście w ciążę. 25 kwietnia 2019 r., tj. trzy dni przed planowanym transferem uczestnik Michał M. wycofał zgodę na transfer zarodka. Decyzji tej nie skonsultował z żoną ani nawet nie poinformował jej o zmianie swojego wcześniejszego stanowiska. O decyzji Michała M. uczestniczka dowiedziała się na wizycie u lekarza. Anna M. i Michał M. nie mieszkali razem od września 2018 r. Uczestnik zamieszkał oddzielnie, gdyż miał problemy z nadużywaniem alkoholu. W styczniu 2019 r. uczestnik podjął leczenie stacjonarne w prywatnej klinice, żona go wspierała w procesie leczenia, nadal

planowali wspólne życie. Po zakończeniu leczenia nie zamieszkali razem, gdyż terapeuta twierdził, że uczestnik musi kontynuować terapię ambulatoryjnie i przepracować jeszcze wiele rzeczy, Małżonkowie wspólnie podjęli decyzję o kontynuowaniu procedury in vitro. Podjęte leczenie niepłodności było bardzo kosztowne. Koszt wyniósł około 40 000 zł i został poniesiony wspólnie przez małżonków. We wrześniu 2019 r. Michał M. złożył pozew o rozwód. Obecnie zarodek jest przechowywany w klinice I. w W. i bez zgody rodziców biologicznych nie może trafić do innej pary przez okres 20 lat.

Wnioskodawczyni Anna M. 41 lat, z zawodu jest kuratorem zawodowym, posiada 16 letnią córkę z poprzedniego związku. Ma świadomość, że może być zmuszona do samotnego wychowywania dziecka z obecnego małżeństwa. Twierdzi, że aby ciąża miała jak największe szanse powodzenia, transfer zarodka jest konieczny jak najszybciej.

Uczestnik Michał M. ma 48 lat. Prowadzi działalność gospodarczą. Pozostaje w nowym związku partnerskim. Jest skonfliktowany z uczestniczką. Twierdzi, że wszelkie zgody na leczenie in vitro podpisywał będąc pod presją uczestniczki. Całe małżeństwo koncertowało się na kwestii posiadania potomstwa, żona za wszelką cenę dążyła do zrealizowania tego celu. Obecnie nie wyobraża sobie posiadać dziecka z Anną M. Decyzję o wycofaniu zgody argumentuje tym, że przekonał się, iż był oszukiwany przez żonę w kwestii dalszego pożycia, twierdzi, że żona za wszelką cenę dążyła do transferu zarodka. Ostateczną przyczyną wycofania zgody było uzyskanie informacji o podjętych przez uczestniczkę działaniach w celu wyrejestrowania siedziby firmy uczestnika z domu należącego do żony – co w ocenie uczestnika miało świadczyć o tym, że jest oszukiwany przez żonę. Anna M. nie potwierdza tego faktu, twierdząc, że działania dotyczące wymeldowania męża podjęła dopiero pod koniec maja 2019 r. w związku ze sprzedażą domu. Relacje między stronami są napięte. Uczestnicy nie potrafią dojść do porozumienia w kwestii zgody na transfer zarodka.

W rozważaniach prawnych sąd uznał wniosek za zasadny. Wskazał, że zgodnie z art. 24 k.r.o. małżonkowie rozstrzygają wspólnie o istotnych sprawach rodzinnym, a w braku porozumienia każdy z nich może zwrócić się o rozstrzygnięcie do sądu. Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia wskazał na następujące przepisy ustawy o leczeniu niepłodności: art. 20 ust. 1 u.l.n., art. 20 ust. 2 u.l.n., art. 21 ust. 1 u.l.n. oraz art. 21 ust. 2 u.l.n. Przytoczył również orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, który w postanowieniu z 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt S 2/18 wskazał, że ustawodawca uchwalając poszczególne regulacje ustawy o leczeniu niepłodności dokonał wyborów o charakterze aksjologicznym, podyktowanym dobrem dziecka. Ustawa ta nakazuje szczególnie chronić jego życie, zdrowie, dobro i prawa (art. 4 u.l.n.). Sąd wskazał, że bez wątpienia przeniesienie zarodka do organizmu wnioskodawczyni należy do katalogu istotnych spraw rodziny. Podkreślił, że małżonkowie mają prawo i obowiązek wspólnie podejmować decyzje we wszystkich kwestiach

dotyczących założonej przez nich rodziny. Jeżeli małżonkowie potrafią się porozumieć, podejmują decyzje wspólnie i brak jest w tym zakresie podstaw do ingerencji przez jakikolwiek podmiot, w tym sąd opiekuńczy. Jeżeli natomiast małżonkom nie udaje się osiągnąć porozumienia, każde z nim może zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie danej sprawy. Rozstrzygnięcie, wydane przez sąd w tej kwestii, jest dla małżonków wiążące. W ocenie sądu analiza materiału dowodowego wskazuje, że zasadnym było uwzględnienie wniosku złożonego przez Annę M. Sąd wskazał, że uczestnicy postępowania przez 5 lat zgodnie dążyli do założonego celu posiadania potomstwa za pomocą metod wspomaganej prokreacji i wszelkie decyzje związane z leczeniem niepłodności uczestnicy podejmowali wspólnie. Na skutek podejmowanych działań udało się uzyskać zarodki, z których jeden był prawidłowy i nadawał się do podania wnioskodawczyni. Sąd miał na uwadze, że zabieg przeniesienia zarodka miał nastąpić na początku kwietnia 2019 r., jednak tylko z przyczyn niezależnych od uczestników do transferu zarodka w tym terminie nie doszło. W drugim terminie do przeniesienia zarodka również nie doszło, jednak tym razem powodem tego była postawa uczestnika, który zaledwie trzy dni przed planowanym transferem zarodka, wycofał zgodę. Sąd ocenił postawę uczestnika jako niezrozumiałą. Wskazał, że droga uczestników postępowania do uzyskania zdrowego, nadającego się do przeniesienia zarodka była drogą długą, pełną wyrzeczeń, a także drogą bolesną dla wnioskodawczyni. Podkreślił, że podejmowane próby leczenia niepłodności były bardzo kosztowne. Strony na leczenie niepłodności przeznaczyły wysoką kwotę, która pochodziła z ich majątku wspólnego. Sąd miał na uwadze, że obecnie między stronami zostało wszczęte postępowanie o rozwód, jednak postępowanie to nie zostało prawomocnie zakończone. W świetle prawa strony w dalszym ciągu pozostają w związku małżeńskim. Sąd wskazał, że jak wynika z treści zeznań wnioskodawczyni, Anna M. mimo konfliktu z mężem, chce zajść w ciążę i urodzić dziecko. Wnioskodawczyni posiada stałą pracę, jest osobą czynną zawodowo oraz deklaruje, że jest w stanie samodzielnie podjąć się funkcji rodzicielskiej. Nadto z uwagi na panujące obecnie relacje, wnioskodawczyni liczy się z tym, że będzie sama wychowywać dziecko. Ponadto, wobec wątpliwości co do tego, czy zarodek będzie zdrowy strony podjęły szereg badań i konsultacji, które po wielu miesiącach doprowadziły do pozytywnej diagnozy i zaleceń do transferu zarodka, które zostały zaakceptowane przez uczestników i wspólnie podjęli działania zmierzające do transferu. Również świadek (tj. lekarz prowadzący leczenie niepłodności pary) przesłuchana w toku postępowania, będąca lekarzem specjalistą w tej dziedzinie, wskazała, że mimo stwierdzonej mozaikowości zarodka jest szansa na urodzenie dziecka bez wad genetycznych. Z tego względu sąd przyjął, że obawy uczestnika w zakresie ewentualnych chorób genetycznych potomka pozostają bezpodstawne w świetle dokumentacji medycznej oraz wskazań wiedzy naukowej. W ocenie sądu nie istnieją przeciwskazania medyczne do przeniesienia zarodka do organizmu biorczyni. Sąd również

podkreślił, że uczestnik bez żadnych konsekwencji mógł wycofać się z procedury in vitro do czasu utworzenia zarodka. Dodał, że osoba oddająca w ramach procedury medycznej swoje komórki rozrodcze do dyspozycji służby zdrowia wie, że będą one przedmiotem działań medycznych dla utworzenia zarodka i nie po to, żeby go utworzyć, ale po to, by utworzony przenieść do organizmu biorczyni, a zatem cofnięcie zgody już po utworzeniu zarodka powinno być związane z sytuacjami zupełnie wyjątkowymi. W ocenie sądu w przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie zachodzi. Uczestnicy nie mieszkali razem już od września 2018 r., jednak mimo to w kwietniu 2019 r. zgodnie przystąpili do próby transferu zarodka. Uczestnik nie tylko biernie akceptował kontynuowanie procedury, ale również aktywnie poddał się niezbędnym badaniom. Sąd podkreślił, że decyzja małżonków o poddaniu się procedurom medycznym w celu posiadania potomstwa nie jest decyzją chwili, którą podejmuje się w gabinecie lekarskim. Uczestnicy trwali w tej decyzji przez wiele lat i sąd wskazał, że nie można zaakceptować nagłej zmiany stanowiska uczestnika spowodowanej emocjami, albowiem trzeba mieć na względzie również szacunek dla powstałego zarodka oraz stanowisko uczestniczki, która jako matka biologiczna ma pierwszeństwo do transferu zarodka. Sąd dodał, że ustawodawca – respektując wartość, jaką jest życie ludzkie, godność człowieka oraz dobro i prawa dziecka – przyjmuje, że sytuacje w których zarodek nie zostanie przeniesiony do organizmu kobiety, mają charakter wyjątkowy. Sąd uznał, że podnoszone przez uczestnika argumenty dotyczące tego, że dziecko ma prawo do wychowania w rodzinie opartej na małżeństwie albo w środowisku możliwie najbardziej do niej zbliżonym, a obecne relacje wnioskodawczyni i uczestnika nie rokują na trwanie małżeństwa, zatem nie może dojść do transferu zarodka – nie mogą być uwzględnione. Sąd wskazał, że skoro ustawodawca traktuje zarodek jako poczęte życie ludzkie, które podlega szczególnej ochronie i nie może być niszczone, przekazanie zarodka do dawstwa zarodków może być możliwe dopiero po 20-letnim okresie przechowywania, lub po śmierci obojga dawców zarodka, a w przedmiotowej sprawie doszło już do powstania zarodka – to w ocenie sądu uczestnik powinien ponieść konsekwencje swoich decyzji i starać się być jak najlepszym ojcem dla dziecka, a nie pozbawić już istniejący zarodek prawa do życia, a matkę biologiczną możliwości urodzenia własnego dziecka. W odpowiedzi na wniosek uczestnik napisał, że nie znajduje uzasadnienia przyjście na świat dziecka poczętego ze związku będącego w zupełnym i trwałym rozkładzie, nie wyraża zgody, aby doszło do narodzin dziecka, które biologicznie jest jego, lecz nie będzie znało ojca. W ocenie sądu takie stwierdzenia jednoznacznie wskazują na brak konsekwencji uczestnika i szacunku dla powstałego zarodka, którego uczestnik nazywa swoim dzieckiem biologicznym, a jednocześnie odbiera mu prawo do życia i wyłącza swoją odpowiedzialność rodzicielską. Z tych względów sąd uznał, że zasadne będzie wyrażenie zgody na przeniesienie do organizmu Anny M. zarodka powstałego z komórek rozrodczych Anny M. oraz jej męża Michała M., o czym postanowił na

podstawie art. 21 ust. 2 ustawy o leczeniu niepłodności.

Postanowieniem z 27 maja 2020 r. sąd postanowił stwierdzić wykonalność postanowienia z 19 maja 2020 r.

Apelację od postanowienia z 19 maja 2020 r. złożył uczestnik, zarzucając naruszenie: 1) art. 21 ust. 2 u.l.n. poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że w sprawie istnieją przesłanki do wydania przez sąd zezwolenia na przeniesienia zarodka do organizmu wnioskodawczyni w sytuacji braku zgody męża jako dawcy na przeniesienia zarodka;
2) art. 21 ust. 1 pkt 4 u.l.n. w zw. z art. 278 k.p.c. oraz art. 245 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez ich niezastosowanie i stwierdzenie, że nie istnieją przeciwskazania medyczne do przeniesienia zarodka do organizmu biorczyni, w sytuacji, gdy stwierdzenie takich okoliczności wymaga wiadomości specjalnych i potrzebna jest w tym zakresie opinia biegłego, a sąd oparł się na zeznaniach wnioskodawczyni, świadka oraz dokumentach prywatnych;
3) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 56 § 1 k.r.o. poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, pominięciu istotnych okoliczności, m.in., że uczestnik ułożył życie z nową partnerką. Uczestnik wniósł o oddalenie wniosku. Ponadto ponownie wniósł o zawieszenie postępowania z uwagi na toczące się postępowanie o rozwód.

W uzasadnieniu wskazał, że decyzja o urodzeniu i posiadania dziecka powinna zostać podjęta przez oboje małżonków i konsekwencją toku rozumowania sądu jest de facto narzucenie uczestnikowi posiadania dziecka. Uczestnik wycofał swoją zgodę na transfer wobec zupełnego i trwałego rozkładu pożycia między małżonkami, zezwolenie teraz na transfer nie jest zgodne z dobrem małoletniego dziecka. Dodał, że nie można uznać, że raz wyrażona zgoda nie może zostać cofnięta, mogą w życiu wydarzyć się różne sytuacje życiowe, a zgoda na transfer jedynie skomplikuje aktualną sytuację stron. Podkreślił, że wnioskodawczyni miała obsesję na punkcie posiadania dziecka, co doprowadziło do rozpadu małżeństwa.

Odpowiedź na apelację skupiała się na fakcie, że do powstania zarodka stron doszło już w maju 2018 r., kiedy strony pozostawały jeszcze w związku małżeńskim i wspólnie starały się o dziecko, dlatego rozwód stron i aktualna sytuacja nie pozostaje w związku z postępowaniem o wyrażenie zgody na transfer zarodka. W sytuacji, gdy zarodek już powstał w wyniku dawstwa partnerskiego art. 21 ust. 2 u.l.n. dopuszcza niejako „przełamanie woli" dawcy komórek rozrodczych. Wnioskodawczyni wskazała, że oceniając silnie akcentowaną w ustawie o leczeniu niepłodności nadrzędną wartość jaką jest dobro dziecka, nie można przyjąć, że biorczyni i jednocześnie dawczyni komórek rozrodczych nie powinna urodzić dziecka, dlatego, że nie pozostaje w związku z dawcą komórek rozrodczych, z których powstał zarodek jeszcze przed rozpadem tego związku. Dodała, że dbałość o dobro dziecka nakazuje rozstrzygnąć, że to, aby dziecko w ogóle miało szansę urodzić się

i w ogóle być jest wyższym dobrem dziecka niż to, aby dziecko mogło się urodzić i wychowywać w swojej pełnej biologicznej rodzinie. Życie ludzkie jest bowiem ucieleśnieniem najwyższych wartości, co należy przełożyć na pogląd o istnieniu nienaruszalnych praw przyrodzonych każdej istocie ludzkiej jaki niepowtarzalnemu bytowi cielesno-duchowemu. Szczególnego znaczenia w tym kontekście nabiera w ocenie wnioskodawczyni stanowisko uzasadniające godność człowieka za fundament, na którym opiera się przecież zachodni system wartości. Ponadto, przykładowo SN w uchwale z 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06 uznał, że urodzenie dziecka nie jest źródłem szkody. Godność człowieka determinuje fakt, że jego życie w żadnym wypadku nie może być uznane za szkodę. Narodziny dziecka powszechnie uważa się za przyrost wartości. Wykładnia językowa oraz funkcjonalna przepisu art. 21 ust. 2 u.l.n. doprowadziła wnioskodawczynię do konkluzji, że brak zgody męża na przeniesienie zarodka nie może stanowić przeszkody w kontynuowaniu przez kobietę procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w sytuacji, gdy zarodek został już utworzony. W ocenie wnioskodawczyni ustawodawca wprost bowiem zezwala na dokonanie transferu zarodków w braku zgody dawcy komórek rozrodczych, na mocy postanowienia sądu opiekuńczego, które jest wydawane przez sąd obligatoryjnie (nie uznaniowo) w sytuacji, gdy z wnioskiem taki, wystąpi dawczyni komórki jajowej. Na obligatoryjny charakter art. 21 ust. 2 u.l.n. w jej ocenie wskazuje użycie w nim zwrotu „zezwolenie na przeniesienie wydaje sąd opiekuńczy". Odzwierciedleniem podstawowej zasady prawa do życia od samego jego początku wyrażonej w art. 38 Konstytucji oraz art. 2 EKPCz jest właśnie regulacja art. 21 ust. 2 u.l.n. Wnioskodawczyni dodała, że kwestia ewentualnego ustalenia alimentów, władzy rodzicielskiej czy kontaktów z nowonarodzonym dzieckiem, których uczestnik chciałby uniknąć, nie jest nadrzędna w zestawieniu z omówionym powyżej dobrem dziecka w postaci jego prawa do narodzin i życia. Wnioskodawczyni ponownie podkreśliła, że to w maju 2018 r., kiedy powstał zarodek doszło do powstania nowego życia, kiedy małżonkowie pozostawali we wspólnym pożyciu. Wnioskodawczyni, pomimo trwającego postępowania o rozwód nie wyobraża sobie, aby nie dać sobie i dziecku szansy na zakończenie kilkuletniego procesu starań o dziecko, zwłaszcza, że zgodnie z obecnym stanem prawnym konsekwencją pozostawienia zarodka w depozycie – jak chce tego uczestnik – będzie pod upływie umownego terminu na przechowywanie zarodka, nie dłuższego niż 20 lat, przekazanie go do dawstwa tzw. adopcji zarodka (art. 21 ust. 3 pkt 1 u.l.n.). Skutkiem zatem, wciąż niezrozumiałej dla wnioskodawczyni, niczym nieuzasadnionej decyzji uczestnika o wycofaniu zgody na wykorzystane zarodka, będzie to, że ewentualnie urodzone za 20 lat z tego zarodka dziecko nie pozna swoich biologicznych rodziców. Wnioskodawczyni podkreśliła, że jej mąż do 25 kwietnia 2019 r. uczestniczył w procesie i podtrzymywał chęć kontynuowania transferu zarodka.

Postanowieniem z 5 października 2020 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, VI Wydział Cywilny

Rodzinny Odwoławczy Sekcja rodzinna II – instancyjna, sygn. akt VI Ca 570/20 oddalił wniosek uczestnika o zawieszenie postępowania.

Na rozprawie apelacyjnej 1 marca 2021 r. pełnomocnicy stron oświadczyli, że zaskarżone postanowienie, które było natychmiast wykonalne, zostało wykonane: transfer zarodka nastąpił w październiku/listopadzie 2020 r. i aktualnie wnioskodawczyni jest w ciąży. Wskutek powyższego Sąd Okręgowy w Warszawie, VI Wydział Cywilny Rodzinny Odwoławczy Sekcja rodzinna II – instancyjna sygn. akt VI Ca 570/20 na rozprawie 1 marca 2021 r. umorzył postępowanie apelacyjne.

(ii) Sprawa o sygn. akt II RNs 836/18/P Sądu Rejonowego dla Krakowa - Podgórza w Krakowie, III Wydział Rodzinny i Nieletnich, w której rozpoznana została apelacja w sprawie o sygn. akt XI 1 Ca 468/19 przez Sąd Okręgowy w Krakowie.

Sąd Rejonowy dla Krakowa - Podgórza w Krakowie, III Wydział Rodzinny i Nieletnich, sygn. akt III RNs 836/18/P w sprawie z wniosku Angeliki P. przy uczestnictwie Mateusza S. o zezwolenie na przeniesienie zarodków postanowieniem 28 maja 2019 roku oddalił wniosek wnioskodawczyni.

Sąd Rejonowy ustalił, że wnioskodawczyni i uczestnik zawarli związek małżeński 20 lipca 2013 r. w S. Wnioskodawczyni i uczestnik posiadają dwoje dzieci poczętych metodą in vitro. W 2013 r. wnioskodawczyni nawiązała kontakt z kliniką leczenia niepłodności w K. Strony podjęły leczenie niepłodności celem posiadania dzieci. Leczenie niepłodności było współfinansowane przez strony. Przyczyną podjęcia zabiegu była niepłodność pierwotna uczestnika. Przed rozpoczęciem procedury uczestnik wyraził zgodę na formularzu świadomej zgody na pobranie od niego komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego, zastosowanie u małżonki zarodka utworzonego w celu dawstwa partnerskiego z komórek rozrodczych pobranych od niego, zapłodnienie wszystkich uzyskanych w dniu punkcji komórek jajowych; transfer zarodków, przeniesienie zarodków do jamy macicy. Lekarz informujący o zabiegu przedstawił uczestnikowi zwięzłe tłumaczenie formularza świadomej zgody bez szczegółowego wyjaśnienia pisma w języku polskim. Ponadto uczestnik wyrażał każdorazowo zgodę na przeniesienie zarodka do organizmu wnioskodawczyni. Uczestnik wyraził zgodę na transfer 3 zarodków. W wyniku wskazanych zgód urodziło się dwoje dzieci stron metodą in vitro. Jeden z zarodków nie przyjął się. Uczestnik nie wyraził zgody na transfer pozostałych czterech zarodków. Wnioskodawczyni przed poddaniem się zabiegowi implementacji zarodków została poinformowana o sposobie postepowania w ramach zapłodnienia pozaustrojowego oraz skutkach ubocznych.

Nadto Sąd Rejonowy ustalił, że wnioskodawczyni ma 41 lat i z wykształcenia jest biofizykiem. W 2007 r. ukończyła studia doktoranckie. Pracuje jako konsultant firmy biomedycznej, osiąga wysokie dochody. Wnioskodawczyni obecnie mieszka w K. Wnioskodawczyni niedawno kupiła tam nieruchomość zabudowaną domem o powierzchni 105 m^2, w którym planuje zamieszkać z dziećmi. Część kosztów związanych z zakupem nieruchomości sfinansował uczestnik, przekazując żonie 11 500 franków. Wnioskodawczyni w przeszłości cierpiała na depresję poporodową, zażywała wówczas leki antydepresyjne, spożywała alkohol. Wnioskodawczyni przejawiała niestabilne zachowania w stosunku do uczestnika oraz małoletniego syna stron. Względem wnioskodawczyni toczyło się w S. postępowanie w związku ze stosowaniem przemocy. Uczestnik ma 37 lat i z wykształcenia jest geomorfologiem. Jego praca wiąże się z ciągłymi wyjazdami zagranicznymi.

Sąd ustalił, że małżonkowie od dłuższego czasu pozostają w stałym konflikcie. Jego przyczynę stanowi brak porozumienia między wnioskodawczynią i uczestnikiem w sprawach fundamentalnych dla rodziny i związku. Kilkakrotnie podejmowali próby terapii, jednak bez powodzenia. Od grudnia 2018 r. strony pozostają w faktycznej separacji a w marcu 2019 r. uczestnik złożył pozew o rozwód. Strony sprawują naprzemiennie opiekę nad małoletnimi dziećmi. Strony borykają się z poważnymi problemami wychowawczymi związanymi w szczególności z zachowaniem małoletniego syna stron, który jest agresywny w stosunku do dzieci i dorosłych, często bije inne dzieci. Małoletni syn stron nie kontroluje swoich emocji, często popada w złość. Z tego powodu chłopiec został skierowany do Poradni P.P., jednak do chwili obecnej pomimo zapewnień wnioskodawczyni, że podjęte zostały kroki w kierunku zdiagnozowania zachowania chłopca, przyczyna jego zachowania nie została ustalona. Istnieje prawdopodobieństwo, że trudności chłopca mają charakter zaburzeń zachowania i emocji wynikających z obserwacji konfliktu między stronami. Dziecko potrzebuje stałych i przewidywalnych warunków życia i codziennego funkcjonowania, co nie zostało zapewnione przez strony. Strony wyrażają zgodę na adopcję zarodków, przy czym wnioskodawczyni wyraża zgodę na adopcję zarodków pod warunkiem, że stanie się to, gdy będzie chora lub nie będzie miała macicy oraz po uprzednim znalezieniu matki zastępczej.

W rozważaniach prawnych sąd I instancji wskazał na przepisy art. 17 pkt. 4 ustawy o leczeniu niepłodności, art. 20 ust. 1 pkt. 1 u.l.n. oraz art. 21 ust. 1 pkt. 1 i 2 u.l.n. Sąd wskazał, że ten ostatni przepis obejmuje przesłanki, w ramach których zastosowanie procedury w ramach przeniesienia zarodka nie jest możliwe. Ustawodawca, mając na uwadze godność istoty ludzkiej uznaje, że okoliczności, w ramach których nie dojdzie do przeniesienia zarodków do biorczyni mają charakter ekstraordynaryjny. Pojęcie dawcy zarodka obejmuje zarówno mężczyznę udzielającego swoich gamet, jak i kobietę, która jest dawczynią gamet i jednocześnie biorczynią wskazanego zarodka. Sąd podkreślił, że przepis art. 20 ust. 2 u.l.n., stanowiący o możliwości wyrażenia zastępczej zgody na

transfer przez sąd opiekuńczy należy interpretować w świetle praw i obowiązków małżonków, w szczególności pojęcia „istotnych spraw rodziny". O tym, czy przeniesienie zarodków jest istotną sprawą rodziny, decydować będzie przede wszystkim ocenione ad casum jej znaczenie dla konkretnej rodziny. Udzielenie zgody przez sąd na przeniesienie zarodków wywołuje tym samym skutki w zakresie prawa rodzinnego a odmowa udzielenia zgody ma doniosłe znaczenie. Sąd I instancji, odmawiając wydania zezwolenia na przeniesienie zarodka, miał na względzie szczególne okoliczności w konkretnej sprawie, które wpływają na wskazaną odmowę. Sąd przypomniał, że w przedmiotowej sprawie wnioskodawczyni domagała się wydania przez sąd zezwolenia na przeniesienie zarodków do jej organizmu jako biorczyni z uwagi na brak zgody uczestnika, zaś strony wskutek konfliktu nie były zgodne co do przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni. Sąd wskazał, że zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego nie można oczekiwać, aby stanowiska dawców zawsze było ze sobą zbieżne. W tej sprawie Sąd Rejonowy oparł się na dwóch filarach, na podstawie których ocenił niezasadność wniosku wnioskodawczyni. Wartości te to poszanowanie autonomii woli strony, które miałaby zostać rodzicem oraz dobro mającego się narodzić dziecka. Poszanowanie autonomii woli strony mającej zostać rodzicem polega na uwzględnieniu chęci posiadania potomstwa przez ojca w stopniu takim samym, jak przez matkę. Sąd wskazał na orzeczenie ETPCz Evans vs. UK, w którym podkreślono, że stopień zaangażowania rodzica w samą procedurę nie może być równoznaczny z przyjęciem założenia, że prawa męskiego dawcy z art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 3 września 1953 r. będą koniecznie mniej warte ochrony niż prawa kobiety; nie można też uznać za oczywiste, że równowaga interesów zawsze będzie się przechylać na korzyść kobiet. Sąd I Instancji zważył zatem, że prawo uczestnika do niezostawania ojcem w sytuacji, kiedy strony posiadają już dzieci, które wymagają zaangażowania wychowawczego, powinno być w sprawie respektowane. Wskazał nadto, że uczestnik ponosi większe konsekwencje niewyrażenia zgody na przeniesienie zarodka z uwagi na swój stan zdrowia i niemożność zostania rodzicem w przyszłości w sposób inny aniżeli przez procedurę in vitro. Uczestnik jest uprawniony do niewyrażenia zgody na przeniesienie zarodków również dlatego, że ma prawo do autonomii woli w sprawie dotyczącej możliwości zostania przez niego rodzicem wbrew jego woli i podejmowania środków mających na celu manifestację swojego stanowiska. Decyzja o posiadaniu dzieci w określonej liczbie jest decyzją o długofalowych skutkach, generujących poważne konsekwencje w sferze emocjonalnej rodzica i dziecka. W ocenie sądu w przedmiotowej sprawie powstanie takiej liczby zarodków nie wiązało się z obowiązkiem transferu wszystkich zarodków celem posiadania takiej liczby dzieci, ale miało służyć powodzeniu zabiegu in vitro w ogólności, zwłaszcza że wcześniejsze próby implantacji zarodków u wnioskodawczyni kończyły się niepowodzeniem. W ocenie sądu uczestnik ma prawo nie wyrazić zgody na przeniesienie zarodków

również dlatego, że wyrażenie zgody na przeniesienie zarodków będzie powodować względem uczestnika skutki rodzinno - prawne. Sąd I instancji nie podzielił argumentacji wnioskodawczyni, że nie będzie oczekiwać od uczestnika zaangażowania wychowawczego, gdyż jest to obowiązek nałożony na oboje rodziców przez przepisy prawa rodzinnego. Obowiązki prawno - rodzinne nie są bowiem uzależnione od zgody drugiego rodzica. Ponadto w ocenie Sądu Rejonowego dobro mających się narodzić dzieci byłoby poważnie zagrożone, ponieważ strony od dłuższego czasu są ze sobą skonfliktowane i wykazane zostało, że małżeństwo stron ulega rozpadowi, o czym świadczy chociażby złożenie przez uczestnika sprawy o rozwód. Strony wykazują trudności co do komunikacji w kwestiach podstawowych dotyczących ich wspólnego życia i wychowania małoletnich dzieci. Co więcej, małoletni syn stron sprawia problemy wychowawcze i adaptacyjne w środowisku, wymaga więcej uwagi i opieki. Córka stron również wymaga opieki z uwagi na wiek. Z tych względów w stosunku do mających się narodzić dzieci sąd negatywnie ocenił prognozę wychowawczą; ponadto byłyby wychowywane w niepełnej i skonfliktowanej rodzinie. Sąd zwrócił również uwagę na fakt, że wnioskodawczyni jest osobą, która leczyła się psychiatrycznie w związku z występującą depresją poporodową, tym samym nie ma pewności, w jaki sposób urodzenie się kolejnych dzieci wpłynie na jej stan psychiczny, czy go nie pogorszy i czy nie będzie mieć wpływu na posiadane oraz mające się urodzić dzieci. Ponadto istniałoby wysokie prawdopodobieństwo, że mające się narodzić dzieci miałyby świadomość, że jeden z rodziców nie wyrażał zgody na ich urodzenie. Sąd wskazał ponadto, że wnioskodawczyni jest osobą ponad 40 - letnią, zatem wszczepienie kilku zarodków jest obarczone wysokim ryzykiem związanym ze zdrowiem wnioskodawczyni oraz jej potomstwa. Wnioskodawczyni, decydując się na procedurę in vitro, została poinformowana o możliwych skutkach ubocznych i powikłaniach związanych z zabiegiem. Sąd zauważył również, że wnioskodawczyni dopuszcza możliwość niewszczepienia wszystkich zarodków z powodu możliwego pogorszenia stanu zdrowia.

W tych okolicznościach, Sąd I instancji uznał, że wniosek o przeniesienie zarodków nie zasługuje na uwzględnienie. Uczestnik nie wyraził zgody na przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków a okoliczności sprawy wskazują, że należy dać prymat autonomii woli uczestnika, mając na względzie poważne zagrożenie dobra mających się narodzić dzieci.

Apelację od powyższego orzeczenia złożyła wnioskodawczyni. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzuciła:

- naruszenie szereg przepisów, m.in. art. 21 ust. 2 u.l.n. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że udzielenie zgody na transfer zarodka stanowi istotną sprawę rodziny;

- nieuwzględnienie brzmienia art. 21 ust 1 pkt 4 u.l.n., gdzie wprost wskazano, że jedyną przeszkodą faktyczną uzasadniającą brak przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni są przeciwwskazania medyczne;
- dokonanie ustaleń zupełnie irrelewantnych dla niniejszego postępowania i nadanie im znaczenia przy rozstrzyganiu zasadności wniosku co w konsekwencji doprowadziło do nierozpoznania istoty sprawy;
- naruszenie przepisów prawa procesowego w postaci art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu m.in., że dobro mających się narodzić dzieci jest zagrożone, podczas gdy dzieci te mają szansę przyjść na świat w swojej biologicznej rodzinie, poznać swoich rodziców i rodzeństwo oraz rozwijać się w odpowiednich warunkach - wnioskodawczyni sama bowiem jest w stanie im zapewnić zaspokojenie wszelkich potrzeb;
- naruszenie przepisów art. 30, art. 38 i art. 47 Konstytucji RP poprzez przyjęcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw do wydania zezwolenia na transfer zarodków, gdyż dobro mających narodzić się dzieci jest zagrożone, podczas gdy: w polskim porządku prawnym obowiązuje konstytucyjny prymat życia i zdrowia ludzkiego embrionu oraz poszanowania godności ludzkiej, utworzony zarodek ma zagwarantowane prawo do ochrony życia w tym życia rodzinnego, zaś zezwolenie na przeniesienie zarodka do organizmu matki zrealizuje cele ustawowej ochrony i założeń ustawy zasadniczej oraz ustawy o leczeniu niepłodności, udzielenie zezwolenia będzie również wyrazem troski o dobro mających przyjść na świat dzieci - będą mogły żyć i wychowywać się w swojej biologicznej rodzinie, znać rodziców i rodzeństwo i analogicznie udzielenie zezwolenia zagwarantuje dzieciom stron możliwość poznania swojego rodzeństwa;
- to, że sąd orzekający nie uwzględnił interesów ani matki, dzieci stron, ani mających przyjść na świat dzieci, uwzględniając jedynie aktualną wolę uczestnika.

W pisemnych motywach apelacji wskazano, że postępowanie niniejsze dotyczy sprawy szczególnie wrażliwej oraz dotyka nie tylko zagadnień prawnych, ale również etycznych/moralnych. W ocenie wnioskodawczyni istota problemu sprowadza się do przeanalizowania i zrozumienia celu oraz przebiegu procedury in vitro, czego zdaniem pełnomocnika wnioskodawczyni w niniejszej sprawie zabrakło. Zdaniem apelującej, w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia Sąd I instancji ograniczył się do oczywistego twierdzenia że strony podjęły leczenie niepłodności celem posiadania dzieci, natomiast nie rozważył w ogóle założeń aktualnie obowiązującej ustawy o leczeniu niepłodności oraz istoty niniejszego postępowania. Wnioskodawczyni wskazała, że w ustawie o leczeniu niepłodności zostało bowiem przesądzone, że zarodków nie można traktować przedmiotowo, zaś sąd nie może oceniać zasadności bądź niezasadności przeniesienia powstałych w

wyniku zgodnej i świadomej decyzji stron zarodków do organizmu biorczyni przez pryzmat własnych przekonań, co zdaje się uczynił sąd I instancji a czemu dał wyraz konkretnymi określeniami. W jej ocenie Sąd powinien uwzględniać bioetyczne podejście ustawodawcy, który traktuje zarodek podmiotowo, a jedynie z uwagi na przesłanki natury formalnej - konieczność uzyskania ponownej zgody - przewidział możliwość udzielenia tej zgody przez sąd w sytuacji, gdy mąż biorczyni mimo pierwotnie wyrażonej zgody (na utworzenie i transfer zarodków) niemal „w połowie drogi" wycofuje się z udzielonej zgody. Sam fakt zawarcia takiego uprawnienia jak zwrócenie się do sądu o udzielenie zezwolenia na transfer wskazuje, że nadrzędnym celem dla ustawodawcy jest ochrona istniejącego zarodka. Zdaniem apelującej już z samej treści uzasadnienia zaskarżonego postanowienia wynika, że doszło do niezrozumienia istoty problemu i przedmiotowego potraktowania zarodków (wbrew rationis legis ustawy). Wnioskodawczyni podniosła, że wiele okoliczności, które ustalił Sąd w niniejszej sprawie takich jak - ocena sytuacji wychowawczej dzieci stron, ocena zdolności rodzicielskich stron, ocena ich sytuacji małżeńskiej (niezależnie od tego czy poprawnie, czy też nie) jest irrelewantnych dla wydania przedmiotowego zezwolenia. W ocenie wnioskodawczyni treść przepisu art. 21 ust. 2 u.l.n. wskazuje na to, sąd nie rozważa okoliczności takich jak zdolności rodzicielskie, sytuacja wychowawcza dzieci stron czy też ich osobowości, a powinien skupić się na w zasadzie jedynej wskazanej w ustawie okoliczności faktycznej, która powinna być decydująca a mianowicie brak przeciwwskazań medycznych do przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni (art. 21 ust. 1 pkt 4 oraz art. 22 pkt 3 ustawy o leczeniu niepłodności a contrario). Wnioskodawczyni podkreśliła, że gdyby strony nie miały obecnie dzieci, a chodziłoby o pierwszy transfer zarodka, to cała argumentacja Sądu I instancji byłaby nieaktualna, co w sposób jaskrawy wskazuje na jej niezasadność. Odpadłyby bowiem okoliczności służące sądowi do oddalenia wniosku, skoro nie mógłby się oprzeć na „dobru" już narodzonych dzieci. Prowadziłoby to do konkluzji, że w lepszej sytuacji znajdują się kobiety starające się o zgodę na pierwszy transfer, gdyż nie ma tego typu „przeciwskazań", podczas gdy przepisy ustawy takiego rozróżnienia nie przewidują. Zdaniem apelującej, biorąc pod uwagę zasady konstytucyjne oraz intencje przyświecające ustawodawcy a znajdujące wyraz w ustawie o leczeniu niepłodności, że to właśnie posiadanie dzieci powinno być argumentem wzmacniającym szanse wniosku. Wnioskodawczyni zwróciła uwagę, że w niniejszej sprawie dzieci stron narodziły się z zarodków powstałych w procedurze in vitro, a w przypadku uwzględnienia wniosku przyszedłby na świat ich brat lub siostra. Natomiast nikt nie badał stron pod kątem sytuacji rodzinnej, gdy przystępowano do zabiegu. Nikt też nie będzie sprawdzał, do jakiej rodziny trafić miałyby zarodki w przypadku ich przekazania. W ocenie apelującej nie można zaakceptować sytuacji, aby w przypadku zgody obojgu rodziców okoliczności te były bez znaczenia, a w razie konieczności wystąpienia o zgodę do sądu stały się one warunkiem uwzględnienia wniosku.

Ponadto nie można, zdaniem apelującej, zgodzić się z Sądem I instancji, że przepis art. 21 ust. 2 u.l.n. należy interpretować w świetle praw i obowiązków małżonków w szczególności „pojęcia istotnych spraw rodziny". W jej ocenie nie można zasadnie twierdzić, że kwestia przeniesienia powstałych już zarodków do organizmu biorczyni jest istotną kwestią rodziny, ponieważ to w ogóle nie jest kwestia rodziny, ale przeprowadzenia do końca procedury, na którą małżonkowie się zdecydowali już na samym początku, zaś zezwolenie wydane przez sąd ma być instytucją przewidzianą na wypadek, gdyby dawca rozmyślił się (jak w niniejszym przypadku), zaś bezzasadne jest ocenianie tego w kategoriach istotnych spraw rodziny czy w kategorii adopcji, ograniczenia czy pozbawienia władzy rodzicielskiej. Zdaniem apelującej ustawodawca zezwala na przeniesienie embrionów w braku zgody dawcy nasienia, na mocy postanowienia sądu opiekuńczego, wydawanego - na co wskazuje brzmienie przepisów - obligatoryjnie w sytuacji, gdy z wnioskiem wystąpi dawczyni komórki jajowej (art. 21 ust. 2 u.l.n.).

Wnioskodawczyni dodała, że niezrozumiałe, dlaczego Sąd I instancji dokonał aż tak dogłębnej analizy związanej z pierwszym dzieckiem stron, kiedy problemy z innymi dziećmi - czy to w zachowaniu, czy gdyby była to jakaś choroba lub niepełnosprawność nie mają znaczenia dla losu utworzonych zarodków. W jej ocenie sprowadzenie na świat kolejnego dziecka nie może być uzależnione od tego jakie są wcześniejsze dzieci.

Apelująca wskazała, że oceniając zasadność wniosku Sąd I instancji podał, że oparł swoje rozstrzygnięcie na dwóch filarach - wartościach, tj. poszanowaniu autonomii woli strony, która miałaby zostać rodzicem oraz dobru mającego się narodzić dziecka. Jej zdaniem dokonując tej oceny Sąd jednak zupełnie niezrozumiale rozłożył akcenty; Sąd podkreślił bowiem, że to wola dawcy powinna zostać uszanowana w większym stopniu przeciwstawiając to woli biorczyni. Sprawa ta ma jednak w ocenie apelującej znacznie szersze pole oddziaływania - przede wszystkim Sąd pominął okoliczność, że rozstrzygnięcie tej sprawy ma również znaczenie dla dzieci stron, które nigdy nie będą mogły poznać swojego rodzeństwa.

Zdaniem apelującej, nie jest również prawdą, że to uczestnik ponosi większe konsekwencje niewyrażenia zgody na przeniesienie zarodków niż wnioskodawczyni. Jak podnoszono w toku postępowania na tym etapie kluczową kwestią jest czas. Wnioskodawczyni jeszcze może z uwagi na swój stan zdrowia i wiek urodzić dziecko, jednak czas ten właśnie po stronie kobiety jest ograniczony (a przecież zdecydowała się na rozpoczęcie procedury z uwagi na problemy męża). Natomiast uczestnik może przecież jeszcze w każdym momencie poddać się tej procedurze. Skutki oddziaływania decyzji uczestnika dotykają nie tylko strony postępowania, ale także dzieci stron. Ponadto im dłużej strony będą zwlekać z taką decyzją, tym większa powstanie między dziećmi różnica wieku, co również negatywnie może wpłynąć na kontakty rodzeństwa.

Następnie wnioskodawczyni wskazała, że nie jest przekonujący argument sądu, że dobro mających się narodzić dzieci byłoby poważnie zagrożone. Jej zdaniem oczywistym jest, że dzieci stron wymagają czasu, opieki i uwagi, wielu ludzi mając dwójkę czy trojkę dzieci decyduje się na kolejne mając świadomość, że każde z dzieci potrzebuje ich uwagi i czasu, nie zakładają przecież, że przestaną interesować się starszymi dziećmi. Ponadto, nawet gdy rodzice nie planują dziecka, a nawet nie chcą mieć dzieci, to w przypadku zapłodnienia naturalnego nie mają wyjścia - rodzina się powiększy a nikt nie bada ich zdolności do posiadania dzieci. Zdaniem wnioskodawczyni dobro rodziny i dzieci polega w głównej mierze na tym by wychowały się znając swoich rodziców i rodzeństwo. Podkreśliła ponadto, że nigdy nie wiadomo do jakiej innej rodziny mogą trafić zarodki utworzone z materiału genetycznego stron. Możliwa jest przecież sytuacja, że inna para starająca się o dziecko i zmagająca się z problemem niepłodności mająca większe problemy, a nawet żyjąca w patologicznym środowisku będzie miała możliwość przeniesienia zarodków stron - urodzenia i wychowania dzieci stron bez konieczności weryfikacji ich kwalifikacji rodzicielskich oraz warunków w jakich będą żyły te dzieci.

Na zakończenie wnioskodawczyni wskazała, że niniejsze postępowanie i chęć sprowadzenia na świat kolejnych dzieci stron nie stanowi w żadnej mierze próby zaspokojenia ambicji wnioskodawczyni, ani tym bardziej ratowania małżeństwa stron, jest jedynie wyrazem troski o los swoich nienarodzonych dzieci i odpowiedzialności za życie, które stworzyły strony. Wnioskodawczyni walczy o życie kolejnych dzieci, które czekają na to by mogły poznać swoich rodziców i rodzeństwo.

Odpowiedź na apelację złożył uczestnik, w której domagał się oddalenia apelacji wnioskodawczyni w całości. Na uzasadnienie swojego stanowiska podniósł, że Sąd I instancji słusznie uznał, że w obecnej sytuacji rodzinnej stron zezwolenie na przeniesienie kolejnych zarodków jest sprzeczne z dobrem rodziny. Zdaniem uczestnika, interpretacja art. 21 ust. 2 u.l.n. przedstawiona przez wnioskodawczynię jakoby jedynie przesłanki natury formalnej uniemożliwiałyby udzielenie zezwolenia na transfer zarodków jest chybiona, ponieważ doprowadziłaby do wniosku, że decyzja sądu ma jedynie charakter formalny i tym samym sąd pozbawiony jest swobody orzekania. Uczestnik wskazał, że dorobek doktryny oraz orzecznictwa wyraźnie świadczy o tym, że zezwolenie sądu mające zapaść w sprawie nie może być jedynie formalnym, wręcz automatycznym potwierdzeniem roszczenia wnioskodawczyni. Zadaniem sądu jest, zdaniem uczestnika, zbadanie czy w aktualnej sytuacji stron zgoda na narodziny kolejnego potomstwa będzie przede wszystkim zgodna z dobrem nienarodzonych dzieci, co sąd I instancji prawidłowo uczynił. Ponadto uczestnik wskazał, że użyta przez Sąd I instancji analogia sprawy o udzielenie zgody na transfer zarodków do rozstrzygnięcia istotnej sprawy życia rodziny jest niewątpliwie trafiona.

Zdaniem uczestnika nie jest prawdą, że Sąd I instancji przeprowadzając postępowanie dowodowe skupił się na rzeczach irrelewantnych dla sprawy, ponieważ badając sytuację rodziny musiał ustalić jak ta rodzina funkcjonuje oraz jak wyglądało życie stron wcześniej. Pojawienie się na świecie nowych dzieci niewątpliwie wpłynie na życie już narodzonych dzieci. W tej sytuacji uczestnik wskazał, że nie można zgodzić się z twierdzeniem, że sytuacja dzieci stron nie ma znaczenia dla losu zarodków. Ponadto, zdaniem uczestnika, nie można zgodzić się z twierdzeniem wnioskodawczyni, że uczestnik zachował się względem żony nielojalnie i nie udzielając zgody na kolejny transfer zarodków zwyczajnie rozmyślił się. Dodał, że jego decyzja podyktowana była sytuacją faktyczną, w której znalazła się rodzina kilka lat po dokonaniu pierwszego zabiegu. Wskazał, że w momencie podpisywania umowy nie wiedział, że małżeństwo stron nie przetrwa a małoletni syn będzie borykać się z problemami emocjonalnymi, zatem to zmiana sytuacji rodziny spowodowała brak zgody uczestnika na kolejny transfer, zatem jego decyzja podyktowana była głównie dobrem zarówno już żyjących dzieci jak i tych, które miałyby się ewentualnie urodzić. Uczestnik podkreślił, że sam ustawodawca wprowadzając w art. 20 ust. 3 u.l.n. konieczność wyrażenia zgody każdorazowo przed transferem przewidywał, że sytuacja stron na przestrzeni lat może ulec zmianie i konieczne będzie wyrażenie zgody przed każdą kolejną implementacją zarodka. Z tego względu, zdaniem uczestnika, to sąd ma za zadanie ocenić całokształt sytuacji i wydać - lub też nie - zezwolenie na transfer.

Dalej uczestnik wskazał, że nietrafiony jest zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisów Konstytucji, ponieważ niewyrażenie przez Sąd zgody na kolejny transfer zarodków w żaden sposób nie naruszył konstytucyjnej zasady prymatu życia i zdrowia ludzkiego embrionu czy też poszanowania godności ludzkiej. Argumentując to dodał, że zgodnie z założeniem ustawy o leczeniu niepłodności zarodek nie może zostać zniszczony i ustawodawca wprowadził odpowiednie instrumenty prawne mające na celu ochronę zarodków, które w całości wypełniają nałożony na ustawodawcę konstytucyjny obowiązek ochrony życia zarodka.

Ponadto, w ocenie uczestnika, nie można zgodzić się z twierdzeniem wnioskodawczyni, że jej sytuacja życiowa i materialna pozwala na samodzielne wychowanie nowych dzieci i z tego względu sąd powinien zezwolić na kolejną implantację. Jego zdaniem wnioskodawczyni zdaje się kompletnie nie dostrzegać istotności roli ojca w życiu dziecka, zaś skazywanie nowonarodzonych dzieci na życie bez ojca jest sprzeczne z przyrodzonym prawem człowieka do życia w pełnej rodzinie. Uczestnik podkreślił, że nie wyobraża sobie sytuacji, w której miałby spędzać czas z dziećmi, które już z wnioskodawczynią posiada, jednocześnie odtrącając ewentualne „nowe dzieci" urodzone z pozostałych zarodków.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym w Krakowie 28 listopada 2019 roku pełnomocnik wnioskodawczyni podtrzymał pisemną apelację, pełnomocnik uczestnika wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie zwrotu kosztów.

Wnioskodawczyni Angelika P. przyznała, że wraz z mężem nadal pozostają w separacji faktycznej, a pieczę nad dziećmi sprawują naprzemiennie.

Postanowieniem z 3 grudnia 2019 r., sygn. akt: XI 1 Ca 468/19, Sąd Okręgowy w Krakowie, XI Wydział Cywiny - Rodzinny, Sekcja ds. Odwoławczych oddalił apelację wnioskodawczyni.

Sąd Okręgowy ustalił, że uczestnik 20 marca 2019 r. złożył w Sądzie Okręgowym w Krakowie pozew o rozwód. W pozwie tym wskazano min., że więzi fizyczne między stronami wygasły w styczniu 2017 r., strony od listopada 2018 r. nie zamieszkują wspólnie, a przyczyną rozkładu małżeństwa był przede wszystkim brak porozumienia stron w najistotniejszych sprawach dotyczących rodziny. W odpowiedzi na pozew o rozwód wniesiono o oddalenie powództwa i skierowanie stron do mediacji wskazując, że istnieją widoki na utrzymanie pożycia małżeńskiego. W piśmie tym podano, że to powód w grudniu 2018 r. zamieszkał w wynajętym przez siebie mieszkaniu. Podano także, że powód nie konsultuje z pozwaną sposobu utrzymywania kontaktów z dziećmi. Taka sytuacja generuje konflikty i wzmaga poczucie niepewności u dzieci. Podczas mediacji prowadzonej w sprawie rozwodowej nie zawarto ugody.

Nadto Sąd Okręgowy ustalił, że w Sądzie Rejonowym dla Krakowa - Podgórza w Krakowie od 4 lutego 2019 r. toczy się sprawa z wniosku Angeliki P. o rozstrzygnięcie w istotnych sprawach dziecka poprzez zgodę na zapisanie małoletniego syna stron do przedszkola. Natomiast 21 lutego 2019 r. do Sądu Rejonowego dla Krakowa - Podgórza w Krakowie wpłynął wniosek Mateusza S. o zezwolenie na zapisanie syna do innego przedszkola. Sprawy te po połączeniu do wspólnego rozpoznania zawieszono na zgodny wniosek stron.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy rozpoznając apelację w pierwszej kolejności rozważył charakter prawny zgody sądu opiekuńczego określonej w art. 21 ust. 2 ustawy o leczeniu niepłodności na przeniesienie zarodka w przypadku braku zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, z których utworzono zarodek. Zdaniem Sądu Okręgowego, dla oceny istoty powyższego zezwolenia sądu opiekuńczego nie bez znaczenia jest fakt, że ustawa o leczeniu niepłodności zawiera przepis art. 20 ust. 3 nakładający na biorczynię i dawcę obowiązek wyrażania zgody każdorazowo przed ponownym rozpoczęciem procedury wspomaganej prokreacji, w której mają zostać wykorzystane przechowywane zarodki. Analizując zatem art. 21 ust. 2 art. w zw. z art. 20 ust. 3 ustawy o leczeniu niepłodności, Sąd Okręgowy zważył, że ustawodawca dostrzegając istotność aktu przeniesienia zarodka do organizmu biorczyni i skutków tego faktu w sferze prawno-rodzinnej, dążył do stworzenia sytuacji dającej pewien bufor bezpieczeństwa, który

ma służyć aktualizacji woli biorczyni i dawcy na każdym etapie procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Sfera stosunków międzyludzkich jest bowiem sferą dynamiczną a nie statyczną. Regulacja zawarta w art. 21 ust. 2 ustawy o leczeniu niepłodności wydaje się zatem być odpowiedzią na ewentualne zmiany w sytuacji życiowej biorczyni i dawcy, a brak zgody w przedmiocie przeniesienia zarodka oznacza poddanie sprawy rozstrzygnięciu sądu opiekuńczego, który weźmie pod uwagę konkretne okoliczności sprawy, co umożliwia ważenie interesów stron. Zdaniem Sądu Okręgowego, wbrew twierdzeniom apelującej, przepis art. 21 ust. 2 ustawy o leczeniu niepłodności nie zawiera zatem dla sądu opiekuńczego nakazu wydania jedynie pozytywnego rozstrzygnięcia zastępującego zgodę męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego. Sąd odwoławczy przytoczył również rozważania Trybunału Konstytucyjnego, który w uzasadnieniu postanowienia z 18 kwietnia 2018 r. w sprawie S 2/18 wskazał, że „w sytuacji, w której w wyniku dawstwa partnerskiego powstał w procedurze in vitro (w sensie ścisłym) zarodek, a następnie dawca męskiej komórki (mąż albo konkubent) „rozmyślił się" i odmawia wyrażenia zgody na jego wszczepienie żonie (konkubinie), może ona skierować sprawę do sądu opiekuńczego. Ten zaś „wydaje zezwolenie" o charakterze zastępczym. Kategoryczne stwierdzenie przepisu nie oznacza obowiązku wydania konkretnego (pozytywnego) rozstrzygnięcia, niezależnie od analizy okoliczności sprawy i ich oceny przez sąd; sytuacja jest tu podobna do „udzielenia zezwolenia" - zgodnie z art. 561 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 155, ze zm.) - na zawarcie małżeństwa kobiecie niemającej ukończonych 18 lat, co wymaga przeanalizowania przez sąd całokształtu sytuacji prawnej i faktycznej potencjalnych nupturientów".

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy zważył, że rolą sądu opiekuńczego było rozstrzygnięcie zasadności wniosku Angeliki P., z uwzględnieniem całokształtu okoliczności sprawy i interesów obu stron. W ocenie Sądu Okręgowego, natomiast całkowicie bezpodstawne jest dokonane przez apelującą porównanie procedury zapłodnienia in vitro do naturalnego poczęcia i wyprowadzanie z tego porównania wniosku, że późniejszy brak zgody ze strony uczestnika na przeniesienie zarodków do organizmu wnioskodawczyni nie może być skuteczny, a sąd opiekuńczy wydaje w tym zakresie jedynie rozstrzygnięcie pozytywne.

Przechodząc do dalszych kwestii podnoszonych w apelacji, Sąd Okręgowy wskazał, że ustawa o leczeniu niepłodności rzeczywiście nie wskazuje kryteriów, jakimi powinien kierować się sąd opiekuńczy wydając zgodę w trybie art. 21 ust. 2 ustawy. Dodał, że nie ma natomiast z pewnością racji apelująca twierdząc, że jedyną przesłanką którą ewentualnie mógłby badać sąd opiekuńczy są przeciwwskazania medyczne. Taki wniosek w żaden sposób nie wynika z redakcji przepisu art. 21 ust. 1, który w punktach od 1 do 4 wymienia przesłanki wyłączające przeniesienie do organizmu

biorczyni zarodków, przy czym zaistnienie choć jednej z tych przesłanek wyłącza dalszy etap procedury.

Odnosząc się do dalszych zarzutów apelacji, Sąd Okręgowy zważył, że Sąd I instancji słusznie rozpatrywał niniejszą sprawę niejako posiłkując się szeroko pojmowanym kryterium dobra rodziny i poszczególnych jej członków, a także dobrem dzieci mających się narodzić. Z pewnością bowiem pojawienie się kolejnego dziecka jest istotną sprawą, która obejmuje wszystkich członków rodziny, gdyż przeniesienie zarodka wiąże się z doniosłymi konsekwencjami w zakresie szeroko pojmowanych relacji prawo-rodzinnych.

W tym miejscu Sąd Okręgowy wskazał, że w jego ocenie, Sąd I instancji w zakresie elementów stanu faktycznego mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, nie przekroczył zasad swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 233 par. 1 k.p.c., a z ustalonego stanu faktycznego wywiódł trafne wnioski prawne. Zdaniem Sądu Okręgowego, kwestionowane przez apelującą ustalenia stanu faktycznego dokonane przez Sąd I instancji nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego, w realiach niniejszej sprawy istotne jest bowiem to, że: uczestnik nie wyraża zgody na przeniesienie zarodków do organizmu wnioskodawczyni, małżonkowie od grudnia 2018 r. pozostają w separacji faktycznej, toczy się między nimi sprawa o rozwód, a małżonkowie nie potrafią wypracować wspólnego stanowiska w kwestiach dotyczących syna i córki. Tu sąd odwoławczy pokreślił, że sama wnioskodawczyni przyznała, że nie są oni zgodnym małżeństwem, a związek jest w rozkładzie; ponadto niespornym a istotnym jednocześnie jest fakt, że symptomy nieprawidłowego funkcjonowania związku miały miejsce jeszcze przed przyjazdem do P., albowiem z twierdzeń wnioskodawczyni wynika, że w przeszłości chciała ona rozwodu, gdyż uczestnik nie spełniał swoich obowiązków, a wnioskodawczyni czuła się przeciążona. Kolejnym istotnym elementem stanu faktycznego, w ocenie Sądu Okręgowego, jest także to, że syn małoletnich sprawia poważne problemy wychowawcze. Małżonkowie nie współpracują w sprawach syna, nie potrafią wypracować wspólnego stanowiska nawet w kwestii przedszkola, do którego małoletni ma uczęszczać. Mają rożne podejście do metod wychowawczych.

Zdaniem Sądu Okręgowego, powyższe elementy stanu faktycznego, zdecydowanie wskazują, że sprzeciw uczestnika wobec przeniesienia zarodków do organizmu wnioskodawczyni jawi się jako uzasadniony aktualną sytuacją życiową stron, ich sytuacją rodzinną, postawą rodzicielską. Natomiast stanowisko wnioskodawczyni nie znajduje oparcia w materiale zgromadzonym w sprawie, nie koresponduje z dobrem uczestnika, dzieci już powołanych do życia przez strony, a także nie koresponduje z dobrem mających się ewentualnie urodzić dzieci w drodze procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Stosownie bowiem do treści art. 95 § 3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny. Sąd odwoławczy podkreślił, że dziecko dla pełnego i harmonijnego rozwoju winno się wychowywać w środowisku rodzinnym, w atmosferze szczęścia, miłości. Takie bowiem warunki dają szanse na przygotowanie dziecka do życia w społeczeństwie. Tymczasem w realiach niniejszej sprawy, małżonkowie pozostają obecnie w ostrym konflikcie, a sytuacja ta jest ugruntowana. Nadto, co istotne zdaniem sądu odwoławczego, pojawianie się w przeszłości na świecie kolejnych dzieci było dla wnioskodawczyni i uczestnika sytuacją trudną, wywołującą napięcia, a wskazywany przez Angelikę P. brak wsparcia dla niej ze strony męża sprawił, że wówczas czuła się ona przeciążona.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Sąd Okręgowy zważył, że w aktualnej sytuacji życiowej wnioskodawczyni i uczestnik nie dają żadnych gwarancji co do zgodnego wykonywania władzy rodzicielskiej nad kolejnym dzieckiem/kolejnymi dziećmi urodzonymi w oparciu o procedurę medycznie wspomaganej prokreacji, nie dają gwarancji zapewnienia temu dziecku/dzieciom potrzeb emocjonalnych, a pojawienie się kolejnych dzieci/kolejnego dziecka może jedynie pogłębić konflikt między wnioskodawczynią i uczestnikiem, ze szkodą dla dzieci, które aktualnie posiadają. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, wobec separacji faktycznej i konfliktu między małżonkami, wnioskodawczyni nie może liczyć na takie wsparcie ze strony uczestnika, jakie uzyskiwałaby w sytuacji prawidłowo funkcjonującego małżeństwa.

Jednocześnie Sąd Okręgowy zauważył, że apelująca wykazała się pewną niekonsekwencją, albowiem z jednej strony w apelacji podniosła, że nie mają znaczenia dla losu zarodków problemy z dziećmi posiadanymi już przez strony, a z drugiej strony w apelacji wnioskodawczyni powołuje się na dobro małoletnich dzieci, które zdaniem apelującej mają prawo do poznania swojego rodzeństwa. Rozważając zatem kwestię dobra urodzonych już małoletnich dzieci stron, w aspekcie niniejszego wniosku, Sąd Okręgowy podzielił pogląd Sądu I instancji, że po pierwsze dobro małoletnich dzieci jest okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, a po drugie właśnie to dobro sprzeciwia się wnioskowi.

Reasumując Sąd Okręgowy zważył, że wniosek o zezwolenie na przeniesienie zarodków do organizmu Angeliki P. znajduje oparcie jedynie w emocjach i pragnieniach samej wnioskodawczyni, co w sytuacji konfliktu dóbr musiało ustąpić pola innym wartościom. Sąd odwoławczy wskazał, że w tych okolicznościach, a także biorąc pod uwagę fakt, że ustawa o leczeniu niepłodności zapewnia ochronę istniejącym zarodkom, brak jest podstaw do przyjęcia, że zaskarżone postanowienie narusza art. 30, 38 i 47 Konstytucji RP.

(iii) Sprawa o sygn. akt V RNs 170/21 Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa V Wydziału Rodzinnego i Nieletnich

23 lutego 2021 r. wnioskodawczyni Monika P. złożyła do Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa V Wydziału Rodzinnego i Nieletnich wniosek o wydanie zezwolenia na implantację do organizmu wnioskodawczyni (ur. 1977 r., 45 lat) trzech zarodków powstałych w ramach dawstwa partnerskiego z jej gamet żeńskich praz gamet męskich uczestnika Lorenzo R. (ob. Włoch) w Przychodni Lekarskiej N. w W., gdzie obecnie znajdują się ww. zarodki. Wskazała, że złożenie wniosku okazało się konieczne wobec braku zgody uczestnika na przeniesienie do jej organizmu zarodków powstałych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w wyniku połączenia komórek rozrodczych Moniki P. oraz Lorenzo R. (dawstwo partnerskie), jako podstawę żądania wskazując przepis art. 21 ust. 2 u.l.n.

Wskazała, że jej wiek i wynikający z niego stan jej organizmu nie pozwalają na powodzenie dalszych zabiegów zapłodnienia pozaustrojowego z wykorzystaniem jej materiału genetycznego, co oznacza, że zgoda sądu udzielona w tym postępowaniu w trybie art. 21 ust. 2 u.l.n. stanowi jej jedyną szansę na posiadanie potomstwa, noszącego jej materiał genetyczny.

We wniosku wskazała, że strony zawarły związek małżeński 27 czerwca 2009 r., zaś wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 grudnia 2017 r., sygn. akt XXIV C 949/16, zmienionym w zakresie orzeczenia o winie wyrokiem Sądu Apelacyjnego z 12 kwietnia 2019 r., sygn. akt I ACa 140/18, ich małżeństwo zostało rozwiązane przez rozwód. Uczestnik aktualnie pozostaje w innym stałym związku z Włoszką i posiada małoletniego syna, zaś wnioskodawczyni pozostaje w związku partnerskim i nie posiada potomstwa z nowego związku, a próby zapłodnienia pozaustrojowego podejmowane z jej obecnym partnerem w latach 2018-2020, zakończyły się niepowodzeniem. Sposób funkcjonowania związku małżeńskiego stron zdeterminowany był przez charakter pracy zarobkowej wykonywanej przez byłych małżonków: Monika P. pracowała w G. przy Biurze ONZ w G., a Lorenzo R. jest pułkownikiem we włoskiej armii. Przez cały związek nie mieli jednego, wspólnego miejsca zamieszkania, był to tzw. związek na odległość, mieszkali w Szwajcarii, Włoszech, Francji i Polsce, planowali powiększyć rodzinę i ostatecznie wspólnie zamieszkać we Włoszech. W 2012 r. w związku z podejrzeniem zaburzeń płodności wnioskodawczyni podjęła w Szwajcarii pierwszą terapię leczenia niepłodności. Wspólną terapię strony rozpoczęli w 2014 r. w klinice niepłodności w Warszawie. Początkowo terapia polegała na próbach inseminacyjnych, pod koniec listopada 2014 r. w wyniku jednej z nich Monika P. zaszła w ciążę, która zakończyła się poronieniem w styczniu 2015 r. W lutym 2015 r. wnioskodawczyni zgłosiła swoją kandydaturą do pracy w Ambasadzie RP przy S.A., którą otrzymała i miała rozpocząć we wrześniu 2015 r., dlatego

strony rozpoczęły poszukiwanie wspólnego mieszkania w Rzymie. W czerwcu 2015 r. strony przystąpili w warszawskiej klinice leczenia niepłodności do procedury in vitro. 3 lipca 2015 r. w ramach I etapu tej procedury wyrazili na piśmie zgodę na pobranie od nich komórek rozrodczych, jak również zgodę na połączenie tych komórek w celu stworzenia zarodków i ich następczej implantacji. Dokumenty były sporządzone w j. angielskim. Wobec planowanej przeprowadzki do Rzymu w 2015 r. i zmianą pracy strony zdecydowały, że przeniesienie zarodków do organizmu Moniki M. zostanie przeprowadzone dopiero pod koniec 2015 r. W związku z tym strony 6 lipca 2015 r. wyraziły zgodę na zamrożenie trzech zarodków powstałych z połączenia ich komórek rozrodczych zarodków. Umowa na zamrożenie embrionów została zawarta przez strony z kliniką tego samego dnia na rok, z możliwością jej przedłużenia na kolejne lata. Zabieg transferu zarodków był przekładany ze względów medycznych i ostatecznie zaplanowano go na luty 2016 r. W pierwszym tygodniu lutego 2016 r., na krótko przez planowanym zabiegiem Lorenzo R. telefonicznie poinformował wnioskodawczynię, że małżeństwo z nią uznaje za zakończone oraz że zamierza wnieść pozew o rozwód. Ostatecznie zabieg transferu zarodków do organizmu wnioskodawczyni nie został przeprowadzony. 4 kwietnia 2016 r. wnioskodawczyni skierowała do uczestnika ostateczne wezwanie do wyrażenia zgody na przeniesienie do jej organizmu zarodków powstałych w drodze procedury medycznie wspomagane prokreacji w ramach dawstwa partnerskiego (art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n.) pod rygorem wystąpienia do sądu o zgodę na przeniesienie zarodków, na co uczestnik nigdy nie odpowiedział wnioskodawczyni.

Obecnego partnera (od 2019 r. narzeczonego) Francesca wnioskodawczyni poznała w 2016 r., od 2018 r. pozostają w stałym związku i mieszkają w Rzymie. Mimo starań o wspólne potomstwo i specjalistycznej opieki medycznej, liczne próby nie przyniosły skutku. Po rozważeniu wszystkich możliwości para uznała, że jedyną słuszną etycznie, moralnie i psychologicznie, i uczuciowo decyzją będzie przyjęcie kolejno trzech embrionów wnioskodawczyni, uzyskanych w wyniku prowadzonej w formie dawstwa partnerskiego wnioskodawczyni i uczestnika procedury in vitro. Wnioskodawczyni wskazała, że w przypadku, gdyby implantacja zarodków do jej organizmu pomyślnie zakończyła się narodzeniem potomstwa, narzeczony wnioskodawczyni wypełni wobec narodzonych dzieci lub narodzonego dziecka wszystkie obowiązki wynikające z ojcostwa biologicznego. Jednocześnie wnioskodawczyni zadeklarowała, że ani ona, ani jej narzeczony nie będą wbrew woli uczestnika zabiegać o stworzenie lub utrzymanie relacji z dawcą materiału biologicznego, tj. uczestnikiem na jakiekolwiek płaszczyźnie.

W odpowiedzi na wniosek uczestnik w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie wniosku w całości na podstawie art. 1099 § 1 k.p.c. w związku z brakiem jurysdykcji krajowej sądu polskiego do rozstrzygnięcia sprawy. Wskazał, że niezrozumiałe dla niego jest pozwanie go przed sąd polski,

skoro zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych właściwy powinien być sąd włoski jako sąd miejsca zamieszkania uczestnika. Odnosząc się do wniosku merytorycznie wniósł o jego oddalenie. Wskazał, że żądanie wnioskodawczyni całkowicie zaskoczyło uczestnika, mając na uwadze fakt, że od wielu lat nie ma z nią żadnego kontaktu. Dodał, że po upływie ponad 5 lat od ostatniego kontaktu w sprawie procedury medycznie wspomaganej prokreacji (tj. wezwania z 8 kwietnia 2016 r.), uprawomocnieniu wyroku rozwodowego, kościelnym unieważnieniu małżeństwa, wnioskodawczyni zdecydowała się na kontynuację procedury zapłodnienia in vitro, rozpoczętej w całkowicie odmiennych okolicznościach. Uczestnik przyznał, że przystąpił do procedury in vitro w ramach tzw. dawstwa partnerskiego, kiedy strony były małżeństwem i planowały posiadanie wspólnego potomstwa, które miało być wychowywane wspólnie w pełnej rodzinie. W ocenie uczestnika brak jest możliwości zastosowania przepisu art. 21 ust. 2 u.l.n. w sytuacji rozpadu związku, w ramach którego doszło do rozpoczęcia procedury medycznie wspomaganej prokreacji w ramach dawstwa partnerskiego. Ustawa nie zezwala na stosowanie metod wspomaganej prokreacji przez osobę samotną. Podobnie, przepisy ustawy nie przewidują możliwości zmiany procedury z dawstwa partnerskiego na dawstwo inne niż partnerskie – czyli sytuacji w jakiej znalazły się strony niniejszego postępowania. W związku z tym, że strony nie pozostają ani w związku małżeńskim, ani nie pozostają we wspólnym pożyciu, nie ma możliwości kontynuowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji w ramach dawstwa partnerskiego i w konsekwencji brak jest podstaw wydawania przez sąd zezwolenia na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. Kontynuowanie procedury w ramach dawstwa partnerskiego z innym partnerem niż dawca stanowiłoby obejście przepisów ustawy. Zdaniem uczestnika, wydanie zezwolenia na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. możliwe jest tylko w przypadku pozostawania przez biorczynię w związku z mężem (art. 21 ust. 1 pkt 3 u.l.n. – dawstwo inne niż partnerskie) lub dawcą komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego - co należy odnieść do art. 21 ust. 1 pkt. 2 u.l.n. Powyższe stanowisko ma uzasadnienie aksjologiczne – trwały rozpad związku małżeńskiego stron nie daje możliwości wspólnego wychowywania potomstwa przez oboje rodziców.

Uczestnik dodał, że nawet jeżeli przyjąć, że rozpad związku nie stoi na przeszkodzie kontynuowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji w ramach dawstwa partnerskiego to i tak okoliczności tej sprawy uzasadniają oddalenie wniosku. Leczenie niepłodności stosownie do art. 4 u.l.n. jest prowadzone z poszanowaniem godności, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia zdrowia, dobra i praw dziecka. W tej sprawie, wobec faktu, że strony pozostają w trwałych związkach z innymi partnerami dziecko urodzone na skutek zezwolenia wydanego przez sąd będzie pozbawione możliwości dorastania z własnym ojcem.

Od urodzenia będzie skazane na wychowywanie się w rozbitej rodzinie, ponieważ jego biologiczny ojciec – bez swojej winy – nie będzie mógł być uczestnikiem jego codziennego życia. Co więcej, od urodzenia, dziecko uczestnika będzie musiało żyć z osobą, która nie jest jego ojcem. Uwzględnienie wniosku będzie równoznaczne z naruszeniem prawa dziecka do życia w rodzinie. Również dzieci uczestnika nie będą mogły żyć i mieszkać z rodzeństwem przyrodnim. Pojawia się jednocześnie pytanie w jaki sposób wytłumaczyć im, że tata ma inne dzieci, które są młodsze od nich i mieszkają w innym kraju; cała rodzina uczestnika będzie odczuwała negatywne skutki uwzględnienia wniosku inicjującego postępowanie.

Co więcej jak strony przystąpiły do procedury in vitro, ustawa o leczeniu niepłodności jeszcze nie obowiązywała i uczestnik nie miał wiedzy, że może dojść do transferu zarodka bez jego zgody i ingerencji w tym zakresie sądu.

Uczestnik wyraźnie podkreślił, że nie wyraża zgody, aby jego dzieci były wychowywane bez jego obecności oraz aby to narzeczony wnioskodawczyni wypełnił wszystkie obowiązki wynikające z ojcostwa biologicznego. Trudna do zaakceptowania jest oferta tego, że wnioskodawczyni i jej narzeczony nie będą zabiegać o stworzenie lub utrzymanie relacji z dawcą materiału biologicznego na jakiejkolwiek płaszczyźnie. Wskazał, że ojcostwo jest dla niego kwestią wyjątkowo istotną i nie jest w stanie zaakceptować tego, że może zostać zmuszony do bycia ojcem przez sąd w sytuacji, w której nie będzie mógł faktycznie wywiązywać się z obowiązków jakie ciąża na ojcu. Wskazał, że decyzja o posiadaniu potomstwa jest podstawowym prawem człowieka i w jednakowym stopniu dotyczy ona matki i ojca, co potwierdza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Uczestnik powołał się na orzeczenie Evans v. Wielka Brytanii, który stwierdził, że ojcostwo nie może być narzucane i uznał, że decyzja o wycofaniu zgody na przechowywanie czy użycie tych zarodków nie łamie zasad Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zdaniem Trybunału prawo ojca do poszanowania decyzji o posiadaniu potomstwa powinno mieć większą wagę niż prawo do posiadania genetycznie spokrewnionego dziecka przez matkę. Badając sprawę Trybunał ustalił, że procedura zapłodnienia pozaustrojowego została wszczęta jedynie na tej podstawie, że związek będzie kontynuowany, a narodzone dziecko będzie wychowywane przez oboje rodziców. Zakładając równe prawa ojca i matki takie stanowisko jawi się jako jedynie słuszne. Trudno byłoby oczekiwać, że możliwe jest zmuszenie kobiety do urodzenia dziecka w przypadku, kiedy po rozpadzie związku to ojcu zależy na tym, żeby wykorzystać zarodek powstały z jego komórek rozrodczych. Nawet w sytuacji, gdyby (np. na skutek urazu czy choroby) była to jedyna możliwość posiadania przez niego potomstwa. Podobnej argumentacji, tj. powołania się na prawo do tego, aby pozostać lub nie pozostać rodzicem użył Trybunał w sprawie 46470/11 zakończonej wyrokiem 27 sierpnia 2015 r. (Adelina Parrillo v. Włochom). Zdaniem Trybunału nie jest możliwe przekazanie ludzkich zarodków na cele

badań naukowych bez zgody dawcy komórek (który zmarł). Zasada ochrony prawa do „życia prywatnego" w rozumieniu art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. obejmuje m.in. prawo do samookreślenia się. Pojęcie to obejmuje również prawo do poszanowania decyzji by zostać lub nie zostać rodzicem. Z przepisu art. 8 Konwencji Trybunał wywiódł prawo do poszanowania decyzji, aby być albo nie być rodzicem (*right to respect for both decisions to become and not to become a parent*). Niedługo potem wprost uznał za wyraz życia prywatnego i rodzinnego chronionego w art. 8 EKPC prawo pary do poczęcia i do skorzystania w tym celu z medycznie wspomaganej prokreacji. Uczestnik wskazał, że wydanie przez sąd orzeczenia, które nie uwzględnia uzasadnionej odmowy wyrażenia zgody na transfer zarodka uzyskanego z komórek rozrodczych uczestnika prowadziłoby do naruszenia art. 8, art. 12 EKPC i art. 47 Konstytucji RP. Uczestnik ma niezbywalne prawo do decydowania o tym czy chce być ojcem i posiadać potomstwo. Nie można zmuszać uczestnika do tego, aby był ojcem, a jednocześnie nie mógł prowadzić życia rodzinnego ze swoim dzieckiem.

Ponadto, uczestnik zwrócił uwagę na aktualny stan prawny obowiązujący w kraju ojczystym uczestnika, tj. prawo włoskie. Zgodnie z ustawą 40/2004 o wspomaganym zapłodnieniu nie jest możliwe zamrażanie embrionów, z wyjątkiem przypadków, w których przeniesienie embrionów jest niemożliwe ze względu na poważny i udokumentowany stan zdrowia kobiety, którego nie można było przewidzieć w momencie zapłodnienia. W tej sprawie zaś zarodki są już zamrożone od ponad pięciu lat, a nieznane są ryzyka dla przyszłego dziecka wieloletniego stanu „zamrożenia" embrionu.

Uczestnik dalej zauważył, że zgodnie z wnioskiem dla wnioskodawczyni absolutnym priorytetem jest posiadanie potomstwa. W ocenie uczestnika takie postawienie sprawy jednoznacznie potwierdza, że wnioskodawczyni całkowicie pomija interesy innych osób, a w szczególności dobro dziecka kierując się wyłącznie własnymi potrzebami.

W replice wnioskodawczyni wskazała, że w świetle ustawy fakt pozostawania lub niepozostawania w związku małżeńskim, jest prawnie irrelewantny. Wprowadza się bowiem rozróżnienie na dawstwo partnerskie, zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 8 u.l.n. oraz inne niż partnerskie (którego definicji brak, zatem trzeba pod tym pojęcie rozumieć wszelkie przypadki dawstwa, które nie spełniają ww. kryteriów). Pojawia się jednak pytanie, czy w przypadku osób rozwiedzionych lub byłych konkubentów regulacja ta dalej będzie adekwatna i będzie można mówić o dawstwie partnerskim. Z pewnością nie będzie można uznać tego stanu rzeczy za dawstwo inne niż partnerskie, z którym mamy do czynienia, gdy co najmniej jedna z komórek rozrodczych pochodzi od anonimowego dawcy. W ocenie wnioskodawczyni adekwatny jest moment, w którym rozpoczęto procedurę medycznie wspomagane prokreacji, zatem odwoływać się trzeba do regulacji uwzględniających dawstwo partnerskie. O ile zatem konsekwencje przewidzianego w art. 21 ust. 1

pkt. 1 u.l.n. cofnięcia zgody można by określić jako bezwzględne, tj., nie istnieją dalsze prawne możliwości działania, to o tykle w sytuacji opisanej w art. 21 ust. 1 pkt 2 ustawy istnieje możliwość „przełamania" stanowiska dawcy (art. 21 ust. 2 ustawy). W przypadku małżonków można jeszcze dopatrzeć się w tym przepisie refleksu instrumentu zawartego w art. 24 k.r.o., według którego w braku porozumienia co do istotnych spraw rodziny każdy z małżonków może zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie. Tymczasem przewidziany w art. 21 ust. 2 u.l.n. charakter zezwolenia sądu wydaje się odmienny. Kreuje on bowiem zezwolenie na przeniesienie zarodka, do którego musi dojść. Stany faktyczne spraw, które dotychczas zawisały przed różnymi sądami w podobnych sytuacjach, potwierdzają, zdaniem wnioskodawczyni, że nie wszystkie okoliczności da się ująć in abstracto w aktach prawnych. Zachodzi tutaj konflikt prawa mężczyzny do „nie zostania ojcem mimo woli" oraz kobiety do macierzyństwa i posiadania genetycznego potomstwa oraz prawo do stworzenia możliwości jego wychowania przez jednego z biologicznych rodziców w nowej pełnej rodzinie. Ponadto wskazała, że będące efektem uzgodnień stron w okresie ich wspólnego pożycia małżeńskiego stworzenie zarodków nowego życia wymaga ostatecznego rozstrzygnięcia. Wnioskodawczyni podkreśliła, że macierzyństwo w znaczeniu posiadania potomstwa narodzonego z tych konkretnych embrionów, biologicznie z nią spokrewnionych, ma dla niej znaczenie priorytetowe w jej sytuacji życiowej.

Niestety, Sąd nie rozpoznał merytorycznie wniosku, uwzględniając zarzut uczestnika braku jurysdykcji krajowej i postanowieniem z 7 marca 2022 r., sygn. akt V RNs 170/21 odrzucił wniosek. W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia sąd wskazał, że doszedł do przekonania, że w przedmiotowej sprawie zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012 jurysdykcja krajowa przysługuje sądowi włoskiemu, ponieważ uczestnik ma miejsce zamieszkania na terytorium Włoch. Postanowienie jest prawomocne z dniem 5 maja 2022 r. i nie zostało zaskarżone przez strony.

Z analizy powyższych spraw niewątpliwie wynika, że postępowania toczące się na skutek wniosków kobiet o wyrażenie zgody na transfer zarodka w przypadku sprzeciwu mężczyzny, będącego dawcą komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego dotyczą spraw szczególnie wrażliwych oraz dotykają nie tylko zagadnień prawnych, ale również etycznych i moralnych. Są to tego typu sprawy, w których niezależnie od tego jak bardzo sąd chce pozostać obiektywny i bezstronny, jego własne poglądy, wyznawane wartości i aksjologia będą mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Widać to wyraźnie w analizowanych orzeczeniach.

Wielokrotnie było już podnoszone, że w sprawach tych sąd musi zważyć dwie wartości: kobiety pragnącej zostać matką, która chce posiadać dziecko pochodzące genetycznie od niej oraz mężczyzny, który z bardzo różnych względów nie chce zostać ojcem. Oprócz tego zawsze trzeba

mieć na uwadze dobro dziecka, które ma się urodzić wskutek transferu. Na tle polskiej ustawy o leczeniu niepłodności nie jest możliwe, aby samotne kobiety mogły starać o dziecko, które pochodziłyby genetycznie od nich za pomocą wspomaganego rozrodu. Dlatego też, są one niejako „zmuszone" walczyć o możliwość transferu już istniejącego zarodku, bo same bez udziału męża/partnera nie mogłyby stworzyć zarodku z użyciem nasienia anonimowego dawcy oraz własnej komórki jajowej, który mógłby później podlegać transferowi. *De lege lata* nie ma takiej możliwości – co skutkuje koniecznością rozstrzygania przez sądy w takich sprawach. Gdyby taka możliwość istniała, przynajmniej w części spraw nie byłoby konieczności „zmuszania" dawcy komórek rozrodczych do zostania ojcem mimo jednoznacznej i kategorycznej odmowy na transfer, ponieważ kobieta miałaby inną ścieżkę, aby zostać matką i posiadać genetycznie związane z nią potomstwo. W części spraw jednak nawet taka możliwość nie zdołałaby zapobiec sporom stron, ponieważ część kobiet z uwagi na wiek lub stan zdrowia nie byłyby w stanie ponownie poddać się procedurze in vitro i jedyną możliwą opcją zajścia w ciążę jest dokonanie transferu już istniejącego zarodka. Poza tym, dla wielu kobiet z uwagi na wyznawaną przez nie aksjologię utworzone już zarodki rzeczywiście stanowią zapoczątkowane życie i niezależnie od własnego pragnienia zostania matką, chcą one zapewnić tym zarodkom możliwość dalszego rozwoju, który doprowadzi do ich urodzenia i wychowania przy matce biologicznej.

Zwłaszcza analiza pierwszej sprawy o sygn. VI RNs 677/19 wskazuje na to, że kluczowe w niej było właśnie ustalenie, kiedy mamy już do czynienia z nasciturusem. Ze stanowiska sądu jasno wynika, że do powstania jego doszło w maju 2018 r., kiedy powstał zarodek, któremu przysługuje od tego momentu ochrona. Przy sporze wartości dania możliwości zostania rodzicem i kontynuowania transferu z odmową zgody przez drugiego dawcę komórek rozrodczych, z którego powstał zarodek w świetle tej sprawy zdecydowanie „wygrała" opcja umożliwienia dokonania transferu istniejącego zarodka, z którego może urodzić się dziecko, nawet jak drugi rodzic kategorycznie nie chce zostać rodzicem. Pomimo, że w sprawie tej między stronami był silny konflikt, orzekający sąd nie miał wątpliwości, że wniosek kobiety zasługiwał na uwzględnienie i należy jej umożliwić dokonanie transferu zarodka, stworzonego z jej komórki jajowej. Co ciekawe, sąd uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że z uwagi na panujące obecnie relacje, wnioskodawczyni liczy się z tym, że będzie sama wychowywać dziecko. Sąd zaakceptował tym samym sytuację, w której dziecko urodzi się od początku w niepełnej rodzinie i możliwe, że nie będzie miało relacji z ojcem, który w sposób jasny wyraził swoje stanowisko, że nie chce mieć nic wspólnego z żoną i jego priorytetem jest na nowo ułożenie sobie życia z nową partnerką. Pomimo tego sąd zważył jednak, że wartość jaką jest urodzenie się dziecka, które będzie wychowywane przez biologiczną matkę przewyższa w tej konkretnej sprawie wartość jaką jest wychowywanie się dziecka w pełnej rodzinie. Z rozważań

prawnych sądu wynika również, że prawo uczestnika do niezostania rodzicem nie może uzasadniać oddalenia wniosku o wyrażenie zgody na transfer i nie jest to wartość zasługująca w tej sprawie na ochronę w porównaniu z prawem wnioskodawczyni do urodzenia swojego dziecka.

Sąd również podkreślił, że uczestnik bez żadnych konsekwencji mógł wycofać się z procedury in vitro do czasu utworzenia zarodka, zaś cofnięcie zgody już po utworzeniu zarodka powinno być związane z sytuacjami zupełnie wyjątkowymi. Sąd nie dopatrzył się, aby taka wyjątkowa sytuacja nastąpiła w tej sprawie. Uczestnicy trwali w decyzji o powiększeniu rodziny przez wiele lat i sąd wskazał, że nie można zaakceptować nagłej zmiany stanowiska uczestnika spowodowanej emocjami. Z punktu widzenia tezy niniejszej pracy kluczowe jest stwierdzenie przez sąd, że trzeba mieć na względzie również szacunek dla powstałego zarodka oraz stanowisko uczestniczki, która jako matka biologiczna ma pierwszeństwo do transferu zarodka. Sąd dalej wskazał, że ustawodawca – respektując wartość, jaką jest życie ludzkie, godność człowieka oraz dobro i prawa dziecka – przyjmuje, że sytuacje w których zarodek nie zostanie przeniesiony do organizmu kobiety, mają charakter wyjątkowy. Podnoszone przez uczestnika argumenty dotyczące tego, że dziecko ma prawo do wychowania w rodzinie opartej na małżeństwie albo w środowisku możliwie najbardziej do niej zbliżonym, a obecne relacje wnioskodawczyni i uczestnika nie rokują na trwanie małżeństwa, zatem nie może dojść do transferu zarodka – nie mogą być uwzględnione. Sąd jednoznacznie uznał, że ustawodawca traktuje zarodek jako poczęte życie ludzkie, które podlega szczególnej ochronie i nie może być niszczone, zaś przekazanie zarodka do dawstwa zarodków może być możliwe dopiero po 20-letnim okresie przechowywania, lub po śmierci obojga dawców zarodka. Wskazał, że w przedmiotowej sprawie doszło już do powstania zarodka – zatem w ocenie sądu uczestnik powinien ponieść konsekwencje swoich decyzji i starać się być jak najlepszym ojcem dla dziecka, a nie pozbawić już istniejący zarodek prawa do życia, a matkę biologiczną możliwości urodzenia własnego dziecka. Sąd w tej sprawie dość w wyraźny sposób negatywnie ocenił postawę uczestnika, która w ocenie sądu nie mogła zasługiwać na ochronę prawną.

Jakkolwiek całkowicie na aprobatę zasługuje jednoznaczna konstatacja sądu, że zarodek zasługuje na ochronę, ponieważ już od momentu jego utworzenia mamy do czynienia z poczętym życiem ludzkim, to z pewnością nie można zgodzić się na postawienie znaku równości pomiędzy oddaleniem wniosku, a pozbawieniem istniejącego zarodka prawa do życia. Nie można zapominać, że ustawodawca w ustawie o leczeniu niepłodności zakazał niszczenia zarodków, co oznacza, że w przypadku dojścia przez sąd do przekonania, że w okolicznościach danej sprawy dobro dziecka oraz wyważenie wszystkich wartości przemawia za oddaleniem wniosku, taki zarodek nie zostanie zniszczony. Będzie on przechowywany wówczas w banku komórek rozrodczych i zarodków, nie dłużej niż 20 lat, po czym zostanie z mocy prawa przekazany do dawstwa zarodka (por. art. 21 ust. 3

pkt 1 u.l.n.). Ostatecznie więc zgodnie z założeniem ustawy o leczeniu niepłodności zarodek taki nawet w przypadku oddalenia wniosku będzie miał szansę na rozwój i urodzenie, jednak może to zostać znacznie odsunięte w czasie oraz nie urodzi się on w rodzinie genetycznie z nim związanej.

Uczestnik w apelacji wywodził, że decyzja o urodzeniu i posiadania dziecka powinna zostać podjęta przez oboje małżonków i konsekwencją toku rozumowania sądu I instancji jest de facto narzucenie uczestnikowi posiadania dziecka. Należy jednak zwrócić uwagę, że do takiego skutku właśnie doprowadza uwzględnienie wniosku: mężczyzna, który nie zgadza się na transfer zostanie ojcem pomimo swojego sprzeciwu (oczywiście w razie pomyślnego transferu, rozwoju ciąży i urodzenia się dziecka). Na mocy decyzji ustawodawcy, to właśnie sądowi przyznano uprawnienie do przełamania woli mężczyzny i wbrew jego sprzeciwowi umożliwiono wyrażenie zgody zastępczej na transfer zarodka. W tej sprawie sąd oparł swoje rozstrzygnięcie na ustaleniu, że do powstania zarodka stron doszło już w maju 2018 r., kiedy strony pozostawały jeszcze w związku małżeńskim i wspólnie starały się o dziecko, dlatego rozwód stron i aktualna sytuacja nie pozostaje w związku z postępowaniem o wyrażenie zgody na transfer zarodka, zwłaszcza, że rozwód na moment orzekania w przedmiocie wniosku nie był prawomocnie orzeczony. W sprawie tej sąd stanął na stanowisku przyjmując za wnioskodawczynią, że dbałość o dobro dziecka nakazuje rozstrzygnąć, że to, aby dziecko w ogóle miało szansę urodzić się i w ogóle być jest wyższym dobrem dziecka niż to, aby dziecko mogło się urodzić i wychowywać w swojej pełnej biologicznej rodzinie.

Na kanwie tej sprawy należy również zwrócić uwagę, że na skutek wykonania przez wnioskodawczynię transferu na podstawie nieprawomocnego, jednak wykonalnego postanowienia, sąd II instancji nie pochylił się merytorycznie nad zarzutami uczestnika, dochodząc do wniosku, że postępowanie apelacyjne należy umorzyć. Należy się zastanowić, czy wydanie przez sąd w tego typu sprawach postanowienia w przedmiocie stwierdzenia wykonalności jest w ogóle dopuszczalne. Sąd nie wskazał podstawy prawnej na podstawie której stwierdził wykonalność postanowienia, jednak niewątpliwie stanowił ją przepis art. 578 § 1 k.p.c., zgodnie z którym postanowienia sądu opiekuńczego są skuteczne i wykonalne z chwilą ich ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania. Jest to wyjątek od zasady przewidzianej w postępowaniu nieprocesowym, w przepisie art. 521 § 1 k.p.c., która stanowi, że jeżeli przepis szczególny inaczej nie stanowi, postanowienie orzekające co do istoty sprawy staje się skuteczne, a jeżeli wymaga wykonania – także wykonalne, po uprawomocnieniu się. Oznacza to, że sąd opiekuńczy stwierdzając wykonalność swojego orzeczenia jest do tego zobligowany i nie posiada w tym zakresie luzu decyzyjnego. Wskutek tego dochodzi jednak do proceduralnego absurdu, jak w tej sprawie, kiedy przed merytorycznym rozpoznaniem zarzutów apelacji zostają wywołane całkowicie nieodwracalne skutki, prowadząc do umorzenia postępowania odwoławczego jako zbędnego. Uczestnik w konsekwencji został

pozbawiony możliwości instancyjnej kontroli zapadłego przed sądem opiekuńczym orzeczenia i najprawdopodobniej na podstawie nieprawomocnego postanowienia został mimo wyraźnego sprzeciwu wyrażonego w apelacji ojcem (na rozprawie apelacyjnej wnioskodawczyni była już w piątym miesiącu ciąży, zatem transfer zakończył się powodzeniem).

Trzeba zauważyć, że ustawodawca zauważył w niektórych przypadkach konieczność odstąpienia od zasady wyrażonej w art. 578 § 1 k.p.c. Wyjątki od zasady natychmiastowej skuteczności i wykonalności postanowień sądu opiekuńczego zawarte są w przepisach: art. 561 § 1 k.p.c. (zezwolenie na zawarcie małżeństwa kobiecie niemającej ukończonych lat osiemnastu); art. 579 k.p.c. (postanowienia w sprawach o powierzenie wykonywania, ograniczenie, zawieszenie, pozbawienie i przywrócenie władzy rodzicielskiej, ustalenie, ograniczenie albo zakazanie kontaktów z dzieckiem); art. 583 k.p.c. (zezwolenia na dokonanie przez rodziców czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka lub na wyrażenie przez rodziców zgody na dokonanie takiej czynności przez dziecko); art. 584 k.p.c. (postanowienie o nadaniu dziecku nazwiska); art. 588 k.p.c. (postanowienie orzekające przysposobienie); art. 593 k.p.c. (zezwolenia we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby lub majątku osoby pozostającej pod opieką) i art. 597 k.p.c. (postanowienie w przedmiocie upoważnienia opiekuna do pobrania wynagrodzenia z dochodów lub majątku osoby pozostającej pod opieką). Postanowienia te stają się skuteczne i wykonalne po uprawomocnieniu się. *Ratio legis* ustawodawcy jest tutaj oczywiste, tj. uniknięcie sytuacji, w której dojdzie do nieodwracalnych skutków prawnych na mocy nieprawomocnego postanowienia sądu opiekuńczego orzekającego co do istoty, przed rozpoznaniem apelacji. Do takiej sytuacji dochodzi jednak i to najprawdopodobniej w najbardziej jaskrawy sposób właśnie w sytuacji wykonania nieprawomocnego, aczkolwiek wykonalnego postanowienia sądu opiekuńczego zezwalającego na dokonanie transferu zarodka do organizmu biorczyni na podstawie art. 21 ust. 2 ustawy o leczeniu niepłodności. O ile bowiem w powyżej wymienionych przypadkach odstępstw od wykonalności postanowień sądu opiekuńczego przed ich uprawomocnieniem, możliwe byłoby odwrócenie lub zmienienie skutków prawnych wywołanych wykonaniem postanowienia, aczkolwiek z pewnością utrudnione, o tyle w przypadku pomyślnego transferu zarodka i urodzenia wskutek tego dziecka, nie ma absolutnie możliwości odwrócenia powstałych skutków prawno-rodzinnych.

Oznacza to, że *de lege lata* zawsze w przypadku wydania przez sąd opiekuńczy postanowienia zezwalającego na dokonanie transferu zarodka, które w myśl przepisu art. 578 § 1 k.p.c. jest skuteczne i wykonalne z chwilą ogłoszenia, zaś wykonalność orzeczenia sąd stwierdza z urzędu (art. 578^1 § 3 k.p.c.) i jego wykonania przez wnioskującą kobietę, mężczyzna jest w istocie pozbawiony możliwości merytorycznego rozpoznania złożonej przez siebie apelacji. W konsekwencji postępowanie apelacyjne będzie podlegało umorzeniu przez sąd odwoławczy jako zbędne, pomimo

że zarzuty zawarte w apelacji mogą być jak najbardziej zasadne, a co więcej dotykają najbardziej wrażliwych dla uczestnika kwestii związanych z jego prawem do autonomii i decydowania o tym, czy chce być ojcem. Wykonanie takiego postanowienia tworzy więzi prawnorodzinne, które w dużej mierze determinują całe życie zainteresowanych. Luka prawna w tym zakresie i nieprzewidzenie przez ustawodawcę możliwości odstąpienia przez sąd opiekuńczy od zasady wyrażonej w art. 578 k.p.c. w sprawach rozpoznawanych na podstawie ustawy o leczeniu niepłodności jest bardzo wyraźna i niebezpieczna w kontekście skutków prawnych, jakie wywołują wydane w tym przedmiocie postanowienia sądów opiekuńczych. Uczestnik niewątpliwie powinien mieć zapewnioną możliwość rozpoznania złożonego przez siebie środka odwoławczego.

Można nawet rozważyć, czy w takim stanie faktycznym wchodziłoby w rachubę pociągnięcie Skarbu Państwa do odpowiedzialności odszkodowawczej. Gdyby uznać, że uczestnik podniósł w apelacji zasadne zarzuty, których merytoryczne rozpoznanie doprowadziłoby do uchylenia zaskarżonego postanowienia albo jego zmiany poprzez oddalenie wniosku o dokonanie transferu i mógłby to wykazać, szkoda obejmowałaby 100% alimentów, które będzie musiał płacić na dziecko. Należy pamiętać, że w tym stanie faktycznym badania genetyczne wykazały mozaikowość zarodka i nie zostało przez genetyków stwierdzone z pewnością, że dziecko nie będzie posiadało wad genetycznych. Z zeznań świadka będącej lekarzem prowadzącym parę w klinice leczenia niepłodności oraz dokumentów prywatnych wynikało jedynie to, że pomimo stwierdzonej mozaikowości zarodka jest możliwe urodzenie dziecka bez wad genetycznych. Słusznie jednak podniesiono w apelacji, że kwestia ta stanowi wiadomości specjalne w rozumieniu k.p.c. i sąd powinien był rozważyć dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Nie jest bowiem wykluczone, że dziecko, które urodziło się wskutek transferu zarodka posiada wady genetyczne, co wiąże się z dodatkowymi kosztami, które uczestnik jako ojciec jest zobowiązany ponieść na równi z matką. Podstawę prawną takiego roszczenia odszkodowawczego mógłby stanowić przepis art. 417^2 k.c., statuujący odpowiedzialność na zasadzie słuszności w przypadku zgodnego z prawem wykonywania władzy publicznej. Ewentualnie można również rozważyć, czy w przypadku wytoczenia przez wnioskodawczynię – matkę dziecka przeciwko uczestnikowi powództwa o zasądzenie alimentów na rzecz dziecka, sąd mógłby je oddalić na podstawie przepisu art. 5 k.c. Biorąc pod uwagę szczególnie wyjątkowe okoliczności tej sprawy, można by uznać, że żądanie od uczestnika alimentów stanowi nadużycie prawa podmiotowego. Zarzut taki można by jednak brać pod rozwagę jedynie w stosunku do matki dziecka, na pewno jednak nie do małoletniego dziecka, które w żaden sposób nie zawiniło zaistniałej sytuacji i jak najbardziej ma prawo domagać się alimentów od swojego ojca, nawet jeżeli ten konsekwentnie odmawiał wyrażenia zgody na transfer zarodka. Zresztą wskazać trzeba na treść przepisu art. 144^1 k.r.o., zgodnie z którym: „Zobowiązany może uchylić się

od wykonania obowiązku alimentacyjnego względem uprawnionego, jeżeli żądanie alimentów jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie dotyczy to obowiązku rodziców względem ich małoletniego dziecka." Należy dodać, że przed wprowadzeniem tej regulacji orzecznictwo dopuszczało możliwość oddalenia powództwa o alimenty na podstawie art. 5 k.c. Komentowany przepis – jako *lex specialis* do art. 5 k.c. – stanowi samodzielną podstawę prawną do oddalenia powództwa w sprawach o alimenty, jeżeli w okolicznościach konkretnego przypadku żądanie przez uprawnionego alimentów zostanie ocenione jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Jednoznacznie niedopuszczalne jest zatem powoływanie się na nadużycie prawa podmiotowego przez ojca w przypadku żądania alimentów na rzecz dziecka.

Powyższy stan faktyczny jednoznacznie dowodzi, że w tych sprawach sądy nie powinny wydawać postanowień stwierdzających wykonalność orzeczeń zezwalających na transfer zarodka przed ich uprawomocnieniem – nawet jeżeli *de lege lata* istnieje do tego podstawa prawna[655]. Nie ulega natomiast wątpliwości *de lege ferenda*, że ustawodawca powinien jak najszybciej wprowadzić przepis, w którym odstąpi od zasady wyrażonej w art. 578 k.p.c. przywracając zasadę z art. 521 k.p.c. w przypadku postanowień wyrażających zgodę na dokonanie transferu zarodka do organizmu biorczyni. Zagadnienie to jednak znacznie wykracza poza temat tej pracy i zostało w tym miejscu jedynie zasygnalizowane.

Mimo że sądy opiekuńcze w dwóch pierwszych sprawach wydały odmienne rozstrzygnięcia, tj. w sprawie VI RNs 677/19 Sąd Rejonowy dla Warszawy Żoliborza w Warszawie VI Wydział Rodzinny i Nieletnich wyraził zgodę na transfer zarodka, zaś w sprawie III RNs 836/18/P Sąd Rejonowy dla Krakowa - Podgórza w Krakowie, III Wydział Rodzinny i Nieletnich oddalił wniosek o wyrażenie zgody na transfer zarodka, nie oznacza to, że ich rozważania prawne wzajemnie się wykluczają. Oba sądy w istocie oparły się na tych samych filarach i rozważały podobne przesłanki, jednak z uwagi na znacznie zróżnicowane stany faktyczne doszły ostatecznie do skrajnie odmiennych wniosków, co doprowadziło do wydania różnych rozstrzygnięć. Już teraz trzeba podkreślić, że nie można tutaj zastosować zero-jedynkowego schematu myślenia, że skoro w drugiej sprawie wniosek oddalono, oznacza to, że sąd ten nie uznał zarodka za nasciturusa, który zasługuje na ochronę prawną i z tych przyczyn wniosek oddalił.

Trzeba podkreślić, że dotąd tylko w sprawie III RNs 836/18/P, w której Sąd Rejonowy dla Krakowa - Podgórza w Krakowie, III Wydział Rodzinny i Nieletnich oddalił wniosek o wyrażenie

[655] Por. w tym kontekście rozważania Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu postanowienia z 30.04.1997 r., który doszedł do wniosku, że „do postanowień sądu opiekuńczego co do istoty sprawy, zapadłych w sprawach dotyczących ochrony zdrowia psychicznego, nie ma zastosowania art. 578 k.p.c.", III CKU 22/97, OSNC 1997, Nr 9, poz. 139. Do takiego samego wniosku należy zdecydowanie dojść w przypadku postanowienia sądu opiekuńczego wyrażającego zgodę na transfer zarodka w trybie ustawy o leczeniu niepłodności.

zgody na transfer zarodka doszło do merytorycznego rozpoznania apelacji przez sąd II instancji w tego typu sprawach, która ostatecznie została oddalona. Z tej przyczyny rozważania prawne Sądu Okręgowego w Krakowie, poczynione w sprawie o sygn. akt XI 1 Ca 468/19 stanowią ważną wskazówkę, jakimi przesłankami sąd opiekuńczy powinien się kierować rozstrzygając tego typu sprawy.

Już na początku rozważań prawnych Sąd Okręgowy wskazał, że ustawodawca, mając na uwadze godność istoty ludzkiej uznaje, że okoliczności, w ramach których nie dojdzie do przeniesienia zarodków do biorczyni mają charakter ekstraordynaryjny. Zasadą jest zatem wyrażenie zgody na transfer, zaś tylko w razie wystąpienia wyjątkowych okoliczności w danej sprawie sąd może wniosek oddalić. Sąd ten wskazał, że przepis art. 21 ust. 2 u.l.n. należy interpretować w świetle praw i obowiązków małżonków, w szczególności pojęcia „istotnych spraw rodziny". O tym, czy przeniesienie zarodków jest istotną sprawą rodziny, decydować będzie przede wszystkim ocenione ad casum jej znaczenie dla konkretnej rodziny. Udzielenie zgody przez sąd na przeniesienie zarodków m wywołuje tym samym skutki w zakresie prawa rodzinnego a odmowa udzielenia zgody ma doniosłe znaczenie. Sąd Okręgowy wskazał, że sąd I instancji słusznie rozpatrywał sprawę niejako posiłkując się szeroko pojmowanym kryterium dobra rodziny i poszczególnych jej członków, a także dobrem dzieci mających się narodzić. Z pewnością bowiem pojawienie się kolejnego dziecka jest istotną sprawą, która obejmuje wszystkich członków rodziny, gdyż przeniesienie zarodka wiąże się z doniosłymi konsekwencjami w zakresie szeroko pojmowanych relacji prawo-rodzinnych. Nie ulega zatem wątpliwości, że kluczowe jest każdorazowe dokładne zbadanie wszystkich okoliczności sprawy w aspekcie dobra dziecka, które ma się urodzić wskutek transferu, jak również sytuacji faktycznej danej rodziny, tj. wnioskodawczyni i uczestnika i ewentualnie już posiadanych przez nich dzieci.

W przypadku odmówienia wydania zezwolenia na przeniesienie zarodka, sąd opiekuńczy musi mieć zawsze na względzie szczególne okoliczności w konkretnej sprawie, które wpływają na wskazaną odmowę. Sąd prawidłowo zważył, że w tych sprawach należy oprzeć się na dwóch filarach i wyróżnił wartości jakimi są poszanowanie autonomii woli strony, która miałaby zostać rodzicem oraz dobro mającego się narodzić dziecka. Trafnie wskazano, że poszanowanie autonomii woli strony mającej zostać rodzicem polega na uwzględnieniu chęci posiadania potomstwa przez ojca w stopniu takim samym, jak przez matkę. Należy zauważyć, że zarówno sądy orzekające w tej sprawie jak i generalnie uczestnicy, wnoszący o oddalenie wniosku o wyrażenie zgody na dokonanie transferu powołują się na bardzo istotne w tym kontekście orzeczenie ETPCz Evans vs. UK. Mając powyższe na uwadze sąd uznał w tej sprawie, że sprzeciw uczestnika wobec przeniesienia zarodków do organizmu wnioskodawczyni jawi się jako uzasadniony aktualną sytuacją życiową stron, ich sytuacją

rodzinną oraz postawą rodzicielską; natomiast stanowisko wnioskodawczyni nie znajduje oparcia w materiale zgromadzonym w sprawie, nie koresponduje z dobrem uczestnika, dzieci już powołanych do życia przez strony, a także nie koresponduje z dobrem mających się ewentualnie urodzić dzieci w drodze procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Sytuacja stron została oceniona zupełnie odmiennie jak w przypadku pierwszej sprawy, w której sąd opiekuńczy uznał nagłe „rozmyślenie się" uczestnika za niezrozumiałe i sprzeczne z dobrem dziecka i prawem wnioskodawczyni do urodzenia jej własnego dziecka.

Na aprobatę zasługują rozważania Sądu Okręgowego, że ustawodawca dostrzegając istotność aktu przeniesienia zarodka do organizmu biorczyni i skutków tego faktu w sferze prawno-rodzinnej, dążył do stworzenia sytuacji dającej pewien bufor bezpieczeństwa, który ma służyć aktualizacji woli biorczyni i dawcy na każdym etapie procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Zgodzić się trzeba ze stwierdzeniem, że sfera stosunków międzyludzkich jest sferą dynamiczną a nie statyczną, zatem regulacja zawarta w art. 21 ust. 2 ustawy o leczeniu niepłodności wydaje się być odpowiedzią na ewentualne zmiany w sytuacji życiowej biorczyni i dawcy, a brak zgody w przedmiocie przeniesienia zarodka oznacza poddanie sprawy rozstrzygnięciu sądu opiekuńczego, który weźmie pod uwagę konkretne okoliczności sprawy, co umożliwia ważenie interesów stron.

Zdecydowanie aprobująco należy ocenić wskazanie przez Sąd Okręgowy, że przepis art. 21 ust. 2 ustawy o leczeniu niepłodności nie zawiera dla sądu opiekuńczego nakazu wydania jedynie pozytywnego rozstrzygnięcia zastępującego zgodę męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego. Trzeba wskazać, że przy takiej wykładni tego przepisu, którą w sprawach tego typu podnoszą wnioskodawczynie, wprowadzenie tego przepisu byłoby pozbawione sensu – skoro sąd opiekuńczy miałby tu niejako automatycznie udzielać zgody, wprowadzanie kognicji i kontroli w tym zakresie sądu opiekuńczego nie znajdowałaby żadnego uzasadnienia. Istotą wprowadzenia tego mechanizmu jest właśnie to, aby sąd opiekuńczy zważył na wszystkie okoliczności sprawy i wyważył interesy stron. Trybunał Konstytucyjny zresztą zwrócił na to uwagę, co nie umknęło uwadze zarówno sądowi I jak i II instancji, które rozstrzygały tę sprawę. Jedynie dla przypomnienia wskazać trzeba, że Trybunał Konstytucyjny wskazał w orzeczeniu S 2/18, które było szeroko omawiane w pracy, że kategoryczne stwierdzenie przepisu nie oznacza obowiązku wydania konkretnego (pozytywnego) rozstrzygnięcia, niezależnie od analizy okoliczności sprawy i ich oceny przez sąd; sytuacja jest tu podobna do „udzielenia zezwolenia" - zgodnie z art. 561 § 1 k.p.c. - na zawarcie małżeństwa kobiecie niemającej ukończonych 18 lat, co wymaga przeanalizowania przez sąd całokształtu sytuacji prawnej i faktycznej potencjalnych nupturientów. Sąd Okręgowy uznał, że w tej konkretnej sprawie uczestnik nie wyraził zgody na przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków a okoliczności sprawy wskazują, że należy dać prymat autonomii woli uczestnika, mając

na względzie poważne zagrożenie dobra mających się narodzić dzieci.

Na uwagę zasługuje jeszcze jeden z zarzutów podniesionych przez apelującą, który nie został szerzej omówiony przez Sąd Okręgowy. Mianowicie w apelacji wskazano, że nikt nie badał stron pod kątem sytuacji rodzinnej, gdy przystępowano do zabiegu i nikt też nie będzie sprawdzał, do jakiej rodziny trafić miałyby zarodki w przypadku ich przekazania. W ocenie apelującej wskazuje to na to, że sąd opiekuńczy nie powinien badać sytuacji rodzinnej stron i sprawdzać niejako ich predyspozycji do wychowania dziecka, które miałoby się urodzić wskutek transferu oraz jaki to miałoby wpływ na panującą już sytuację rodzinną, w tym dzieci, które strony wspólnie mają i wychowują. O ile w mojej ocenie nie ulega wątpliwości, że sąd opiekuńczy rozstrzygając wnioski złożone na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. nie tylko jest uprawniony, ale wręcz zobligowany do przeanalizowania wszystkich okoliczności faktycznych, które mogłyby mieć wpływ na dobro dziecka, które miałoby przyjść na świat wskutek transferu, o tyle prawdą jest, że zachodzi tu pewna niespójność. Można postawić pytanie, dlaczego w sytuacji dawstwa zarodków pozostaje to poza jakąkolwiek kontrolą sądów opiekuńczych, które również wówczas miałyby możliwość badania sytuacji prawno-rodzinnej rodziny, do której taki zarodek miałby trafić. Już kilkukrotnie zwracałam *de lege ferenda* na to uwagę w niniejszej pracy i na kanwie tej sprawy wyraźnie widać niespójność w tym zakresie, na co słusznie zwróciła uwagę wnioskodawczyni, jedynie dochodząc do nietrafnych w mojej ocenie wniosków. Nie ulega wątpliwości, że procedura dawstwa zarodków, która w zakresie skutków nie różni się aż tak bardzo od klasycznej adopcji nie podlega jakiejkolwiek kontroli sądu opiekuńczego, co budzi uzasadniony sprzeciw. Wnioskodawczyni natomiast starała się wykazać, że skoro dawstwo zarodków nie podlega jakiejkolwiek kontroli w kontekście predyspozycji rodzicielskich kandydatów, to również w przypadku rozpoznawania przez sąd opiekuńczy wniosku o wyrażenie zgody na transfer zarodka, sąd ten powinien ograniczyć się jedynie do zbadania, czy nie istnieją przeciwwskazania medyczne, nie odnosząc się do sytuacji rodzinnej stron. Natomiast moim zdaniem *de lege ferenda* dawstwo zarodków powinno zostać objęte kontrolą sądów opiekuńczych, tak aby stworzyć spójniejszy system adopcyjny w prawie polskim. Tak aby zarodek, który często od wielu lat „oczekuje" na możliwość transferu i urodzenia miał zagwarantowane, że trafi do rodziny, która pomimo tego, że nie jest z nim genetycznie związana daje rękojmię prawidłowego sprawowania władzy rodzicielskiej. W przeciwnym razie, *de lege lata* kobiety, których wnioski o wyrażenie zgody na transfer zarodka w trybie art. 21 ust. 2 u.l.n. są oddalane przez sądy opiekuńcze na tej podstawie, że sąd doszedł do przekonania, że urodzenie się dziecka w tej konkretnej rodzinie nie będzie zgodne z jego dobrem, słusznie podnoszą w tym zakresie sprzeciw. Skoro bowiem dawstwo zarodków nie jest poddane jakiejkolwiek kontroli sądów opiekuńczych i „kandydaci" na rodziców dziecka, które miałoby się urodzić wskutek transferu zarodka, tj. biorczyni i jej mąż albo partner nie są w żaden

sposób weryfikowani pod kątem tego, czy urodzenie się dziecka w ich rodzicie jest zgodne z dobrem tego dziecka, nie ma jakiejkolwiek gwarancji, że dziecko urodzi się w warunkach bardziej sprzyjających jego rozwojowi, niż gdyby zostałoby urodzone przez swoją genetyczną matkę. Wówczas badanie przez sąd opiekuńczy w sprawach na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n., czy wydanie zezwolenia na transfer zarodka jest zgodne z dobrem dziecka jest narzędziem jedynie iluzorycznym, ponieważ ostatecznie dziecko i tak może urodzić się w rodzinie, gdzie jego dobro mogłoby być jeszcze bardziej zagrożone. Oznaczałoby to, że właściwie „dobro dziecka" oraz sytuacja rodzinna stron nie jest wartością, którą sąd opiekuńczy miałby brać pod uwagę rozstrzygając w przedmiocie wniosku składanego na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n., co trudno jest zaakceptować i kłóci się z ratio legis wprowadzonej ustawy o leczeniu niepłodności, zwłaszcza jej przepisem art. 4, który jasno stanowi, że leczenie niepłodności jest prowadzone z poszanowaniem godności, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia zdrowia, dobra i praw dziecka. Wyjęcie wartości dobra dziecka z tych spraw oznaczałoby sprowadzenie tych spraw jedynie do wyważenia dwóch wartości: kobiety pragnącej zostać matką oraz mężczyzny, który nie chce zostać ojcem. Nie do zaakceptowania jest taka sytuacja, ponieważ wówczas sprowadzamy zarodek jedynie do „przedmiotu", o który strony się „kłócą", a nie do podmiotu, czyli dziecka, które po dokonaniu transferu się urodzi, którego dobro również należy w tym postępowaniu wziąć pod uwag.

Pomimo dostrzeżonej niespójności w wyżej omówionym zakresie, sądy opiekuńcze rozstrzygające wnioski na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. w analizowanych sprawach na szczęście zdecydowanie odrzuciły koncepcję, zgodnie z którą dobro dziecka, które ma się urodzić wskutek transferu nie jest wartością, którą należy wziąć pod uwagę rozstrzygając w przedmiocie zasadności złożonych wniosków. Co więcej, nie tylko taka koncepcja została odrzucona, ale właśnie ta wartość została w obu sprawach uznana za nadrzędną i zarodek jednoznacznie był uznawany jako podmiot sprawy, jako dziecko, które wskutek transferu ma się urodzić, a nie jako przedmiot sprawy, o który strony jedynie się spierają. W obu sprawach sądy w sposób zdecydowany odwoływały się do godności ludzkiej w kontekście już utworzonych zarodków oraz tego, że zarodki te zasługują na ochronę prawną, którą zapewniają im przepisy ustawy o leczeniu niepłodności.

Trzecia sprawa o sygn. akt V RNs 170/21 jest przykładem tego, z jakimi skomplikowanymi stanami faktycznymi sąd opiekuńczy może zetknąć się rozstrzygając w przedmiocie wniosku o wyrażenie zgody na transfer zarodka – nie tylko w kontekście prawnym, ale również aksjologicznym. W sprawie tej na pierwszy rzut oka widać nie tylko sprzeczność interesów stron, ale również skomplikowaną sytuację życiową, w której kobieta tak bardzo pragnie posiadać potomstwo pochodzące genetycznie od niej, że jest gotowa dokonać transferu zarodka do swojego organizmu,

który pochodzi z dawstwa partnerskiego i został utworzony z komórek rozrodczych jej i jej byłego męża, z którym od kilku lat nie ma żadnego kontaktu. Co więcej, nie ukrywa nawet, że jest w nowym związku z mężczyzną, z którym pragnie te dzieci urodzone wskutek transferu zarodków wychowywać. Swojego byłego męża niejako sprowadziła do roli anonimowego dawcy komórek rozrodczych, nie chcąc, aby był on zaangażowany w wychowywanie dzieci, które przecież pochodzą genetycznie również od niego. Trafne w tym kontekście wydaje się stanowisko uczestnika, że w związku z tym, że strony nie pozostają ani w związku małżeńskim, ani nie pozostają we wspólnym pożyciu, nie ma możliwości kontynuowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji w ramach dawstwa partnerskiego i w konsekwencji brak jest podstaw wydawania przez sąd zezwolenia na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. Kontynuowanie procedury w ramach dawstwa partnerskiego z innym partnerem niż dawca stanowiłoby obejście przepisów ustawy. Należy również dodać, że nie jest przecież tak, że strony mogą „umówić się", że dziecko urodzone wskutek transferu nie będzie miało ojca w postaci dawcy komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego. Nawet jeśli faktycznie to nowy partner biorczyni będzie dziecko wychowywał, z prawnego punktu widzenia, obowiązków rodzicielskich i alimentacyjnych jego ojcem byłby uczestnik, który zresztą wyraźnie w tej sprawie podkreśla, że do roli ojca podchodzi poważnie i nie wyobraża sobie, aby jego funkcja była sprowadzona de facto jedynie do roli dawcy komórek rozrodczych.

W tym kontekście trzeba przypomnieć ponownie, że leczenie niepłodności stosownie do art. 4 u.l.n. jest prowadzone z poszanowaniem godności, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia zdrowia, dobra i praw dziecka. W tej konkretnej sprawie, wobec faktu, że strony pozostają w trwałych związkach z innymi partnerami, dziecko urodzone na skutek zezwolenia wydanego przez sąd byłoby pozbawione możliwości dorastania z własnym ojcem. Od urodzenia byłoby skazane na wychowywanie się w rozbitej rodzinie, ponieważ jego biologiczny ojciec – bez swojej winy – nie będzie mógł być uczestnikiem jego codziennego życia.

Nie wiadomo jaki finał miała ta sprawa z uwagi na odrzucenie wniosku z uwagi na brak jurysdykcji. Sąd polski nie miał okazji wyrazić swojego merytorycznego stanowiska oraz rozstrzygnąć spornych interesów stron. Sprawa ta jednak w sposób wyjątkowo jaskrawy pokazuje, że nie zawsze w sytuacji sporu wartości kobiety pragnącej posiadać potomstwo, które pochodzi genetycznie od niej oraz mężczyzny, który nie chce zostać w danej sytuacji życiowej ojcem, okoliczności sprawy muszą prima facie uzasadniać przyznanie ochrony tej pierwszej wartości.

Sprawa ta uwypukla jeszcze jedną istotną kwestię. Z uwagi na możliwość kriokonserwacji zarodków, co może trwać przez długi czas, spory o los zarodków mogą zostać odwleczone o wiele lat od momentu rozpoczęcia procedury *in vitro*. Tym większe w takim kontekście znaczenie ma

obowiązek wyrażenia zgody nie tylko na początku przystąpienia do całej procedury in vitro, ale każdorazowo przed transferem każdego z utworzonych zarodków – tak aby móc zaktualizować wolę dawców komórek rozrodczych pochodzących z dawstwa partnerskiego. Z uwagi na to, że sytuacja życiowa może diametralnie się zmienić (co uwydatnia zwłaszcza ta trzecia sprawa), konieczne było wprowadzenie swoistego buforu bezpieczeństwa zarówno dla uczestników procedury in vitro jak i samego zarodka – którym to buforem ostatecznie jest właśnie przepis art. 21 ust. 2 u.l.n.

Życie przynosi wiele stanów faktycznych, w których ostatecznie sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę wszystkie ważne okoliczności dla rozstrzygnięcia sprawy, jak również wyważyć te sprzeczne wartości. W analizowanych sprawach sądy trafnie rozpoznały, że są nimi poszanowanie woli i autonomii dawcy komórek rozrodczych, który nie chce zostać ojcem, jego prawo do prywatności, prawo do posiadania potomstwa pochodzącego genetycznie od siebie i umożliwienie kobiecie dokonania transferu zarodka, który powstał z jej komórki jajowej, dobro dzieci, które strony już posiadają, ale nade wszystko dobro dziecka, które miałoby się wskutek uwzględnienia wniosku urodzić. Oznacza to, że w tego typu sprawach wszystko zależy od dogłębnej analizy danej sprawy oraz ustalenia czy wyrażenie zgody na transfer, wskutek którego na świat przyjdzie dziecko do tej konkretnej rodziny jest rozwiązaniem rzeczywiście najlepszym i zgodnym z dobrem tego dziecka. Sąd opiekuńczy jest zobligowany do właściwego wyważenia interesów stron i uwzględnienia istotnych w tych sprawach wymienionych powyżej wartości. Nie da się tu zastosować prostego schematu myślenia, którego zastosowanie w każdej sprawie przyniesie taki sam wynik, a w konsekwencji rozstrzygnięcie, co jednoznacznie wynika z powyżej przeanalizowanych spraw.

Ad. 2.

Następnie przedstawię trzy sprawy, w których kobieta, z której komórki jajowej powstał zarodek pragnie dokonać transferu zarodka do jej organizmu, zaś mężczyzna, będący dawcą komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego zmarł i niemożliwe jest uzyskanie jego zgody.

(i) Sprawa o sygn. akt V RNs 606/21 Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa V Wydział Rodzinny i Nieletnich

Wnioskiem z 18 marca 2021 r. wnioskodawczyni Ewelina P. (rok urodzenia 1978) wniosła na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. o udzielenie zgody na przeniesienie do jej organizmu zarodka powstałego z jej komórek rozrodczych oraz jej męża Piotra P. W uzasadnieniu wniosku wskazała, że wraz z mężem byli pacjentami Przychodni Lekarskiej N., w której poddali się procedurze wspomaganej prokreacji (in vitro). 25 września 2020 r. mąż wnioskodawczyni zmarł, na co

wnioskodawczyni przedstawiła stosowne akty zgonu i małżeństwa. Dodała, że do momentu śmierci męża wykorzystali pięć zarodków powstałych z ich komórek rozrodczych. Nadal w przychodni znajduje się jeden zarodek oraz wnioskodawczyni chciałaby móc skorzystać z ostatniej szansy i jeszcze raz poddać się zabiegowi *in vitro*.

Zarządzeniem z 12 lipca 2021 r. Przewodniczący skierował sprawę na posiedzenie niejawne oraz wezwał wnioskodawczynię do złożenia dodatkowych dokumentów w postaci: umowy, na podstawie której zarodek jest przechowywany, dokumentu na okoliczność aktualnego miejsca przechowywania zarodka oraz, że zarodek pochodzi od osób wymienionych we wniosku, a komórka rozrodcza została pobrana do celów wspomagania prokreacji w dawstwie partnerskim, dokumentu, z którego wynika nabycie spadku po Piotrze P., względnie udzielenia wyjaśnień, że dokument taki nie został sporządzony i kto należy do kręgu spadkobiorców po Piotrze P., wyjaśnień na okoliczność aktualnej własnej sytuacji osobistej, w szczególności czy pozostaje w związku (a jeśli tak ze wskazaniem danych adresowych i osobowych partnera), czy posiada dzieci. Sąd poinformował ponadto, że w zależności od treści wyjaśnień i żądanych dokumentów może skierować sprawę do rozpoznania na posiedzeniu jawnym.

W odpowiedzi na zarządzenie wnioskodawczyni oświadczyła, że nie pozostaje w jakimkolwiek związku partnerskim i nie posiada dzieci. Ponadto załączyła dokumenty, z których wynikało, że sprawa o stwierdzenie nabycia spadku po zmarłym mężu jest w toku. Wniosek złożyła wnioskodawczyni wnioskując o stwierdzenie, że spadek po jej zmarłym 25 września 2020 r. mężu na podstawie ustawy nabyli po 1/3 wnioskodawczyni oraz dwie córki zmarłego. Ponadto z zaświadczenia kliniki leczenia niepłodności wynikało, że w banku komórek rozrodczych i zarodków jest przechowywany jeden zamrożony zarodek na podstawie umowy zawartej 27 listopada 2019 r. między kliniką, a Eweliną P. i Piotrem P. Zarodek został utworzony 25 listopada 2019 r. w ramach dawstwa partnerskiego z komórek rozrodczych wnioskodawczyni Eweliny P., i jej męża Piotra P. i został zamrożony 27 listopada 2019 r.

Postanowieniem z 3 grudnia 2021 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie V Wydział Rodzinny i Nieletnich wyraził zgodę na przeniesienie do organizmu wnioskodawczyni Eweliny P. zarodka powstałego z dawstwa partnerskiego wnioskodawczyni Eweliny P. i zmarłego dawcy Piotra P., zastępując tym samym zgodę dawcy Piotra P. zmarłego 25 września 2020 r. Postanowieniem jest prawomocne z dniem 23 grudnia 2021 r.

(ii) Sprawa o sygn. akt V RNs 60/21 Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa V Wydział Rodzinny i Nieletnich

Marta K. wnioskiem z 20 stycznia 2021 r. wniosła o wydanie zezwolenia na przeniesienie do jej organizmu zarodka powstałego z dawstwa partnerskiego jej i jej zmarłego partnera Szymona W. W uzasadnieniu wniosku wskazała, że razem z partnerem rozpoczęli 1 października 2018 r. procedurę in vitro, ponieważ próby naturalnego zapłodnienia pomimo leczenia nie dawały efektu. 13 października 2020 r. pierwszy z trzech powstałych zarodków został przeniesiony do organizmu wnioskodawczyni, dwa pozostałe zostały zamrożone i są obecnie przechowywane w klinice. Około tygodnia po transferze zarodka oboje z partnerem zachorowali, badanie wykazało zarażenie wirusem SARS-CoV-2. 28 października 2020 r. w wyniku powikłań spowodowanych przez wirus partner wnioskodawczyni zmarł. Wnioskodawczyni natomiast wskutek choroby straciła ciążę. Dodała, że po zabiegu punkcji jajników, kiedy udało uzyskać się trzy dojrzałe komórki zdecydowali się z partnerem mieć trójkę dzieci. Jako podstawę prawną wniosku wskazała art. 20 ust. 3 oraz art. 21 ust. 2 u.l.n. wskazując, że wobec faktu, że dawca komórek rozrodczych, z których zarodek powstał zmarł przed wyrażeniem zgody i nie może jej udzielić, zgodę wydaje sąd. Uzasadniając wniosek podkreśliła, że mimo śmierci partnera, jej marzenie posiadania dziecka nie uległo zmianie, zaś jej partner nie posiadał dzieci, był kawalerem i jego jedynymi spadkobiercami są wnioskodawczyni oraz jego matka. Wnioskodawczyni w piśmie z 25 maja 2021 r. wskazała, że wobec tego, że ma 43 lata wnosi o przyśpieszenie rozpoznania wniosku.

Na rozprawie dodała, że partner zmarł jak ona była w ciąży i nie miał świadomości, że ciąża nie została donoszona. Nie ma również pisemnej zgody na transfer dwóch pozostałych zarodków, bo partner zmarł.

Po przesłuchaniu wnioskodawczyni na rozprawie postanowieniem z 24 sierpnia 2021 r., V RNs 60/21 Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie V Wydział Rodzinny i Nieletnich art. 21 ust. 2 u.l.n. wyraził zgodę na przeniesienie do organizmu wnioskodawczyni zarodka z dawstwa partnerskiego wnioskodawczyni i zmarłego dawcy Szymona W. zastępując tym samym zgodę dawcy Szymona W. zmarłego 28 października 2020 r. Postanowieniem jest prawomocne.

(iii) Sprawa o sygn. akt V RNs 1092/21 Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa V Wydział Rodzinny i Nieletnich

Wnioskodawczyni Marta K. ponownie 6 grudnia 2021 r. wniosła o wydanie zezwolenia na przeniesienie do jej organizmu zarodka powstałego z dawstwa partnerskiego jej i jej zmarłego

partnera Szymona W. Wskazała, że na skutek zgody wydanej postanowieniem 24 sierpnia 2021 r., V RNs 60/21 przez Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie V Wydział Rodzinny i Nieletnich dokonała transferu zarodka, ale ciąża nie utrzymała się, dlatego wnosi o zgodę na przeniesienie do jej organizmu trzeciego, ostatniego zarodka.

Postanowieniem z 10 marca 2022 r., V RNs 1092/21 wydanym na posiedzeniu niejawnym Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie V Wydział Rodzinny i Nieletnich na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. wyraził zgodę na przeniesienie do organizmu wnioskodawczyni zarodka z dawstwa partnerskiego wnioskodawczyni i zmarłego dawcy Szymona W. zastępując tym samym zgodę dawcy Szymona W. zmarłego 28 października 2020 r. Postanowienie jest prawomocne.

Powyżej przedstawione sprawy, w których kobieta, z której komórki jajowej powstał zarodek pragnie dokonać transferu zarodka do jej organizmu, zaś mężczyzna, będący dawcą komórki rozrodczej w ramach dawstwa partnerskiego zmarł i niemożliwe jest uzyskanie jego zgody, z pewnością nie są tak kontrowersyjne i emocjonalne jak sprawy z pierwszej kategorii. Nie mamy w nich do czynienia ze sporem i ze sprzecznymi interesami stron, ponieważ mężczyzna, który był dawcą komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego zmarł przed dokonaniem transferu i nie zdążył na transfer wyrazić zgody. Sąd w tych sprawach zatem nie musi ważyć sprzecznych interesów stron, bo takich nie ma; jedyne wartości istotne przy rozstrzyganiu w przedmiocie wniosku w tych stanach faktycznych to pragnienie wnioskodawczyni zostania matką i urodzenia dziecka, pochodzącego genetycznie od niej i jej zmarłego męża albo partnera oraz niezmiennie dobro tego dziecka, które miałoby się urodzić wskutek transferu.

Jak wynika z powyższych spraw sądy opiekuńcze badały w nich: czy zarodki rzeczywiście pochodzą z dawstwa partnerskiego kobiet składających wnioski oraz ich zmarłych mężów albo partnerów, krąg spadkobierców po zmarłym, aktualną sytuację osobistą wnioskodawczyń, w szczególności czy pozostają w związku, czy posiadają dzieci. Również w tych sprawach zatem nie było automatycznej zgody sądu opiekuńczego, ale była weryfikowana sytuacja życiowa kobiety, która wskutek transferu miałaby zostać matką oraz sytuacja prawno-rodzinna zarówno kobiety, jak i zmarłego mężczyzny.

Należy bowiem zauważyć, że wyrażenie przez sąd opiekuńczy zgody na dokonanie transferu miałoby wpływ nie tylko na zmianę sytuacji prawno-rodzinnej kobiety składającej wniosek, która miałaby zostać matką, ale również innych bliskich jej i zmarłego mężczyzny, w szczególności jego dzieci, jeżeli takie posiadał. Po pierwsze, takie dzieci wskutek uwzględnienia wniosku zyskałyby rodzeństwo, a po drugie w razie pomyślnego transferu zarodka i urodzenia dziecka, zmieniłby się krąg spadkobierców po zmarłym mężczyźnie, który był ojcem dziecka. Nie ma potrzeby przytaczania

wywodów znajdujących się w pracy dotyczących tego, że takie dziecko dziedziczy po zmarłym ojcu, pomimo że do otwarcia spadku doszło nie tylko przed urodzeniem się dziecka, ale również przed dokonaniem transferu[656]. Jedynie krótko przypomnę, że przepis art. 927 § 2 k.c. wyposaża w zdolność dziedziczenia dzieci poczęte w momencie otwarcia spadku. W tych wszystkich sprawach do poczęcia in vitro i do utworzenia zarodków doszło przed otwarciem spadku, kiedy mężczyzna jeszcze żył, a zatem dzieci urodzone wskutek poczęcia in vitro posiadają w tych sprawach zdolność dziedziczenia.

Z powyższych względów *de lege ferenda* zasadne jest wprowadzenie terminu, w którym dopuszczalne byłoby dokonanie transferu *post mortem.* Zgodnie z przepisem art. 33 u.l.n. zarodki powstałe w wyniku dawstwa partnerskiego mogą być przeniesione do organizmu biorczyni po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek. Nie ma żadnych ograniczeń w zakresie tego, do kiedy biorczyni taki wniosek ma złożyć. Zasadne byłoby wprowadzenie dwuletniego terminu. Z jednej strony jest to okres wystarczająco długi i kobieta miałaby szansę dojść do siebie po utracie bliskiej osoby i zastanowić się, czy pomimo takiej straty jest gotowa na dokonanie transferu zarodka i samotne wychowywanie wspólnego dziecka, które miałoby się urodzić. Z drugiej strony nie jest to okres zbyt długi zarówno dla pozostałych spadkobierców, którzy w tym okresie musieliby liczyć się z możliwością poszerzenia kręgu spadkobierców po zmarłym mężczyźnie oraz dla rodzeństwa, które zyska wskutek pomyślnego transferu i urodzenia brata lub siostrę. Obecnie bowiem bez jakiegokolwiek ograniczenia w zakresie terminu, do którego transfer może nastąpić, różnica wieku pomiędzy rodzeństwem może być bardzo duża w razie zwlekania przez wiele lat przez biorczynię z dokonaniem transferu, co nie jest zjawiskiem pożądanym. Nagłe zaskoczenie dzieci zmarłego mężczyzny po wielu latach od śmierci ojca, że na świat ma przyjść ich rodzeństwo, również będące dzieckiem ich ojca może być ciężkie do zaakceptowania i zrozumienia i w konsekwencji mieć negatywny i traumatyczny oddźwięk na nich, jak i na dziecko, które w takich warunkach miałoby się urodzić. Oczywiście może też być odwrotna sytuacja i wszystko ostatecznie zależeć będzie od konkretnego stanu faktycznego. Niezależnie od tego, czy pojawienie się dziecka wskutek transferu dokonanego po wielu latach będzie dla jego starszego rodzeństwa powodem do traumy czy też radości, nie jest pożądane, aby po wielu latach, wskutek nieograniczenia terminu, do kiedy ma dojść do transferu zarodka, dochodziło do destabilizacji stosunków prawnych, zwłaszcza mając na uwadze, że dawca komórek rozrodczych już od dawna nie żyje.

Niemniej jednak, dzięki swoistemu buforowi bezpieczeństwa zagwarantowanemu w przepisie art. 21 ust. 2 u.l.n. w różnego rodzaju skrajnych przypadkach sąd opiekuńczy może dojść do wniosku, że sprzeczne zarówno z dobrem dzieci już posiadanych przez zmarłego mężczyznę oraz dobrem

[656] Por. w tym zakresie rozważania zawarte w V rozdziale, s. 197-203.

dziecka mającego się wskutek transferu urodzić jest uwzględnienie wniosku i w konsekwencji wniosek oddali. W sprawach, które dotąd pojawiły się w polskich sądach nie da się jednak zaobserwować takich skrajnych przypadków; wnioski o wyrażenie zgody przez sąd były składane przez kobiety już kilka miesięcy po śmierci męża albo partnera i wszystkie były uwzględniane.

Dodatkowo w kontekście powyższych rozważań zauważyć należy, że sąd opiekuńczy, który w takich stanach faktycznych rozpoznaje wniosek i ma wiedzę o toczącym się postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku po zmarłym dawcy komórek rozrodczych, z których powstał zarodek, o którego transfer wnioskuje biorczyni, powinien zawiadomić o tym z urzędu sąd spadku. Umożliwiłoby to sądowi, przed którym toczy się postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku rozważenie zawieszenia postępowania na podstawie przepisu art. 177 § 1 pkt 1 k.p.c. – do czasu rozpoznania wniosku złożonego na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. przez sąd opiekuńczy. W razie prawomocnego oddalenia wniosku, sąd mógłby postępowanie podjąć i stwierdzić nabycie spadku, mając świadomość, że przynajmniej na moment orzekania spadkodawca nie posiada więcej spadkobierców, którzy niebawem mogą się urodzić. Sytuacja jest bardziej skomplikowana w razie uwzględnienia wniosku, a jak pokazuje analiza akt, w tym sprawach właśnie takie rozstrzygnięcia zapadają. Wówczas nawet uprawomocnienie się postanowienia sądu opiekuńczego w przedmiocie udzielenia zgody na transfer zarodka niewiele zmienia w kontekście sądu spadku, który w dalszym ciągu nie jest w stanie ustalić kręgu spadkobierców po zmarłym dawcy. Wydaje się, że wówczas rozsądnym rozwiązaniem byłoby złożenie wniosku o zawieszenie postępowania przez osoby wnioskujące o nabycie stwierdzenie spadku do czasu dokonania transferu i ustalenia, czy wskutek niego doszło do urodzenia dziecka, będącego spadkobiercą zmarłego. Zawieszenie takie mogłoby nastąpić na podstawie przepisu art. 178 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Gdyby sąd spadku zdecydował się na wydanie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku bez uwzględnienia potencjalnego spadkobiercy, który mógłby urodzić się wskutek pomyślnego transferu zarodka, powstałego z komórek rozrodczych spadkodawcy, wówczas pozostali spadkobiercy musieliby liczyć się z możliwością zmiany postanowienia w oparciu o przepis art. 679 k.p.c. W ich interesie jest zatem złożenie wniosku o zawieszenie postępowania i oczekiwanie czy transfer zarodka zakończy się ciążą i urodzeniem dziecka, wchodzącego w krąg spadkobierców po zmarłym mężczyźnie.

W związku z analizą powyższych spraw nasuwa się jeszcze jeden istotny wniosek. Wskazać trzeba, że w tych sprawach sąd wyrażając zgodę na transfer liczy się z tym, że dziecko będzie od urodzenia wychowywane w niepełnej rodzinie, bez ojca. Po wyważeniu wszystkich wartości i okoliczności sprawy, w ww. sprawach sądy opiekuńcze doszły do przekonania, że wartość, jaką jest wychowywanie się przez dziecko w pełnej rodzinie nie jest wartością nadrzędną, a dobro dziecka nie jest zagrożone. Nie ulega wątpliwości, że kontynuowanie procedury w ramach dawstwa

partnerskiego z innym partnerem niż dawca stanowiłoby obejście przepisów ustawy, więc jeżeli wniosek złożyłaby kobieta, która jest w nowym związku partnerskim albo związku małżeńskim, może ona poddać się metodom wspomaganej prokreacji wraz z nowym partnerem/mężem. Nie byłoby wówczas dopuszczalne „skorzystanie" z zarodków, które zostały utworzone z komórek rozrodczych kobiety oraz zmarłego mężczyzny, który również był dawcą. Takie zarodki byłyby przekazywane do dawstwa zarodków. W razie składania przez kobiety wniosków na podstawie przepisu art. 21 ust. 2 u.l.n w takich stanach faktycznych, powinny być one oddalane.

Skoro zatem jedynie kobiety samotne mogą na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. wystąpić o wyrażenie przez sąd opiekuńczy zgody na transfer zarodka, który został utworzony z jej komórki jajowej i komórek rozrodczych jej zmarłego męża albo partnera, uwydatnia się tu nierówność w traktowaniu tych kobiet oraz kobiet samotnych, które wskutek poczęcia in vitro utworzyły zarodki z użyciem komórek rozrodczych anonimowego dawcy, co nie było zakazane przez wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności, co nastąpiło 1 listopada 2015 r. Pisałam o tym już obszernie w pracy, należy jedynie w tym miejscu przypomnieć, że *de lege ferenda* zasadne byłoby wprowadzenie analogicznej możliwości dla tych kobiet, jaka jest zapewniona w art. 21 ust. 2 u.l.n., aby również one mogły wystąpić do sądu opiekuńczego o wyrażenie zgody na dokonanie transferu zarodków, które genetycznie od nich pochodzą. Sąd mógłby wówczas kierując się jednakowymi przesłankami, jakimi kieruje się w innych omawianych w ramach tej kategorii sprawach zdecydować, czy zgodne z dobrem dziecka będzie wyrażenie zgody na dokonanie transferu. Takie rozwiązanie każdorazowo umożliwiłoby wyważenie przez sąd dwóch interesów: kobiety pragnącej dziecka pochodzącego genetycznie od niej oraz dobra dziecka, mającego się wskutek transferu urodzić. Jak każda tego typu sprawa, ostatecznie rozstrzygnięcie zależeć będzie od wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności danej sprawy przez sąd.

Przypomnieć pokrótce należy, że problem ten zauważył Trybunał Konstytucyjny i postanowieniem z 18 kwietnia 2018 r. wobec umorzenia postępowania w sprawie o sygn. akt K 50/16 wywołanego wniesieniem wniosku przez Rzecznika Praw Obywatelskich, Trybunał Konstytucyjny postanowił na podstawie art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym zasygnalizować Sejmowi i Senatowi istnienie uchybień w prawie, których usunięcie jest niezbędne do zapewnienia spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, polegających na nieunormowaniu w ustawie o leczeniu niepłodności postępowania z zarodkami powstałymi z komórek rozrodczych samotnych kobiet i anonimowych dawców przed jej wejściem w życie (S 2/18).

Problemem dostrzeżonym przez Trybunał Konstytucyjny jest nierówne traktowanie zarodków w kontekście art. 21 ust. 2 u.l.n. Zauważył, że sytuacja samotnych kobiet, które zdeponowały zarodki,

jest - w zakresie skutku - podobna do sytuacji kobiet, których mężowie (konkubenci) nie wyrażają obecnie zgody na przeniesienie zarodków i które nie miałyby możliwości „dokończenia" procedury in vitro. Tymczasem ustawa o leczenie niepłodności nie zawiera analogicznej regulacji w odniesieniu do zarodków powstałych z komórek rozrodczych samotnych kobiet i anonimowych dawców. Ustawodawca zdecydował, że po 20 latach wszystkie zarodki powstałe przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności trafią do adopcji, ale nie wypowiedział się o tym, co ma się z nimi dziać przez te 20 lat. Tymczasem powinien był - skoro „na przyszłość" otworzył mężatkom i konkubinom drogę sądową - otworzyć ją również kobietom samotnym, dając im możliwość wystąpienia do sądu opiekuńczego o zezwolenie na przeniesienie zarodka.

Ad. 3

W ostatniej kategorii jest jedna sprawa, w której mężczyzna będący dawcą komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego złożył do sądu opiekuńczego wniosek o wyrażenie przez sąd opiekuńczy zgody na przejście zarodków na „własność" kliniki leczenia niepłodności, ewentualnie przekazanie zarodka do adopcji.

(i) Sprawa o sygn. akt V RNs 1354/15 Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa V Wydział Rodzinny i Nieletnich

Wnioskiem z 15 grudnia 2015 r. wnioskodawca Marcel P. wniósł o wyrażenie przez Sąd zgody na odpłatne przechowywanie powstałych z komórek rozrodczych jego oraz uczestniczki Anny K. w ilości pięciu zarodków przez uczestnika klinikę leczenia niepłodności I.M. w W. przez okres dwóch miesięcy od dnia uprawomocnienia się orzeczenia w sprawie i przejście własności ww. zarodków na rzecz uczestnika kliniki leczenia niepłodności I.M. w W. po upływie tego okresu, nadto ich ewentualne wykorzystanie do anonimowego dawstwa zarodków. Wnioskodawca uzasadniając wniosek wskazał, że nie wyraża zgody na posiadanie więcej dzieci pochodzących genetycznie od jego i uczestniczki wobec konfliktu między stronami. Wnioskodawca też nie widzi możliwości zrzeczenia się praw do zarodków na rzecz uczestniczki. Utrzymuje on kontakt z dziećmi, co do których jego ojcostwo zostało ustalone i bierze udział w ich życiu, więc również w razie narodzin kolejnych dzieci możliwe byłoby takie ustalenie. Dlatego zarodki powinny być wykorzystane przez inne pary, które nie mogą mieć dzieci w inny sposób. Na poparcie swojego wniosku wskazał na art. 23 i 36 u.l.n. i dodał, że w jego ocenie kognicja sądu wynika bezpośrednio z umowy zawartej przez strony z kliniką leczenie niepłodności.

Sprawa została zarejestrowana jako wniosek o rozstrzygnięcie o istotnych sprawach na

podstawie ustawy o leczeniu niepłodności.

Pismem z 30 czerwca 2016 r. uczestnik I.M. w W. wskazał, że pozostawia do uznania sądu wydanie ewentualnej zgody na przeniesienie zarodków do organizmu uczestniczki lub uznanie, że po upływie umownego terminu dwóch miesięcy zarodki zostaną przekazane przez I.M. w W. do dawstwa zarodka.

Uczestniczka Anna K. wniosła o oddalenie wniosku w całości.

Ciekawe jest jednak to, jakiej zmianie uległo jej stanowisko. W piśmie z 20 września 2016 r. wskazywała, że wnosi o oddalenie wniosku, ponieważ w sprawie tej nie mogą znaleźć zastosowanie przepisy art. 97 ust. 2 k.r.o. z uwagi na to, że w obecnym stanie prawnym nie można postawić znaku równości pomiędzy legalnym pojęciem „zarodka" (art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.) oraz występującym na gruncie k.r.o. pojęciem „dziecka". Dodała przy tym, że dyskusja o tym jaki moment rozpoczyna życie ludzkie i od której chwili podlega ono ochronie stanowi w istotnej mierze przedmiot rozważań z pogranicza prawa natury a filozoficzną koncepcją człowieka. W konsekwencji, jej zdaniem, nie można przyjąć, aby w odniesieniu do grupy komórek zastosowanie mogły znaleźć przepisy regulujące władzę rodzicielską oraz kompetencje sądu opiekuńczego do rozstrzygania o istotnych sprawach dziecka wobec braku porozumienia rodziców, ponieważ w sprawie nie mamy do czynienia z rodzicami i dziećmi, ale z dawcami i zarodkami. Wskazała, że strony nie były w związku partnerskim i nie można mówić o dawstwie partnerskim. Strony są wobec siebie obcymi ludźmi i jedyna sfera życia, która ich łączy to fakt, że wskutek zapłodnienia in vitro zostali rodzicami wspólnych dzieci. Nigdy jednak nie byli parą, nie planowali wspólnej przyszłości i wspólnego wychowywania synów, nigdy nie stanowili dla siebie oparcia. Strony poznały się przez Internet za pośrednictwem strony www.dawcyspermy.pl i od początku było między nimi jasne, że uczestniczka pragnie zostać mamą, zaś wnioskodawca jest gotowy przekazać jej swoje nasienie i formalnie być ojcem narodzonych wspólnych dzieci. W ocenie Anny K. wnioskodawcą kierowała w istocie nie potrzeba ojcostwa, lecz zaprzeczenie krążącym w jego zawodowym otoczeniu plotkom o homoseksualizmie. Dodała, że w ogóle nie uczestniczy w życiu synów. Uczestniczka nie planuje wykorzystać zarodków przechowywanych w klinice, nie tylko szanując stanowisko wnioskodawcy w tym względzie, ale także nie czując się na siłach do tego, aby znowu być mamą; nie może bowiem nadal dojść do siebie po śmierci dziecka. Nie wyobraża sobie również, aby bez jej zgody jej materiał genetyczny mógł być przekazany do anonimowego dawstwa z uwagi na obawę, że może nastąpić pomyłka i do dawstwa dojdzie przed upływem 20 lat, wskutek czego jej dzieci przyprowadzą do domu genetyczne rodzeństwo, nie mając o tym świadomości.

W piśmie z 13 października 2016 r. uczestniczka Anna K. wnosząc o oddalenie wniosku oraz o zezwolenie na przeniesienie zarodka uczestniczce postępowania argumentowała już zupełnie

inaczej. Wskazywała, że skoro na gruncie tej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której żadna ze stron nie jest wobec drugiej anonimowa przyjąć trzeba, wbrew dotychczasowemu stanowisku, że w istocie jest to przypadek dawstwa partnerskiego. W ten sposób uzasadniała złożenie wniosku na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. o zgodę na transfer zarodków, co stanowi jej jedyną możliwość ponownego macierzyństwa, zaś wnioskodawca wyrażał dotychczas zgodę na uczestniczenie w procedurze leczenia niepłodności i przyjmował na siebie wynikające z urodzenia dzieci prawne zobowiązania. Dodała, że umowa o leczenie niepłodności zawarta z kliniką została przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności i dokonując jej wykładni należy również rozważyć zagadnienie ludzkiego życia. Wskazała, że ustawa o leczeniu niepłodności zdefiniowała wprawdzie pojęcie zarodka, ale nie określiła jego statusu, tj. czy zarodek stanowi już formę życia ludzkiego, czy też nie, a co za tym idzie, czy i ewentualnie w jakim stopniu prawa konstytucyjne przysługujące „człowiekowi" bądź „każdemu" mogą być odniesione do zarodka. Wskazała jednak na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, w którym uznano, że „od momentu powstania życie ludzkie staje się wartością chronioną konstytucyjnie". Podobne stanowisko wyraziła uczestniczka, która wprost stwierdziła, prostując stanowisko zawarte w poprzednim piśmie jej pełnomocnika, że powstałe zarodki to dla niej jedyna nadzieja na przyszłe macierzyństwo, którego będzie pozbawiona w razie zniszczenia zarodków lub ich przekazania do anonimowego dawstwa. Uwzględnienie wniosku byłoby pogwałceniem wynikającej z Konstytucji zasady ochrony życia. Oddanie ich do dawstwa godziłoby nie tylko w prawo dziecka lub dzieci do wychowywania przez biologiczną matkę, która od macierzyństwa się nie uchyla, ale także w prawo uczestniczki do bycia w przyszłości matką potomstwa noszącego jej materiał genetyczny. Podkreśliła, że w przypadku dokonania transferu zarodków i w razie przyszłego urodzenia z nich dzieci, nie będzie się ubiegać o zasądzenie alimentów na ich utrzymanie, nie widzi także możliwości, aby wnioskodawca brał udział w ich wychowaniu.

Prokurator nie przystąpił do udziału w sprawie (sąd wysłał odpis wniosku Prokuraturze).

Postanowieniem z 17 października 2016 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa V Wydział Rodzinny i Nieletnich odrzucił wniosek.

Ustalając stan faktyczny Sąd Rejonowy wskazał, że wnioskodawca Marcel P. i uczestniczka Anna K. poddali się procedurze in vitro celem umożliwienia posiadania potomstwa. Obecnie strony posiadają dwoje wspólnych dzieci – syna urodzonego 11 września 2015 r. oraz syna urodzonego 26 maja 2014 r. Obaj zostali poczęci w wyniku procedury in vitro. 7 stycznia 2015 r. Marcel P. i Anna K. zawarli z kliniką leczenia niepłodności I.M. w W. umowę o leczenie niepłodności drogą in vitro oraz wyrazili zgodę na leczenie tą metodą. W umowie wskazano, że jeżeli w laboratorium kliniki rozwiną się dodatkowe zarodki, ponad te które podano pacjentce, są one na życzenie pacjentki

zamrażane i przechowywane w klinice. Za zamrożenie i przechowywanie zarodków w pierwszym roku pobierana jest opłata. W umowie zawarto oświadczenie, że zawierający ją przyjmują do wiadomości, że wydanie zamrożonych zarodków może nastąpić jedynie za równoczesną zgodą pacjentki i partnera. Ponadto w umowie zawarto zobowiązanie stron do udzielenia dalszych dyspozycji co do losów zarodków przed końcem pierwszego roku przechowywania. Wskazano, że możliwe jest przedłużenie okresu przechowywania zamrożonych zarodków o kolejny rok lub trzy lata, za dodatkową opłatą. W przypadku braku dyspozycji lub zaprzestania uiszczania opłaty pozostawione zarodki staną się własnością kliniki i mogą zostać wykorzystane do anonimowego dawstwa zarodków. W dalszej części umowy wskazano, że strony przyjmują do wiadomości, że w przypadku braku zgody partnera na implantację zarodków lub cofnięcie takiej zgody zobowiązują się do przedstawienia niezwłocznego wspólnego oświadczenia dotyczącego dalszych dyspozycji co do losów zarodków, a w przypadku braku takiego oświadczenia pomimo pisemnego wezwania kliniki do jego złożenia, klinika przechowa odpłatne zarodki przez okres dwóch miesięcy, po upływie których zarodki staną się własnością kliniki i będą mogły być wykorzystane do anonimowego dawstwa zarodków. W umowie nie wskazano czy zgoda partnera jest potrzeba na każdorazową implantację czy też zostaje udzielona każdorazowo. W oświadczeniach stanowiących element umowy strony oświadczyły, że w przypadku, gdy po zdeponowaniu zarodków stron związek stron zostanie zakończony decyzja co do przeznaczenia zarodków będzie wymagać wspólnego stanowiska lub decyzji sądu.

W ramach powyższej umowy zostały pobrane od stron komórki rozrodcze. Z pobranego w 2015 roku materiału genetycznego powstało szereg zarodków, zaś z wcześniejszej procedury in vitro z której urodził się pierwszy syn powstały trzy zarodki. Dwa z nich wszczepiono uczestniczce. Z ciąży tej urodzili się dwaj kolejni synowie, zaś jeden z nich wkrótce po porodzie zmarł. Obecnie pięć zarodków pozostaje zamrożonych.

Obecnie strony są skonfliktowane. Przedmiotem sporu jest m.in. kwestia dalszego bytu zarodków. Wnioskodawca nie zgadza się na kolejne potomstwo. Złożył wobec I.M. w W. oświadczenie o braku zgody na dalsze implantacje oraz o zgodzie na przejście zarodków na własność tego podmiotu. W ocenie I.M. w W. oświadczenie to nie jest jednoznaczne. Następnie wnioskodawca złożył kolejne oświadczenie precyzującego jego stanowisko.

Uczestniczka Anna K. dokonała opłaty za przechowywanie zarodków do stycznia 2018 r. Pragnie ich dalszego przechowywania oraz nie zgadza się, aby zarodki były przedmiotem adopcji lub badań naukowych. Na rozprawie złożyła wniosek o zezwolenie na przeniesienie zarodka/zarodków uczestniczce, który to wniosek został wyłączony do odrębnego postępowania.

Sąd zważył, że kwestie dotyczące przedmiotu tego postępowania reguluje ustawa z 25

czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności. Strony zawarły z kliniką niepłodności umowę 7 stycznia 2015 r., jak wskazuje art. 97 u.l.n. ma ona zastosowanie także do zarodków utworzonych i przechowywanych przed dniem wejścia w życie ustawy, co nastąpiło 1 listopada 2015 r. Wnioskodawca wniósł o wyrażenie przez sąd opiekuńczy zgody na dawstwo zarodka, które zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 9 u.l.n. Analiza ustawy o leczeniu niepłodności doprowadziła sąd do wniosku, że zezwolenie sądu zostało przewidziane przez ustawodawcę jedynie odnośnie do dawstwa partnerskiego – por. art. 21 ust. 1 i 2 u.l.n.

Analiza art. 36 u.l.n., który to przepis zawiera wyszczególnienie warunków dopuszczalności dawstwa zarodka doprowadził sąd do wniosku, że ustawodawca nie przewidział możliwości ingerencji sądu opiekuńczego w tę procedurę, w szczególności, aby sąd mógł rozstrzygać o wyrażeniu zgody na przekazanie zarodków do dawstwa zarodka. Wskazał, że jak stanowi art. 36 ust. 1 pkt 10 u.l.n. dla dopuszczalności procedury konieczne jest, aby dawcy zarodka, mający pełną zdolność do czynności prawnych, wyrazili dobrowolnie w obecności osoby zatrudnionej w banku komórek rozrodczych i zarodków, w formie pisemnej, oświadczenie co do świadomości skutków prawnych dawstwa zarodka. Zgoda ta może być cofnięta aż do rozpoczęcia procedury medycznej u biorczyni. Oznacza to, zdaniem sądu, że kwestia przeznaczenia zarodków do tzw. adopcji prenatalnej oddana została do wspólnej i zgodnej decyzji dawców zarodka, zaś w przypadku braku porozumienia ustawodawca rozstrzygnął o dalszym postępowaniu z zarodkami, co zostało uregulowane w przepisie art. 97 u.l.n., zgodnie z którym zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy są przekazywane do dawstwa zarodka po upływie 20 lat od dnia wejścia w życie ustawy, chyba że wcześniej zostaną przekazane przez dawców zarodka do dawstwa zarodka albo w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 21 ust. 3 pkt 2 tj. śmierci obojga dawców zarodka albo, jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie – śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu.

Mając powyższe na uwadze sąd opiekuńczy doszedł do konkluzji, że w sprawie droga sądowa jest niedopuszczalna. Sąd podkreślił, że ustawodawca w ustawie o leczeniu niepłodności przewidział drogę sądową tylko w przypadku ewentualnego przełamania braku zgody dawcy komórek rozrodczych na przeniesienie zarodka do organizmu biorczyni (art. 21 ust. 2 u.l.n.), natomiast w sytuacji, gdy między stronami dawstwa partnerskiego brak jest porozumienia co do dalszych losów zarodków, w tym przeznaczenia zarodków do dawstwa zarodka, droga sądowa jest niedopuszczalna. W szczególności sąd zwrócił uwagę, że podstawą do uznania dopuszczalności drogi sądowej w sprawie nie mogą być postanowienia umowy zawartej przez stron, zgodnie z którymi o przeznaczeniu zarodków decydować mogą wspólnie strony lub sąd. Tego rodzaju postanowienie umowy nie wywołuje żadnych skutków prawnych, gdyż kwestie dopuszczalności lub nie drogi sądowej należą

do zakresu prawa publicznego i pozostają w wyłącznej gestii ustawodawcy, którego wola w tym przedmiocie nie może być zmieniona wolą stron umowy cywilnoprawnej. Podkreślić trzeba, że zgodnie z wolą ustawodawcy, nie jest dopuszczalne, aby jedno z dawców zarodka mogło żądać na drodze sądowej rozstrzygnięcia o przekazaniu utworzonych zarodków do dawstwa zarodka. Ustawodawca nie przewidział kompetencji sądu w tym zakresie oraz jednocześnie precyzyjnie określił w art. 97 ust. 1 u.l.n. dalszy los zarodków, co do których dawcy nie podjęli decyzji o przekazaniu ich do dawstwa zarodka.

Na skutek zażalenia złożonego od powyższego orzeczenia przez wnioskodawcę Sąd Okręgowy w Warszawie VI Wydział Cywilny Rodzinny Odwoławczy postanowił 12 września 2017 r. zaskarżone postanowienie uchylić (sygn. akt: VI Cz 273/17). W uzasadnieniu wskazał, że niezasadne jest twierdzenie sądu rejonowego, że w sprawie droga sądowa jest niedopuszczalna. Dodał, że wnioskodawca we wniosku jako źródło swojego roszczenia wskazał na postanowienie zawartej między stronami umowy, którą strony zawarły zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353^1 k.c.). W ocenie sądu, jeżeli wg twierdzeń wnioskodawcy między stronami istnieje stosunek cywilnoprawny to droga sądowa jest dopuszczalna, a wniosek nie mógł być odrzucony z powodu jej braku. Proces przed sądem ma dopiero wykazać, czy twierdzenie będące podstawą żądania wnioskodawcy znajduje uzasadnienie w przepisach prawa materialnego. O dopuszczalności drogi sądowej sąd powinien rozstrzygnąć jedynie kierując się treścią wniosku, powołanymi w niej przepisami, a nie oceną zasadności żądania. W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnienie Sądu Rejonowego wskazuje, że sąd ten myli kwestie zasadności wniosku z kwestią niedopuszczalności drogi sądowej. Natomiast sąd rejonowy w żaden sposób nie odniósł się, czy wniosek należy traktować jako sprawę cywilną oraz czy istnieje przepis szczególny wyłączający w danej sprawie kompetencję sądów powszechnych.

Ostatecznie, Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa V Wydział Rodzinny i Nieletnich postanowieniem z 13 listopada 2017 r. (sygn. akt V RNs 1233/17) umorzył postępowanie wobec skutecznego cofnięcia wniosku przez wnioskodawcę zawartym w piśmie z 26 października 2017 r. Orzeczenie jest prawomocne z dniem 22 maja 2018 r.

Natomiast w zakresie wniosku uczestniczki o zezwolenie na dokonanie transferu sprawa została wyłączona do odrębnego rozpoznania i wniosek został zwrócony wobec nieusunięcia braków formalnych i fiskalnych w ustawowym terminie (sygn. akt: V RNs 1070/16).

Analiza powyższej sprawy pozwala na sformułowanie kilku ważnych wniosków.

Po pierwsze jest to jedyna z analizowanych spraw, gdzie wnioskodawcą jest mężczyzna, który pragnie zakończyć niepewność co do sytuacji prawnej utworzonych z jego komórek rozrodczych

zarodków. Co do zasady, to kobiecie ustawodawca umożliwił złożenie wniosku na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. do sądu opiekuńczego, w przypadku, kiedy ona chce dokonać transferu zarodka utworzonego wskutek dawstwa partnerskiego, a mężczyzna, którego komórki rozrodcze użyto wycofał swoją zgodę. Brak przepisu, z którego wynikałoby wprost, że wniosek taki może złożyć jedynie kobieta, jednak jest to oczywiste z uwagi na charakter wniosku (wbrew woli kobiety z pewnością do transferu nie dojdzie) oraz treści przepisów art. 21 ust. 1 pkt 2 u.l.n. oraz art. 21 ust. 2 u.l.n. Z przepisów tych wynika, że niedopuszczalne jest przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli biorczyni w formie pisemnej wycofała zgodę, zaś jedynie w przypadku braku zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, z których utworzono zarodek, na przeniesienie zarodka, zezwolenie na przeniesienie wydaje sąd opiekuńczy.

Po drugie, sąd opiekuńczy w sprawie tej słusznie wskazał, że analiza art. 36 u.l.n., który to przepis zawiera wyszczególnienie warunków dopuszczalności dawstwa zarodka prowadzi do wniosku, że ustawodawca nie przewidział możliwości ingerencji sądu opiekuńczego w tę procedurę, w szczególności, aby sąd mógł rozstrzygać o wyrażeniu zgody na przekazanie zarodków do dawstwa zarodka. Sprawa ta uwypukla wyraźnie potrzebę wprowadzenia zmian w ustawie o leczeniu niepłodności w tym zakresie, była już mowa, że *de lege ferenda* wprowadzenie kontroli sądu opiekuńczego w procedurę dawstwa zarodków jest jak najbardziej uzasadnione. Nie dość, że sąd mógłby wówczas skontrolować *ad casum* czy zgodne z dobrem dziecka mającego się urodzić będzie wyrażenie zgody na dawstwo zarodka, to ponadto możliwe byłoby wówczas stworzenie spójnego systemu adopcyjnego oraz uzyskanie spójności z art. 21 ust. 2 u.l.n. Analiza powyższych spraw jednoznacznie wskazała, że w przypadku spraw rozstrzyganych w oparciu o ten przepis sądy opiekuńcze wyraźnie kierują się zasadą dobra dziecka, zaś w przypadku dawstwa zarodka ustawodawca nie przewidział takiej możliwości.

Po trzecie, *de lege lata* wydaje się, że w przypadku braku porozumienia stron, tj. dawców komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego co do dalszych losów zarodków, tak jak miało to miejsce w tej sprawie, brak możliwości rozstrzygania takiej kwestii przez sąd opiekuńczy. Pomimo że przy rozstrzyganiu wniosków na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. sądy odnosiły się do zasady dobra dziecka, nie oznacza to, że sprawy te można uznać za sprawy o istotne sprawy dziecka, co do których istnieje konflikt między jego rodzicami, a w konsekwencji sąd opiekuńczy ma to rozstrzygnąć na podstawie art. 97 ust. 2 k.r.o. Nie chodzi tu jednak wcale o to, że jak twierdziła początkowo uczestniczka nie mogą znaleźć zastosowanie przepisy art. 97 ust. 2 k.r.o. z uwagi na to, że w obecnym stanie prawnym nie można postawić znaku równości pomiędzy legalnym pojęciem

„zarodka” (art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.) oraz występującym na gruncie k.r.o. pojęciem „dziecka”. *Ratio legis* ustawy o leczeniu niepłodności jest w tym zakresie jednoznaczne, zwłaszcza przepis art. 4 u.l.n., gdzie wprost mowa o prowadzeniu leczenia niepłodności z poszanowaniem godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka. W ustawie zarodek od momentu jego utworzenia, tj. od momentu poczęcia in vitro podlega szczególnej ochronie. Chodzi jednak o to, że władza rodzicielska przysługuje rodzicom dopiero od momentu urodzenia dziecka, z tej zatem przyczyny przepis art. 97 k.r.o. w ogóle do nasciturusa nie znajdzie zastosowania, niezależnie od tego w jakiej fazie się znajduje, czy przedimplantacyjnej, czy też już jest po transferze.

Powyższe oznacza, że w braku porozumienia stron, tj. dawców komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego co do dalszych losów zarodków, mężczyzna nie ma podstaw prawnych, aby móc skutecznie żądać od sądu opiekuńczego, aby ten rozstrzygnął w przedmiocie de facto „władztwa” nad utworzonymi zarodkami, które dotąd nie zostały wykorzystane. Na gruncie ustawy o leczeniu niepłodności zresztą w ogóle niedopuszczalne jest wnioskowanie, aby zarodki po określonym czasie przeszły „na własność” kliniki niepłodności, która byłaby władna do zdecydowania co z nimi zrobić. Jest to sprowadzenie zarodka jedynie do rzeczy, który może zostać „przeniesiony”, co w sposób oczywisty jest sprzeczne nie tylko z ustawą o leczeniu niepłodności, ale również zasadami współżycia społecznego. Nawet jeżeli strony zawarłyby takie postanowienie w umowie zawartej z kliniką leczenia niepłodności (która notabene została zawarta jeszcze przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności), postanowienia takie na podstawie art. 58 § 1 i 2 k.c. należałoby uznać za nieważne. Zresztą nawet spory prowadzone w oparciu o przepis art. 21 ust. 2 u.l.n. zdecydowanie pokazują, że zarówno uczestnicy postępowania, jak i sądy opiekuńcze nie posługują się nomenklaturą z zakresu prawa zobowiązań czy też prawa rzeczowego, tylko odwołują się do pojęć z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego oraz zasady dobra dziecka, traktując właśnie w ten sposób zarodek. Oczywiście taki kierunek orzeczniczy zasługuje na pełną aprobatę.

Skoro zatem nie ma podstaw prawnych do rozstrzygania przez sąd opiekuńczy wniosków w braku porozumienia stron, tj. dawców komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego co do dalszych losów zarodków, oznacza to dwa możliwe rozwiązania. Po pierwsze, sprawa ta może zostać przesądzona dopiero w postępowaniu zainicjowanym przez biorczynię na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. i do tego czasu mężczyzna musi liczyć się z możliwością dokonania transferu zarodka i w razie uwzględnienia wniosku zostania ojcem. Sam jednak nie może złożyć *de facto* przeciwnego wniosku, w którym sąd opiekuńczy przesądziłby, że w świetle danej sprawy nie ma podstaw do dokonania transferu. Po drugie, jeżeli biorczyni nie zdecydowałaby się na złożenie wniosku na podstawie 21 ust. 2 u.l.n., tj. nie zamierza ona dokonywać transferu zarodków, jednak jednocześnie nie wyraża zgody

na ich dawstwo innej parze (jak miało miejsce w tej sprawie z uwagi na jej różnorakie obawy), zarodki takie nawet w razie braku zgody na dawstwo, automatycznie z mocy prawa są przekazywane do dawstwa zarodka – po upływie określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż 20 lat, licząc od dnia, w którym zarodki zostały przekazane do banku komórek rozrodczych i zarodków w celu ich przechowywania.

Na koniec chciałabym zwrócić uwagę na to jak w jednej sprawie diametralnie może zmienić się nastawienie w odniesieniu do statusu zarodka w zależności od tego co chce się osiągnąć. Niezmienne było to, że uczestniczka żądała oddalenia wniosku, jednak jej argumentacja uległa skrajnej wręcz zmianie. Początkowo wskazywała, że nie można przyjąć, aby w odniesieniu do grupy komórek zastosowanie mogły znaleźć przepisy regulujące władzę rodzicielską oraz kompetencje sądu opiekuńczego do rozstrzygania o istotnych sprawach dziecka wobec braku porozumienia rodziców. Później wywodziła natomiast, że powstałe zarodki to dla niej jedyna nadzieja na przyszłe macierzyństwo, którego będzie pozbawiona w razie zniszczenia zarodków lub ich przekazania do anonimowego dawstwa, zaś uwzględnienie wniosku byłoby pogwałceniem wynikającej z Konstytucji zasady ochrony życia. Pokazuje to, jak skrajnie odmiennie można postrzegać tę samą sytuację, ten sam zarodek i jak stanowisko tej samej osoby w zależności od celu jaki chce osiągnąć może ewoluować. Oczywiście jednoznaczny sprzeciw budzi porównywanie zarodka do grupy komórek, co ma na celu deprecjację jego statusu, a na aprobatę zasługują argumenty, zgodnie z którymi zarodek zasługuje na należną mu ochronę i jest traktowany na równi z *nasciturusem* niezależnie od tego w jakiej fazie prenatalnej się znajduje.

***

WNIOSKI KOŃCOWE

W żadnym przepisie ustawy o leczeniu niepłodności ani w innym akcie prawnym ustawodawca polski nie przesądził wprost czy przepisy regulujące sytuację prawną dziecka poczętego, rozumianego tradycyjnie, omówione dokładnie w pierwszym rozdziale, należy stosować odpowiednio do zarodka w fazie przedimplantacyjnej. Nie jest wiadome czy jest to decyzja celowa, świadcząca o tym, że skoro do zapłodnienia komórki jajowej już doszło, to od tego momentu można mówić o poczęciu, nawet jeśli dochodzi do niego poza ustrojem kobiety. Możliwe jest, że brak wzmianki o tym wynika z nieświadomości ustawodawcy polskiego, niezdającego sobie sprawy z powagi implikacji prawnych z tym związanych. Możliwe również, że ustawodawca celowo nie chce jednoznacznie przesądzać tej kwestii, pozostawiając rozstrzygnięcie tej kwestii doktrynie oraz orzecznictwu.

W pracy tej wielokrotnie zostało wskazane i z jej całokształtu wynika, że *de lege lata* pojęcie *nasciturusa*, czyli dziecka poczętego należy odnosić do zapłodnionej komórki jajowej niezależnie od tego czy zarodek taki znajduje się poza organizmem kobiety, czy też jest już na etapie poimplantacyjnym. To w momencie zapłodnienia powstaje właściwy tylko tej jednostce ludzkiej kod genetyczny, który nie ulegnie już zmianie. Mając na względzie wiedzę medyczną przytoczoną w drugim rozdziale, nie ulega wątpliwości, że ze wszystkich kryteriów rozwojowych dla oceny „człowieczeństwa płodu", jedynie kryterium genetyczne może zasługiwać na aprobatę. Zaakceptowanie tego kryterium jest jednocześnie spójne z tym, iż momentem początkowym, od którego możemy mówić o początku rozwoju człowieka jest moment zapłodnienia komórki jajowej. *Nasciturus* rozwija się w sposób synchroniczny, harmonijny, od zapłodnienia ma oryginalny genotyp; już od momentu zapłodnienia, niezależnie czy nastąpiło ono w ustroju kobiety czy *in vitro*, rozpoczyna się rozwój człowieka, którego człowieczeństwo z każdą chwilą się fizycznie realizuje, doskonali, i to nie skokowo z wyodrębnieniem poszczególnych etapów jakościowych, lecz przez ciągły oraz stały rozwój wszystkich elementów organizmu ludzkiego.

Dalszy rozwój zarodka jest oczywiście konieczny do urodzenia się człowieka, jednak to moment zapłodnienia determinuje możliwość dalszego rozwoju. Co oczywiste przy zapłodnieniu pozaustrojowym kluczowym elementem umożliwiającym rozwój zarodkowi jest jego implantacja do organizmu kobiety, jednak jedynie ta okoliczność, nie powinna uzasadniać różnicowania sytuacji prawnej dziecka urodzonego wskutek poczęcia *in vitro*. W sytuacji przesądzenia przez ustawodawcę

dopuszczalności i uregulowania zasad stosowania technik wspomaganego rozrodu w ustawie o leczeniu niepłodności oraz przy braku wyraźnego wyłączenia możliwości stosowania przepisów prawa cywilnego dotyczących *nasciturusa* do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej, nie jest uzasadnione ich niestosowanie jedynie powołując się na sposób poczęcia dziecka.

W powyższym kontekście ponownie szczególną uwagę należy zwrócić na przepis art. 4 ustawy o leczeniu niepłodności, zgodnie z którym leczenie niepłodności jest prowadzone z poszanowaniem godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka. Ustawodawca wprost odwołuje się w tym przepisie do dóbr i praw dziecka, co można rozumieć jako ogólną dyrektywę, którą należy się kierować wykładając przepisy ustawy: w razie wątpliwości należy przyjąć, że faza przedimplantacyjna zarodku jest już pierwszym prenatalnym etapem rozwoju dziecka. Co za tym idzie, uzasadnia to postawienie tezy, że od momentu zapłodnienia (w tym *in vitro*) zarodek jest już szczególną postacią *nasciturusa* i uwagi dotyczące *nasciturusa*, przysługujące mu prawa, w tym majątkowe pod warunkiem żywego urodzenia, przysługują odpowiednio również zarodkowi znajdującemu się w fazie przedimplantacyjnej.

W tym miejscu chciałabym ponownie przytoczyć jednoznaczne w tym zakresie stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, które zostało wyrażone w orzeczeniach K 50/16, S 2/18. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „podstawowym założeniem ustawy o leczeniu niepłodności jest ochrona dobra poczętego dziecka". Wyraźnie stwierdził, że „ludzkie życie nie może być traktowane przedmiotowo, a żaden zarodek nie stanowi li tylko „materiału biologicznego", którym można swobodnie dysponować, lecz zasługuje na ochronę gwarantowaną przez ustawę o leczeniu niepłodności, której celem jest właśnie ograniczenie takiej swobody". Wskazał również, że „koncepcja zakładająca istnienie „prawa kobiety do zarodka" narusza konstytucyjnie chronioną godność (art. 30 Konstytucji) przysługującą każdemu człowiekowi, w tym również dziecku poczętemu. Uznanie, że człowiek (dziecko, niezależnie od etapu rozwoju) może być przedmiotem prawa podmiotowego innego człowieka (matki) jest równoznaczne z jego przedmiotowym traktowaniem. Tymczasem człowiek nie może być traktowany jako środek do osiągnięcia celu przez inne osoby. Nie może więc być traktowany jak „rzecz" ani być przedmiotem dysponowania przez innego człowieka".

Z powyższego w sposób dość jednoznaczny wynika stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym zarodek oczekujący na transfer jest już *nasciturusem*, jest dzieckiem poczętym, a nie jedynie materiałem biologicznym. Dalej, wskazać trzeba, że również jemu przysługuje konstytucyjnie chroniona godność, ponieważ przysługuje ona każdemu człowiekowi, w tym dziecku, niezależnie od etapu rozwoju. Jest to stanowisko potwierdzające tezę tej pracy, zgodnie z którą

przepisy zapewniające ochronę dziecku poczętemu powinno się odpowiednio stosować do embrionów znajdujących się w fazie przedimplantacyjnej.

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że zagadnienia omówione w rozdziale pierwszym znajdą odpowiednie zastosowanie również do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. W tym kontekście uznać należy, że zarodkowi znajdującemu się w fazie przedimplantacyjnej przysługuje ochrona prawna w takiej samej rozciągłości w jakiej przysługuje ona *nasciturusowi* poczętemu w sposób naturalny. Po pierwsze, oznacza to, że zarodek taki może być zarówno spadkobiercą jak i zapisobiercą (art. 927 § 2 k.c. i art. 972 k.c.). Należy bowiem przyjąć, że w momencie otwarcia spadku istnieje już mający dziedziczyć *nasciturus* i będzie on dziedziczyć pod warunkiem transferu do organizmu kobiety i żywego urodzenia. Przysługuje mu zatem zdolność dziedziczenia w takim samym zakresie jak każdemu innemu dziecku poczętemu. Po drugie, *de lege lata* możliwe jest uznanie ojcostwa mającego powstać w procedurze wspomaganego rozrodu zarodka, który następnie będzie implantowany do organizmu biorczyni (art. 75^1 k.r.o.). Również na gruncie art. 75 k.r.o. możliwe jest uznanie, że może dojść do uznania dziecka poczętego, które oczekuje na transfer. Odnosząc się do innych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, również one znajdą zastosowanie do zarodka znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej. Przepis art. 142 k.r.o., stanowiący o roszczeniu matki o zapłatę kosztów utrzymania dziecka poczętego w przypadku uwiarygodnionego ojcostwa dotyczy okresu już po dokonaniu implantacji, zatem przysługuje niezależnie od sposobu poczęcia *nasciturusa*. Należy również uznać, że można ustanowić kuratora dla embrionu znajdującego się w fazie przedimplantacyjnej (art. 182 k.r.o.). Po trzecie, zarodkowi znajdującemu się w fazie przedimplantacyjnej przysługują wszystkie roszczenia o naprawienie szkód doznanych przed urodzeniem (art. 446^1 k.c.), które przysługują dziecku poczętemu. Dotyczy to również roszczeń odszkodowawczych, o których mowa w art. 446 § 2-4 k.c. oraz art. 446^2 k.c.; wszakże przysługują one dziecku poczętemu, a takim zarodek w fazie przedimplantacyjnej już jest.

Podsumowując, należy stanąć na stanowisku, że miarodajnym momentem określającym powstanie *nasciturusa* i związanych z nim praw jest moment zapłodnienia. Już wówczas powstaje podmiot prawa, który w razie skutecznego transferu do organizmu kobiety oraz urodzenia nabędzie definitywnie prawa, których źródło sięga do fazy przedimplantacyjnej, czy to będą prawa do spadku po zmarłym ojcu, czy roszczenia odszkodowawcze. Zapewnia to skuteczną ochronę praw embrionów w fazie przedimplantacyjnej i na gruncie standardów międzynarodowych oraz prawa polskiego nie ma podstaw do różnicowania sytuacji cywilnoprawnej embrionu w zależności od tego w jakiej fazie rozwoju się znajduje, przed- czy poimplantacyjnej. Teza ta ma tym większe uzasadnienie po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności, z której analizy wynika, że polski ustawodawca nakazuje szanować zarodki przed ich transferem z szacunkiem, na co zasługują wobec przysługującej im

godności ludzkiej.

Co więcej, sam fakt, że w przypadku braku zgody mężczyzny na transfer zarodka to sąd opiekuńczy posiada kognicję do zastępczego wyrażenia zgody na kontynuację procedury MAP, świadczy o tym, że zarodek taki traktowany jest w kategorii dziecka, które może się urodzić. Analiza akt spraw sądów powszechnych, które rozpoznawały wnioski złożone na podstawie art. 21 ust. 2 u.l.n. dobitnie pokazują, że sądy te w taki właśnie sposób traktują zarodki i wyrażając zgodę na transfer bądź wniosek oddalając, kierują się przede wszystkim nadrzędną zasadą, na której opiera się prawo rodzinne, jaką jest „dobro dziecka".

Poglądy, zgodnie z którymi do poczęcia w przypadku zapłodnienia *in vitro* dochodzi dopiero po implantacji zarodka do organizmu kobiety, a tym samym dopiero od tego momentu można mówić o *nasciturusie*, są nie do pogodzenia z dostępną wiedzą medyczną oraz rozwojem technologii w zakresie MAP, wręcz anachroniczne. Można je porównać do twierdzeń spotykanych w poprzednim stuleciu, że dziecko nienarodzone (poczęte *in utero*), stanowi część ciała matki. Przywoływane argumenty na poparcie tego stanowisko są czysto pragmatyczne. Wydaje się, że jest to wynikiem z jednej strony przywiązania do tradycyjnego rozumienia pojęcia poczęcia oraz tego, że przed rozwojem MAP rozpoczęcie ciąży było tożsame z poczęciem i powstaniem *nasciturusa*, a z drugiej obawa przed konsekwencjami cywilno-prawnymi postawienia tezy, że poczęcie następuje z momentem zapłodnienia, niezależnie czy dochodzi do niego *in vitro* czy *in utero*. Oczywiste jest bowiem, że przyjęcie tego uniemożliwia pozostawienie dotychczasowego ładu prawnego i grozi jego zburzeniem. Jest to jednak całkowicie oderwane od aktualnie dostępnej wiedzy, rozwoju technologii w zakresie MAP oraz nie do pogodzenia z naczelną zasadą „dobra dziecka".

Przykład regulacji hiszpańskiej doskonale obrazuje jak niebezpieczne i niewskazane jest sztuczne wprowadzenie rozróżnienia embrionów, które znajdują już się *in utero*, od tych, które są w fazie przedimplantacyjnej i nazywanie ich preembrionami. Jest to szeroko krytykowane w doktrynie prawa hiszpańskiego. Nawet jednak przy takiej regulacji doktryna hiszpańska i judykatura chronią *nasciturusa* poczętego *in vitro* i stoją na stanowisku, że dziecku urodzonemu przysługują prawa, których źródło sięga fazy przedimplantacyjnej na takiej samej podstawie prawnej, jak przynależą dziecku poczętemu *in utero*. Tym bardziej taki wniosek wypływa z regulacji polskiej, gdzie ustawodawca w żadnym zakresie nie rozróżnia zarodka od przed-zarodka oraz w dużo szerszym zakresie aniżeli ustawodawca hiszpański nakazuje szanować wszystkie zarodki, zapewniając im w ustawie o leczeniu niepłodności szereg gwarancji i wprowadzając zakazy praktyk, które mogłyby prowadzić do instrumentalnego traktowania zarodków.

Wspólne jest natomiast dla obu porządków prawnych, że źródłem wszystkich praw *nasciturusa*, również na gruncie prawa cywilnego, niezależnie czy ich źródło sięga fazy przed- czy

po- implantacyjnej, jest godność ludzka, zagwarantowana konstytucyjnie. Jest to ciekawa obserwacja w kontekście całkowicie odmiennej polityki aborcyjnej na gruncie prawa polskiego i hiszpańskiego, gdzie w tym drugim przypadku aborcja na żądanie do 13 tygodnia ciąży jest legalna. Cenna jest obserwacja, że pomimo konsekwentnego uznawania przez hiszpański Trybunał Konstytucyjny, że prawo do życia na gruncie prawa hiszpańskiego przysługuje jedynie osobom narodzonym, nie różnicuje on sytuacji cywilnoprawnej dziecka narodzonego w zależności od tego, czy źródłem praw nabywanych przez *nasciturusa* pod warunkiem żywego urodzenia jest faza przed- czy po-implantacyjna. Analogicznie jest z zakresem ochrony zapewnianej embrionom w ustawach regulujących MAP. Paradoksalnie, to ustawodawca hiszpański kierując się zasadą „dobra dziecka" zapewnia szerszą ochronę cywilno-prawną *nasciturusowi,* gdzie sięga ona nie tylko fazy przedimplantacyjnej, ale również okresu przed samym poczęciem dziecka, o czym świadczy przesądzenie w art. 9 ustawy 14/2006 więzi rodzinno-prawnej między zmarłym mężczyzną, a dzieckiem, co zapewnia mu prawo do dziedziczenia w przypadku zapłodnienia *post mortem*. Jest to spostrzeżenie uniwersalne, znajdujące zastosowanie również na gruncie prawa polskiego. Niezależnie od tego w jakim zakresie chronione jest prawo *nasciturusa* do życia ani w jaki sposób chronione są embriony na gruncie ustaw regulujących korzystanie z MAP, nie znajduje uzasadnienia różnicowanie sytuacji cywilnoprawnej dziecka narodzonego w oparciu o to w jaki sposób doszło do jego poczęcia, którym zawsze jest moment zapłodnienia – czy dzieje się to *in vitro*, czy *in utero*. Wniosek ten wynika w szczególności z tego, że wszędzie tam, gdzie analizowane są kwestie związane z dzieckiem, również w kontekście prawa prywatnego, wszelka analiza i wykładnia musi przede wszystkim uwzględniać jak najszerzej rozumiane „dobro dziecka".

Na zakończenie chciałabym przytoczyć słowa Jacka Mazurkiewicza, które w niezwykle trafny sposób oddają przyczynę, dlaczego warto jest pogłębiać zagadnienia dotyczące *nasciturusa* – zwłaszcza próbując umiejscowić te tak dobrze znane prawu cywilnemu pojęcie w rozwijającym się świecie nauk medycznych i metod wspomaganej prokreacji. Ich głęboki sens skłonił mnie w istocie do podjęcia badań i przeanalizowania spraw, które były przedmiotem tej rozprawy.

„*Prawo jest jednym z instrumentów kształtujących nasze życie. Z reguły służy wartościom godnym akceptacji. Wymaga analiz, wykładni, stanowi podstawę różnorakich decyzji i orzeczeń, jest przedmiotem działalności zawodowej. Budzi niekiedy kontrowersje, zdarza się, że także fundamentalne spory. Niektórzy prawnicy podejmują trud działalności badawczej. Wcześniej, niekiedy w jej trakcie, stają przed wyborami materii, która stanie się przedmiotem zajmującym ich siły, czas i umiejętności. Piszę o tym, co oczywiste, dlatego że badanie prawa może być także przejawem służby najdonioślejszym wartościom, przede wszystkim dobru człowieka. W czasach daleko idącego etycznego i niekiedy społecznego zagubienia można jednak wskazać na to co powinno*

być uznane za niekwestionowane dobro każdego – życie i zdrowie. Jedno jest niezbędne, drugie pomocne w kroczeniu po różnorakich człowieczych ścieżkach, nawet najbardziej niezwykłych, nie tylko pożytecznych czy szlachetnych. Troska o życie i zdrowie nienarodzonego człowieka powinna być jednym z najdonioślejszych przejawów postawy humanistycznej. W owej trosce jest dużo więcej tego, co powinno badaczy łączyć niż dzielić. Zarysowane powyżej w skrócie i uproszczeniu propozycje ochrony dziecka poczętego wskazują na taki obszar prawnej problematyki badawczej, który stwarza warunki do przedsięwzięć mogących dostarczyć również szczególnej satysfakcji – polegającej na projektowaniu unormowań niekiedy oryginalnych, choć nierzadko będących adaptacją rozwiązań czy pomysłów gdzie indziej znanych albo przedstawianych. Trwające już od ponad półwiecza przygody z prawem uprawniają mnie do sugestii, by proponować młodym badaczom prawa ścieżkę, która może okazać się dobroczynnym melanżem, wyrastającym z przeświadczenia o potrzebie pomocy tym, którzy sami bronić się nie mogą, oraz dającym radość kroczenia po tropach niewyściełanych dziesiątkami artykułów czy monografiami poprzedników. Wbrew pozorom nie towarzyszy mi przeświadczenie, że ci, którzy, być może, dokonają proponowanego wyboru wesprą opisane pokrótce propozycje. Ale nawet wtedy, gdy przedstawią pomysły uzasadniające odstąpienie od zarysowanych przeze mnie, może to okazać się cennym nie tylko badawczo doświadczeniem. Nawet stanowcza krytyka może być źródłem inspiracji, również starań, aby z przedstawionych postulatów de lege ferenda pozostały jedynie te, które służą wartościom, a nie nieudolnie niekiedy skrywanej megalomanii pomysłodawców" [657].

W pracy tej poruszonych zostało bardzo wiele zagadnień z zakresu ochrony prawnej *nasciturusa*, czyli tego „mającego się urodzić". Analiza została jednak dokonana w nowym kontekście, z uwzględnieniem jego wyjątkowej pozycji w metodach wspomaganego rozrodu, kiedy do poczęcia nie dochodzi w sposób naturalny, a *in vitro*. Jest to zupełnie nowa perspektywa postrzegania *nasciturusa*, kiedy w fazie jego prenatalnego rozwoju można wyodrębnić fazę przedimplantacyjną. Starałam się wskazać na wielorakie konsekwencje związane z wyodrębnieniem tej nowej fazy w rozwoju człowieka oraz to, jak dotychczas znane przepisy chroniące *nasciturusa*, jego podmiotowość mogą znaleźć zastosowanie również do tej fazy. Zdaję sobie sprawę, że praca ta nie wyczerpuje wszystkich zagadnień, które w tym kontekście mogą się pojawić i nie rozwiewa wszystkich wątpliwości, które pojawiają się przy ich analizie. Mam jednak nadzieję, że stanie się przyczynkiem do dyskusji i postulatów *de lege ferenda*, które w przyszłości posłużą do świadomego ukształtowania nowych przepisów w tym zakresie oraz wykładni tych obowiązujących mając na celu zapewnienie ochrony prawnej dziecku poczętemu, które znajduje się w fazie przedimplantacyjnej.

[657] J. Mazurkiewicz, *Czas ruszyć z miejsca!..., op. cit.*, s. 13-14.

***

WYKAZ LITERATURY

Alkorta Idiakez I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva,* Pamplona 2003

Bahadur G., *Ethics, legal, social, counselling: The moral status of the embryo: the human embryo in the UK Human Fertilisation and Embryology (Research Purposes) Regulation 2001 debate,* Reproductive Biomedicine Online 2003, vol. 7, nr 1

Barcia Lehmann R*., Derecho a la vida del nasciturus en Espaňa*, Ius et Praxis 2000, vol. 6, nr 2

Bartel H., *Embriologia*, wyd. V, Warszawa 2016

Bączyk-Rozwadowska K., *Pochodzenie dziecka poczętego in vitro*, Białostockie Studia Prawnicze 2022, vol. 27, nr 3

Bączyk-Rozwadowska K., *Aktualne problemy diagnostyki preimplantacyjnej w kontekście dążeń rodziców do realizacji projektu rodzicielskiego*, Białostockie Studia Prawnicze 2017, nr 2

Bączyk-Rozwadowska K., *Dawstwo materiału genetycznego a rozwiązania polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, Białostockie Studia Prawnicze 2020, vol. 25, nr 2

Bączyk-Rozwadowska K., *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018

Bączyk-Rozwadowska, K., *Prawne aspekty wspomaganej prokreacji post mortem*, Gdańskie Studia Prawnicze, 1 (49), 2021

Bączyk-Rozwadowska K., *Glosa do wyroku SN z dnia 9 marca 2012 roku, I CSK 282/11*, OSP 2012, Nr 11, poz. 106

Bączyk-Rozwadowska K., *Należyta staranność podmiotów udzielających świadczeń z zakresu prokreacji wspomaganej medycznie* [w:] J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022

Bendza W., *Zdolność prawna nasciturusa – ze szczególnym uwzględnieniem kwestii odszkodowawczych*, Przegląd Legislacyjny nr 3 (97) 2016

Benio M., *Podmiotowość jako kategoria prawna*, Zarządzanie Publiczne Nr 3(29), 2014

Bernfeld B., Mazurkiewicz J., Zaporowska M., Zaporowska Z., *Czy prawo musi pozostać bezradne? Prawne aspekty przeciwdziałania poalkoholowym uszkodzeniom płodu*, Warszawa 2019

Berrocal Lanzarot A.I., *Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido*, Revista de la Escuela de Medicina Legal 2007, nr 1

Berrocal Lanzarot A.I., *De nuevo sobre la reproducción humana asistida en Espaňa. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo*, Revista de la Escuela de Medicina Legal

2008, nr 10

Bodio J., *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Warszawa 2019

Boratyńska M., *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, Prawo i Medycyna 1/2008 (30, vol. 10)

Boratyńska M., Konieczniak P., *Prawne aspekty zapłodnienia pozaustrojowego – odpowiedź J. Haberko i K. Olszewskiemu*, Prawo i Medycyna 2/2008 (31, vol. 10)

Bosek L., *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie prenatalnym sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe* [w:] *Konstytucyjna ochrona życia*, Druk sejmowy nr 993, Sejm V Kadencji, 3/2007

Bosek L., *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012

Bosek L., *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, nr. 4

Bosek L., *W sprawie kwalifikacji więzi rodzinnej jako dobra osobistego. Krytyczne uwagi na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Forum Prawnicze 2015, nr 3

Bosek L., *Konstytucyjne podstawy prawa biomedycznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2009, nr 2

Bosek L., *Ochrona embrionów w prawie międzynarodowym i europejskim*, RPEiS 2007, z. 3

Bosek L., *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganej prokreacji*, Diametros 2009, nr 2

Breczko A., *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011

Breczko A., Andruszkiewicz M., *Prawo spadkowe w obliczu postępu technologicznego (nowe wyzwania w XXI wieku)*, Białostockie Studia Prawnicze 2017, nr 4, vol. 22

Burrell C., Edozien L.C., *Surrogacy in modern obstetric practice*, Seminars in Fetal and Neonatal Medicine 2014, vol. 19, nr 5

Calvo Meijide A., *El nasciturus y su protección jurídica*, Actualidad Civil 1992, nr 2

Calvo Meijide A., *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista,* Cuadernos de Bioética 2004/2ª

Chrempiński S., *Czy dziecko poczęte winno być uznane za podmiot prawa*, Nowe Prawo 1958, nr 2

Czarnik Z., Gajda J., *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Nowe Prawo 1990, nr 10-12

Dickens B.M., Cook R.J., *Some ethical and legal issues in assisted reproductive technology,* International Journal of Gynecology & Obstetrics 1999, vol. 66, nr 1

Dickens B.M., Molinari Tato, A. *¿Qué implicaciones legales tiene tratar a los embriones como personas nacidas?*, Debate Feminista 2011, vol. 43

Dickens B.M., *Ethical and Legal Issues in Reproductive Health: The use and disposal of stored embryos*, International Journal Of Gynecology And Obstetrics 2016, vol. 134, nr 1

Dickens B.M., *Legal developments in assisted reproduction*, International Journal Of Gynecology & Obstetrics 2008, vol. 101, nr 2

Dodd J., Keating C., Weisengee Egan N., *Surrogacy Nightmare Whose Babies Are They?*, People 2014, vol. 85, nr 12

Dostalik P. M., E*mbryo "Adoption"? The Rhetoric, the Law, and the Legal Consequences*, New York Law School Law Review 2011, vol. 55, nr

Duszyńska K., *Zarys instytucji oświadczeń pro futuro w prawie polskim i instytucji instrucciones previas w prawie hiszpańskim*, Przegląd Sądowy 11-12/2014

Dyer, S., Chambers G.M., de Mouzon J., Nygren K.G., Zegers-Hochschild F., Mansour R., Ishihara O., Banker M., Adamson G.D., *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies world report: Assisted Reproductive Technology 2008, 2009 and 2010*, Human Reproduction 2016, vol. 31, nr 7

Dyoniak A., *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1994, z. 3

Eser, A., *The legal status of the embryo in comparative perspective*, Medicine And Law 1992, vol. 11, nr 7-8

Farsides B., Scott R., *No Small Matter For Some: Practitioners' Views On The Moral Status And Treatment Of Human Embryos*, Medical Law Review 2012, vol. 20, nr 1

Farsides B., Scott R., Williams C., Ehrich K., *Donation Of 'Spare' Fresh Or Frozen Embryos To Research: Who Decides That An Embryo Is 'Spare' And How Can We Enhance The Quality And Protect The Validity Of Consent?,* Medical Law Review 2012, vol. 20, nr 3

Felski T., *Wpływ warunkowej zdolności do dziedziczenia na postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku,* Nowe Prawo 1986, nr 11-12

Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000

Fox M., *Pre-Persons, Commodities or Cyborgs: The Legal Construction and Representation of the Embryo*, Health Care Analysis 2000, vol. 8, nr 2

Gałązka M., *Prawo karne wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Lublin 2005

Garlicki S., *Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki*, Warszawa 197

Germán Zurriaráin R., *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, Madrid, 2007

Germán Zurriaráin R., *La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007,* Cuadernos de Bioética XX, 2009/2ª

Germán Zurriaráin R., *Técnicas de reproducción humana asistida: Determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*, Cuadernos de Bioética XXII, 2011/2ª

Górniak K., *Glosa do uchwały SN z 25 lipca 2019 r., III CZP 12/19*, Rejent 2021, nr 5

Gronowski A.M., Scott Jr R.T., Caplan A.L., Nelson L.J., *The ethical implications of preimplantation genetic diagnosis*, Clinical Chemistry 2014, vol. 60, nr 1

Grzybowski S., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1978

Grzybowski S., *System prawa cywilnego* 1985, tom 1

Grzymkowska M., *Czy polskie prawo chroni embriony in vitro? Regulacja polska w świetle standardów europejskich*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2006, nr 3

Haberko J., *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010

Haberko J., *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, Przegląd Sądowy 2008, nr 10

Haberko J., Olszewski K., *Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro)*, Prawo i Medycyna 1/2008 (30, vol. 10)

Haberko J., Olszewski K., *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów in vitro – polemika*, Prawo i Medycyna 2/2008 (31, vol. 10)

Haberko J., *Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności*, Forum Prawnicze 2014, nr 4(24),

Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności, Komentarz*, Warszawa 2016

Halliday S., *A Comparative Approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Europe*, Medical Law Review 2004, nr 12

Hammond-Browning N., *Ethics, embryos, and evidence: a look back at Warnock,* Medical Law Review 2015, vol. 23, nr 4

Handyside A.H., *24-chromosome copy number analysis: a comparison of available technologies*, Fertility and Sterility 2013 vol. 100, nr 3

Harris J., *The value of life: an introduction to medical ethics*, London 1985

Hoffman J.R., *You Say Adoption, I Say Objection: Why the Word War Over Embryo Disposition Is More Than Just Semantics,* Family Law Quarterly 2012, vol. 46, nr 3

Hołówka J., *Manipulacje na ludzkich zarodkach*, Prawo i Medycyna 1/2008 (30, vol. 10)

Hudson, N., Culley, L., Blyth, E., Norton, W., Rapport, F., Pacey, A., *Cross-border reproductive care:*

a review of the literature, Reproductive BioMedicine Online 2011, vol. 22, nr 7

Jaeger A.S., *Laws surrounding reproductive technologies* [w:] *Family Building Through Egg and Sperm Donation, Medical, Legal And Ethical Issues*, red. M.M. Seibel, Boston-London-Singapore 1999

Jura C., Klag J., *Podstawy embriologii zwierząt i człowieka,* tom 1, Warszawa 2005

Justyński T., *Glosa do uchwały SN z 25 lipca 2019 r., III CZP 12/19*, OSP 2020 nr 6, poz. 47

Kapelańska-Pręgowska J., *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, Warszawa 2011

Kennedy I., Grubb A., *Medical Law*, New York 2005

Kleegman S.J., Kaufman S.A., *Infertility in women*, Philadelfia 1966

Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. E. Gniewka i P. Machnikowskiego, wyd. 5, Warszawa 2013

Kodeks cywilny. Komentarz, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, wyd. 30, Warszawa 2022,

Kodeks Cywilny. Komentarz, red. A. Kidyba, t. I, część ogólna, Warszawa 2009

Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449^{10}, red. K. Pietrzykowski, wyd. 10, Warszawa 2020

Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626, red. M. Gutowski, wyd. 3, Warszawa 2022

Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, K. Osajda. (red. serii), M. Domański, J. Słyk (red. tomu), wyd. 9, Warszawa 2022

Kolańczyk K., *Prawo rzymskie,* Warszawa 1973

Komentarz. Kodeks Cywilny, Część Ogólna, red. M. Pyziak-Szafnicka, Paweł Księżak, wyd. 2, Warszawa 2014

Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga I, Część ogólna, red. S. Dmowski i S. Rudnicki, wyd. 9, Warszawa 2009

Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, red. K. Pietrzykowski, wyd. 7, Warszawa 2021

Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki, red. E. Skowrońska-Bocian, wyd. 9, Warszawa 2008

Kordasiewicz B., *Protection de nasciturus dans le droit civil polonais*, Droit Polonais Contemporain 1982, nr 1-2

Księżak P., *Sztuczna inteligencja i roboty autonomiczne w medycynie* [w:] red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, *Organizacja systemu ochrony zdrowia. System Prawa Medycznego*. tom 3, Warszawa 2020, rozdział 20, Legalis (dostęp: 16.02.2023 r.)

Księżak P., *Prawo cyborgów (1). Wprowadzenie w problematykę*, Głos Prawa, Przegląd Prawniczy Allerhanda**,** 2021, t. 4, nr. 2 (8), poz. 29

Księżak P., Wojtczak S., *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence,* Issues in Privacy and Data Protection 51, Springer 2023

Księżak P., Wojtczak S., *Prawa Asimova, czyli science fiction jako fundament nowego prawa*

cywilnego, Forum Prawnicze 2020, nr 4 (60)

Księżak P., Wojtczak S., *AI versus robot: in search of a domain for the new European civil law*, Law, Innovation and Technology, 2020, 12/2

Kurosz K., *Środki ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki w okresie ciąży. Część 1*, Metryka, Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego, rok VI 2016, Nr 2

Kurosz K., *Środki ochrony nasciturusa przed ryzykownymi zachowaniami matki w okresie ciąży. Część 2.*, Metryka, Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego, 2017, Nr 1

Kwiecień-Madej A., *Sytuacja prawna ojca dziecka poczętego w polskim prawie rodzinnym*, Warszawa 2021

Lackoroński B., *Aspekty intertemporalne wprowadzenia art. 446[2] k.c.*, PS 2022, nr 9

Lacadena J.R., *La experimentación con embriones sobrantes en España: Un comentario a la Ley 45/2003 que modifica la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida,* Revista de Derecho y Genoma Humano 2004 (20)

Lang W., *W sprawie prawnego statusu nasciturusa*, Państwo i Prawo 1983, nr 6

Laopaiboon M., Lumbiganon P, Intarut N., Mori R., Ganchimeg T., Vogel J., *WHO Multicountry Survey on Maternal Newborn Health Research Network. Advanced maternal age and pregnancy outcomes: a multicountry assessment,* International Journal Of Gynecology And Obstetrics 2014, vol. 121 (Supplement 1)

Lazar P.R., *Considerations Regarding The Legal Status Of Embryo And Fetus From The Perspective Of The Right To Life,* Contemporary Readings In Law & Social Justice 2012, vol. 4, nr 1

Leeuw de M., Wichelen V.S.*, Personhood In The Age Of Biolegality*, Brave New Law, Biolegalities, Palgrave Macmillan 2020

Londra L., Wallach E., Zhao Y., *Assisted reproduction: Ethical and legal issues*, Seminars In Fetal And Neonatal Medicine 2014, vol. 19, nr 5

López Moratalla N., *FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo. La Humanidad In Vitro*, Comares, Granada 2002

López Moratalla N., *Qué hay de nuevo sobre las células troncales? La utopía de la clonación terapéutica*, Cuadernos de Bioética 2007/64

Łączkowska M., *Ustalenie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji ludzkiej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2011, nr 2

Łukasiewicz R., *Prawna regulacja przysposobienia ze wskazaniem na problem handlu dziećmi*, Monitor Prawniczy 2016, nr 3

Łukasiewicz R., *Implantacja zarodków utworzonych z komórek rozrodczych samotnych kobiet propozycje przepisów przejściowych*, RPEiS 2021, Nr 1

Łukasiewicz R., *Dawstwo identyfikowalne komórek rozrodczych – proponowany standard europejski a prawo polskie*, PiP 2021, nr 8

Łukasiewicz R., *Należyta staranność a tzw. szkody prokreacyjne – zarys problemu z perspektywy prawa polskiego* [w:] J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022

Machinek M., *Implantacja jako kryterium, w dyskusji o moralnym statusie embrionu* [w:] B. Sitek, G. Dammacco, M. Sitek, J. J. Szczerbowski (red.), *Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie*, Olsztyn - Bari 2007

Martínez de Aguirre C. [w:] *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida, El juez civil ante la investigación biomédica,* Cuadernos de Derecho Judicial, X-2004, red. Xavier Abel Lluch, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005

Mazurkiewicz J., *Dopuszczalność sądowego ustalenia ojcostwa dziecka poczętego*, RPEiS 1974, z. 4

Mazurkiewicz J., *Uznanie dziecka poczętego*, Studia Prawnicze 1975, z. 4

Mazurkiewicz J., *Ochrona dziecka poczętego w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Wrocław 1985.

Mazurkiewicz J., *Zasada nasciturus pro iam nato habetur w polskim prawie cywilnym*, Problemy Prawa i Administracji, t. V, 1974

Mazurkiewicz J., *Przedstawiciel ustawowy dziecka poczętego*, Państwo i Prawo 1988, nr 1

Mazurkiewicz J., *Glosa do uchwały pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z dnia 30 listopada 1987 r., III PZP 36/87*, PiP 1989, z. 1

Mazurkiewicz J., *Czas ruszyć z miejsca! Stare i nowe propozycje rozszerzenia prawnej ochrony dziecka poczętego*, Forum Prawnicze 2019, nr 1

Mazurkiewicz J., *W poszukiwaniu pola współpracy badawczej adwersarzy. Prawne aspekty alkoholowych uszkodzeń płodu*, Przegląd Sejmowy 2022, nr 1 (168)

McLachlan H.V., *Persons and Their Bodies: How We Should Think About Human Embryos,* Health Care Analysis 2002, vol. 10, nr 2

Meldrum D.R., *Female reproductive aging – ovarian and uterine factors*, Fertility and Sterility 1993, vol. 59, nr 1

Muňoz de la Fuente Y., *La fecundación post mortem*, Memoria del Máster en Derecho de Familia, Infancia y Adopción, Universidad de Barcelona 2010

Murphy T., *Gametes, Law and Modern Preoccupations,* Health Care Analysis 2000, vol. 8, nr 2

Naffin B., *Law's Meaning of Life, Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Oxford and

Portland, Oregon 2009

Nasciturus pro iam nato habetur, O ochronę dziecka poczętego i jego matki, red. J. Mazurkiewicz, P. Mysiak, Wrocław 2017

Nawrot O., *Nienarodzony na ławie oskarżonych*, Toruń 2007

Nawrot O., *Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, Prawo i Medycyna 1/2004, (14, vol. 6)

Nawrot O., *Status prawny pre-embrionu*, Państwo i Prawo 2009, z. 3

Nawrot O., *Diagnostyka preimplantacyjna w prawodawstwie Rady Europy*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2009, nr 2

Nawrot O., *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011

Nawrot O., *Macierzyństwo zastępcze – aspekty moralne-prawne*, Etyka 2000, nr 33

Nesterowicz M., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 29 lipca 2009 r., I ACa 308/09*, Przegląd Sądowy 2011, Nr 1, s. 143

Nesterowicz M., *Glosa do wyroku NSA z dnia 28 listopada 1985 r., III SA 1183/85*, NP 1988, nr 1

Nesterowicz M., *Prawo do dysponowania embrionami w prawie porównawczym*, Prawo i Medycyna 4/2006 (25, vol. 8

Nesterowicz M., *Prawo, etyka, religia, polityka w legislacji prokreacji medycznie wspomaganej*, Prawo i Medycyna 2009, nr 35

Nesterowicz M., *Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w wypadku zapłodnienia post mortem*, Przegląd Sądowy, nr 1/2011

Nesterowicz M., *Prawo medyczne. Komentarz i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 1, Warszawa 2012

Niczyporuk P., *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim*, Białystok 2009

Noonan, J.T. Jr., *An Almost Absolute Value in History* [w:] *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives, An Almost Absolute Value in History*, red. J.T. Noonan, Jr., Cambridge 1970

Nowakowski T., *Prawo najbliższych członków rodziny poszkodowanego do zadośćuczynienia pieniężnego za zerwanie więzi rodzinnej – wątpliwości dotyczące nowelizacji art. 446^2 Kodeksu cywilnego*, Przegląd Sądowy 2023, nr 1

Nowicki M. A., *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii - wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r., skarga nr 6339/05*, [w:] M.A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2007, Oficyna, 2008

Ostojska J., *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, Prawo i Medycyna 2/2012 (47, vol. 14)

Ostojska J., *O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro*, Prawo i Medycyna 1/2012 (46,

vol. 14)

Ostrowski K., *Embriologia człowieka*, Warszawa 1985

Pazdan M., *Zdolność dziedziczenia w polskim prawie prywatnym międzynarodowym,* Studia Cywilistyczne, s. T. 21, 1974

Pérez Mongue M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida,* Centro de Estudios Registrales, Madrid 2002

Persky A.S., *Contentious battles between couples over frozen embryos raise legal and ethical dilemmas*, ABA Journal 2016, nr 8

Płatek M., *Matka prawnie uregulowania – bioetyka i prawo do życia*, [w:] L. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska-Kozłowska red., *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, Warszawa 2013

Porto Cortés A., *Qué sentido tiene hoy el reconocimiento de complacencia?,* Legal Today 2010/09

Practice Committee of Society for Assisted Reproductive Technology, *Practice Committee of American Society for Reproductive Medicine. Essential elements of informed consent for elective oocyte cryopreservation: a Practice Committee opinion*, Fertility and Sterility 2008, vol. 90 (Supplement 5)

Prawne problemy ludzkiej prokreacji, red. W. Lang, Toruń 2000

Prawo spadkowe. System Prawa Prywatnego, red. B. Kordasiewicz, Tom 10. Wyd. 3, Warszawa 2015

Prawo wobec medycyny i biotechnologii, Zbiór orzeczeń z komentarzami, red. M. Safjan, Warszawa 2011

Preconception gender selection for nonmedical reasons, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Fertility and Sterility 2001, vol. 75, nr 5

Radwański Z*., Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009

Rafałowicz P., *Dziedziczenie ustawowe nasciturusa poczętego w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego*, Prawo i Medycyna 2017, nr 4

Rams Albesa J. [w:] *Lacruz et al, Elementos de Derecho Civil,* T. IV, Dykinson, Madrid 2002

Reinhard M., *The legal status of the human embryo*, Reproductive Biomedicine Online 2007, vol. 14, nr 1

Rezler J., *Przyczynek do charakterystyki sytuacji prawnej dziecka poczętego*, Nowe Prawo 1970, nr 9

Rivero Hernández F. [w:] *Lacruz et al, Elementos de Derecho Civil,* T. IV, wyd. 4, Barcelona 1997

Rozwadowski W., *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1992

Rudick B., Opper N., Paulson R., Bendikson K., Chung K., *The status of oocyte cryopreservation in the United States*, Fertility and Sterility 2010, vol. 94, nr 7

Rylski M., *Zakres prawnej ochrony embrionów ludzkich w polskim porządku konstytucyjnym na tle procedury in vitro*, Przegląd Sejmowy, nr 3(158) /2020

Rzewuski M., *Dobro dziecka pochodzącego ze sztucznego zapłodnienia od anonimowego dawcy nasienia a dopuszczalność ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27.02.2020 r., III CZP 56/19*, Przegląd Sądowy 2022, nr 2

Rzewuska M., *Oddalenie przez sąd powództwa wniesionego przez prokuratora w sprawie o bezskuteczność uznania ojcostwa z uwagi na jego sprzeczność z zasadami współżycia społecznego – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 27.02.2022 r., III CZP 56/19*, Glosa 2022, nr 4

Safjan M., *Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego*, Studia Prawnicze, 1988, nr 3

Safjan M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990

Sánchez Ruiz P., Martínez Castellón N., Fernández Ordóñez E., *Fecundación in vitro postmortem*, Cultura de los Cuidados 2018, XXII (50),

Sancho Gargallo I., *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, InDret 2004, nr 2

Schenker J.G., *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, Berlin 2011

Scott Jr R.T., Ferry K., Su J., Tao X., Scott K., Treff N.R., *Comprehensive chromosome screening is highly predictive of the reproductive potential of human embryos: a prospective, blinded, nonselection study*, Fertility and Sterility 2012, vol. 97, nr 4

Sepełowski M., *Nasciturus jako rzeczywisty spadkobierca*, MoP 2020, nr 9

Serra A., *El Estado Biológico del embrión Humano. Cuando comienza el ser humano? Comentario Interdisciplinar a la Evangeluim Vitae*, BAC, Madrid 1996

Seuba Torreblanca J. C., Ramos González S., *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica, Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre,* InDret 2003, nr 2

Sex Selection and preimplantation genetic diagnosis, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Fertility and Sterility 1999, vol. 72, nr 4

Singer P., Wells D., *Dzieci z probówki, Etyka i praktyka sztucznej prokreacji*, Warszawa 1988

Smyczyński T., *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość* [w:] *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, T. Smyczyński (red.), Poznań 1999

Smyczyński T., *Pojęcie i statut prawny dziecka poczętego*, Studia Prawnicze 1989, nr 4

Smyczyński T., *Nasciturus jako dobro prawne* [w:] *Problemy kodyfikacyjne prawa cywilnego*, Poznań 1990

Sokołowski T., *Sytuacja prawna nasciturusa w art. 9 Projektu Kodeksu Cywilnego*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny 2009, z. 2

Sokołowski T., *Prawo dziecka urodzonego w wyniku technik wspomaganej prokreacji do poznania swojego pochodzenia*, (w:) J. Haberko, M. Łączkowska (red.), *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, Poznań 2005

Sokołowski T., *Ochrona osobistego interesu nasciturusa oraz jego rodziców*, [w]: *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, red. J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski, Warszawa 2022

Sosna A., *Więzi rodzinne jako dobro osobiste w świetle przepisów Kodeksu cywilnego i orzecznictwa sądowego,* MoP 2022, nr 1

Sośniak M., *Glosa do wyroku SN z dnia 8 stycznia 1965 roku, II CR 2/65*, PiP 1967, z. 10, poz. 636

Steinbock B., *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, Oxford 2011, wyd. 2

Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984

Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998

Steptoe P.C., Edwards R.G., *Birth after the reimplantation of a human embryo*, Lancet 1978, nr 2

Strugała R., *Artykuł 446[2] KC jako podstawa zasądzenia zadośćuczynienia za krzywdę wyrządzoną naruszeniem więzi rodzinnej spowodowanym ciężkim i trwałym uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia najbliższego członka rodziny,* MoP 2021, nr 21

Supera-Markowska M., *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego*, 2. wyd., Warszawa 2013

Sureau C., *Status of embryo and fetus, a matter of contract or of civil right?,* Placenta 1997, vol. 18 (2)

System prawa prywatnego, tom 1, Prawo cywilne - część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2007

Szczucki K., *Prawo dziecka poczętego metodą in vitro do poznania własnej tożsamości biologicznej*, (w:) L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010

Szer S., *Glosa do wyroku SN z dnia 3 maja 1967 r., II PR 120/67*, NP 1968, nr 1

Szpunar A., *Szkoda wyrządzona przed urodzeniem dziecka*, Studia Cywilistyczne 1969, nr 23-24

Szpunar A., *Glosa do wyroku SN z dnia 8 stycznia 1965 roku, II CR 2/65*, OSPiKA 1967, z. 9, poz. 220

Szpunar A., *Glosa do wyroku SN z dnia 3 maja 1967 roku, II PR 120/67*, PiP 1968, z. 1

Szpunar A., *Glosa do wyroku SN z dnia 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66*, OSPiKA 1966, nr 12

Te Braake Trees A.M., *Does a Fetus have a Right to Life? The Case of Vo v. France*, European Journal Of Health Law 2004, vol. 11, nr 4

Tenenbaum-Kulig M., *Darowizna w polskim prawie zobowiązań*, Warszawa 2021

The First Test-Tube Baby, Time Magazine, 31 lipca 1978, vol. 112, nr 5

Thomas C., *Preimplantation genetic diagnosis: development and regulation*, Medicine and Law 2006, vol. 25, nr 2

Tokarz K., *Krąg podmiotów legitymowanych materialnie do indemnizacji krzywdy za naruszenie więzi rodzinnych*, MoP 2022, nr 19

Trzaskowski R., *Opinia prawna na temat oceny cywilnoprawnych konsekwencji zmiany art. 38 Konstytucji RP* [w:] *Konstytucyjna ochrona życia*, Druk sejmowy nr 993, Sejm V Kadencji, 3/2007

Tucker C., *Abandoned Embryos: The Dilemma of Eternal Storage*, New Hampshire Bar Journal 2014, vol. 54, nr 3

Use of preimplantation genetic diagnosis for serious adult-onset conditions: a committee opinion, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Fertility and Sterility 2013, vol. 100, nr 1

Walaszek B., *Nasciturus w prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 1956, z. 7

Walaszek B., *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971

Walaszek B., *Glosa do wyroku z dnia 7 października 1971 r., III CRN 225/71*, OSPiKA 1972, nr 9

Waligórski M., *Glosa do wyroku SN z dnia 8 października 1952 roku, C 756/51*, PiP 1951, z. 2

Warnock M., *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation & Embryology*, Oxford 1985

Warnock M., *Making Babies. Is There a Right to Have Children?*, Oxford 2003

Wesołowski K., *Glosa do wyroku NSA z dnia 28 listopada 1985 r., III SA 1183/85*, PiP 1987, z. 2

Wilk A., *Macierzyństwo zastępcze w Polsce – dozwolone czy zakazane?,* Radca Prawny 2020, nr 1

Williams T.D., *The Least of My Brethren: The Ethics of Heterologous Embryo Transfer*, Human Life Review 2005, nr 31 (3)

Winiarz J., Posłuszny J., *Glosa do wyroku NSA z dnia 28 listopada 1985 r., III SA 1183/85*, OSPiKA 1987, z. 2, poz. 28

Wojcieszak. A., *Zabieg medycznie wspomaganej prokreacji a ustalenie ojcostwa*, Medyczna Wokanda 2016, nr. 8

Wojtaszek E., *Odpowiedzialność cywilna z tytułu szkód wyrządzonych dziecku przed jego poczęciem*, Nowe Prawo 1990, nr 10-12

Wolak G., *Nasciturus jako rzeczywisty spadkobierca a art. 1028 KC. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 lipca 2019 r., III CZP 12/19*, KKSSiP 2020, nr 1

Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne, Zarys części ogólnej,* wyd. II, Warszawa 2001

Wolter A., *Glosa do wyroku SN z dnia 4 kwietnia 1966, II PR 139/66*, NP 1966, nr 12

Wong K.M., Repping S., Mastenbroek S., *Limitations of embryo selection methods*, Seminars in Reproductive Medicine 2014, vol. 32, nr 2

Van Zyl L., *Intentional Parenthood: Responsibilities in Surrogate Motherhood,* Health Care Analysis 2002, vol. 10, nr

de Verda y Beamonte J.R., *Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida*, La Ley 2005, nr 1

Visa A.J. Kurki, *A Theory of Legal Personhood*, Oxford Legal Philosophy, Oxford 2019

Visa A.J. Kurki, T. Pietrzykowski, *Legal Personhood Animals Artificial Intelligence and the Unborn*, Law and Philosophy Library, Volume 119

Zieliński A., *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975

Żelichowski M., *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno-płodowego. Na kanwie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, Czasopismo Nauk Penalnych i Prawa Karnego 1997, nr 1

Żelichowski M., *Zarządzenie sądu opiekuńczego w trybie art. 109 k.r.o. względem embrionów nadliczbowych*, Prawo i Medycyna 2011, nr 23

Żelichowski M., *Dylemat - „człowieczeństwa*", Gość Niedzielny 2000, nr 23

***

WYKAZ SKRÓTÓW

k.r.o. – kodeks rodzinny i opiekuńczy

k.c. – kodeks cywilny

k.c.h. – kodeks cywilny hiszpański

k.p.c. – kodeks postępowania cywilnego

u.l.n. – ustawa o leczeniu niepłodności

SN – Sąd Najwyższy

TK – Trybunał Konstytucyjny

NSA – Naczelny Sąd Administracyjny

ETPCz – Europejski Trybunał Praw Człowieka

TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości

MoP – Monitor Prawniczy

PS – Przegląd Sądowy

OSP – Orzecznictwo Sądów Polskich

OSPiKA – Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych

OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna

OSNCP – Orzecznictwo Sadu Najwyższego, Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

PiP – Państwo i Prawo

NP – Nowe Prawo

KKSSiP - Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury

RPEiS – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

MAP – *medically assisted procreation*

ART – *assisted reproductive technology*

AI – *artificial insemination*

AIH - *artificial insemination husband*

AID – *Artificial Insemination Donor*

AIC – *Artificial Insemination Combined*

IVF – *in vitro fertilization*

IVF-ET – *in vitro fertilisation and embryo transfer*

ICSI – *intracytoplasmatic sperm injection*

PGS – *preimplantation genetic screening*

PGD – *preimplantation genetic diagnosis*

OC – *oocyte cryopreservation*

***

WYKAZ ORZECZNICTWA

Trybunał Konstytucyjny

wyrok z 28 maja 1997 r., K 26/96

wyrok z 22 października 2020 r., K 1/20

postanowienie z 18 kwietnia 2018 r., K 50/16

postanowienie z 18 kwietnia 2018 r., S 2/18

Europejski Trybunał Praw Człowieka

wyrok z 8 lipca 2004 r. w sprawie Vo v. Francja, skarga nr 53924/00

wyrok z 10 kwietnia 2007 r. w sprawie Evans v. Wielka Brytania, skarga nr 6339/05
wyrok z 27 sierpnia 2015 r. w sprawie Parrillo vs. Włochy, skarga nr. 46470/11.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej / Europejski Trybunał Sprawiedliwości

wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Holandia v. Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej z 9 października 2001 r., sygn. akt C-37798

wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Oliver Brüstle v. Greenpeace eV z 18 października 2011 r., sygn. akt C-34/1

wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks z 18 grudnia 2014 r., sygn. akt C-364/13

wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Patrick Grégor Puppinck i inni v. Komisja Europejska z 19 grudnia 2019 r., sygn. akt C-418/18 P

Sąd Najwyższy

uchwała całej Izby SN – Izba Cywilna z 6 grudnia 1952 r., C. Prez. 166/52
wyrok SN z 8 października 1952 roku, C 756/51
wyrok SN z 8 stycznia 1965 roku, II CR 2/65
wyrok SN z 4 kwietnia 1966 r., II PR 139/66
wyrok SN z 3 maja 1967 roku, II PR 120/67
wyrok SN z 7 października 1971 r., III CRN 255/71
uchwała Sądu Najwyższego z 30 kwietnia 1977 r., III CZP 73/76
uchwała pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 30 listopada 1987 r., III PZP 36/87
wyrok SN z 29 maja 1996 roku, III ARN 96/95
postanowienie SN z 30 kwietnia 1997 r. III CKU 22/97
wyrok SN z 9 sierpnia 2016 r., II CSK 719/15
uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 27 marca 2018 r., III CZP 69/17
uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 27 marca 2018 r., III CZP 60/17
uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych z 22 października 2019 r., I NSNZP 2/19
uchwała SN z 25 lipca 2019 r., III CZP 12/19
uchwała SN z dnia 27 lutego 2020 r., III CZP 56/19

Naczelny Sąd Administracyjny

wyrok NSA z dnia 28 listopada 1985 r., III SA 1183/85

Sądy apelacyjne

wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 29 lipca 2009 r., I ACa 308/09

Sądy zagraniczne

wyrok Sądu Najwyższego stanu Tennessee z 1 czerwca 1992 r., (sprawa *Davis v. Davis*)

wyrok Amerykańskiego Sądu Okręgowego dla Wschodniego Okręgu Wirginii z 10 lipca 1989 r. (sprawa *York v. Jones*)

wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Nowy Jork z 7 maja 1998 r. (sprawa *Kass v. Kass*).

wyrok Angielskiego Sądu Apelacyjnego z 4 lutego 2009 r. (sprawa *Yearworth v. North Bristol HNS Trust)*

wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Wisconsin z 5 grudnia 2000 r. (sprawa *Levsen v. Medical College of Wisconsin)*

wyrok Sądu Apelacyjnego stanu Arizona w z 27 października 2005 r. (sprawa *Jeter v. Mayo Clinic Arizona)*

wyrok Sądu Okręgowego stanu Nowy Jork z 14 listopada 1978 r. (sprawa *Del Zio v. Columbia Presbyterian Hospital)*

Orzeczenia sądów hiszpańskich

wyrok hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego z 11 kwietnia 1985 r., STC 53/1985

wyrok hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego z 19 grudnia 1996 r., STC 212/1996

wyrok hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego z 17 czerwca 1999 r., 116/1999[8]

wyrok Sądu Najwyższego w Madrycie z 16 czerwca 2003 r., JUR 2004/156862

orzeczenie Sądu La Coruňa z 3 listopada 2000 r., AC 2001/183

orzeczenie Sądu I Instancji Nawary w Pamplonie z dnia 22 stycznia 2004 r., sygn. AC 2004/164

orzeczenie Sądu Katalońskiego w Barcelonie z 16 września 2004 r., JUR 2004/292813

orzeczenie Sądu I Instancji w Walencji z 29 października 2004 r., AC 2004/952

orzeczenie Sądu I Instancji w Walencji z 29 października 2004 r., AC 2004/1983

orzeczenie Sądu I Instancji Nawary w Pamplonie z dnia 26 stycznia 2005 r., sygn. AC 2005/180

***

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

Polska

rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. - Kodeks zobowiązań

dekret z dnia 29 sierpnia 1945 r. - Prawo osobowe

ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży

ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy

ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny

ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego

ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty

ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży

ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka

ustawa z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej

ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności

rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20 października 2015 r. w sprawie wymagań, jakie powinien spełniać system zapewnienia jakości w ośrodku medycznie wspomaganej prokreacji oraz w banku komórek rozrodczych i zarodków

Hiszpania

Konstytucja hiszpańska z 29 grudnia 1978 r.

ustawa 9/1985 z 5 lipca 1985 r., zmieniająca art. 417 kodeksu karnego

ustawa 35/1988 z dnia 22 listopada 1988 r. o technikach wspomaganego rozrodu

kodeks cywilny hiszpański z 24 lipca 1889 r.

ustawa 45/2003 z dnia 21 listopada 2003 r., zmieniająca ustawę 35/1988 z dnia 22 listopada 1988 r.

ustawa 41/2002 z dnia 14 listopada 2002 r. o autonomii pacjenta

ustawa 51/2003 z dnia 2 grudnia 2003 r. o równości szans, niedyskryminacji i powszechnej dostępności dla osób niepełnosprawnych

ustawa 13/2005 z dnia 1 lipca 2005 r., zmieniająca kodeks cywilny w zakresie prawa do zawierania małżeństwa

ustawa 14/2006 z dnia 26 maja 2006 r. o technikach wspomaganego rozrodu
ustawa 14/2007 z dnia 3 lipca 2007 r. o badaniach biomedycznych
ustawa 2/2010 z dnia 3 marca 2010 r. o zdrowiu seksualnym i dobrowolnym przerywaniu ciąży
ustawa 20/2011 z dnia 21 lipca 2011 r.- Prawo o aktach stanu cywilnego

Inne zagraniczne

The Human Fertilisation and Embryology Act z 1990 r. (Wielka Brytania)
Embryonenschutzgesetz z 1990 r. (Niemcy)
ustawa stanu Luizjana (USA) *Human Embryos* z 1986 r.

Dokumenty międzynarodowe

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., ratyfikowany przez Polskę 3 marca 1977 r.

Rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1046 (1986) w sprawie wykorzystywania embrionów i płodów ludzkich w celach diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych

Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 20 listopada 1989 r.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny: Konwencji Rady Europy o Prawach Człowieka i Biomedycynie uchwalonej 4 kwietnia 1997 roku w Oviedo

Dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7 grudnia 2000 r.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/23/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek rozrodczych

Zalecenie Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 12 kwietnia 2019 r. nr 2156 (2019): „Anonimowe dawstwo nasienia i oocytów: równoważenie praw rodziców dawców i dzieci”.