

Andrzej S. Ważbiński

Najnowsze osiągnięcia nauk przyrodniczych a kodeks rodzinny i opiekuńczy

Palestra 10/5(101), 17-24

1966

Artykuł został zdigitalizowany i 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.

Dla uzasadnienia odpowiedzialności bez winy bada się stosunek: środek-cel z pominięciem elementu zawinienia, w to miejsce zaś wstępuje ta część stanu faktycznego, która mocą pozytywnego przepisu ustawy nakazuje przypisać odpowiedzialność na zasadzie szczególnego rodzaju związku przyczynowego, która składa się z dwóch części: pierwsza oparta jest na zasadzie środek-cel, a druga na zwykłych elementach przyczyna-skutek. Dla ustalenia więc, czy istnieje związek przyczynowy, bada się, czy środek, którym się posługujemy, służy celowi, do osiągnięcia którego posługujemy się określonym środkiem, a następnie czy powstała szkoda pozostaje w związku z zamierzonym celem oraz czy cel i środek stanowią przyczynę skutku, którym jest szkoda.³⁰

Tak rozumiany związek przyczynowy występuje we wszystkich stanach faktycznych oraz stanowi jego szczególną i wspólną cechę, co pozwala w konkluzji stwierdzić, że przy odpowiedzialności deliktowej bez zawinienia występuje nie tylko brak winy (moment negatywny), ale że odpowiedzialność taka opiera się na własnej pozytywnej zasadzie szczególnego związku przyczynowego.

³⁰ S. Wróblewski: Powszechny austriacki kodeks cywilny, cz. II, Kraków 1918, s. 117. W uwagach do § 1296 pkt 8 autor reprezentuje stanowisko, że odpowiedzialność wynikająca z ustawy automobilowej austriackiej z 9.VIII.1908 r. nie opiera się na zasadzie winy, lecz na zasadzie obiektywnej przyczynowości.

Zob. stanowisko B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej i A. Rembielińskiego (op. cit., nota 64, s. 1162), którzy wypowiadają pogląd, że wspólną cechą wszystkich stanów faktycznych odpowiedzialności bez zawinienia jest szeroko skonstruowany związek przyczynowy. Por. także T. Dybowski: op. cit., nota 5, s. 30—34.

Interesujące stanowisko zajmuje w obcej literaturze R. Binenfeld, który w swojej pracy (Die Haftungen ohne Verschulden, Berlin u Wien 1933, s. 193 i nast.) opiera na rozważaniu między łańcuchem przyczynowym genetycznym (przyczyna—skutek) a łańcuchem przyczynowym teleologicznym (środek—cel) próbę sprowadzenia wszystkich wypadków odpowiedzialności bez zawinienia do jednego mianownika.

ANDRZEJ S. WAŻBIŃSKI

Najnowsze osiągnięcia nauk przyrodniczych a kodeks rodzinny i opiekuńczy

Postęp wiedzy, postęp techniczny wywołuje często poważne problemy społeczne i konieczność rewizji wielu naszych poglądów, praw i zwyczajów. Odkrycia w naukach przyrodniczych mają niezaprzeczalny wpływ na kształtowanie się poglądów prawnych¹. Zdobyte nauki stały się również przyczyną nowych zagadnień w dziedzinie życia pociowego człowieka.

¹ Wystarczy wskazać choćby na wpływ stale rozwijającej się techniki raketowej na rozwój nauki prawa astronautycznego. Por. Marek Żylicz: Podstawowe elementy prawa astronautycznego, „Zeszyty Prawnicze PAN”, z. 1, str. 175 i n.

W niniejszym artykule zostały zawarte uwagi, dotychczas w literaturze prawnej nie omawiane², na temat związku ostatnich osiągnięć w dziedzinie embriologii z prawem rodzinnym. Po głośnym doświadczeniu dra U. Petrucciego z rozwojem embrionu ludzkiego w sztucznym środowisku³ na uwagę zasługują doświadczenia przeprowadzane jednocześnie przez uczonych angielskich i amerykańskich nad sztucznym rozwojem zapłodnionego jaja ludzkiego.⁴ Kontynuowane na stosunkowo szeroką skalę⁵ doświadczenia prof. R. G. Edwardsa i jego współpracowników, zakończone w większości wypadków powodzeniem, mogą w niedalekiej przyszłości spowodować poważne zmiany w sposobie pojmowania spraw, od początków świadomości rozumianych przez człowieka jako statyczne.

R. G. Edwards, rozwijając wcześniejsze prace oparte na doświadczalnym materiale zwierzęcym⁶, przeprowadzał na otrzymanych w drodze operacyjnej (u kobiet, którym należało z uzasadnionych względów usunąć jajniki) jajach ludzkich doświadczenia, polegające na sztucznym zapłodnieniu jaja⁷, a następnie na umieszczeniu go w sztucznym, sprzyjającym rozwojowi zygoty środowisku, w którym zapłodnione jajo rozwijało się w sposób prawidłowy przez okres kilkunastu lub kilkudziesięciu godzin. Rezultaty doświadczeń przeszły wszelkie oczekiwania. Przede wszystkim powiedzień należy, że zapłodnione, rozwijające się w warunkach sztucznych jajo ludzkie może być drogą zewnętrzną umieszczone (przeszczepione) w organach rodnych kobiety i pozostawione w celu dalszego rozwoju w organizmie kobiety⁸.

Eksperymenty powyższe wykazały, że sztuczne zapłodnienie komórki jajowej i jej rozwój w środowisku sztucznym, „w szkle”, pozwala na taki dobór chromosomów, iż udaje się wyłączyć — w zasadzie — wszelkie negatywne cechy, które w normalnych wypadkach obciążałyby powstały organizm⁹.

Wreszcie prof. Edwards doszedł za pomocą żmudnych poszukiwań do wręcz nieprawdopodobnego osiągnięcia, polegającego mianowicie na możliwości wyboru płci embrionu rozwijającego się przez pewien czas w warunkach sztucznych, a powstałego z zygoty komórek danych przez rodziców.

² Williams Glanville (Świętość życia a prawo karne, Warszawa 1960, str. 113) stwierdził możliwość wystąpienia problemów, którymi zajmuje się niniejszy artykuł. Opierał się on na doświadczeniach przeprowadzanych na bydłe i psach a opracowanych na łamach „Science News Letter”, nr 57, roczn. 1950.

³ Eksperyment ten, głośny w fachowej literaturze medycznej, nie może w rezultacie stanowić podstawy do praktycznego zastosowania wyników doświadczenia. Zob. U. Petrucci: Report of Experiment of Human Embryo, Londyn 1965.

⁴ Por. R. G. Edwards: Maturation in vitro of Human Ovarian Oocytes, „The Lancet” nr 7419, str. 926 i n. oraz D. L. Ingram: The Ovary, New York 1962.

⁵ Doświadczenia przeprowadzane przez Edwardsa obejmowały w pierwszej fazie materiał kilkudziesięciu zygot, a w następnych fazach materiał kilkuset zygot. Por. zamieszczone tabele sprawozdawcze z przeprowadzonych doświadczeń: op. cit., str. 927.

Podobnie dużym materiałem doświadczalnym dysponowali uczeni z ośrodka w Baltimore. Por. D. L. Ingram, op. cit., str. 27 i n.

⁶ Por. R. G. Edwards: Sprawozdanie z doświadczeń w czasop. „Nature”, roczn. 196 (1962), str. 79 i n., a także poświęcony tym zagadnieniom nr 57 „Science News Letter”, roczn. 1950.

⁷ Bronisław Wałaszek mówi o unasiennieniu komórki jajowej. Zob.: Inseminatio artificialis a przepisy kodeksu rodzinnego, „Palestra” nr 5/1960, str. 28.

⁸ Liczne doświadczenia na eksperymentalnym materiale zwierzęcym, w szczególności na ssakach naczelnych, potwierdzają taką możliwość. Por. R. G. Edwards: Maturation in vitro (...), str. 929 oraz F. W. Brambell: Marshall Physiology of Reproduction, London 1956.

⁹ Ta część eksperymentu, która dotyczyła podziału chromosomów i ich właściwego doboru przez wyeliminowanie genów niepożądanych, była najtrudniejsza do przeprowadzenia.

W tym też miejscu nasze rozważania, zdające sprawę z osiągnięć współczesnej embriologii, dotyczą sfery zagadnień, którymi zajmuje się prawo, w szczególności zaś prawo rodzinne. Należy bowiem postawić sobie pytanie, czy istotnie dawców komórek (gamet), tj. jaja i plemnika, można nazwać rodzicami, jeżeli nie będą to: kobieta, która dziecko urodzi, i mężczyzna, który jest mężem tej kobiety.

Kwestie związane z ojcostwem w razie sztucznego zapłodnienia matki zostały w naszej literaturze prawniczej omówione¹⁰. Dla przypomnienia, można tutaj, opierając się na dwóch przykładach, powtórzyć ciekawe rozwiązania, proponowane przez doktrynę w interesującej nas sprawie¹¹:

1. Załóżmy, że kobieta, która na skutek schorzenia górnych części rodnych nie może urodzić dziecka, zdecyduje się na wprowadzenie — do wewnętrznych części rodnych swego organizmu — zapłodnionego jaja, które otrzymano przez usunięcie chorych jajników innej kobiety. Komórka jajowa została zapłodniona plemnikiem, którego dawcą był mąż kobiety, która zdecydowała się na opisany wyżej eksperyment (zapłodnienie homologiczne)¹².
2. Kobieta i jej mąż nie są dawcami komórek, których połączenie dało początek rozwojowi embrionu i w konsekwencji spowodowało urodzenie się dziecka. Zarówno jajo, jak i plemnik zostały pobrane od osób będących poza związkiem małżeńskim, w czasie trwania którego kobieta urodziła dziecko ze sztucznie otrzymanej i do jej organizmu przeszczepionej zygoty (zapłodnienie heterologiczne)¹³.

W pierwszym przykładzie powinno się uznać za bezsporne ojcostwo męża kobiety, która wydała dziecko na świat — nawet wtedy, gdyby mężowi udało się wykazać, że jest niepodobieństwem, aby mógł on być ojcem dziecka (art. 67 k.r.o.)¹⁴.

W drugim przykładzie sprawa jest bardziej złożona. Przede wszystkim należy się zastanowić, czy zapłodnienie jaja plemnikiem innego mężczyzny, a nie męża kobiety, która dziecko urodziła, nastąpiło za zgodą męża, czy też bez jego zgody. W braku zgody* uważam — idąc za Walaszkiem¹⁵ — że nie ma przeszkód, by mąż kobiety, która urodziła dziecko, zaprzeczył ojcostwu w postępowaniu sądowym, niezależnie od tego, czy obcował on ze swoją żoną w okresie koncepcyjnym (art. 67 i 68 k.r.o.). Natomiast w sytuacji, gdy mąż kobiety, która urodziła dziecko, wyraził zgodę na zapłodnienie jaja plemnikiem innego mężczyzny (bo jego plem-

¹⁰ Zob. B. Walaszek, op. cit., str. 28 i n. Por. też cytowaną tu literaturę i orzecznictwo sądów zagranicznych. Por. także: Prof. Manitoba: Sztuczne zapłodnienie (sprawozdanie), „Prawo za Granicą”, roczn. 1957, nr 1, str. 34 i n. oraz Williams Glanville, op. cit., s. 108 i n.

¹¹ Przykłady zostały tak dobrane, że wiążą się one jedynie z kobietą, która dziecko urodziła. Trzeba sobie jednak zdawać sprawę z tego, że analogiczne przykłady można skonstruować również z uwzględnieniem kobiety-dawczyni komórki jajowej.

¹² Używam nazw przyjętych już w naszym piśmiennictwie, aczkolwiek należy pamiętać, że terminy: inseminacja homologiczna i heterologiczna są niesłuszne z medycznego punktu widzenia, gdyż nie zachodzi tu różnica biologiczna, a tylko różnica oparta na ocenie prawnej i na uciążliwym stosunku do tego. Por. Williams Glanville, op. cit., str. 108. Anglosasi przyjęli na oznaczenie inseminacji homologicznej skrót AIH (*Artificial Insemination by Husband*), a na oznaczenie inseminacji heterologicznej skrót AID (*Artificial Insemination by Donor*).

¹³ Nie omawiam przykładu z eksperymentem, na który wyraziła zgodę kobieta niezamężna. W kwestii macierzyństwa sprawa przedstawiać się tu będzie identycznie jak u kobiet zamężnych, sprawa zaś ojcostwa dziecka została już wyżej omówiona.

¹⁴ Tak również Walaszek, op. cit., s. 31.

¹⁵ Walaszek, op. cit., s. 34 i n.

niki np. z określonych względów nie mogą być użyte do zapłodnienia jaja), sprawa ojcostwa powinna być przesądzona na jego niekorzyść.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie daje rozwiązania tej sytuacji, mimo że w czasie prac kodyfikacyjnych problematyka sztucznego zapłodnienia była przedmiotem dyskusji wśród prawników nie tylko za granicą, ale także i u nas w kraju. Znane były poważne argumenty zawarte w cytowanej pracy prof. Walaszka przeciwko heterologicznej sztucznej inseminacji (str. 45 i n.). Nie od rzeczy będzie przypomnieć te argumenty.

Przeciwko heterologicznemu sztuczemu zapłodnieniu przemawiają względy natury moralno-obyczajowej oraz względy na dobro dziecka. Jest bowiem rzeczą niewątpliwą — w świetle poglądów nauki — że za ojca dziecka (w wypadku heterologicznej sztucznej inseminacji) nie można uznać męża matki, nawet jeżeli wyraził on zgodę na unasiwienie żony nasieniem *ab alieno*. Nie można oświadczenia złożonego przed lekarzem traktować jako uznania dziecka mającego się urodzić, ponieważ nie można dokonać uznania dziecka nie pochodzącego biologicznie od uznającego¹⁶. Nie można oświadczenia o zgodzie męża na heterologiczne sztuczne unasiwienie ująć jako *sui generis* adopcji dziecka, które ma urodzić jego żona, albowiem przesłanki przysposobienia są wyczerpująco wymienione w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, wśród zaś tych przesłanek stan faktyczny przedstawiony wyżej się nie mieści. Naturalnym ojcem będzie w rozważanym wypadku dawca nasienia (*spermator*), on też będzie obowiązany utrzymywać dziecko¹⁷.

Niekiedy, dokonując sztucznej inseminacji za pomocą plemników pobranych od obcego dawcy, miesza się spermę męża i dawcy, aby dać małżeństwu pewną nadzieję, że dziecko może być również dzieckiem męża. Zgodzić się należy z poglądem, że taka mieszanina sperm ma w przeważającej mierze znaczenie psychologiczne. Nie należy wszakże wykluczyć pewnych dodatnich stron takiej mieszaniny również z punktu widzenia czysto prawnego, może bowiem ona utrudnić obalenie domniemania pochodzenia dziecka od męża matki¹⁸, zwłaszcza jeżeli ma miejsce (podyktowane ostrożnością) dobranie takiego dawcy nasienia, którego krew należy do tej samej grupy co krew męża; chroni to później dziecko od uznania go za nie pochodzące od męża matki na podstawie ustalenia grupy krwi¹⁹.

Zasadniczą więc sprawą, którą należy się zająć w dalszych rozważaniach, jest sprawa macierzyństwa w wypadkach rozwoju zygoty w warunkach sztucznych i następnego przeszczepienia jej do organizmu kobiety celem dalszego rozwoju, jeżeli jajo było dane przez inną kobietę niż ta, która następnie dziecko urodzi. Zastanowić się więc należy nad problemem, czy matką dziecka urodzonego ze sztucznie powstałej zygoty nazywać będziemy kobietą, która przez pewien czas używała swego organizmu do rozwoju płodu po okresie jego dojrzwania w warunkach sztucznych, czy też mianem matki ze wszystkimi konsekwencjami stąd płynącymi obdarzymy kobietę, której organizm dał komórkę jajową.

Osiągnięcia nauk medycznych dają możliwość posiadania własnego dziecka kobietom ze zdrowymi jajnikami, które jednak nie mogą rodzić dzieci z innego powodu (np. skutek choroby serca). Takie kobiety mogłyby mieć dzieci przez zastęp-

¹⁶ Por. Bronisław Walaszek: Uznanie dziecka w polskim prawie rodzinnym, Kraków 1958, str. 51 i n.

¹⁷ Walaszek: *Inseminatio artificialis* (...).

¹⁸ Williams Glanville, op. cit., s. 115.

¹⁹ W wypadku sztucznej inseminacji przy pomocy mieszaniny sperm obcego dawcy i męża kobiety unasiwionej prof. Monitobie (op. cit., s. 34 i n.) przyjmuje ojcostwo męża matki, zwłaszcza gdy orzeczenie lekarskie nie mogłoby całkowicie wykluczyć płodności męża, jak np. w wypadku, gdy płyn nasienny zawiera małą ilość plemników.

czynnie (*per procuram*)²⁰. Równie pożądanym zastosowaniem tych nowych osiągnięć byłoby umożliwienie kobietom nieplodnym uczucia radości urodzenia dziecka, które żywiłyby one od początku, a przynajmniej od chwili transplantacji unasięzionego jaja do ich organizmu.

Sprawa odpowiedzi na dręczące nas pytanie w kwestii macierzyństwa tych dwu kobiet związanych urodzeniem dziecka rozwijającego się sztucznie w pierwszym okresie swego życia — nie należy do łatwych. Trudno dzisiaj przewidzieć, jakimi drogami potoczy się orzecznictwo sądów i ustawodawstwo, tym bardziej że istnieją przesłanki przemawiające za przyznaniem macierzyństwa tak na rzecz kobiety, która była dawczynią żeńskiej gamety, jak i na rzecz tej, która dziecko urodziła. Na rzecz kobiety, której komórka jajowa stanowiła podstawę rozwoju zarodka (a zwłaszcza tej, która ze względów terapeutycznych nie mogła urodzić dziecka), przemawiać będą — wydaje się — następujące momenty: dziecko posiadać będzie cechy właściwe tej kobiecie, i to nie tylko cechy zewnętrzne, jak podobieństwo fizyczne, ale również cechy wewnętrzne nie dające się stwierdzić badaniami lekarskimi, mianowicie cechy charakteru, usposobienia itp. Ta kobieta bowiem przekazała w komórce jajowej te geny, które w szczególny sposób ukształtowały nowo powstały organizm.

Współczesna genetyka zapatruje się na dziedziczność jak na proces atomistyczny. Sądzi ona, że ukonstituowanie genetyczne osobnika składa się z dużej liczby specjalnych jednostek funkcjonalnych, odziedziczonych bezpośrednio od rodziców. Wrodzone różnice między ludźmi uważa za uzależnione od specjalnego zróżnicowania natury tych jednostek i od różnic kombinacji, w jakich one występują. Dziedziczne możliwości nowego osobnika, czyli zygoty powstałej wskutek zapłodnienia komórki jajowej przez plemnik, wywodzą się z charakterystycznych cech obu wspomnianych komórek²¹.

Konkretny zestaw jednostek przekazanych dziecku przez rodziców zależy od przypadku, ale liczba możliwych alternatyw jest ograniczona przez strukturalne i mechaniczne cechy substancji dziedziczonej przeniesionej przez komórkę rozrodczą. W rzeczywistości każdy osobnik otrzymuje połowę swego garnituru jednostek dziedziczonych od każdego z rodziców²².

Należy jednak zwrócić uwagę, że różnice między ludźmi mogą być spowodowane nie tylko zróżnicowaniem ich wrodzonego ukonstituowania, ale także zróżnicowaniem środowiska, w którym się rozwijają i w którym żyją. O interesujących nas zagadnieniach można powiedzieć, że przyczynami różnic środowiskowych (czyli czynnikami zewnętrznymi) są powody oddziałujące na kształtowanie się zapłodnionego jaja. Należą tu zarówno różnice w warunkach śródmacicznych, jak i bardziej widoczne różnice pojawiające się w trakcie porodu²³.

W pewnych wypadkach wydaje się, że czynniki środowiskowe, czyli zewnętrzne, mają stosunkowo niewielkie znaczenie, jeśli chodzi o określenie, dlaczego dany osobnik różni się od innego pewną szczególną cechą²⁴. Każda normalna czy anormalna cecha jest wynikiem procesów rozwojowych, a te są warunkowane zarówno przez geny, jak i przez środowisko. To prawda, że wzajemny stosunek między dziedzicznością a środowiskiem w odniesieniu do poszczególnych cech bardzo się

²⁰ W. Glanville (op. cit., s. 113) uważa w takim wypadku, że tego rodzaju postępowanie napotykałoby obiekcje natury eugenicznej.

²¹ Por. H. Harris: Biochemiczna genetyka człowieka, W-wa 1964, s. 16.

²² Zob. L. S. Penrose: Wstęp do genetyki człowieka, W-wa 1965, s. 23.

²³ H. P. Hinworth: „The Lancet”, roczn. 1949, s. 465.

²⁴ Por. J. A. Tjio i A. Levan: The chromosome number of man, „Hereditas”, roczn. 1956, s. 42.

różni, lecz niewiele jest cech, które są kształtowane wyłącznie przez dziedziczność, a jeszcze mniej jest takich cech, które kształtuje samo środowisko. I odwrotnie: istnieje wiele cech, które przynajmniej w obecnych warunkach są całkowicie determinowane przez geny. Być może, dla niektórych z tych cech znajdzie się sposób kształtowania ich przez środowisko, dla innych może się to okazać niemożliwe, gdyż związek między genem a wywołanym przez niego skutkiem jest tak ścisły, iż człowiek nie może nań wpływać²⁵.

Dlatego też dla rozważań, którym poświęcony został niniejszy artykuł, nie wydaje się rzeczą właściwą przecenianie wpływu czynników zewnętrznych na ukształtowanie się cech osobnika powstałego z rozwoju sztucznie otrzymanej zygoty. Niewątpliwy wpływ, jaki będzie mieć przebieg rozwoju dziecka w organizmie kobiety, która nie dała jaja, na to dziecko, nie jest tego rzędu, by mógł on wpłynąć zasadniczo na zmianę cech osobniczych dziecka.

Wpływ ten nie będzie w stanie wyrzeć w dziecku indywidualnych cech kobiety, w której organizmie nastąpi rozwój sztucznie poczętego osobnika. Innymi słowy, wpływ kobiety, która dziecko urodzi, ograniczy się w zasadzie do mniej lub bardziej prawidłowego rozwoju embrionu, ale podobny rozwój, a co za tym idzie podobne ukształtowanie się pewnych cech dziecka pod wpływem bodźców zewnętrznych mogłoby mieć miejsce w organizmie zupełnie innej kobiety, gdy tymczasem cechy dziedziczne dziecko mogło nabyć jedynie od kobiety — dawczyni jaja.

Zastanówmy się teraz, czy na rzecz kobiety, która urodziła dziecko, nie przemawiają żadne momenty pozwalające uważać ją za matkę dziecka. Wydaje się, że na rzecz kobiety, w której organizmie następował dalszy rozwój zarodka i która w następstwie tego urodziła dziecko, przemawia przede wszystkim fakt ciąży i porodu, dotychczas tak nierozdzielnie związany z pojęciem macierzyństwa, że trudno w warunkach, które — jak należy się spodziewać — będą miały miejsce w niedalekiej przyszłości, przyjąć inne kryterium przyznania miana matki, sprowadzając w istocie rolę kobiety, która urodziła dziecko, do roli „mamki”.

Zgodzić się jednak trzeba — zwłaszcza w świetle tego, co wyżej zostało powiedziane na temat dziedziczenia — że w wypadku przeszczepienia na kobietę B zapłodnionego jaja, które pochodzi od kobiety A. nie można przyjąć, iż jajo powinno się stać, w drodze prawnego nabycia (*accessio*), jajem kobiety B. Takie rozumowanie jest poprawne wówczas, gdy mamy do czynienia z przetaczaniem krwi, przeszczepianiem innych narządów lub części organizmu z jednego człowieka na drugiego. Wtedy w istocie krew, narządy lub inne części ludzkiego ciała stają się częścią ciała odbiorcy. Na pierwszy rzut oka widać jednak, że sytuacje powyższe nie są identyczne czy nawet podobne.

Czy przepisy obowiązującego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego obejmują stany faktyczne tu omawiane, których treść związana jest z urodzeniem się dziecka na skutek transplantacji jaja? Oczywiście, nie ma takiej normy, która by obejmowała tożsamy czy podobny stan faktyczny²⁶. Nie znaczy to jednak, żeby na tle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie można było ustalić macierzyństwa jednej z dwu kobiet połączonych przeszczepieniem jaja. Art. 86 k.r.o. stanowi, że możliwe

²⁵ Ch. Auerbach: Genetyka, W-wa 1965, s. 172 i n.

²⁶ W odniesieniu do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego pełne zastosowanie może mieć zdanie Sądu Najwyższego, wypowiedziane na tle kodeksu rodzinnego, że mało kazuistycznie ujęty kodeks rodzinny ogranicza się przeważnie do normowania sytuacji o większym praktycznym znaczeniu (*quod plerumque fit*). Zob.: Kodeks rodzinny — Komentarz, W-wa 1959, s. 378 oraz Bronisław Walaszek: Sądowe ustalenie pozamałżeńskiego macierzyństwa w polskich normach kolizyjnych, „Zeszyty Naukowe U. J., Prawo” nr 9, s. 53.

jest ustalenie pochodzenia dziecka, przy czym nie normuje on, jak to ma np. miejsce w prawie bułgarskim²⁷, że pochodzenie od matki wynika z faktu urodzenia. Dotychczasowe stanowisko doktryny i judykatury w tym względzie, opowiadające się za przyznaniem przymiotu macierzyństwa kobiecie, która dziecko urodziła, było słuszne, bo spór toczył się pomiędzy kobietami, z których jedna jest uznana za matkę dziecka, mimo że go nie urodziła, druga zaś, biologiczna matka, przymiotu macierzyństwa była pozbawiona.

Najłatwiej można zrozumieć różnicę, jaka zachodzić będzie między dotychczasowymi wypadkami występowania o ustalenie macierzyństwa a problematyką podobnych wystąpień związanych ze współczesnymi osiągnięciami wiedzy medycznej, na przykładzie następującym: Jeżeli na skutek pewnych przyczyn (zamiary w klinice itp.) za matkę dziecka poczętego w warunkach sztucznych zostanie uznana kobieta, która ani nie dała jaja (jajo to po sztucznym rozwoju zostało przeszczepione innej kobiecie), ani dziecka nie urodziła, to wówczas w stosunku do tej kobiety kwestia zaprzeczenia macierzyństwa zostanie rozwiązana tak, jak to miało miejsce w dotychczasowej praktyce, albowiem kobieta ta nie jest związana biologicznie w żaden sposób z dzieckiem²⁸.

Co natomiast powinno decydować przy ustaleniu macierzyństwa jednej z dwu kobiet związanych z urodzeniem się dziecka wskutek rozwoju sztucznie zapłodnionej komórki jajowej: urodzenie, czy też pochodzenie biologiczne?

Bylbym skłonny z przytoczonych wyżej względów przyjąć, że decydujące znaczenie należy przyznać pochodzeniu²⁹. Panującej w naszym kodeksie rodzinnym i opiekuńczym zasadzie, że *mater semper certa est*, należy w poruszanych tu wypadkach nadać inną treść: o macierzyństwie rozstrzyga fakt biologicznego pochodzenia, którego zewnętrznym wyrazem nie zawsze jest fakt urodzenia.

Rozstrzygnięcie pozytywne powództwa³⁰ w naszej problematyce może być dokonane bez konieczności nowelizacji kodeksu. Odpowiedź na tle obowiązujących norm musi dać jednak doktryna i orzecznictwo.

Niezależnie od tego, jaką damy odpowiedź na postawione pytania, należy się liczyć z możliwością negatywnych i pozytywnych powództw o ustalenie macierzyństwa.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy *expressis verbis* dopuszcza wytoczenie powództwa o zaprzeczenie i ustalenie macierzyństwa. Przepis art. 86 stanowi o powództwie o ustalenie i zaprzeczenie pochodzenia dziecka. Zgadzam się z T. Rowińskim³¹,

²⁷ W prawie bułgarskim ustawa o osobach i rodzinie z r. 1949 stanowi w art. 62, że pochodzenie od matki ustala się na podstawie urodzenia. Podobnie art. 47 kodeksu rodzinnego Rumuńskiej Republiki Ludowej głosi, że pochodzenie od matki wynika z faktu urodzenia.

²⁸ O ile dotychczas można się było zgodzić, że współuczestnictwo nie tylko konieczne w wypadku powództwa o ustalenie macierzyństwa było niedopuszczalne, zwłaszcza że w jednym procesie nie można było dochodzić zaprzeczenia i ustalenia macierzyństwa (por. Kodeks rodzinny — Komentarz, s. 379), o tyle w przykładzie tu omawianym uważam za uzasadnione przyjęcie współuczestnictwa.

²⁹ Dotychczas pojęcia: urodzenie i pochodzenie dziecka stanowiły jedność i były (bo mogły być) stosowane zamiennie. Zob. B. Wałaszek, op. cit., s. 54.

³⁰ W kwestii pozytywnego i negatywnego powództwa o ustalenie macierzyństwa — por. Wałaszek (jw.), cytowaną tu obszerną literaturę, Kodeks rodzinny — Komentarz, s. 380 i n. oraz S. Szer: Prawo rodzinne, W-wa 1966, s. 202. Zob. też cyt. tu orzecznictwo.

³¹ T. Rowiński: Powództwo o ustalenie i zaprzeczenie macierzyństwa, NP, nr 12, roczn. 1964, s. 1166. S. Szer pomija milczeniem przepis art. 86 k.r.o. Jego uwagi na temat braku ustawowego unormowania ustalenia macierzyństwa w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (op. cit., s. 202 i 204) — z powołaniem się na artykuł A. Woltera (Urodzenie z małżeństwa, DPP nr 12, roczn. 1947), a także na cyt. pracę Wałaszka i orzecznictwo

że przepis jest enigmatyczny, że kodeks w dalszym ciągu nie reguluje wielu zagadnień związanych z ustaleniem macierzyństwa, jak np. choćby zagadnienia legitymacji procesowej³².

Charakter prawny powództw o ustalenie i zaprzeczenie macierzyństwa omówił Rowiński³³. Podziela tu pogląd tegoż autora, wzorowany na analogicznych powództwach o ustalenie ojcostwa³⁴, że powództwa o ustalenie macierzyństwa mogą mieć charakter bądź deklaratoryjny, bądź konstytutywny³⁵.

W stanach faktycznych przedstawionych w niniejszym artykule powództwa o ustalenie macierzyństwa o charakterze deklaratoryjnym mogą mieć miejsce równie często jak powództwa o zaprzeczenie. Jeżeli kobieta, która urodzi dziecko rozwijające się w pierwszym okresie sztucznie, poczuje się zagrożona w swych prawach macierzyńskich, będzie wówczas szukała potwierdzenia owych praw w orzeczeniu sądu. Jest rzeczą naturalną, że z powództwem o charakterze deklaratoryjnym wystąpi w naszych wypadkach kobieta, która dziecko urodzi, gdyż to ona zostanie wpisana w aktach stanu cywilnego dziecka jako jego matka.

³² z okresu obowiązywania kodeksu rodzinnego — mogą stworzyć pozory tożsamesgo stanu prawnego na tle k.r.o. ze stanem prawnym w k.r.

³³ Ustawa bułgarska (art. 62 ust. 2) przyznaje prawo wytoczenia powództwa o ustalenie macierzyństwa każdej zainteresowanej osobie, natomiast kodeks rodzinny Rumuńskiej Republiki Ludowej prawo to przyznaje tylko dziecku (art. 52). Ale kodeks ten dopuszcza — poza sądowym ustaleniem macierzyństwa — również dobrowolne uznanie dziecka przez matkę (art. 48). Natomiast instytucja uznania dziecka przez matkę jest obca naszemu prawu (tak B. Wałaszek, op. cit., s. 113 i S. Szer, op. cit., s. 204). Zdaniem Szeru uprawnionymi do wytoczenia wyżej wymienionych powództw, tj. mającymi interes prawny (autor za podstawę tego powództwa przyjmuje art. 189 k.p.c., w myśl którego powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego albo prawa, gdy ma w tym interes prawny), są: dziecko, kobieta nie będąca matką dziecka, lecz figurująca jako jego matka, rzeczywista matka dziecka, mąż kobiety figurującej w akcie stanu cywilnego jako rzekoma matka dziecka, mąż matki rzeczywistej, wreszcie mężczyzna, który uznał dziecko oraz którego ojcostwo zostało sądownie ustalone.

³⁴ Rowiński, op. cit., s. 1168.

³⁵ Por. K. Lipiński: Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. W-wa 1961, s. 353 i n., a także J. Jodłowski i W. Siedlecki: Postępowanie cywilne — Część ogólna, s. 335.

³⁶ Tak również B. Wałaszek: Ustalenie ojcostwa małżeńskiego, 1962, s. 108 i n. Inaczej natomiast S. Szer op. cit., s. 204.