

Damian Kaczan

Zastosowanie komórek rozrodczych i zarodków w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji

Zeszyty Prawnicze 16/3, 71-95

2016

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

DAMIAN KACZAN

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ZASTOSOWANIE KOMÓREK ROZRODCZYCH I ZARODKÓW W PROCEDURZE MEDYCZNIE WSPOMAGANEJ PROKREACJI

1. UWAGA WSTĘPNA

Dnia 1 listopada 2015 r. weszła w życie ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (dalej u.l.n.)¹. Jej treść, jak powszechnie wiadomo, stanowiła przedmiot żywego zainteresowania opinii publicznej oraz sporu największych polskich ugrupowań politycznych już od chwili złożenia projektu². Potrzebne zatem wydaje się dokonanie możliwie neutralnej światopoglądowo prawnej analizy i oceny przepisów tego aktu normatywnego w ostatecznym kształcie. Ze względu na ograniczoną objętość publikacji w formie artykułu, praca niniejsza nie dotyczy jednak wszystkich regulacji u.l.n., lecz budzącego wiele kontrowersji zagadnienia zastosowania komórek rozrodczych i zarodków w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji, któremu poświęcono znaczną część unormowań Rozdziału 3 oraz Rozdziału 4 wybranego źródła prawa.

¹ Dz.U. poz. 1087.

² Druk Nr 3245 (projekt rządowy) oraz 3470 (projekt scalający).

2. PODSTAWOWE POJĘCIA

Kluczowym z punktu widzenia dalszych rozważań jest ustalenie normatywnego znaczenia terminu „procedura medycznie wspomaganą prokreacji”. Ma ono bardzo szeroką definicję legalną zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. stanowiącym, że przedmiotem owego działania mogą być komórki rozrodcze i zarodki łącznie, a także same komórki rozrodcze albo zarodki³. Sens tych pojęć również został wprost określony w badanej ustawie.

Przez pierwsze z nich u.l.n. – zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 14 – rozumie plemnik oraz komórkę jajową pochodzące od człowieka pod warunkiem, że przeznaczono je do zastosowania w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji. Podobne rozwiązanie należy ocenić negatywnie, ponieważ w zakresie, w jakim art. 2 ust. 1 pkt 14 i 21 u.l.n. wzajemnie do siebie odsyłają, ustawodawca popełnił błąd *circulus in definiendo*⁴. Ponadto, prowadzi ono do wniosku, że ludzkie gamety pobrane i wykorzystywane w celach innych niż wyżej wskazany mogą zostać połączone ze zwierzęcymi komórkami rozrodczymi, gdyż nie powstaje wówczas hybryda w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 11 u.l.n., co niewątpliwie przeczy funkcji art. 25 ust. 2 oraz art. 86 nowej ustawy (zakaz ingerowania w genom człowieka). Prawodawca powinien zatem zmienić treść art. 2 ust. 1 pkt 14 u.l.n. tak, aby nie zawierał krytykowanego zastrzeżenia.

W art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. precyzującym, czym na gruncie analizowanego aktu normatywnego jest „zarodek”, nie popełniono już błędu *circulus in definiendo*, lecz redakcja wymienionego przepisu także nie zasługuje na aprobatę. *Prima facie* sugeruje ona bowiem, że wymienione pojęcie obejmuje wszelkie grupy komórek powstałe w wyniku pozastrojowego połączenia się męskiej i żeńskiej komórki rozrodczej – o ile

³ Por. Z. ZIEMBIŃSKI, *Logika praktyczna*, Warszawa 1994, s. 79, 87.

⁴ Por. A. MALINOWSKI, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2008, s. 48; J. LAWLESS, *The Complexity of Flexibility in EU Food Hygiene Regulation*, «European Food & Feed Law Review» 7.5/2012, s. 224 – <http://web.b.ebscohost.com.ebsco.han3.uci.umk.pl/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=29ac924a-0b48-42dd-9226-3f6a0a826456%40sessionmgr198&vid=5&hid=107>, dostęp 15 stycznia 2016 r.

nastąpiła kariogamia, ale nie doszło do zagnieżdżenia się w śluzówce macicy – a więc też połączenie zwierzęcych plemników i komórek jajowych. W przeciwnym wypadku przymiotnik „ludzki”, którym ustawodawca posłużył się w art. 2 ust. 1 pkt 14 u.l.n., okazuje się zbędny, a wyrażenia „ludzka męska komórka rozrodcza” i „ludzka żeńska komórka rozrodcza” trzeba traktować jako równoznaczne odpowiednio określeniom „męska komórka rozrodcza” i „żeńska komórka rozrodcza” wbrew zakazowi dokonywania wykładni synonimicznej. Ponadto, u.l.n. w art. 25 ust. 1 *explicite* wyróżnia szczególną kategorię „zarodków ludzkich”. Z uzasadnienia projektu badanego aktu normatywnego wynika jednak, że pomimo powyższych argumentów, „zarodek” w zamierzeniu ustawodawcy zawsze oznacza połączenie ludzkich gamet⁵. Za przyjęciem takiego kierunku interpretacji przemawia również ograniczenie zakresu przedmiotowego u.l.n. w jej art. 1 jedynie do stosunków społecznych związanych z leczeniem niepłodności, które powinno być prowadzone z poszanowaniem godności człowieka oraz prawa do życia prywatnego i rodzinnego (art. 4 u.l.n.) – warunków tych nie spełniają działania podejmowane przez lekarza weterynarii w ramach wykonywania zawodu ani stosowanie zarodków zwierzęcych u ludzi – a także treść pozostałych, przepisów u.l.n. stanowiących przedmiot rozważań w niniejszym artykule⁶.

Przywołany już art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. stanowi, że procedura medycznie wspomaganej prokreacji obejmuje wszelkie czynności prowadzące do uzyskania i zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków u biorkownicy w celu prokreacji (nawet pośrednie ich użycie). Z kręgu desygnatów analizowanego pojęcia słusznie wykluczono więc pobieranie i wykorzystywanie gamet w innym zamiarze (np. wyłącznie dla przeprowadzenia badania płodności). Podobnie jest w przypadku postępowania

⁵ Wskazano w nim m.in., że: „Projekt ustawy o leczeniu niepłodności ma na celu ochronę zdrowia rozrodczego oraz stworzenie warunków do stosowania metod leczenia niepłodności w sposób chroniący prawa osób dotkniętych niepłodnością oraz dzieci urodzonych w wyniku stosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji.”

⁶ Por. L. MORAWSKI, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 67-82, 103-104, 106-107, 109-114, 129-130, 135-140; B. BANASZAK, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 169-170.

z zarodkami, przy czym art. 25 ust. 1 *expressis verbis* zabrania tworzenia zarodków ludzkich poza przedmiotową formą leczenia niepłodności, a art. 23 ust. 1 i 3 u.l.n. wyłączają ich wykorzystanie w odmienny sposób oraz niszczenie, jeżeli są zdolne do prawidłowego rozwoju (odpowiednią definicję zawiera ust. 2 wskazanego unormowania).

Użyte w artykule 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. słowo „prowadzące” sugeruje, że procedura medycznie wspomaganej prokreacji ogranicza się do działań, które z pewnością spowodują osiągnięcie zakładanego efektu⁷. Z uwagi jednak na fakt, że nawet prawidłowo wykonane czynności medyczne mogą zakończyć się niepowodzeniem, wydaje się, że definicja zawarta w powołanej regulacji obejmuje także nieudane próby uzyskania oraz zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków u biorczynie w celu prokreacji⁸.

Posłużenie się w art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. koniunkcją (spójnik „oraz”) zdaje się wskazywać, że na procedurę medycznie wspomaganej prokreacji składać się powinny łącznie czynności prowadzące zarówno do uzyskania, jak i do zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków⁹. Konkluzji tej przeczy jednak art. 9 ust. 1 u.l.n. stanowiący, że do zbioru desygnatów badanego terminu zaliczają się również procedury medyczne z wykorzystaniem komórki rozrodczej pobranej wcześniej – w dowolnym celu (*lege non distinguente*)¹⁰.

Warto zwrócić uwagę, że czasownik „wykorzystać” w ostatnim z wymienionych przepisów nie jest równoznaczny z wyrażeniem „zastosować u biorczynie” na gruncie art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n., gdyż, jak wynika z art. 47 ust. 1 u.l.n., oznacza on m.in. zakonserwowanie, przetworzenie, przechowanie i dystrybucję, mimo że działań owych nie wymienia art. 17 u.l.n. Wyrażenie „procedura medycznie wspomaganej prokreacji” ma zatem szerszy zakres, niż wynika to z art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n., co

⁷ Por. *Mały słownik języka polskiego*, red. E. SOBOL, Warszawa 1994, s. 712.

⁸ Por. L. MORAWSKI, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2009, s. 146-154; D. KAR-KOWSKA, *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 102-103.

⁹ Por. T. BEKRYCHT, M. KORYCKA-ZIRK, K. DOBRZENIECKI, *Logiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Toruń 2014, s. 102.

¹⁰ Por. L. MORAWSKI, *Zasady wykładni...*, s. 107-108.

znacznie utrudnia – o ile nie uniemożliwia – normatywne rozgraniczenie poszczególnych procedur, bez którego nie sposób ustalić, kiedy – analizowany niżej – art. 20 ust. 3 u.l.n. znajduje zastosowanie.

W ramach niniejszego punktu warto dokonać jeszcze wykładni pojęć „biorkyjni” oraz „dawca”. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 3 biorkyjnią jest kobieta, u której stosuje się komórki rozrodcze albo zarodki przekazane odpowiednio w celu dawstwa, dawstwa partnerskiego albo dawstwa zarodka. Powołana regulacja *in fine* wskazuje, iż zastosowanie komórek rozrodczych może mieć miejsce w organizmie albo pozaustrojowo. Konstruuje więc normę sprzeczną z wynikającą z literalnie interpretowanego art. 2 ust. 1 pkt 29 u.l.n., wyraźnie odróżniającego zastosowanie komórek rozrodczych lub zarodków u biorkyjni oraz zastosowanie pozaustrojowe. Wydaje się, że dla rozstrzygnięcia tej kolizji decydujące znaczenie ma cel działania nazwanego w badanej ustawie „zastosowaniem u ludzi” (tj. doprowadzenie do zajścia w ciążę, a następnie urodzenie dziecka przez daną kobietę), w związku z czym należy przyjąć, iż art. 2 ust. 1 pkt 29 u.l.n. zredagowano wadliwie i pozaustrojowe zastosowanie komórek rozrodczych lub zarodków również jest zastosowaniem ich u biorkyjni¹¹.

Dawcą u.l.n. określa natomiast osobę poddawaną czynnościom prowadzącym do pozyskania od niej komórek rozrodczych, która jest żywa (art. 2 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 19). Ostatnie zastrzeżenie wydaje się zbędne z kilku powodów. Po pierwsze, człowieka od chwili śmierci nie uznaje się za osobę, a jego ciało staje się przedmiotem wyłączonym z obrotu – przedmiotowy akt prawny uwzględnia nawet ów skutek, stanowiąc w art. 24 o zwłokach ludzkich¹². Po drugie, ograniczenie kręgu dawców do osób „żywych” nie może służyć wyłączeniu z niego osób prawnych i tzw. ułomnych osób prawnych. Od jednostek organizacyjnych z oczywistych powodów nie sposób bowiem pobrać jakichkolwiek komórek¹³.

¹¹ Por. L. MORAWSKI, *Zasady wykładni...*, s. 107-108.

¹² Por. M. PAZDAN, [w:] *System Prawa Prywatnego. I: Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. SAFJAN, Warszawa 2012, s. 1021-1024, 1063-1068.

¹³ Artykuł 28 ust. 1 u.l.n. zabrania odpłatnego rozporządzenia komórkami rozrodczymi i zarodkami, a pozostałe czynności związane z ich przekazywaniem, transportem i dostarczaniem art. 2 ust. 1 pkt 10 u.l.n. zalicza do dystrybucji, modyfikując słownikowe znaczenie słowa „pozyskać” występującego w art. 2 ust. 1 pkt 19 u.l.n. definiującym

Po trzecie, w art. 18 ust. 1 pkt 2, art. 30 ust. 1 pkt 7, art. 33 u.l.n. mowa o dawcy, który zmarł.

Szczególne odmiana dawców to dawcy zarodków. Na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 6 u.l.n. uzyskują oni swój status z chwilą utworzenia zarodka z uzyskanych od nich komórek rozrodczych. Przepis niepotrzebnie powtarza fragment pkt 5. Użyty w nim przymiotnik „żywe” należy uznać za zbędny z powodów, które wskazano powyżej (przy czym kwestii śmierci dawców zarodka dotyczy art. 21 ust. 3 pkt 2 u.l.n.). Natomiast rzeczownik „osoba” nie wyraża nowości normatywnej, ponieważ, jak już zauważono, dawcą może zostać wyłącznie osoba fizyczna. Wystarczyłaby zatem formuła: „dawcy komórek rozrodczych, z których powstał zarodek”.

3. LECZENIE NIEPŁODNOŚCI – ZASADY OGÓLNE

Jak już zasygnalizowano, ustawodawca zalicza procedurę medycznie wspomaganą prokreacji do sposobów leczenia niepłodności (art. 5 ust. 1 pkt 5 u.l.n.). Odnoszą się do niej zatem przepisy ogólne u.l.n. dotyczące generalnie zasad prowadzenia tego rodzaju terapii.

Jednym z nich jest art. 3 u.l.n., przewidujący w ust. 1, że leczenie niepłodności należy prowadzić na warunkach określonych w ustawie oraz zgodnie z aktualną wiedzą medyczną¹⁴.

Pierwsze zastrzeżenie nie wydaje się potrzebne, ponieważ za wystarczająco wyraźny przejaw woli ustawodawcy można uznać fakt uregulowania w badanym akcie normatywnym przesłanek legalności powyższego działania (art. 83 Konstytucji RP z 1997 r.) i określenie zakresu przedmiotowego u.l.n. w jej art. 1¹⁵.

„pobieranie” – por. *Słownik poprawnej polszczyzny PWN*, red. W. DOROSZEWSKI, Warszawa 1977, s. 561.

¹⁴ Wykraczającą poza przedmiot rozważań kwestię odesłania do regulacji szczególnych w zakresie finansowania można pominąć w niniejszym artykule.

¹⁵ Por. B. GRONOWSKA, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. WITKOWSKI, A. BIEN-KACZAŁA, Toruń 2015, s. 187; M. BŁACHUT, W. GROMSKI, J. KACZOR, *Technika prawodawcza*, Warszawa 2008, s. 28-30; L. MORAWSKI, *Wstęp...*, s. 199-204.

Z kolei drugi wymóg rozszerza ramy zastosowania dyrektywy wynikającej art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (dalej u.p.p.)¹⁶, ponieważ, zgodnie z art. 50 ust. 1 u.l.n., czynności związane z gromadzeniem, przetwarzaniem, testowaniem, przechowywaniem oraz dystrybucją komórek rozrodczych i zarodków przeznaczonych do zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji (jak wskazano, zaliczane do analizowanej metody leczenia niepłodności¹⁷) nie stanowią udzielania świadczeń zdrowotnych w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej¹⁸, do którego odsyła art. 6 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 4 i 6 u.p.p. Obowiązek postępowania w oparciu o aktualną (nie przestarzałą) wiedzę medyczną nałożono zatem w pewnym zakresie również na osoby niewykonujące zawodów medycznych – powinny one posiadać jednak wykształcenie medyczne, biologiczne lub biotechnologiczne (art. 50 ust. 1 u.l.n.) – co prawdopodobnie oznacza, iż wymagać od nich należy dochowywania szczególnej staranności (por. normę wynikającą z art. 3 ust. 1 u.l.n. w zw. z art. 355 kodeksu cywilnego – dalej k.c. – z dyrektywami wyrażonymi w art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁹ – dalej u.z.l. – art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej²⁰ oraz art. 21 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej²¹), zwłaszcza, że art. 50 ust. 3 u.l.n. zobowiązuje do nieustannego podnoszenia kwalifikacji wszystkich zatrudnionych w ośrodku medycznie wspomaganej prokreacji oraz w banku komórek rozrodczych i zarodków²².

¹⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 159 ze zm.

¹⁷ Por. też art. 50 ust. 2 u.l.n.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 618 ze zm.

¹⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 464 ze zm.

²⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1435 ze zm.

²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1384 ze zm.

²² Por. D. KARKOWSKA, *Ustawa o prawach...*, s. 101-108; F. ŚMIGIELSKI, *Glosa do wyroku SN z dnia 10 lutego 2010 r.*, V CSK 287/09, «OSP» 56.10/2012, s. 663-664 i przywołana tam literatura oraz orzecznictwo.

Od reguły wyrażonej w art. 3 ust. 1 u.l.n. przewidziano wyjątek w ust. 2 tego przepisu nakazującym prowadzenie leczenia niepłodności, nawet jeżeli zgodnie z aktualną wiedzą medyczną jest ono niewskazane – gdyby odmowę uzasadniało jedynie nosicielstwo chorób warunkowanych genetycznie²³. W podobnych przypadkach podmioty wymienione w art. 44 u.l.n. mają więc obowiązek złożenia odpowiedniego oświadczenia woli i przeprowadzenia właściwej procedury, którego niewykonanie powoduje, że osoba zainteresowana terapią może zażądać wydania orzeczenia na podstawie art. 64 k.c. albo odszkodowania²⁴.

Legalne leczenie niepłodności – jak już zauważono – nie powinno naruszać żadnej z wartości wymienionych w art. 4 u.l.n. Funkcja początkowego jego fragmentu jest niejasna. Wymieniono w nim godność człowieka, czyli nienaruszalne źródło wszystkich wolności i praw człowieka i obywatela (art. 30 Konstytucji RP), a następnie wskazano tylko jedno z praw człowieka – chronione na podstawie art. 47 ustawy zasadniczej prawo do życia prywatnego i rodzinnego. Trudno podobne postępowanie prawodawcy uznać za prawidłowe. Odwołanie się do godności człowieka wystarczałoby, aby podkreślić, że – zgodnie z wcześniejszymi uwagami – u.l.n. dopuszcza leczenie niepłodności wyłącznie u ludzi z wykorzystaniem ludzkich komórek rozrodczych i zarodków. Obecne brzmienie krytykowanego unormowania sugeruje natomiast, że prawo do życia prywatnego nie wynika z godności człowieka, nie jest prawem człowieka albo że pozostałe prawa człowieka nie muszą być respektowane w trakcie terapii regulowanej przez analizowaną ustawę. Interpretację ową należy jednak odrzucić jako sprzeczną z powołanymi przepisami konstytucyjnymi²⁵.

²³ Por. § 55 ust. 3 i 4 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908) – dalej z.t.p.; S. WRONKOWSKA, M. ZIELIŃSKI, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 136-137.

²⁴ Por. Z. RADWAŃSKI, A. OLEJNICZAK, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 146-147.

²⁵ Por. M. GRANAT, *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, «PiP» 69.8/2014, s. 16-19; L. MORAWSKI, *Zasady wykładni...*, s. 111-114, 216-219.

W art. 4 *in fine* u.l.n. zaakcentowano, że leczenie niepłodności powinno uwzględniać przede wszystkim prawną ochronę życia, zdrowia, dobra i praw dziecka. Tymczasem przedmiotowa terapia ze swej istoty obejmuje działania prowadzące do urodzenia się dziecka i kończy się najpóźniej z tą chwilą (art. 5 ust. 1, art. 6-8, art. 9 ust. 1 i art. 10 u.l.n.), więc podczas jej trwania nie ma jeszcze podmiotu praw i obowiązków (art. 8 k.c.), a dochodzenie ewentualnych szkód doznanych przez *nasciturusa* będzie możliwe dopiero po uzyskaniu przez niego zdolności prawnej (art. 446¹ k.c.). Literalne wykładanie wskazanego fragmentu przepisu prowadzi zatem do wniosku, że jest on zbędny. Mając jednak na względzie jeden z celów u.l.n. – ochronę zarodka (art. 1 pkt 1) – można zaryzykować stwierdzenie, że art. 4 *in fine* u.l.n. stanowi *lex specialis* względem art. 8 k.c., przyznając dziecku poczętemu jeszcze przed urodzeniem bezwarunkową zdolność prawną ograniczoną do stosunków prawnych powstałych w związku z leczeniem niepłodności²⁶.

4. ZASTOSOWANIE KOMÓREK ROZRODCZYCH I ZARODKÓW W PROCEDURZE MEDYCZNIE WSPOMAGANEJ PROKREACJI – POJĘCIE I PRZESŁANKI POZYTYWNE

Wspomniany w Punkcie 2 niniejszej pracy katalog czynności uznawanych za zastosowanie komórek rozrodczych i zarodków w procedurze medycznie wspomaganej prokrecji zawarty w art. 17 u.l.n. ma charakter zamknięty²⁷. Należą do niego: przeniesienie do organizmu biopłyny męskich komórek rozrodczych, względnie utworzonych zarodków, zapłodnienie pozaustrojowe, testowanie komórek rozrodczych i zarodków.

Powołane unormowanie również skonstruowano wadliwie.

²⁶ Por. A. WOLTER, J. IGNATOWICZ, K. STEFANIUK, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 158-164; Z. RADWAŃSKI, A. OLEJNICZAK, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s.148-152; T. SMYCZYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 231-232.

²⁷ Brak sformułowań takich jak „w szczególności” i „zwłaszcza” – § 153 z.t.p.; por. też M. BŁACHUT, W. GROMSKI, J. KACZOR, *op. cit.*, s. 38.

Po pierwsze, ustawodawca definiując w jego pkt 2 „zapłodnienie pozaustrojowe” posługuje się słowem „pozaustrojowo”, co stanowi *superfluum*, z uwagi na analizowaną wyżej treść art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.

Po drugie, *prima facie* zdaje się ono wyodrębniać spośród wszystkich grup komórek powstałych z pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej szczególną kategorię „zarodków utworzonych” – por. treść pkt 3 i 4. Podobny podział jako prowadzący do rażąco niesłusznych konsekwencji trzeba jednak odrzucić. Dotyczący przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni art. 20 u.l.n., pomijający kwestię ich utworzenia, określa bowiem pozytywne przesłanki legalności wskazanego w nim działania w sposób znacznie mniej rygorystyczny niż art. 32 ust. 2 u.l.n., regulujący również m.in. tę materię w odniesieniu do „zarodków utworzonych”²⁸. Akceptacja wyników wykładni językowej art. 17 oznaczałaby więc, że powyższe czynności podlegałyby surowszym zasadom w przypadku, gdyby istnienie zarodka pozostawało w związku przyczynowym z zachowaniem podmiotu uprawnionego do prowadzenia procedury medycznie wspomaganej prokreacji, niż kiedy do pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej doszłoby na skutek innych okoliczności. Ponadto, w razie śmierci wyłącznie dawcy męskich komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, zdolnych do prawidłowego rozwoju zarodków powstałych, lecz nieutworzonych nie można byłoby legalnie przenieść do organizmu biorczyni, przekazać do dawstwa zarodka (do czasu upływu terminu ich przechowywani albo śmierci biorczyni) ani zniszczyć (art. 21 ust. 3, art. 23 ust. 1 i 2 oraz 33 u.l.n.)²⁹.

Po trzecie, „testowaniu” nadano swoiste znaczenie normatywne w art. 2 ust. 1 pkt 25 u.l.n. Są nim „czynności polegające na przeprowadzeniu badań mających na celu ustalenie przydatności komórek rozrodczych lub zarodków do zastosowania u ludzi w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji”. Stanowiąc w art. 17 pkt 3 u.l.n., że zastosowanie oznacza m.in. testowanie, prawodawca ponownie popełnił więc błąd

²⁸ Wymienione przepisy zostaną poddane szczegółowej analizie w ramach dalszych rozważań.

²⁹ Por. *Mały słownik...*, red. E. SOBOL, s. 692, 994; L. MORAWSKI, *Zasady wykładni...*, s. 147-151.

*circulus in defniedo*³⁰. Ponadto, końcowa część ostatniego z powołanych przepisów to kolejne *superfluum*, gdyż zgodnie z zacytowaną definicją testowania, jego przedmiotem mogą być wyłącznie komórki rozrodcze i zarodki.

Ustawodawca, wymieniając w art. 17 pkt 1 u.l.n. męskie komórki rozrodcze, zasadnie nie wskazał, że powinny one pochodzić od człowieka. Zastrzeżenie powyższe nie jest potrzebne, ze względu na fakt, że przeniesienie plemników w ramach owego działania nastąpić powinno do organizmu kobiety (biorczyni)³¹.

Analizowana ustawa nie określa generalnych przesłanek pozytywnych legalności zastosowania komórek rozrodczych i zarodków w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji. Istotnej części tego zagadnienia dotyczy art. 32 ust. 2 u.l.n., w którym wymieniono warunki dopuszczalności zastosowania u biorczyni komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo innego niż partnerskie, względnie zarodka utworzonego z takich komórek.

Zanim dokonana zostanie wykładnia owej regulacji, warto uzasadnić tezę, że nie dotyczy ona wszelkich przypadków stosowania komórek rozrodczych i zarodków w przedmiotowej procedurze medycznej. Wybrane źródło prawa dawstwem ogólnie nazywa przekazywanie komórek rozrodczych lub zarodków w zamiarze zastosowania ich u ludzi (art. 2 ust. 1 pkt 7). Do dawstwa partnerskiego dochodzi natomiast, gdy celem tego postępowania jest użycie plemników w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji u żony albo konkubiny dawcy (związek nieformalny ustala się na podstawie zgodnego oświadczenia kobiety i mężczyzny mającego charakter zapewnienia³²), o ile wykorzystane żeńskie komórki rozrodcze pochodzą od biorczyni (art. 2 ust. 1 pkt 8). Z powyższego wynika, że art. 32 ust. 2, a także art. 20-22 u.l.n. pomijają sytuacje, gdy do organizmu biorczyni przenoszone zostają komórki rozrodcze przekazane z innych powodów (np. na potrzeby badań naukowych)

³⁰ Por. też art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.

³¹ Por. wcześniejsze uwagi dotyczące naruszenia godności człowieka przez stosowanie u ludzi zwierzęcych komórek rozrodczych – art. 4 u.l.n.

³² Por. J. JASTRZĘBSKI, *Oświadczenia i zapewnienia (representations and warranties) a wady oświadczenia woli*, «Przegląd Prawa Handlowego» 1/2014, s. 4-6.

albo pobrane, lecz nieprzekazane (np. dla zabezpieczenia płodności na przyszłość – art. 31 u.l.n.) lub zarodki powstałe z takich komórek. Wydaje się, że wówczas procedura medycznie wspomaganego prokreacji powinna przebiegać według norm ogólnych dotyczących leczenia niepłodności oraz z zachowaniem odpowiednich przepisów u.p.p. i u.z.l. (zwłaszcza w zakresie obowiązku informacyjnego i zgody pacjenta na udzielenie świadczenia zdrowotnego)³³.

Przechodząc do wykładni art. 32 ust. 2 u.l.n., należy zauważyć, że pierwszy wynikający z niego wymóg, który trzeba spełnić, aby analizowane zachowanie było zgodne z prawem, to pozytywne rozstrzygnięcie³⁴ przez lekarza o zasadności zastosowania u biorkownicy konkretnych komórek albo zarodków – pkt 1 niepotrzebnie zastrzegający *in fine*, że oceny powinno się dokonywać w oparciu o wskazania aktualnego stanu wiedzy medycznej (art. 3 ust. 1 u.l.n. i art. 4 u.z.l.).

W przypadku innego niż partnerskie dawstwa komórek rozrodczych konieczne staje się ponadto stwierdzenie (również przez lekarza) „podobieństwa z dawcą” – na podstawie danych fenotypowych (pkt 2)³⁵. Ustawa nie określa, kogo należy porównać z dawcą, ani jak dalekie podobieństwo można uznać za wystarczające. Wskazówką interpretacyjną odnośnie pierwszej wątpliwości mogą być funkcje zmian kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej k.r.o.) dokonanych na mocy art. 91 u.l.n. Zmodyfikowanie treści Oddziału 2 Rozdziału I Działu Ia k.r.o. świadczy, że wolą prawodawcy jest nadanie stosunkowi społecznemu łączącemu dziecko urodzone w następstwie procedury medycznie wspomaganego prokreacji z mężem matki (o ile wyraził on zgodę na przeprowadzenie leczenia niepłodności tą metodą – art. 62 § 2 zd. 2 i art. 68 k.r.o.) albo

³³ Por. M. ŚLIWKA, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2010, s. 147-150, 209-223.

³⁴ Ustawodawca, jak się wydaje, błędnie posłużył się czasownikiem „ustalić” w postaci niedokonanej – por. *Mały słownik...*, red. E. SOBOL, s. 990 oraz art. 37b ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.) – dalej pr.far.

³⁵ Nowy akt normatywny dookreśla w uregulowaniu tym dawcę jako dawcę komórek rozrodczych, co stanowi kolejne *superfluum* – uwzględniając przedstawioną wyżej definicję dawcy.

z innym mężczyzną, który skutecznie złożył potwierdzone w terminie przez biorczynię oświadczenie o uznaniu ojcostwa (art. 81¹ k.r.o.) identycznej doniosłości prawnej, jak rzeczywistemu pokrewieństwu pierwszego stopnia, nawet jeżeli użyte plemniki nie pochodzą od niego³⁶. W przypadku innego niż partnerskie dawstwa męskich komórek rozrodczych podobieństwo fenotypowe powinno zachodzić zatem między dawcą a tym, kto będzie ojcem dziecka na gruncie k.r.o. W konsekwencji przesłanka określona w art. 32 ust. 2 pkt 2 u.l.n. może zostać spełniona wyłącznie po skutecznym wyrażeniu odpowiedniej zgody przez męża biorczydni, względnie uznaniu ojcostwa na warunkach określonych w art. 75¹ § 1 k.r.o. Jeżeli w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji wykorzystane mają być żeńskie komórki rozrodcze nieopbrane od kobiety, u której zostaną one zastosowane, norma wynikająca z art. 61⁹ k.r.o. przemawia za tym, aby uznać, że art. 32 ust. 2 pkt 2 u.l.n. wymaga porównania danych fenotypowych dawcy takich komórek oraz biorczydni. Powyższe konkluzje potwierdza treść art. 36 ust. 1 pkt 4 u.l.n.

Trudno natomiast precyzyjnie wskazać, jak dalekie powinno zachodzić podobieństwo fenotypowe między wymienionymi wyżej osobami i jakie jego aspekty trzeba brać pod uwagę. Prawo polskie podkreśla więź między rodzicami a dziećmi w taki sposób, aby była ona łatwo dostrzegalna na zewnątrz (np. w art. 88-90¹ k.r.o. czy w art. 26 k.c.)³⁷. Z pewnością więc art. 32 ust. 2 pkt 2 u.l.n. wymaga przede wszystkim istnienia zbieżności cech wyglądu zewnętrznego w stopniu uzasadniającym przypuszczenie, że dziecko urodzone w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji nie będzie różniło się od rodziców (w rozumieniu k.r.o.) pod tym względem na tyle, aby wywołać u przeciętnego obserwatora wątpliwości co do jego biologicznego pochodzenia³⁸. Nie można jednak z góry odrzucać uzależnienia legalności zastosowania u biorczydni komórek rozrodczych lub zarodków na gruncie analizowanego przepisu

³⁶ Por. art. 121 i 124¹ k.r.o.; M. ANDRZEJEWSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 193-194; J. IGNATOWICZ, M. NAZAR, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2012, s. 311-312.

³⁷ Por. T. SMYCZYŃSKI, *op. cit.*, s. 257.

³⁸ Por. E. BUĐNA, *Stan cywilny przysposobionego anonimowo*, «PiP» 49.3/1994, s. 53; M. ANDRZEJEWSKI, *op. cit.*, s. 195-196.

od podobieństwa także w zakresie innych właściwości organizmu, którego występowanie między naturalnymi krewnymi pierwszego stopnia pozwala dokonać określonych świadczeń zdrowotnych (np. transfuzji krwi), ponieważ jego brak może doprowadzić do ujawnienia faktu przeprowadzenia procedury medycznie wspomaganej prokreacji w ramach dawstwa innego niż partnerskie oraz wykluczyć udzielenie pomocy medycznej dziecku urodzonemu w następstwie leczenia niepłodności³⁹.

Trzecia przesłanka pozytywna określona w art. 32 ust. 2 u.l.n. dotyczy wyłącznie zastosowania komórek rozrodczych. Zostaje ona spełniona, kiedy z wyników niezbędnych badań lekarskich i laboratoryjnych oraz wywiadu medycznego przeprowadzonego z biorczynią wynika, że łącznie ryzyko związane z powyższym działaniem nie wykracza poza dopuszczalne przy tego rodzaju leczeniu granice i nie upośledzi w istotny sposób stanu zdrowia biorczyni (pkt 3 lit. a) oraz można ograniczyć ryzyko zaistnienia istotnego zdarzenia niepożądanego lub istotnej niepożądanego reakcji⁴⁰ u biorczyni oraz u dzieci, które mogą się urodzić w wyniku konkretnej procedury medycznie wspomaganej prokreacji (pkt 3 lit. b). Redakcja art. 32 ust. 2 pkt 3 lit. b u.l.n. powoduje, że nie sposób zastosować go w praktyce. Ustawodawca nie wskazał w nim prawnie relewantnego poziomu potencjalnej redukcji niebezpieczeństwa. Z powołanego unormowania – ani z innych regulacji szczególnych u.l.n. – nie wynika również, jaki należy przyjąć punkt odniesienia dla obniżenia ryzyka. Ponadto, przepis jest wewnątrznie sprzeczny – nie nakłada *expressis verbis* obowiązku skorzystania z szansy ograniczenia zagrożenia, przeciwnie, przyjmując jego literalne znaczenie, dokonanie tego wyłącza dopuszczalność zastosowania komórek rozrodczych (znika możliwość). W związku z powyższym, zachowanie podmiotów wymienionych w art. 44 u.l.n. trzeba oceniać w oparciu o art. 3 ust. 1 u.l.n. oraz art. 355 k.c.

³⁹ Por. R.C. KING, W.D. STANSFIELD, *Słownik terminów genetycznych*, przekład, red. W. PRUS-GŁOWACKI, Poznań 2002, s. 114; T.A. BROWN, *Genomy*, przekład K. MROCEK, red. P. WĘGLEŃSKI, Warszawa 2001, s. 15-16; *Krwiolecznictwo*, wyd. nacz. R.H. WALKER, przekład E. BROJER, red. H. SEYFRIEDOWA, J. SABLŃSKI, R. SCHARF, Warszawa 1994, s. 176-176, 196-206.

⁴⁰ Odpowiednie definicje zwierają art. 2 ust. 1 pkt 12 i 13 u.l.n.

Działanie określone w 32 ust. 2 można uznać za legalne wyłącznie, gdy biorczyni ma pełną zdolność do czynności prawnych (pkt 6 *in principio* analizowanej regulacji). Kwestia owa nie budzi wątpliwości interpretacyjnych – wobec braku szczególnych postanowień u.l.n., zastosowanie znajdują art. 10 i nast. k.c.

Pozostałe wynikające z przedmiotowego unormowania warunki zgodnego z prawem zastosowania komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa albo utworzonego z nich zarodka wiążą się ze złożeniem odpowiedniego oświadczenia przez osoby, które, zgodnie z przepisami k.r.o., będą rodzicami dziecka urodzonego w wyniku procedury medycznie wspomaganą prokreacji.

Po pierwsze, biorczyni powinna pisemnie potwierdzić, że wszystkie informacje podane przez nią w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe zgodnie z jej najlepszą wiedzą. Na mocy nowego art. 65¹ k.c.⁴¹, do wymienionego oświadczenia należy stosować odpowiednio przepisy o oświadczeniach woli⁴².

Po drugie, niezbędne jest wyrażenie przez biorczynię zgody odpowiednio na zastosowanie komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa albo na utworzenie zarodka z takich komórek i zastosowanie go (łącznie)⁴³. Owej czynności prawnej kobieta dokonuje poprzez złożenie jednostronnego oświadczenia woli (art. 32 ust. 2 pkt 6 *in principio* u.l.n.). Podobnie jak w przypadku wyżej wskazanego oświadczenia wiedzy, u.l.n. wymaga dla niego formy pisemnej, co oznacza, że analizowany sposób leczenia niepłodności zalicza się do metod stwarzających podwyższone ryzyko w rozumieniu art. 34 ust. 1 u.z.l. Ustawa nie przewiduje jednak rygoru jej niedochowania, w związku z czym zastosowanie znajdują art. 73-74 k.c.⁴⁴

⁴¹ Dodanym do kodeksu dnia 8 września 2016 r.

⁴² Por. K. MULARSKI, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011, s. 212 i nast. – odnośnie do analogicznego stosowania przepisów o czynnościach prawnych do oświadczeń podobnych do oświadczeń woli na gruncie dotychczasowego stanu prawnego.

⁴³ Co należy uznać za błąd legislacyjny w kontekście wcześniejszej krytyki normatywnego wyróżnienia kategorii „zarodków utworzonych”.

⁴⁴ Por. M. ŚWIDERSKA, *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 26-35, 78-84.

Po trzecie, zastosowanie komórek rozrodczych albo zarodka musi poprzedzić wyrażenie zgody w formie pisemnej⁴⁵ przez męża biorczyni, względnie pozostającego z nią we wspólnym pożyciu mężczyzny, będącego dawcą albo złożenie oświadczenia o uznaniu ojcostwa w trybie art. 75¹ § 1 k.r.o. przez dowolnego mężczyznę⁴⁶ (w razie dawstwa innego niż partnerskie, gdy kobieta pozostaje niezamężna) – uprawniającego do przedmiotowego działania jedynie przez 14 miesięcy (art. 32 ust. 2 pkt 6 i 7 u.l.n.).

Powyższe oświadczenia woli wywołują skutki prawne, o ile wobec osoby składającej został uprzednio wykonany obowiązek informacyjny. W przypadku biorczyni, przygotowana do tego osoba powinna udzielić jej wiadomości o charakterze medycznym, prawnym, technicznym i organizacyjnym⁴⁷. Artykuł 32 ust. 2 pkt 4 u.l.n. nie stanowi *lex specialis* względem art. 9 i 16 u.p.p. oraz art. 31-35 u.z.l., ponieważ adresatami sformułowanego w nim nakazu są podmioty wymienione w art. 44 u.l.n.⁴⁸, a nie lekarz. Wykonanie owej powinności polega na wyznaczeniu do przekazania wymaganych informacji, w sposób szczegółowy i zrozumiały dla danej kobiety, osoby posiadającej odpowiednie kompetencje merytoryczne⁴⁹. Zastosowanie wskazanych przepisów u.p.p. i u.z.l. nie zostało zatem wyłączone, co oznacza, że w zakresie wiadomości związanych z medycznymi aspektami zabiegu, osobą przygotowaną w rozumieniu art. 32 ust. 2 pkt 4 lit. a u.l.n. jest wyłącznie lekarz⁵⁰. Ustawa pomija natomiast problem kwalifikacji udzielającego, jeżeli chodzi o pozostałe informacje. Wskazówkę interpretacyjną stanowi posłużenie się w powołanym unormowaniu pojęciem „osoba przygotowana” w liczbie

⁴⁵ Ustawa ponownie nie określa skutków niezachowania formy oświadczenia woli, należy więc przyjąć, że, podobnie jak w przypadku czynności prawnej biorczyni, została ona zastrzeżona *ad probationem*.

⁴⁶ *Lege non distinguente*.

⁴⁷ Odpowiednie wyliczenie zawiera pkt 4 lit. a analizowanego przepisu.

⁴⁸ Na mocy art. 48 ust. 1 u.l.n. wyłącznie one mogą stosować komórki rozrodcze i zarodki w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji.

⁴⁹ Por. A. FIUTAK, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2011, s. 45-46; M. ŚWIDERSKA [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Komentarz*, red. M. NESTEROWICZ, Warszawa 2009, s. 79-82.

⁵⁰ Por. L. MORAWSKI, *Zasady wykładni...*, s. 227.

pojedynczej. W ten sposób ustawodawca *expressis verbis* dopuścił faktyczną realizację analizowanej powinności przez jednego człowieka, choć nie wykluczył przekazania wiadomości przez wielu ludzi⁵¹. Trudno wymagać, aby lekarze zdobywali formalne kwalifikacje z zakresu prawa czy środków bezpieczeństwa ochrony danych osobowych. Dlatego też należy przyjąć, że odnośnie do informacji o charakterze niemedyceznym wystarczy, że osoba wyznaczona ma wiedzę na poziomie odpowiednim, tj. pozwalającym m.in. udzielać biorczynie wyczerpujących odpowiedzi na zadawane przez nią pytania (art. 32 ust. 2 pkt 4 lit. b u.l.n.). Prawidłowe wykonanie przedmiotowego obowiązku musi zostać pisemnie potwierdzone przez biorczynię. Oświadczenie owo nie wyraża woli składającej wywołania jakichkolwiek skutków prawnych, lecz ma charakter dowodowy. Powołany przepis stanowi więc szczególną regulację względem 462 § 1 k.c., nakładając na dłużnika obowiązek żądania pokwitowania⁵².

Męża biorczynie, względnie będącego dawcą męczyznę pozostającego z nią we wspólnym pożyciu, należy uprzedzić jedynie o skutkach rodzinnoprawnych planowanej procedury (art. 32 ust. 2 pkt 6 lit. a i b tiret pierwsze). Podobne określenie zakresu powinności informacyjnej zasługuje na aprobatę z uwagi na fakt, że zasadniczo to pacjent jest dysponentem dotyczących go danych medycznych (art. 9 ust. 3 w zw. z ust. 2 i art. 13-14 u.p.p. oraz art. 31 ust. 2 w zw. z ust. 1 u.z.l.)⁵³. Podany obowiązek względem wymienionych podmiotów wykonuje się poprzez przekazanie odpowiednich wiadomości pisemnie,

⁵¹ Por. Uchwała SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 26/01, «OSNKW» 1-2/2002, poz. 4; uchwała SN z dnia 21 listopada 2003 r., III CZP 85/03, «OSNC» 1/2005, poz. 2; wyrok SN z dnia 16 października 2008 r., III PK 27/08, «OSNP» 5-6/2010, poz. 63; postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2009 r. IV CSK 224/09, «Lex» nr 619644.

⁵² Por. Wyrok SN z dnia 4 czerwca 2014 r. II CSK 460/13, «Lex» nr 1493916; wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 marca 2015 r. I ACa 948/14, «Lex» nr 1782071; Z. RADWAŃSKI, A. OLEJNICZAK, *Zobowiązania...*, s. 316-317.

⁵³ Por. D. KARKOWSKA, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 365; A. DYLSZEWSKA-TARNOWSKA, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. L. OGIEGŁO, Warszawa 2010, s. 295.

co *a contrario* wskazuje, że biorczynie musi otrzymać je ustnie podczas rozmowy z osobą przygotowaną⁵⁴.

Ustawa o leczeniu niepłodności słusznie pomija natomiast problem wyjaśnienia konkubentowi biorczynie wynikających z k.r.o. skutków zastosowania komórek rozrodczych albo zarodka w razie dawstwa innego niż partnerskie. Kwestię tę normuje bowiem art. 73 § 2 k.r.o. (art. 75¹ § 4 k.r.o. *a contrario*).

Odmienne uregulowanie obowiązku informacyjnego w art. 32 ust. 2 pkt 6 u.l.n. uzasadnia także treść innych przepisów k.r.o. Zgodnie z art. 62 ust. 1 i 2 w zw. z art. 68 kodeksu, jeżeli dziecko urodzi się w czasie trwania małżeństwa w następstwie procedury medycznie wspomagannej prokreacji, na którą mąż matki wyraził zgodę, ojcostwo małżonka biorczynie objęte zostaje domniemaniem niezbitym⁵⁵. Z kolei w innych przypadkach dawstwa partnerskiego ustalenie ojcostwa następuje na zasadach ogólnych (art. 75¹ § 1 k.r.o. *a contrario*). Brak konieczności przekazania odpowiednich wiadomości mężowi albo konkubentowi biorczynie, będącemu dawcą wykorzystanych komórek rozrodczych, oznaczałby istotne pogorszenie ich sytuacji względem mężczyzny, o którym mowa w art. 32 ust. 2 pkt 6 lit b tiret drugie u.l.n. Wadą przyjętego rozwiązania jest jednak to, że w razie dawstwa partnerskiego wobec dawcy należy wykonać dwa niemal identyczne obowiązki – z tą różnicą, że art. 29 ust. 1 pkt 3 u.l.n. wymaga udzielenia informacji ustnie⁵⁶.

W przypadku dawstwa zarodka – zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 w zw. z pkt 7 i 8 u.l.n. stanowiącego szczególny rodzaj dawstwa innego niż partnerskie, polegającego na przekazaniu zarodka powstałego z komórek rozrodczych niepochozących od biorczynie ani od jej męża, względnie konkubenta – art. 36 ust. 1 u.l.n. przewiduje, iż pozytywne przesłanki określone w art. 32 ust. 2 u.l.n. powinny być spełnione już na etapie

⁵⁴ Por. art. 32 ust. 2 pkt 4 lit. b u.l.n.; por. art. 37b ust. 2 pkt 2 pr.far.

⁵⁵ Por. J. ZATORSKA, *Komentarz do zmiany art.68 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wprowadzonej przez Dz.U. z 2008 r. Nr 220 poz. 1431*, [w:] *Komentarz do ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustaw – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.220.1431)*, «LEX/el.» 2011.

⁵⁶ Powołany przepis. ma tę samą treść co art. 32 ust. 2 pkt 3 u.l.n. – pomijając oczywiste różnice redakcyjne.

przekazania zarodka obok wymogów ściśle związanych z tą czynnością (np. anonimowość biorczyni)⁵⁷. Nie stanowi on *lex specialis* względem art. 32 ust. 2 u.l.n., ponieważ, jak wynika z badanych już definicji legalnych, dawstwo i zastosowanie zarodka to odrębne etapy procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Zgodne z prawem przekazanie zarodka uzasadnia natomiast przyjęcie domniemania faktycznego, że również zastosowanie go było legalne – zwłaszcza, że na mocy art. 22 u.l.n. dopiero ustanie niektórych przesłanek pozytywnych określonych w art. 36 ust. 1 u.l.n. stanowi przesłanki negatywne przeniesienia przekazanego zarodka do organizmu kobiety.

Warto w tym miejscu zauważyć, iż, jak już zasygnalizowano, warunki, które powinny zostać spełnione, aby dopuszczalne było przeniesienie do organizmu biorczyni zarodka uzyskanego w ramach jakiegokolwiek rodzaju dawstwa w rozumieniu, u.l.n., określa także jej art. 20. Ustęp 1 tego przepisu wydaje się zbędny z uwagi na bardziej precyzyjne unormowanie regulowanych w nim kwestii odpowiednio przez art. 32 ust. 2 pkt 6, art. 36 ust. 1 pkt 10 oraz art. 32 ust. 2 pkt 1 u.l.n.⁵⁸. Ustęp 2 przewiduje natomiast, że zgody wymienione w ust. 1 pkt 1-3 powinny zostać wyrażone przed rozpoczęciem procedury medycznie wspomaganej prokreacji, a więc wcześniej, niż wynikałoby to z art. 32 ust. 2 pkt 6 i art. 36 ust. 1 pkt 7 u.l.n., bo często jeszcze przed podjęciem czynności prowadzących do uzyskania komórek rozrodczych⁵⁹. Konkluzję powyższą potwierdza ust. 3 rozstrzygający ewentualne wątpliwości, czy zgoda wyrażona przez biorczynię i dawcę komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego jest skuteczna również w razie rozpoczęcia na nowo procedury medycznie wspomaganej prokreacji z wykorzystaniem zarodków, których poprzednio nie użyto bezpośrednio z powodów innych niż stwierdzenie braku zdolności do prawidłowego rozwoju w rozumieniu art. 23 ust. 2 u.l.n. (nieposiadających owej cechy zarodków nie obejmuje obowiązek przechowywania wynikający z art. 23

⁵⁷ W wymienionej regulacji powtórzono dyrektywy wynikające z art. 32 ust. 2 u.l.n.

⁵⁸ Nie ulega wątpliwości, że w zakresie norm wynikających ze wskazanych przepisów mieści się także przedmiotowe działanie – por. art. 17 pkt 4 u.l.n.

⁵⁹ Por. Wcześniejsze uwagi odnośnie do definicji z art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n

ust. 1 u.l.n. i związany z nim zakaz niszczenia wyrażony w ust. 3 tego samego przepisu).

5. ZASTOSOWANIE KOMÓREK ROZRODCZYCH I ZARODKÓW W PROCEDURZE MEDYCZNIE WSPOMAGANEJ PROKREACJI – PRZESŁANKI NEGATYWNE

Problem okoliczności wyłączających legalność zastosowania został odrębnie unormowany w odniesieniu do komórek rozrodczych (art. 18 ust. 1 u.l.n.), zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka (art. 22 u.l.n.) oraz zarodków powstałych z komórek pobranych w ramach pozostałych odmian dawstwa (art. 21 ust. 1 u.l.n.). Drugi aspekt analizowanej materii był już przedmiotem rozważań w niniejszej pracy. Można go zatem pominąć.

Pierwszy z wymienionych przepisów został sformułowany jasno, lecz jest częściowo zbędny. Prawo do wycofania zgody przez dawcę (pkt 1) przyznają mu również art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 2 u.l.n. Okoliczności wskazane w jego pkt 3 i 4 są równoznaczne z niespełnieniem przesłanek określonych odpowiednio w art. 32 ust. 2 pkt 6 i 1 u.l.n. Ponadto, z uwagi na fakt, że, jak już zauważono, u.l.n. wyklucza stosowanie u ludzi zwierzęcych komórek rozrodczych i komórek rozrodczych pobranych ze zwłok ludzkich, we wstępie do wyliczenia niepotrzebnie wskazuje on, iż dotyczy komórek rozrodczych pobranych od dawcy. Pozostałe postanowienia art. 18 ust. 1 u.l.n. zawierają natomiast element nowości normatywnej, zabraniając zastosowania w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych, jeżeli dawca zmarł⁶⁰ (pkt 2) lub jeżeli z komórek rozrodczych uzyskanych od danego dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie⁶¹ urodziło się dziesięcioro dzieci,

⁶⁰ Biorąc pod uwagę zakaz wynikający z art. 24 u.l.n., należy zatem stwierdzić, że polski ustawodawca generalnie nie akceptuje wykorzystywania komórek rozrodczych pochodzących od osób zmarłych w ramach przedmiotowej formy leczenia niepłodności, lecz dopuszcza używanie zarodków stworzonych z takich komórek, o ile powstały one za życia dawcy – por. art. 33 u.l.n.

⁶¹ Pobranych jednokrotnie albo wielokrotnie – *lege non distinguente*.

chyba że komórki rozrodcze, które mają być wykorzystane, pobrano na potrzeby dawstwa partnerskiego (pkt 5).

Ostatnie zastrzeżenie budzi wątpliwości interpretacyjne w kontekście treści art. 18 ust. 2 u.l.n. dopuszczającego przekazanie komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego do dawstwa innego niż partnerskie. Zmiana przeznaczenia gamet nie zmienia bowiem faktu, że zostały pozyskane w zamiarze wykorzystania w ramach dawstwa partnerskiego, co potwierdza redakcja powołanej regulacji i zawarcie w niej nakazu stosowania jedynie odpowiednio tylko art. 30 ust. 1 i rozporządzeń wydanych na podstawie art. 35 u.l.n. – pominięto natomiast art. 18 ust. 1 pkt 5 *in principio* u.l.n. Z jednej strony nie bez racji będą ci, którzy stwierdzą, że ustawodawca nadając poszczególnym przepisom określoną treść działa w sposób intencjonalny – zgodnie z domniemaniem jego racjonalności – w związku z czym nie ma powodu, aby odstępować od wyników wykładni językowej w analizowanym zakresie⁶². Z drugiej natomiast strony wydaje się, że art. 18 ust. 1 pkt 5 u.l.n. ma na celu zabezpieczenie różnorodności genetycznej społeczeństwa⁶³, a ewentualne wyjątki od służącej jego osiągnięciu zasady uzasadniają wyłącznie względy humanitarne i ochrona życia rodzinnego dawcy komórek rozrodczych (art. 4 u.l.n.) poprzez umożliwienie mu wychowywania pochodzących od niego dzieci urodzonych w wyniku procedury medycznie wspomaganey prokreacji – co w przypadku dawstwa innego niż partnerskie jest wykluczone (art. 30 ust. 1 pkt 1 i 5 lit. b oraz art. 36 ust. 1 pkt 1 i 9 lit. b u.l.n.)⁶⁴. Wobec powyższego wydaje się, że w razie zmiany przeznaczenia komórek rozrodczych powinny być one traktowane tak, jakby pobrano je w danym celu.

Warto zauważyć, że przyjęcie zaproponowanego kierunku wykładni pozwala na wykorzystanie w ramach dawstwa partnerskiego komórek rozrodczych uzyskanych pierwotnie w celu innego dawstwa, a przekazanych dawcy w trybie art. 18 ust. 3 u.l.n. – mimo osiągnięcia limitu

⁶² Por. L. NOWAK, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 38-54.

⁶³ Por. D.L. HARTL, A.G. CLARK, *Podstawy genetyki populacyjnej*, przekład J. BURCZYK, [w:] red. J. BURCZYK, Warszawa 2007, s. 14-55

⁶⁴ Por. L. MORAWSKI, *Zasady wykładni...*, s. 75-82, 159-162.

określonego w art. 18 ust. 1 pkt 5 *in principio* u.l.n. – bez potrzeby ponownego pobierania gamet, co ma ogromne znaczenie praktyczne (np. gdy zainteresowany trwale utracił zdolność płodzenia).

Jeżeli chodzi o art. 21 ust. 1 u.l.n., to przepis ów również trzeba uznać za częściowo zbędny. Spełnienie przesłanek negatywnych określonych w jego pkt 2-4 oznacza niewystąpienie okoliczności wymienionych art. 32 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 6 lit. a i b. Istotne znaczenie ma natomiast pkt 1 przyznający biorczyńni prawo wycofania zgody pominięte w art. 32 ust. 2 u.l.n. Jedynym wymogiem w tym zakresie jest złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej (zastrzeżonej *ad probationem*⁶⁵). Powyższa czynność prawna może zostać dokonana w każdym czasie – w art. 21 ust. 1 pkt 1 u.l.n. brak odpowiedniego zastrzeżenia oraz odrębnego przepisu przewidującego stosowne ograniczenie – lecz wywołuje skutki *ex nunc* (w przeciwnym razie oświadczenie kobiety poważnie godziłoby w pewność stosunków prawnych)⁶⁶.

6. KONKLUZJE

Podsumowując, należy stwierdzić, że obowiązująca ustawa o leczeniu niepłodności zasługuje na poważną krytykę. Po pierwsze, jak wskazano, brzmienie znacznej części przepisów wybranego aktu normatywnego powoduje poważne wątpliwości interpretacyjne. Po drugie, wiele fragmentów albo całych regulacji u.l.n. jest niepotrzebnych. Po trzecie, warunki skutecznego wyrażenia wymaganej zgody i jej wycofania określone w Rozdziale 3 nie są identyczne z wymienianymi przez unormowania zawarte w Rozdziale 4 u.l.n., co w praktyce z pewnością znacznie utrudni ocenę postępowania podmiotów wskazanych w art. 44 u.l.n. w kontekście bezprawności, a w konsekwencji, czy ponoszą one odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych⁶⁷.

⁶⁵ Por. wcześniejsze uwagi dotyczące formy zgody wyrażanej przez biorczynię.

⁶⁶ Por. M. KIEŁB, *Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa*, «Forum Prawnicze» 3/2011, s. 58-64, 66-68.

⁶⁷ Por. M. ŚWIDERSKA, *Zgoda...*, s. 17-20, 95-96.

Wszystko to uzasadnia postulat dokonania co najmniej gruntownej nowelizacji źródła prawa, które było przedmiotem rozważań w niniejszym artykule, w kierunku wyeliminowania podkreślonych wad, choć najlepszym rozwiązaniem wydaje się zastąpienie go nową, dopracowaną ustawą.

THE USE OF REPRODUCTIVE CELLS AND EMBRYOS IN MEDICALLY ASSISTED PROCREATION

Summary

The article discusses the use of reproductive cells and embryos in medically assisted procreation in Poland, which is regulated by the Polish Treatment of Infertility Act (*Ustawa o leczeniu niepłodności*). The article is divided into six sections. In the first section the author explains why he has chosen to study this subject and the scope of the examination. In the second he explains the normative meaning of the key concepts for further consideration: the procedure of medically assisted procreation, the reproductive cell, the embryo, the donor, and the donor of the embryo. In the third section he presents the general provisions applicable in medically assisted procreation as one of the therapies used in Poland to treat infertility. The fourth and fifth sections are devoted to the recommendations and contraindications respectively for the undertaking of medically assisted procreation. In the sixth section the author assesses the new Polish act on medically assisted procreation and calls for its fundamental amendment or repeal.

Słowa kluczowe: komórki rozrodcze, zarodek, procedura medycznie wspomaganey prokreacji, biorczyni, dawca, dawstwo, dawstwo partnerskie, dawstwo zarodka, zgoda pacjenta, leczenie niepłodności

Keywords: reproductive cells, embryo, procedure of medically assisted procreation, recipient, donor, donation, partner donation, embryo donation, patient's consent, infertility treatment.

Literatura:

- ANDRZEJEWSKI M., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014
- BANASZAK B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009
- BEKRYCHT T., KORYCKA-ZIRK M., DOBRZENIECKI K., *Logiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Toruń 2014
- BŁACHUT M., GROMSKI W., KACZOR J., *Technika prawodawcza*, Warszawa 2008
- BROWN T.A., *Genomy*, przekład K. MROCZEK, red. P. WĘGLEŃSKI, Warszawa 2001
- BUDNA E., *Stan cywilny przysposobionego anonimowo*, «Państwo i Prawo» 49.3/1994, s. 48-58
- DYLSZEWSKA-TARNOŃSKA A., [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. Ogiegło L., Warszawa 2010, s. 289-297
- FIUTAK A., *Prawo w medycynie*, Warszawa 2011
- GRANAT M., *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, «Państwo i Prawo» 69.8/2014, s. 3-22
- GRONOWSKA B., [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. WITKOWSKI, A. BIEŃ-KAĆAŁA, Toruń 2015, s. 141-196
- HARTL D.L., CLARK A.G., *Podstawy genetyki populacyjnej*, przekład J. BURCZYK, [w:] red. J. BURCZYK, Warszawa 2007
- IGNATOWICZ J., NAZAR M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2012
- JASTRZĘBSKI J., *Oświadczenia i zapewnienia (representations and warranties) a wady oświadczenia woli*, «Przegląd Prawa Handlowego» 1/2014, s. 4-12
- KARKOWSKA D., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009
- KARKOWSKA D., *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012
- KIEŁB M., *Pewność prawa vs. nieokreśloność prawa*, «Forum Prawnicze» 3/2011, s. 57-68
- KING R.C., STANSFIELD W.D., *Słownik terminów genetycznych*, przekład, red. W. PRUS-GŁOWACKI, Poznań 2002
- Krwiolecznictwo*, wyd. nacz. R.H. WALKER, przekład E. BROJER, red. H. SEYFRIEDOWA, J. SABLIŃSKI, R.SCHARF, Warszawa 1994
- LAWLESS J., *The Complexity of Flexibility in EU Food Hygiene Regulation*, «European Food & Feed Law Review» 7.5/2012, s. 220-231
- MALINOWSKI A., *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2008
- Mały słownik języka polskiego*, red. E. SOBOL, Warszawa 1994

- MORAWSKI L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2009
- MORAWSKI L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006
- MULARSKI K., *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011
- NOWAK L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973
- PAZDAN M., [w:] *System Prawa Prywatnego. I: Prawo cywilne – część ogólna*, red. M., SAFJAN, Warszawa 2012, s. 1016-1044
- RADWAŃSKI Z., OLEJNICZAK A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015
- RADWAŃSKI Z., OLEJNICZAK A., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2012
- Słownik poprawnej polszczyzny PWN*, red. W. DOROSZEWSKI, Warszawa 1977
- SMYCZYŃSKI T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014
- ŚLIWKA M., *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2010
- ŚMIGIELSKI F., *Glosa do wyroku SN z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 287/09, «OSP» 56.10/2012, s. 658-664*
- ŚWIDERSKA M., [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Komentarz*, red. M. NESTEROWICZ, Warszawa 2009, s. 78-102
- ŚWIDERSKA M., *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007
- WOLTER A., IGNATOWICZ J., STEFANIUK K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001
- WRONKOWSKA S., ZIELIŃSKI M., *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004
- ZATORSKA J., *Komentarz do zmiany art.68 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wprowadzonej przez Dz.U. z 2008 r. Nr 220 poz. 1431, [w:] Komentarz do ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustaw – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.08.220.1431), «Lex/el.» 2011*
- ZIEMBIŃSKI Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 1994.