

Leszek Bosek

Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomagananej prokreacji

Diametros nr 20, 37-61

2009

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.

Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganej prokreacji

Leszek Bosek

1. Uwagi wprowadzające

Celem niniejszego artykułu jest określenie podstawowych założeń regulacyjnych wspomaganej prokreacji w Polsce. Punktem odniesienia będą standardy konstytucyjne i ustalenia prawnoporównawcze. Z uwagi na ograniczone ramy artykułu analiza prawnoporównawcza koncentrować się będzie na regulacjach europejskich, choć uwzględnione zostaną także regulacje amerykańskie.

Tak zakreślony przedmiot opracowania uzasadnia jego podział na trzy części. Część pierwsza obejmuje analizę prawnoporównawczą, część druga analizę konstytucyjną, część trzecia obejmie wnioski, w tym uwagi *de lege ferenda*. W ramach wniosków poczynione zostaną spostrzeżenia na temat wybranych rozwiązań projektu *Ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw*¹.

2. Uwagi prawnoporównawcze

2.1. Regulacje europejskie

Punktem wyjścia do ustaleń prawnoporównawczych powinno być europejskie prawo wspólnotowe, które określa minima regulacyjne dla państw członkowskich UE. Europejskie prawo wspólnotowe reguluje obrót komórkami rozrodczymi i obejmuje regulacją ludzkie embriony *in vitro*. Zobowiązuje tym samym państwa członkowskie do uregulowania tych kwestii, pod rygorem określonym w Traktacie o Wspólnocie Europejskiej (art. 226 i n. TWE).

Granice regulacji wspólnotowych i ich implementacji krajowych wyznacza *Karta Praw Podstawowych*, która na mocy art. 1 Traktatu z Lizbony, ma stać się dokumentem prawnie wiążącym, choć już obecnie jest uznawana w orzecznictwie ETS za kodyfikację ogólnych zasad prawa wspólnotowego². Karta formułuje pięć

¹ Projekt *Ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw*: <http://www.polskaxxi.pl/czytelnia/warto-przeczytac/projekt-ustawy-bioetycznej> (27.01.2009).

² Na temat Karty zobacz mój artykuł: *Ochrona godności człowieka w prawie Unii Europejskiej a konstytucyjne granice przekazywania kompetencji państwa*, „Przegląd Sejmowy” z 2008, nr 2, s. 61-92, w szczególności s. 61-70.

generalnych warunków, które mogą rzutować na wykładnię prawa pochodnego i transpozycji narodowych w zakresie wspomaganey prokreacji: nakaz ochrony godności ludzkiej (art. 1), zakaz komercjalizacji ciała ludzkiego i jego części (art. 3 ust. 2), „zakaz praktyk eugenicznych, w szczególności tych, których celem jest selekcja osób” (art. 3 ust. 2), zakaz kloningu reprodukcyjnego (art. 3 ust. 2) oraz warunek uzyskania zgody podmiotu poddanego interwencji medycznej (art. 3 ust. 2). Szczegółowe wytyczne regulacyjne znajdują się w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004, nr 2004/23/WE, oraz w dyrektywach wykonawczych do niej: 2006/17/EC z 8 lutego 2006 r. w sprawie niektórych wymagań technicznych dotyczących dawstwa, pobierania i badania tkanek i komórek ludzkich oraz 2006/86/WE z dnia 24 października 2006 r.

Dyrektywy te zobowiązują do zagwarantowania bezpieczeństwa zdrowotnego poprzez wprowadzenie reglamentacji prawnej i kontroli obrotu komórkami rozrodczymi. Dyrektywy wykonawcze rozciągnęły obowiązki ochronne na embriony ludzkie *in vitro*. Minimalne standardy obowiązujące każde państwo członkowskie są następujące:

1. utworzony zostanie państwowy organ lub organy licencjonujące działalność związaną ze stosowaniem komórek rozrodczych i tworzeniem embrionów ludzkich *in vitro* (art. 4 ust. 1 Dyrektywy 2004/23/WE);
2. zastosowanie komórek rozrodczych i embrionów ludzkich *in vitro* zastrzeżone zostanie dla podmiotów, które uzyskały licencję od właściwego organu lub organów państwa członkowskiego i tylko pod warunkiem, że zagwarantują, iż czynności podejmowane będą tylko przez osoby właściwie wyszkolone i mające odpowiednie doświadczenie, zgodnie z warunkami określonymi przez prawo państwa członkowskiego (art. 5 ust. 1, 6 ust. 1-2, art. 13, art. 17, 18 Dyrektywy 2004/23/WE);
3. wymogi dotyczące pobierania gamet oraz testy wymagane w odniesieniu do dawców zostaną określone w prawie państwa członkowskiego (art. 5 ust. 2 Dyrektywy 2004/23/WE; art. 3 i 4 w związku z załącznikiem III Dyrektywy Komisji 2006/17/WE);
4. kontrole podmiotów licencjonowanych prowadzone będą nie rzadziej niż co dwa lata (art. 7 ust. 1-4 Dyrektywy 2004/23/WE);
5. zostaną wydane wytyczne dotyczące warunków inspekcji i środków kontroli oraz w sprawie szkolenia i kwalifikacji urzędników w nie zaangażowanych (art. 7 ust. 5 Dyrektywy 2004/23/WE);
6. w przypadku naruszeń wymogów prawa wspólnotowego licencje będą zawieszane lub cofane (art. 6 ust. 4 Dyrektywy 2004/23/WE);

7. przygotowywane będą sprawozdania dla Komisji Europejskiej oraz będą udzielane informacje na wniosek Komisji Europejskiej lub innych państw członkowskich w sprawie wyników i środków kontroli realizowanych przez państwo członkowskie (art. 26 i 7 ust. 7 Dyrektywy 2004/23/WE);
8. będą monitorowane wszystkie wywozy i przywozy z kraju pochodzenia komórek i tkanek i będą one dokonywane jedynie pomiędzy bankami autoryzowanymi (art. 9 Dyrektywy 2004/23/WE);
9. zostanie utworzony publiczny rejestr podmiotów licencjonowanych, określający zakres wykonywanych przez nie czynności oraz będą egzekwowane obowiązki sprawozdawcze (art. 10 Dyrektywy 2004/23/WE);
10. stworzony zostanie system sprawozdawania, monitorowania, rejestrowania i przekazywania informacji o poważnych przypadkach szkodliwości dla zdrowia i negatywnych reakcjach, które mogą wpływać na jakość oraz bezpieczeństwo komórek rozrodczych, a także które można przypisać pobieraniu, testowaniu, przetwarzaniu, przechowywaniu i dystrybuowaniu tych komórek, oraz wszelkich zaobserwowanych, negatywnych reakcjach, które można powiązać z jakością i bezpieczeństwem komórek (art. 11 Dyrektywy 2004/23/WE);
11. anonimowość dawców i biorców będzie chroniona, z zastrzeżeniem warunków jej ujawniania w przypadku oddawania komórek rozrodczych (art. 14 Dyrektywy 2004/23/WE);
12. utworzony zostanie systemem identyfikacji dawców, biorców oraz komórek rozrodczych (art. 8 i 25 Dyrektywy 2004/23/WE);
13. podmioty licencjonowane spełniać będą dodatkowe wymogi, o których mowa w art. 2 ust. 2-12 Dyrektywy Komisji 2006/17/WE.

Podkreślić należy, że dyrektywa Parlamentu i Rady miała być transponowana do polskiego prawa do 7 kwietnia 2006 r.

Dyrektywy nie przesądzają o dozwolonym lub niezdozwolonym przeznaczeniu gamet lub embrionów ludzkich, nie rozstrzygają o jego statusie. Artykuł 4 ust. 3 dyrektywy Parlamentu i Rady stanowi wprost: „Niniejsza dyrektywa nie wpływa na decyzje Państw Członkowskich zabraniające oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania, dystrybucji lub stosowania dowolnego rodzaju tkanek lub komórek ludzkich, jeżeli decyzje te dotyczą przywozów tego samego rodzaju tkanek lub komórek ludzkich”. Ten kompetencyjny przepis wyraźnie zezwala na wyłączenie z obrotu określonych organów, tkanek lub komórek, np. wprowadzenie zakazu ich pobierania, konserwowania lub testowania; nie pozwala jednak na pozostawienie sfery obrotu komórkami rozrodczymi i embrionami ludzkimi poza sferą regulacji prawnej.

Odnosnie do regulacji państw członkowskich, należy stwierdzić, że są one mocno zróżnicowane, co wynika z odmiennych tradycji konstytucyjnych i uwarunkowań społeczno-aksjologicznych. Generalnie można wyróżnić dwa podstawowe podejścia, które wykrystalizowały się jeszcze na przełomie lat 80. i 90. Wtedy to w dwóch najbardziej technologicznie rozwiniętych państwach UE: Wielkiej Brytanii i Republice Federalnej Niemiec wypracowano odmienne modele regulacyjne wspomaganey prokreacji.

Problem wspomaganey prokreacji reguluje w Wielkiej Brytanii ustawa o płodności i embriologii z 1990 r., w brzmieniu nadanym przez ustawę z 2008 r., która weszła w życie 13.11.2008 r. (*The Human Fertilisation and Embryology Act 2008*).³ Ustawa ta nie dotyczy problematyki transplantacyjnej, która tradycyjnie jest przedmiotem odrębnych regulacji⁴. Model brytyjski preferuje wolność prokreacyjną i eksperymentalną, np. legalizuje tworzenie hybryd ludzko-zwierzęcych ("human admixed embryo"). W modelu brytyjskim dopuszczalne jest niszczenie embrionów ludzkich za zgodą rodziców genetycznych, tworzenie embrionów nadliczbowych, ich konserwowanie, a nawet niszczenie embrionów ludzkich wbrew woli rodziców genetycznych po upływie określonych terminów (ustawa mówi o pięciu latach, lecz terminy te mogą być przedłużane regulacjami niższego rzędu). Regulacje brytyjskie nie przewidują w zasadzie ograniczeń podmiotowych w dostępie do procedur zapłodnienia pozaustrojowego. Dopuszczalne jest więc tworzenie i transferowanie embrionu osobom samotnym, w tym tworzenie embrionu *post mortem*. W ustawie z 1990 r. mówi się wprawdzie o obowiązku uwzględniania dobra dziecka w procedurach wspomaganey prokreacji, jednakże w praktyce nie nadaje się tej zasadzie prawa rodzinnego realnej treści; jest ona pozostałością z prac parlamentarnych, w których zakładano jej powiązanie ze szczegółowymi wytycznymi normatywnymi, np. z ograniczeniem dostępności procedur do małżeństw⁵. Regulacje brytyjskie zabraniają osobie niepełnosprawnej dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wynikających z samego faktu urodzenia się z niepożądanym wyposażeniem genetycznym⁶.

³<http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?LegType=All+Primary&PageNumber=1&NavFrom=2&parentActiveTextDocId=3529751&ActiveTextDocId=3529753&filesize=455226> (27.01.2009).

⁴ Ustawa z 2004 r. o tkankach ludzkich (*Human Tissue Act 2004*).

⁵ M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 248.

⁶ W orzeczeniu z 30 listopada 1994 r. w sprawie *Megan Reeve przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga 24844/94, Europejska Komisja Praw Człowieka jednomyślnie uznała, że skarga zarzucająca naruszenie art. 6 Konwencji poprzez wyłączenie tych roszczeń jest oczywiście bezzasadna, a przez to niedopuszczalna. Komisja stwierdziła przede wszystkim, że: „prawo opiera się na założeniu, że lekarz nie może być zobowiązany wobec płodu do zabicia go i że roszczenia tego rodzaju nie dałyby się pogodzić z porządkiem publicznym (*public policy*) jako naruszające świętość życia ludzkiego.

Cechą modelu brytyjskiego jest rozbudowana regulacja instytucjonalna. Nadzór nad rynkiem sprawuje Urząd ds. Płodności i Embriologii. Urząd ten wydaje licencje podmiotom aktywnym w sferze wspomaganey prokreacji oraz egzekwuje przestrzeganie ich warunków. Ustawa ogranicza ryzyko konfliktu interesów przez wyraźne rozstrzygnięcie, że urząd nie może działać pod kontrolą osób aktywnych zawodowo w zakresie wspomaganey prokreacji lub innych sferach objętych nadzorem. Techniki wspomaganey prokreacji są finansowane ze środków publicznych w Wielkiej Brytanii, choć dotyczy to mniej niż 25% wykonywanych zabiegów⁷.

Model brytyjski nie jest realizowany w pełnym zakresie w żadnym państwie europejskim, m.in. ze względu na jego częściową niezgodność z europejską *Konwencją o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie)*, której Wielka Brytania nie podpisała. Z uwagi na brak ograniczeń podmiotowych w dostępie do procedur oraz wyraźną legalizację tworzenia embrionów nadliczbowych można uznać, że w kierunku brytyjskim idą regulacje belgijskie⁸, holenderskie a od 2006 r. częściowo hiszpańskie.

Regulacje duńskie, norweskie, szwedzkie czy austriackie wprowadzają natomiast warunki podmiotowe dostępu do procedur. Dostęp do procedur mają tylko małżeństwa lub konkubinaty rozumiane tradycyjnie, choć regulacje szwedzkie wyszły naprzeciw także zarejestrowanym związkom osób tej samej płci⁹. Prawo francuskie wyklucza techniki zapłodnienia pozaustrojowego a nawet inseminacji wobec samotnych kobiet i par osób tej samej płci, a nadto wymaga, aby konkubenci wykazali co najmniej dwuletnie pożycie. Prawo francuskie ogranicza ponadto dostęp do procedur wspomaganey prokreacji do przypadków patologicznej niepłodności stwierdzonej przez lekarza oraz uniknięcia przeniesienia na dziecko

Uwzględniając moralne i etyczne uwarunkowania, Komisja uznaje, że ograniczenia, które służą ochronie życia, muszą być uznane za mieszczące się w zakresie swobody państwa.”

⁷ W Irlandii Północnej nie uzgodniono rozwiązań ustawowych pozwalających na finansowanie zapłodnienia pozustrojowego, <http://www.infertilitynetworkuk.com/FundingforFertility/?id=5274> (27.01.2009).

⁸ N. Schiffino, *Regulating Assisted Reproductive Technology and Genetically Modified Organisms in France and Belgium: A Technocratic Strong State Versus a Fragmented Multi-National Democracy?*, http://www.allacademic.com/meta/p60894_index.html (27.01.2009).

⁹ Zob. *Ustawę o integralności genetycznej* z 18 maja 2006 r. 2006/351. Prawo szwedzkie tradycyjnie też gwarantuje dziecku prawo do poznania jego tożsamości genetycznej, w tym personaliów dawców gamet. Na temat starszych regulacji szwedzkich zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 240-245.

szczególnie ciężkiej choroby dziedzicznej¹⁰. Prawo francuskie wyklucza także konsekwentnie roszczenia odszkodowawcze związane z urodzeniem dziecka o niepożądanych cechach genetycznych¹¹.

Warunki podmiotowe są uzupełniane ograniczeniami wiekowymi tylko dla kobiet (np. Dania 45 lat), a także warunkami przedmiotowymi, np. w zakresie obrotu komórkami rozrodczymi (np. Austria zakazuje wykorzystywania obcych komórek jajowych; Francja i Szwecja dopuszcza zabieg zapłodnienia pozaustrojowego, jeżeli przynajmniej jedna z gamet pochodzi od małżonków lub konkubentów przystępujących do zabiegu) oraz ograniczeniami w tworzeniu liczby embrionów (np. Austria zakazuje tworzenia większej liczby embrionów w jednym cyklu niż jest konieczna do uzyskania ciąży). Prawo francuskie umożliwia natomiast „adopcję prenatalną”, tzn. przekazanie przez rodziców genetycznych na podstawie orzeczenia sądu praw do embrionu, który ma obowiązek ocenić warunki rodzinne, wychowawcze i psychologiczne, jakie przyjmująca para zapewni dziecku¹².

Warto w tym kontekście wspomnieć, że powołana przez Ministra Zdrowia Irlandii komisja ds. wspomaganey ludzkiej reprodukcji rekomendowała w 2005 r. uregulowanie pozostających dotychczas poza reglamentacją prawną technik

¹⁰ Prawo francuskie, w tym Ustawę nr 94-654 o nieodpłatnym przekazywaniu i używaniu składników i produktów ciała ludzkiego, prokreacji medycznie wspomaganey i diagnostyce prenatalnej oraz Ustawę 2004-800 o bioetyce omawia M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 270-275. Zob. też M. Grzymkowska, *Czy prawo polskie chroni embriony in vitro? Regulacja polska w świetle standardów europejskich*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* z 2006, nr 3, s. 109-122.

¹¹ *Ustawa nr 2002-303 o prawach pacjentów i jakości opieki zdrowotnej*. „I. Nikt nie może żądać wynagrodzenia szkody wynikającej z samego faktu urodzenia się. Osoba urodzona z niepełnosprawnością spowodowaną błędem medycznym może otrzymać odszkodowanie w przypadku niestaranego działania, które bezpośrednio spowodowało niepełnosprawność lub przyczyniło się do niej lub powstrzymało działania jej przeciwdziałające. W przypadku ustalenia odpowiedzialności lekarza lub zakładu opieki zdrowotnej względem rodziców dziecka urodzonego z niepełnosprawnością, której nie wykryto w czasie ciąży z powodu rażącego niedbalstwa (*faute caractérisée*), rodzice mogą domagać się odszkodowania tylko w zakresie własnej szkody. Szkoda [odszkodowanie – przyp. L. B.] nie może obejmować szczególnych obciążeń wynikających z utrzymania niepełnosprawnego dziecka. Kompensacja ciężarów utrzymania dziecka niepełnosprawnego jest sprawą narodowej solidarności.” Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawach *Maurice przeciwko Francji* i *Draon przeciwko Francji* z 6 października 2005 r. stwierdził jednomyślnie, że nie ma żadnego powodu, aby kwestionować ocenę parlamentu francuskiego, co do uwarunkowań etycznych uchwalonej ustawy, w tym ochrony godności ludzkiej i statusu nienarodzonych dzieci, oraz konieczności stanowienia prawa w kwestiach o podstawowym znaczeniu dla społeczeństwa, równego traktowania osób niepełnosprawnych czy właściwej organizacji służby zdrowia. W konsekwencji Trybunał uznał zasadność dyskwalifikacji orzecznictwa francuskiego w przedmiocie odpowiedzialności lekarskiej za „złe urodzenia” (pkt 85 w zw. z pkt 75 wyroku w sprawie *Maurice*; pkt 112 i 77 w zw. z 62 wyroku w sprawie *Draon*).

¹² M. Nesterowicz podkreśla podobieństwo tego rozwiązania do adopcji. Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 227-230.

wspomaganey prokreacji wedle modelu brytyjskiego¹³. Rekomendacje te spotkały się jednak z krytyką, w tym zarzutem sprzeczności z Konstytucją Republiki. Artykuł 40 ust. 3 pkt 3 Konstytucji Irlandii gwarantuje ochronę życia ludzkiego w fazie prenatalnej. W związku z tym Irlandia do chwili obecnej nie ma regulacji wspomaganey prokreacji, nie jest też ona finansowana ze środków publicznych.

Drugi model regulacyjny został określony niemiecką *Ustawą o ochronie embrionów* z 1990 r. oraz *Ustawą o zakazie handlu dziećmi i zastępczego macierzyństwa* z 1985 r.¹⁴ Cechą tego modelu jest wyraźna legalizacja zapłodnienia pozaustrojowego przy jednoczesnej ochronie godności ludzkiej embrionu, godności rozumianej ściśle jako zakaz uprzedmiotowienia istoty ludzkiej. Federalny Trybunał Konstytucyjny RFN łączy ochronę godności człowieka z życiem ludzkim, ponieważ uznaje, że „gdzie istnieje życie ludzkie przynależy mu godność człowieka”, co rodzi obowiązek ochrony embrionu z mocy art. 1 ust. 1 w zw. art. 2. ust. 2 Ustawy Zasadniczej¹⁵. Obowiązek ten nie zależy oczywiście od miejsca przebywania embrionu (*in vitro* albo *in vivo*) lub celu jego wytworzenia, np. transferu do organizmu kobiety.

Cechą tego modelu jest zakaz tworzenia embrionów do celów pozaprokreacyjnych, ograniczenie liczby tworzonych embrionów w jednym cyklu do 3 oraz obowiązek jednoczesnego ich transferu do organizmu kobiety¹⁶. Regulacje niemieckie nie pozwalają na rutynowe konserwowanie embrionów ludzkich, chyba że wskutek stanu wyższej konieczności (np. choroba kobiety lub wycofanie zgody). Zamierzoną konserwację żyjącego embrionu uznaje się za przejaw jego uprzedmiotowienia, a więc działanie naruszające art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej. Kryminalizowane jest też klonowanie i zawieranie umów o urodzenie dziecka z osobami trzecimi (zastępcze macierzyństwo). Regulacje niemieckie chronią integralność i tożsamość embrionu ludzkiego oraz zabraniają całkowicie manipulacji genomem człowieka, tj. modyfikowania informacji genetycznej, która mogłaby

¹³ Raport komisji ds. wspomaganey ludzkiej prokreacji z 2005 r. <http://www.dohc.ie/publications/pdf/cahr.pdf?direct=1> (27.01.2009).

¹⁴ Por. np. R. Keller, H. Gunther, P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz. Kommentar zum Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart-Berlin-Köln 1992.

¹⁵ Wyrok II Senatu FTK z 28 maja 1993 r., sygn. 2 BvF 2/90 i 4, 5/92, BVerfGE t. 88, s. 203 i n.; wyrok I Senatu FTK z 20 października 1992 r., sygn. 1 BvR 698/89, BVerfGE t. 87, s. 209 i n., wyrok I Senatu FTK z 25 lutego 1975 r., sygn. 1 BvF 1,2,3,4,5,6/74, BVerfGE t. 39, s. 1 i n. Por. też Ch. Starck, *Wolność badań naukowych i jej granice*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 3, s. 50–59.

¹⁶ Określenie maksymalnej liczby tworzonych embrionów (3) wynikało ze stanu wiedzy w latach 80, tzn. uznawano wtedy transfer 3 embrionów za optymalny z punktu widzenia celu procedury: uzyskania ciąży i jednoczesnego uniknięcia nadmiernego ryzyka dla kobiety związanego z ciążą mnogą. Obecnie przyjmuje się, że optymalna liczba transferowanych embrionów nie powinna przekraczać 2. Zob. np. <http://www.healthcarebelgium.com/index.php?id=271> (24.01.2009).

prowadzić do dziedzicznych zmian. Ustawodawstwo niemieckie precyzyjnie definiuje embrion ludzki, przesądając, że także każda wyizolowana totipotenna komórka embrionalna jest nowym embrionem. Rozstrzygnięcie to koresponduje z ustaleniami nauk biologicznych i medycznych, z których wynika, że komórka totipotenna, w tym zygota, ma zdolność rozwinąć się w dorosły organizm. Regulacja niemiecka nie dopuszcza selekcji genetycznej embrionów, w tym badań preimplantacyjnych, które w każdym przypadku prowadzą do zniszczenia komórek totipotentnych. Ustawodawstwo niemieckie nie formułuje wprost warunków podmiotowych dostępu do zapłodnienia pozaustrojowego, określają je jednak regulacje zawodowe lekarskie (małżeństwo lub trwały konkubinat). Cechą regulacji niemieckiej jest wyraźne ograniczenie finansowania ze środków publicznych zapłodnienia pozaustrojowego do małżeństw. Federalny Trybunał Konstytucyjny w 2007 roku oddalił zarzut, że ograniczenie to ma skutek dyskryminujący. Dobro dziecka, zasada ochrony małżeństwa, a także dobro rodziców genetycznych (np. wsparcie kobiety poddającej się stymulacji hormonalnej przez jej męża), uzasadnia preferencję dla małżeństw.

Zbliżone do regulacji niemieckich ustawodawstwo obowiązuje we Włoszech, choć włoska ustawa jest bardziej rozbudowana. Formułuje ona zakaz tworzenia większej liczby embrionów niż niezbędna do transferu, a dodatkowo zakaz tworzenia większej liczby embrionów niż 3. Zakazuje selekcji genetycznej. Ogranicza też wprost dostęp do zabiegów zapłodnienia pozaustrojowego do małżeństw lub podobnych związków mężczyzny i kobiety (podobnie do systemu francuskiego, austriackiego i systemów skandynawskich). Wyłącza zapłodnienie pozaustrojowe z użyciem obcego materiału genetycznego. Ponadto, regulacja włoska wprowadza ograniczenie wiekowe dla osób przystępujących do procedury, którym jest „potencjalna płodność”. Do modelu niemieckiego nawiązuje też prawo szwajcarskie. Regulacje szwajcarskie są interesujące ze względu na ich bezpośrednią legitymację demokratyczną i określenie wprost w samej Konstytucji federalnej. Szwajcarska regulacja jest odpowiedzią na całkowite zakazy zapłodnienia pozaustrojowego wprowadzane w niektórych kantonach¹⁷ oraz inicjatywę referendalną zmierzającą do ich przeniesienia na szczebel federalny. Art. 119 Konstytucji stanowi:

1. Istota ludzka będzie chroniona przed nadużyciami związanymi z medycznie wspomaganą prokreacją i inżynierią genetyczną.

¹⁷ Np. ustawa Balle Ville o medycynie ludzkiej prokreacji z 1990 r. czy Saint Gallen o interwencjach w ludzką prokreację z 1988 r.

2. Konfederacja wyda ustawę o zastosowaniach ludzkich komórek rozrodczych i dziedzictwa genetycznego. Czyniąc to respektowana będzie godność człowieka, osobowość, rodzina, a także następujące zasady:
 - a. każda forma klonowania i inne formy ingerencji w wyposażenie genetyczne człowieka zawarte w ludzkich embrionach i gametach będą zakazane;
 - b. żaden nie-ludzki materiał genetyczny i linia genetyczna nie będzie transferowana do ludzkiego wyposażenia genetycznego ani nie będzie z nim mieszana;
 - c. metody medycznie wspomaganey prokreacji będą stosowane tylko ze wskazań medycznych i tylko w sytuacjach, w których zezwala na to wyraźnie prawo; liczba tworzonych embrionów nie będzie większa od tej, która pozwoli na ich bezzwłoczne transferowanie do organizmu matki (ustawa zakazuje tworzenia większej liczby embrionów niż 3); nie będą prowadzone badania na embrionach, ani nie będą wybierane cechy dziecka;
 - d. donacja embrionów i wszelkie formy zastępczego macierzyństwa będą zabronione;
 - e. niedopuszczalny jest handel produktami pochodzenia embrionalnego i materiałem biologicznym pochodzącym z linii genetycznej;
 - f. wyposażenie genetyczne osoby nie będzie badane, rejestrowane, ani komunikowane bez zgody lub na podstawie prawa;
 - g. każdy będzie miał dostęp do danych dotyczących jego przodków (prawo do poznania swojej tożsamości).

Podsumowując tę część rozważań, należy stwierdzić, że regulacje państw europejskich różnią się istotnie. Wspólnym mianownikiem jest z jednej strony brak wyrażonych wprost zakazów zapłodnienia pozaustrojowego, z drugiej brak jakiegokolwiek państwa w Unii Europejskiej, które regulowałoby zapłodnienie pozaustrojowe w ustawie transplantacyjnej. Nawet w Wielkiej Brytanii, która redukuje ochronę embrionów do minimum, uwzględnia się różnice między narządami do przeszczepu a embrionami ludzkimi *in vitro*. Zgodzić się więc wolno z konkluzjami wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*, w którym przyjęto, że skoro między państwami członkowskimi Rady Europy można zaobserwować zasadnicze rozbieżności w podejściu do ochrony embrionów i technik wspomaganey prokreacji, a więc nie istnieje konsensus europejski w tej dziedzinie, to do państw

członkowskich należy kompetencja do regulowania tych wrażliwych etycznie zagadnień. Trybunał wskazał ponadto, że pewność prawa i utrzymanie zaufania do prawa uzasadnia precyzyjną regulację, rozstrzygającą o ochronie często wykluczających się interesów jednostkowych i publicznych przez prawo krajowe.

2.2. Regulacje amerykańskie

Regulacje amerykańskie różnią się w jeszcze większym stopniu niż regulacje europejskie. W Stanach Zjednoczonych zapłodnienie pozaustrojowe na poziomie federalnym reguluje tylko jedna ustawa: *The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992*. Celem tej ustawy jest określenie mechanizmu certyfikacji klinik (*embryo laboratory*) i programów oferujących wspomaganą prokreację (*scil. reprodukcję – reproduction*) oraz zagwarantowanie konsumentom użytecznych informacji o skuteczności wspomaganey prokreacji¹⁸. Ustawa definiuje techniki wspomaganey prokreacji jako „wszelkie praktyki lecznicze (*treatment*) i procedury obejmujące postępowanie z oocytami lub ludzkimi embrionami, w tym zapłodnienie pozaustrojowe, dojajowodowy transfer gamet, dojajowodowy transfer zygoty, oraz inne specyficzne technologie określone przez Sekretarza Zdrowia”. Nie rozstrzyga wprost zagadnienia, czy niepłodność jest chorobą, ani jakie techniki służą jej leczeniu. Ma ona ramowy charakter, nie przewiduje sankcji federalnych za brak jej implementacji.

Regulacje stanowe wspomaganey prokreacji są bardzo zróżnicowane. Większość stanów nie posiada kompleksowych regulacji zapłodnienia pozaustrojowego. Poprzestają one na akceptacji prawa precedensowego lub fragmentarycznie regulują najbardziej wrażliwe społecznie zagadnienia jak np. zakazy kloningu (np. Virginia), zakazy badań nieterapeutycznych na embrionach (np. New Mexico, South Dakota, Louisiana), reguły filiacyjne dla dzieci urodzonych wskutek zapłodnienia pozaustrojowego (żaden stan ani sąd nie uznał roszczeń do ustalenia filiacji dziecka z więcej niż dwojgiem rodziców – matką i ojcem), zakazy macierzyństwa zastępczego (np. New York). Celem regulacji stanowych jest też ochrona dawców i biorców gamet przed działaniami oszustów i osób pozbawionych licencji (np. Kalifornia kontroluje jakość gamet i kryminalizuje niedozwolone wykorzystywanie gamet lub embrionów ludzkich).

Niektóre regulacje stanowe mają natomiast charakter kompleksowy, tj. określają zasady ochrony embrionów ludzkich, podmiotowe warunki dostępu do

¹⁸ Por. Raport Prezydenckiej Rady Bioetycznej: *Reproduction and Responsibility: The Regulation of New Biotechnologies*, Washington 2004 r., <http://www.bioethics.gov/reports/reproductionandresponsibility/chapter2.html> (22.01.2009).

procedur oraz skutki cywilnoprawne i karne (np. Louisiana, New Hampshire, Pennsylvania). Przykładowo Louisiana rozstrzyga, że ludzki embrion *in vitro* w żadnym wypadku nie może być zniszczony, może być tworzony wyłącznie w celu implantacji do organizmu matki genetycznej, chyba że rodzice w sformalizowanej procedurze zrzekną się praw rodzicielskich na rzecz innego małżeństwa, a rodzice adopcyjni wyrażają zgodę i w są w stanie przyjąć embrion (*willing and able to receive the embryo*). Louisiana rozstrzyga ustawowo, że embrion przebywający poza ustrojem matki jest osobą (*juridical person*)¹⁹.

W orzecznictwie sądów amerykańskich ujawniły się zasadnicze rozbieżności, czy w ogóle niepłodność w świetle prawa może być uznana za chorobę i czy ubezpieczyciel ma obowiązek finansowania procedur wspomaganey prokreacji oraz jakich ewentualnie procedur z polisy chorobowej²⁰. Chociaż w USA przeważa pogląd, że niepłodność jest chorobą²¹, nieprzypadkowo wspomniana ustawa federalna *The Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*²² nie przesądza, czy lub która z technik wspomaganey prokreacji jest leczeniem – stanowiąc tylko, że są to „praktyki lecznicze (*treatment*) i [inne] procedury obejmujące postępowanie z oocytami lub ludzkimi embrionami”. Również Federalny Sąd Najwyższy nie wypowiedział się wprost w tej kwestii. W wyroku z 25 czerwca 1998 r., stosunkiem głosów 5:4, przyjął tylko, że ograniczenie zdolności prokreacyjnej kobiety, wynikające z zarażenia wirusem HIV, może być uznane za upośledzenie w rozumieniu ustawy o niepełnosprawności z 1990 r. (*the Americans with Disabilities Act of 1990, 104 Stat. 327, 42 U.S.C. § 12101, et seq.*)²³. W związku z tym 14 stanów zdecydowało się na wyraźne rozstrzygnięcie w jakim zakresie polisy ubezpieczeniowe powinny

¹⁹ Por. tamże.

²⁰ Przykładowo w sprawie *Kinzie v. Phisician's Liability Insurance Co.* stwierdzono, że z punktu widzenia prawa zapłodnienie pozaustrojowe nie jest medycznie konieczne do leczenia bezpłodności, a raczej jest kwestią wyboru („IVF is not medically necessary but rather elective”). Podają za: T. Beauchamp, L. Walters, J. Kahn, A. Mastroianni, *Contemporary Issues In Bioethics*, Belmont 2008, s. 327-328).

²¹ Według American Society for Reproductive Medicine: „Infertility is a disease of the reproductive system that impairs one of the body's most basic functions: the conception of children.” <http://www.asrm.org/Patients/faqs.html> (22.01.2009).

²² Pub. L. 102-493, 42 U.S.C. 263a-1 et seq.

²³ W uzasadnieniu wskazano, że prokreacja należy do istotnych sfer życia a ograniczenie tej sfery aktywności człowieka wynikające z istotnego ryzyka przeniesienia wirusa HIV na dzieci w czasie ciąży lub porodu (*perinatal transmission*) albo stanowych zakazów karnych podejmowania przez osoby zarażone współżycia z innymi osobami, nawet za ich zgodą, oznacza że pozwaną można zaliczyć do osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy o niepełnosprawności. Specyfika stanu faktycznego niniejszej sprawy nakazuje jednak wątpić w dopuszczalność prostego uogólnienia rozumowania Sądu.

obejmować leczenie niepłodności²⁴. Stany, które zdecydowały się na zobowiązanie ubezpieczycieli do finansowania leczenia niepłodności, zastrzegają jednak z reguły, że finansowanie zapłodnienia pozaustrojowego ograniczać się ma tylko do małżeństw i tylko przy użyciu pochodzących od nich gamet²⁵.

W Ameryce Łacińskiej zapłodnienie pozaustrojowe nie jest najczęściej regulowane lub jest przedmiotem zakazów prawnych. Przykładowo Trybunał Konstytucyjny Kostaryki stwierdza, że zapłodnienie pozaustrojowe „jest wyraźnym zamachem na życie i godność człowieka” a „żadne ograniczenia w tej dziedzinie nie mogą być wystarczające, ponieważ sama metoda zapłodnienia pozaustrojowego i przenoszenia zarodków już jest zamachem na życie ludzkie (...) Naraża je na nieproporcjonalnie duże niebezpieczeństwo śmierci (...) która jest wynikiem świadomego manipulowania rozrodczymi komórkami męskimi i kobiecymi celem stworzenia życia (...) jakakolwiek eliminacja istot poczętych – świadoma czy będąca wynikiem nieudolności lub niedoświadczenia bądź niedokładności tej techniki – narusza prawo do życia”²⁶.

3. Uwagi systemowe

Zasadniczym punktem odniesienia do rozważań o modelu regulacyjnym wspomaganey prokreacji w Polsce są gwarancje konstytucyjne. One wyznaczają zakres autonomii legislacyjnej i podstawowe dyrektywy legislacyjne.

W pierwszej kolejności dokonać należy weryfikacji najdalej idącej tezy, zaznaczającej się w polskiej debacie oraz w regulacjach prawnych Ameryki Łacińskiej, zgodnie z którą techniki zapłodnienia pozaustrojowego, co do samej zasady, nie są zgodne z zasadą ochrony godności człowieka i życia ludzkiego. Weryfikacja tej tezy jest konieczna, ponieważ zgodnie z dominującym w nauce prawa i orzecznictwie konstytucyjnym poglądem, konstytucyjna gwarancja ochrony życia każdego człowieka obejmuje okres jego prenatalnego rozwoju²⁷. Jak wskazuje TK:

²⁴ Szczególne regulacje wprowadziły następujące stany: Arkansas, Kalifornia, Connecticut, Hawaje, Illinois, Maryland, Massachusetts, Montana, New Jersey, New York, Ohio, Rhode Island, Texas, Zachodnia Wirginia. Podaję za: T. Beauchamp, L. Walters, J. Kahn, A. Mastroianni, *Contemporary Issues In Bioethics*, Belmont 2008, s. 327-328.

²⁵ T. Beauchamp, L. Walters, J. Kahn, A. Mastroianni, *Contemporary Issues In Bioethics*, Belmont 2008, s. 327-328.

²⁶ K. Complak, *Godność człowieka w orzecznictwie konstytucyjnym Ameryki Łacińskiej*, „Przegląd Sejmowy” z 2007, z. 3, s. 263-282, w szczególności s. 279.

²⁷ Wyrok z 30 września 2008 r., K 44/07; wyrok z 16 lipca 2007 r., sygn. SK 61/06, OTK ZU 2007, nr 7, poz. 77; wyrok pełnego składu TK z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1; wyrok z 23 marca 1999 r., K 2/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 56; orzeczenie pełnego składu TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19; uchwała TK z 17 marca 1993 r., W 16/92, OTK w 1993 r. cz. I, poz. 16; postanowienie TK z 7 października 1992 r., U 1/92, OTK w 1992 r. cz. II, poz. 38;

„Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w razie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonywanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia... dotychczasowy stan nauk empirycznych nie daje dostatecznych podstaw do wskazania innego [niż zapłodnienie – przyp. LB] momentu powstania życia ludzkiego”²⁸. W wyroku z 30 września 2008 r., K 44/07, Trybunał Konstytucyjny podkreślając związek gwarancji ochrony godności człowieka z ochroną życia ludzkiego stwierdza: „Trybunał Konstytucyjny nie ma wątpliwości, że życie człowieka nie podlega wartościowaniu ze względu na jego wiek, stan zdrowia, prze-

orzeczenie TK z 15 stycznia 1991 r., U 8/90, OTK w 1991 r., poz. 8; a także A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji prawnej i skutków projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, Warszawa 2007, s. 104; A. Bałaban, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym macierzyństwie*, Przegląd Sejmowy 2004, nr 6, s. 114; D. Dudek, *Opinia w sprawie poselskich poprawek do projektu nowelizacji art. 38 oraz projektu nowego art. 226a Konstytucji RP*, Przegląd Sejmowy 2007, z. 3, s. 127-137; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 75; M. Granat, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym macierzyństwie*, Przegląd Sejmowy 6/2004, s. 143; M. Masternak-Kubiak, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym macierzyństwie*, Przegląd Sejmowy 2004, nr 6, s. 119-121; W. Łączkowski, *Spór o wartości konstytucyjne*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 152-156; F. Rymarz, *Zasada ochrony przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Sądowy 2003, nr 6, s. 23; P. Sarnecki, *Komentarz do art. 38 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2-7; tenże, *Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją projektu ustawy o świadomym macierzyństwie*, Przegląd Sejmowy 2004, nr 6, s. 149-152; T. Smoczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, Warszawa 2007, s. 18; W. Wróbel, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, Warszawa 2007, s. 21; L. Wiśniewski, *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, Warszawa 2004, s. 120-123; K. Wojtyczek, *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym*, [w:] *Godność człowieka jako kategoria prawa*, red. K. Complak, Wrocław 2001, s. 205-206; M. Zdyb, *Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji RP*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 190-202; P. Czarny, który pojęcie godności człowieka odnosi wprost do całego gatunku ludzkiego, *Konstytucyjne pojęcie godności człowieka a rozumienie godności w polskim języku prawnym*, [w:] *Godność człowieka jako kategoria prawa*, red. K. Complak, Wrocław 2001, s. 198. Por. też M. Zubik, który stwierdza: „nie wydaje się, aby bez zmiany art. 30 i 38 Konstytucji z 1997 r. lub radykalnego odejścia od dotychczasowej linii orzeczniczej sądu konstytucyjnego, istniała możliwość poważnej i zgodnej z Konstytucją liberalizacji ustawowych kryteriów dopuszczalności przerywania ciąży (...) Stwierdzenie to w żadnym wypadku nie przesądza, że obecne rozwiązania ustawowe w zakresie ochrony życia człowieka w sposób ostateczny można uznać za zgodne z Konstytucją. Kontroli konstytucyjności tychże przepisów [art.4a ustawy o planowaniu rodziny w pełnym zakresie – przyp. L. B.] Trybunał Konstytucyjny nie miał okazji jeszcze dokonać.” tenże, *Ochrona prawna początku życia człowieka w rozwiązaniach międzynarodowych i konstytucyjnych w Europie*, Przegląd Sejmowy 3/2007, s. 42-43. Odmiennie E. Zielińska, *Konstytucyjna ochrona prawa do życia od momentu poczęcia (uwagi krytyczne do projektu zmiany art. 38 Konstytucji)*, PiP 2007, z. 3, s. 3-8.

²⁸ Orzeczenie pełnego składu TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK ZU 1997, nr 2, poz. 19.

widywany czas jego trwania, ani ze względu na jakiegokolwiek inne kryteria". Ustalenia te nie powinny dziwić, gdyż standard konstytucyjny został określony ugodą polityko-prawną z przełomu 1996 i 1997 r. Sens kompromisu konstytucyjnego w kwestii „konstytucyjnej koncepcji człowieka”, zawartego m.in. wskutek działań Tadeusza Mazowieckiego i presji tzw. strony społecznej przed referendum, precyzyjnie oddają słowa Marka Borowskiego w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, że „płód jest oczywiście człowiekiem” a „Konstytucja RP zawiera podstawy do wyciągnięcia tego wniosku”²⁹. Tekstowym wyrazem kompromisu konstytucyjnego jest treść Preambuły do Konstytucji, w szczególności wyrażone w niej ontologiczne rozstrzygnięcie³⁰. W nauce i orzecznictwie nie ma wątpliwości, że preambuła ma istotne znaczenie normatywne wyrażające się co najmniej w obowiązku wykładni części artykułowej aktu normatywnego w zgodzie z celami i wartościami w niej wyrażonymi³¹.

Czy jednak z gwarancji ochrony godności ludzkiej wyrażonej w art. 30 Konstytucji RP – interpretowanej w świetle Preambuły – można wywieść normę zakazującą wspomaganey prokreacji? Czy znane publicznie fakty nadużyć i manipulacji embrionami w ramach procedur *in vitro* oraz ryzyko tych procedur dla zdrowia i życia kobiety oraz embrionu, dają wystarczające oparcie tezie o niemożności ich pogodzenia z godnością człowieka?

Zgodzić się można z Magdaleną Środą, że godność człowieka jest wartością chrześcijańską o walorze uniwersalnym i odgrywa szczególną rolę w kulturze polskiej³² oraz obserwacją Leszka Garlickiego, iż: „centralnym punktem odniesie-

²⁹ Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego t. XLV, debata dnia 13 marca 1997 r., s. 45-46.

³⁰ Preambuła, której autorami są Stefan Wilkanowicz i Tadeusz Mazowiecki, odwołuje się nieprzypadkowo do ontologii tomistycznej, definiuje Boga przez wskazanie wartości, z którymi w tradycji tomistycznej jest on utożsamiany, a nadto zobowiązuje wszystkich do przestrzegania „tych uniwersalnych wartości”, choćby wywodzili je z innych źródeł. Sens tego rozstrzygnięcia polega, jak to ujmowano w dyskusji w Komisji Konstytucyjnej, na normatywizacji określonej koncepcji człowieka. Zob. wypowiedzi: T. Mazowieckiego, A. Andrzejewskiego, I. Lipowicz, J. Cierniewskiego, M. Borowskiego w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w dniu 6 i 27 listopada 1996 r., w szczególności polemikę Tadeusza Mazowieckiego z Markiem Borowskim, który początkowo ostro przeciwstawił się „tej koncepcji człowieka”, [w:] Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, t. XL, s. 167 i Biul. KKZN t. XLI, s. 119; na temat tego kompromisu zob. też A. Smolar, *Wojna światów*, GW z dnia 30 maja 1997 r. Wyrazem zawarcia kompromisu była też zgoda na włączenie do Preambuły początkowo odrzuconego a eksponowanego w obywatelskim projekcie konstytucji odniesienia do „chrześcijańskiego dziedzictwa Narodu”.

³¹ Zob. np. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 253; S. Rozmarzyn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1961, s. 63; S. Wronkowska, *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007, s. 181.

³² M. Środa wskazuje, że godność człowieka jest wartością chrześcijańską i uniwersalną jednocześnie. M. Środka, *Idea godności w kulturze i etyce*, Warszawa 1993, s. 5. Wydaje się jednak, że z punktu

nia dla rozważań o konstytucyjnym pojęciu godności staje się ujmowanie tego pojęcia w chrześcijańskiej (katolickiej) nauce społecznej (...) Pojęcie to nie jest aksjologicznie indyferentne, bo nieprzypadkowo Wstęp do Konstytucji statuuje je na tle «chrześcijańskiego dziedzictwa Narodu i ogólnoludzkich wartości»³³. Nie wolno też lekceważyć faktu, że na gruncie obowiązującej Konstytucji RP zasada ochrony godności ludzkiej jest normą prawną wyrażającą samodzielne treści normatywne³⁴ a nawet prawem podmiotowym chronionym w trybie skargi konstytucyjnej³⁵, a wątpliwości co do normatywnego jej charakteru zostały rozstrzygnięte jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r.³⁶

Wydaje się jednak, że mimo szczególnego statusu normy chroniącej godność człowieka w systemie praw i wolności jednostki – źródło wszystkich wolności i praw człowieka; wartość przyrodzona, niezbywalna i nienaruszalna – uzasadnione jest dążenie do harmonizacji jej wykładni z innymi zasadami konstytucyjnymi. Uzasadnione jest też unikanie pokusy nadinterpretacji tej normy w świetle ustaleń etycznych. Z nakazu ochrony godności osobowej człowieka, o której mowa w art. 30 Konstytucji RP nie można bez dodatkowych założeń wnioskować o samej dopuszczalności wspomaganey prokreacji. Na płaszczyźnie konstytucyjnej nie można generalnie ocenić, że wszelkie procedury wspomaganey prokreacji w równym stopniu zagrażają lub naruszają godność ludzką. Poczęcie istoty ludzkiej w warunkach nienaturalnych lub szkodliwych dla zdrowia nie uzasadnia przecież *per se* wniosku o niedopuszczalnej instrumentalizacji lub przedmiotowym trakto-

widzenia prawa bardziej uzasadnione byłoby stanowisko, że idea godności człowieka została ukształtowana w kulturze europejskiej pozostającej pod wpływem chrześcijaństwa. Zob. też *Zagadnienie godności człowieka*, red. J. Czerkawski, Lublin 1994.

³³ L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, komentarz do art. 30, s. 7.

³⁴ Por. wyroki TK, w których za samodzielną podstawę rozstrzygnięcia przyjęto art. 30 Konstytucji: wyrok z 30 września 2008 r., K 44/07; wyrok z 16 lipca 2007 r., sygn. SK 61/06, OTK ZU 2007, nr 7, poz. 77; wyrok z 7 marca 2007 r., K 28/05, OTK ZU nr 3/2007, poz. 24; z 25 lutego 2002, sygn. akt SK 29/01, OTK ZU 2002, nr 1, poz. 5; wyrok TK z 4 kwietnia 2001 r., K 11/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 54, a także wyrok z 9 października 2001 r., SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211. Por. też M. Safjan, *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań ochrony dóbr osobistych*, KPP 1/2002, s. 226-227 i 243-245; P. Tuleja, *Stosowanie konstytucji w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 117-127; J. Bucińska, *Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego*, Prawo, Administracja, Kościół 2001, nr 2/3, s. 31 i n.; K. Complak, *Uwagi o godności człowieka oraz jej ochrona w świetle nowej konstytucji*, Przegląd Sejmowy 1998, nr 5, s. 41 i n.; J. Zajadło, *Godność i prawa człowieka (Ideowe i normatywne źródła przepisu art. 30 Konstytucji)*, Gdańskie Studia Prawnicze, t. III, s. 53-63.

³⁵ Art. 233 ust. 1 Konstytucji RP *expressis verbis* mówi o „godności człowieka” jako prawie, które nie podlega ograniczeniom nawet w warunkach formalnie ogłoszonego stanu wojennego. Por. przytoczone w przypisie poprzednim wyroki TK i wypowiedzi doktryny.

³⁶ Por. np. uchwała TK z 17 marca 1993 r., W 16/92, OTK w 1993 r. cz. I, poz. 16.

waniu³⁷. Dlatego wychodzić należy z założenia, że ocenę naruszenia normy chroniącej godność można sformułować dopiero na tle całokształtu faktycznych i instytucjonalnych uwarunkowań związanych z regulacją i stosowaniem konkretnych procedur wspomagannej prokreacji. Ważną rolę do odegrania w kwalifikacji dopuszczalnych procedur i precyzowaniu konturów chronionych prawnie interesów w ramach tych procedur powinien odegrać ustawodawca zwykły.

Z tych samych powodów nie przekonuje wykładnia, zgodnie z którą zakaz zapłodnienia pozaustrojowego wynika z konstytucyjnej zasady dobra dziecka. Zasada dobra dziecka ma wprawdzie w świetle ustaleń orzecznictwa sądowego, konstytucyjnego i nauki prawa kluczowe znaczenie dla kształtu relacji rodzinnych, filiacyjnych czy choćby dookreślania treści prawa osobistego do poznania własnej tożsamości biologicznej, to jednak uznać należy, że dobro dziecka nie jest bezpośrednio dotknięte samym faktem poczęcia pozaustrojowego³⁸. Konstytucyjny nakaz ochrony dobra dziecka i jego praw powinien natomiast znajdować odzwierciedlenie w regulacjach wspomagannej prokreacji. Nie sięga on jednak tak daleko, aby bezpośrednio rzutować na samą zasadę dopuszczalności wspomagannej prokreacji.

Konsekwentnie uznać należy, że także konstytucyjny nakaz ochrony małżeństwa i rodziny wyrażony w art. 18 Konstytucji nie rzutuje na zasadę dopuszczalności wspomagannej prokreacji. Nakaz ten sam w sobie, nawet gdyby wykazał,

³⁷ Na temat operacjonalizacji zasady ochrony godności ludzkiej w postaci zakazu instrumentalizacji lub uprzedmiotowienia zob. np. wyrok TK z 30 września 2008 r., K 44/07 i wyrok TK z 15 października 2002 r., SK 6/02, w którym stwierdzono: „Na tle art. 30 Konstytucji sytuacja, w której człowiek stawałby się wyłącznie przedmiotem działań podejmowanych przez władzę, byłby «zastępowalną wielkością», a jego rola sprowadzałaby się do czysto instrumentalnej postaci lub zarzut «ustawowego odpodmiotowienia-urzeczwienia» [byłby uzasadniony – przyp. L.B.] – mogą być uznane co do zasady za naruszenie godności.”

³⁸ Na temat gwarancji dobra dziecka zob. wyrok TK z 16 lipca 2007 r., sygn. SK 61/06;; wyrok TK z 17 kwietnia 2007, SK 20/05, OTK ZU nr 4/2007, poz. 38; wyrok TK z 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK ZU nr 4/2003, poz. 32; wyrok z 12 listopada 2002 r., SK 40/01, OTK ZU nr 6/2002, poz. 81; por. też M. Safjan, *Prawne problemy relacji filiacyjnych oraz dostępu do informacji o dawcy lub dawczyni komórek rozrodczych*, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2000, s. 320-324; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 284-299; tenże, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 142-143; tenże, *Le droit de l'enfant a l'identite biologique au regard du problème de la protection de l'anonymat du donneur de semence en cas d'insemination artificielle heterologique*, [w:] *Proceedings of Word Congress on Medical Law, Vol. II*, Gent 1991, s. 741-751; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2005, s. 269; M. Działyńska, *Pochodzenie dziecka od rodziców*, w: *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 135-147; T. Smyczyński, *System prawa prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, red. T. Smyczyński, Warszawa 2003, s. 5; L. Stecki, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego*, PiP 1990 r., nr 10, s. 64-74; B. Walaszek, *Inseminatio artificialis a przepisy kodeksu rodzinnego*, Palestra 1960, nr 5, s. 28-42; tenże, *O niektórych aspektach prawnych inseminatio artificialis*, RPEiS 1969, z. 1, s. 55-76).

że zapłodnienie pozaustrojowe może mieć wpływ na małżeństwo lub rodzinę, nie może uzasadniać wyłączenia swobody legislacyjnej w zakresie legalizacji wspomaganej prokreacji. Art. 18 Konstytucji RP wyraża natomiast samodzielne konstytucyjne kryterium różnicowania interesów chronionych³⁹. Odróżnia on małżeństwo i rodzinę od innych chronionych przez art. 58 Konstytucji zrzeszeń i związków i jako taki może być brany pod uwagę przy regulacji zasad wspomaganej prokreacji. Skoro bowiem rzutuje on np. na instytucję adopcji, to trudno uzasadniać, dlaczego nie miałyby znajdować zastosowania do konstruowanej instytucji wspomaganej prokreacji, np. ustalania przesłanek przedmiotowych i podmiotowych tzw. „przysposobienia prenatalnego”.

Dochodząc do wniosku, że Konstytucja RP nie rozstrzyga negatywnie kwestii uregulowania zapłodnienia pozaustrojowego, należy postawić dalsze pytania o zakres autonomii legislacyjnej. W szczególności postawić należy pytanie, czy interes w uzyskaniu spokrewnionego lub niespokrewnionego dziecka w drodze zapłodnienia pozaustrojowego powinien być respektowany ze względu na konstytucyjny nakaz ochrony rodziny i rodzicielstwa (art. 18 Konstytucji)? Nie podejmując szerzej tej kwestii, należy stwierdzić, że z formalnego punktu widzenia ochrona relacji macierzyństwa, ojcostwa i rodziny dotyczy aktualnie istniejących stosunków społecznych, doniosłych prawnie. Nie wydaje się, aby art. 18 w zw. z art. 47 Konstytucji RP mógł bezpośrednio przesądzać o uprawnieniach związanych z konkretnymi procedurami wspomaganej prokreacji. Normy te nie chronią ekspektatyw stosunku rodzinnoprawnego, a ochrona wynikająca z tych norm ma z zasady charakter instytucjonalny. Instytucjonalna ochrona jest podporządkowana zawsze dobru dziecka.

Wydaje się również, że autonomii legislacyjnej nie ogranicza również istotnie interes, który można by przyporządkować do sfery chronionej prywatności (art. 47 Konstytucji). Prawo do prywatności obejmuje oczywiście interes w ochronie prywatnych aktów seksualnych jednostek pełnoletnich, o ile nie zachodzą okoliczności szczególne (np. przebywanie zainteresowanego w zakładzie karnym). Czy jednak wynika z niego roszczenie o prawne zagwarantowanie udziału w tym akcie osób działających urzędowo (np. lekarza) oraz wykonywanie władztwa nad odrębną istotą ludzką? Czy fakt, że procedury zapłodnienia pozaustrojowego angażują poza lekarzem interesy co najmniej trzech osób: rodziców genetycznych i dziecka, pozwala przyporządkować te interesy i relacje do sfery chronionej autonomii jednej osoby? Nie można sensownie zakładać, że wszelkie techniki służące uzyskaniu dziecka objęte są sferą prywatności starającego się o to dziecko. Z jed-

³⁹ Np. wyrok TK z 16 lipca 2007 r., sygn. SK 61/06.

nej bowiem strony trudno zakładać, że np. procedura klonowania mieści się w sferze prywatności a jedynie ze względu na zakazy karne, których w Polsce aktualnie brak, może nie być przedmiotem roszczenia. Z drugiej strony gdyby wykazać, iż niektóre procedury wspomaganey prokreacji nie mają charakteru lekarskiego i nie wiążą się bezpośrednio z działaniami dotyczącymi interesów *nasciturusa*, to można byłoby konsekwentnie uznać, że mogą być chronione przez prawo do prywatności, np. inseminacja. Wydaje się więc, że to właśnie ustawa powinna precyzyjnie określić kontury prawnie chronionych interesów w odniesieniu do określonych procedur wspomaganey prokreacji, uwzględniając w szczególności także inne zasady i wartości konstytucyjne.

Podobnie należy oceniać wpływ prawa do ochrony zdrowia na autonomię legislacyjną. Pomijając problem finansowania ze środków publicznych procedur medycznych, należy stwierdzić, że w świetle orzecznictwa konstytucyjnego widać wyraźnie, że ostatecznie to ustawodawca jest zobowiązany i odpowiedzialny za uznawanie i gwarantowanie w Polsce określonych procedur medycznych. Jak stwierdza Trybunał Konstytucyjny: „Treść art. 68 ust. 1 i 2 Konstytucji nie daje podstaw do konstruowania jakiejś materialnej definicji pojęcia „ochrona zdrowia”. W szczególności nie jest więc możliwe na gruncie Konstytucji precyzyjne dookreślenie rodzajów bądź kategorii świadczeń mieszczących się w zakresie prawa gwarantowanego przez art. 68.”⁴⁰. Ponadto, cel leczniczy pozaustrojowego tworzenia embrionu nie wynika „z natury rzeczy” lub niewiążących rekomendacji WHO, lecz z decyzji legislacyjnej państwa. Marian Filar trafnie bowiem wskazuje, że: „definicja zdrowia przyjęta przez WHO, czyli „stan całkowitego fizycznego, psychicznego oraz socjalnego dobrego samopoczucia (*well being*), a nie jedynie brak choroby lub ułomności”, jest z punktu widzenia potrzeb prawa całkowicie nieprzydatna. Z jednej bowiem strony rozszerza pojęcie zdrowia na rejony niemierzalne w zobiektywizowany sposób ani w oparciu o kryteria biologiczne, ani tym bardziej prawne (psychiczny oraz socjalny), z drugiej zaś odwołuje się do kryterium skrajnie subiektywistycznego (dobre samopoczucie), co uniemożliwia wykorzystanie go jako elementu porządkującego i obiektywizującego dychotomiczną tu z konieczności kategoryzację „zdrowie-choroba”. Wynikałoby z niego bowiem, iż chorym byłby ten, kto w aspekcie psychicznym lub socjalnym czułby się źle, zaś zdrowym, kto w powyższym kontekście czułby się dobrze.”⁴¹ Oznacza to, że pro-

⁴⁰ Zob. wyrok pełnego składu TK z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK ZU 2004, nr 1, poz. 1. Trybunał zaznacza jednak wyraźnie, że: „prawo do ochrony zdrowia, to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone.” „Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka”.

⁴¹ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 139-140.

jektowane regulacje wspomagannej prokreacji powinny wskazywać pod jakimi warunkami określone procedury wspomagannej prokreacji w polskim systemie prawnym będą kwalifikowane jako procedury lecznicze. Z punktu widzenia prawa nie jest na pewno uzasadnione twierdzenie, że skoro leczenie określonych objawów jest możliwe dzięki tworzeniu embrionu *in vitro*, to automatycznie wynika z tego roszczenie o tworzenie embrionu.

Podsumowując przeprowadzone rozważania o zakresie autonomii legislacyjnej, należy stwierdzić, że regulacje wspomagannej prokreacji powinny przede wszystkim nie naruszać gwarancji konstytucyjnych człowieczeństwa *nasciturusa* (negatywny aspekt bezpośredniego stosowania Konstytucji RP, o którym mowa w jej art. 8). Oznacza to, że niedopuszczalna byłaby zasadnicza legalizacja umyślnego lub nieostrożnego niszczenia embrionów i selekcji eugenicznej. Zakaz selekcji eugenicznej wywodzić należy nie tylko z zakazu uprzedmiotowienia, czyli art. 30 Konstytucji RP i zasady ochrony życia ludzkiego – art. 38 Konstytucji RP, lecz także art. 3 ust. 2 Karty Praw Podstawowych, która generalnie zakazuje praktyk eugenicznych, „w szczególności tych mających na celu selekcję osób”. Wyjaśnić w tym miejscu należy, że zakaz praktyk eugenicznych, o którym mowa w art. 3 ust. 2 Karty Praw Podstawowych znajduje zastosowanie w zakresie, w jakim prawo wspólnotowe reguluje określone zagadnienia, w tym wspomaganą prokreację⁴². Nie wydaje się w konsekwencji dopuszczalne w świetle art. 30 i 38 Konstytucji RP legalizowanie praktyk pozyskiwania komórek macierzystych z embrionów, czy innych technik umożliwiających przemysłową eksploatację istoty ludzkiej. Wydaje się, że niedopuszczalne konstytucyjnie byłyby też praktyki polegające na tworzeniu zbędnych do transferu embrionów ludzkich i ich planowym konserwowaniu. Jak trafnie podkreśla Mirosław Nesterowicz: „na ogół wszędzie przyjmuje się 5-letni okres do wykorzystania embrionu. Potem powinny zostać zniszczone. Nieznane jest bowiem ryzyko dla przyszłego dziecka wieloletniego stanu «zamrożenia» embrionu”⁴³. W świetle dowodów dostarczonych przez państwa, które zezwoliły na ten wariant procedury zapłodnienia pozaustrojowego jest jasne, że procedura ta stwarza dodatkowe istotne ryzyko dla życia ludzkiego. Pomijając więc zarzuty najcięższe, że procedura ta zakłada instrumentalne traktowanie istoty ludzkiej, lub że narusza istotę chronionego konstytucyjnie prawa do życia umożliwiając jego unicestwienie (art. 31 ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 38), zachodzi nadto obawa, że procedura ta jest nieproporcjonalna, bo w ogóle nie służy żadnej z

⁴² Rozstrzyga o tym art. 51 Karty Praw Podstawowych. Nieporozumieniem jest więc wymaganie, aby art. 3 ust. 2 Karty stanowił podstawę oceny przepisów o przerywaniu ciąży.

⁴³ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 228.

wartości określonych enumeratywnie w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, względnie że jest niekonieczna z punktu widzenia tych wartości (brak rzeczywistej i bezpośredniej kolizji)⁴⁴, względnie jest nieproporcjonalna *sensu stricto* (nierównowaga dóbr)⁴⁵. Szczegółowa analiza tego zagadnienia przekracza ramy opracowania.

Ponadto, regulacje dotyczące wspomaganej prokreacji powinny tworzyć konieczne instrumentarium instytucjonalne zapewniające skuteczność ochrony konstytucyjnej (pozytywny aspekt bezpośredniego stosowania Konstytucji RP). Przede wszystkim chodziłoby o ustanowienie tzw. norm sankcjonujących, które zapewniałyby wymaganą skuteczność normom konstytucyjnym. Jest jasne, że obowiązek ten nie wyczerpuje się tylko w regulacjach prawno-karnych, lecz także cywilno(rodzinno)prawnych oraz administracyjnych (np. regulacje koncesyjne). Aktualny poziom regulacji wspomaganej prokreacji z tego punktu widzenia ocenić należy jako naruszenie Konstytucji RP.

Z uwagi na ograniczone ramy artykułu tylko zasygnalizować można problem koherencji tworzonych regulacji z istniejącymi mechanizmami instytucjonalnymi i regulacjami ustawowymi. Ustawodawca nie powinien zapominać o dostosowaniu projektowanych regulacji do aktów normatywnych usytuowanych na tym samym poziomie hierarchii normatywnej. Tworząc regulacje wspomaganej prokreacji należy przede wszystkim określić precyzyjnie status rodzinny czy spadkowy embrionu *in vitro*, a nadto skorelować te regulacje z ustawą o zawodzie lekarza i lekarza dentysty przynajmniej w zakresie eksperymentu medycznego. Ustawodawca może teoretycznie zaniechać uregulowania tych istotnych zagadnień, ale jest jasne, że brak regulacji nie będzie ani równoznaczny z próżnią praw-

⁴⁴ M. Grzymkowska, *Czy prawo polskie chroni embriony in vitro? Regulacja polska w świetle standardów europejskich*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” z 2006, nr 3, s. 112.

⁴⁵ Techniki zapłodnienia pozaustrojowego, które bazują na tworzeniu tzw. embrionów nadliczbowych następnie unicestwianych albo zamrażanych są uznawane za niedopuszczalne. Zob. np. T. Smoczyński, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, s. 219; T. Smoczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganej prokreacji ludzkiej*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań 2005; M. Safjan, *Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego*, „Studia Prawnicze” 1988, z. 3, s. 128; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 396, 409; Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, NP 1990, nr 10-12, s. 116; J. Haberko, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie preimplantacyjnej*, „Przegląd Sądowy” z 2008, z. 10, s. 17-31; J. Haberko, *Sumienie medycyny i litera prawa w obronie ludzkiego życia i zdrowia*, [w:] *Lege Artis – Problemy Prawa Medycznego*, red. J. Haberko, R. Kocylowski, B. Pawelczyk, Poznań 2008, s. 32; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 63-105, 238-243, 271-272 i 319-384. Odmienne M. Boratyńska, *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 2, s. 81, i jak się wydaje, M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 231.

ną, ani z poprawnym działaniem legislacyjnym. Brak tych regulacji nie będzie bowiem ułatwiał procesu stosowania prawa.

4. Wnioski

Podsumowując całość rozważań, należy przede wszystkim stwierdzić, że nie istnieje jeden „racjonalny” wzorzec regulacji technik wspomaganej prokreacji. Widać wyraźnie, że systemy prawne – nawet zaliczające się do europejskiego kręgu kulturowego – różnią się zasadniczo i są determinowane przede wszystkim ich tradycjami prawnymi oraz regulacjami konstytucyjnymi. Oznacza to, że regulacje wspomaganej prokreacji powinny się orientować raczej na standardy konstytucyjne, niż praktykę wybranych przypadkowo państw. Trybunał Konstytucyjny przypomniał w wyroku z 30 września 2008 r., K 44/07 – w ślad za Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym RFN – że rozstrzygnięcia legislacyjne odpowiadające na zasadnicze pytania, np. o wartość życia ludzkiego, powinny znajdować potwierdzenie przede wszystkim w aksjologii polskiego systemu konstytucyjnego⁴⁶. Ustalenia TK korespondują z ustaleniami Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który przyjmuje w ustalonej linii orzecznictwa, że w sprawach „wrażliwych etycznie”, np. wspomaganej prokreacji, wspomaganego samobójstwa czy innych, to same państwa członkowskie Rady Europy muszą rozstrzygać konflikty interesów jednostkowych i wyważać je z interesami publicznymi⁴⁷.

Z analizy porównawczej wynika jednak, że techniki wspomaganej prokreacji nie są przedmiotem wyraźnych zakazów prawnych w państwach europejskich, z wyjątkiem *cloningu* i częściowo macierzyństwa zastępczego. Wyraźna jest natomiast tendencja do reglamentacji. Nie ulega wątpliwości, że tendencja ta wskutek wejścia w życie wiążących państwa członkowskie Unii Europejskiej dyrektyw zyska na sile. Charakterystyczne jest jednak to, że żadne państwo członkowskie Unii Europejskiej nie reguluje zapłodnienia pozaustrojowego w ustawie

⁴⁶ Trybunał Konstytucyjny stwierdził naruszenie gwarancji ochrony godności człowieka i życia ludzkiego przez normę upoważniającą do zestrzelenia porwanego samolotu pasażerskiego z niewinnymi osobami na pokładzie, mimo że mógłby zostać użyty do ataku terrorystycznego. TK uzasadniając odmienną polską perspektywę od amerykańskiej stwierdził, że: „Nie powinno to dziwić, o ile rozumiemy prawo nie tylko jako zbiór ustanowionych zgodnie z formalnie określoną procedurą przepisów, ale jako zespół aksjologicznie i celowościowo powiązanych norm, stanowiący wytwór kulturowy, zakorzeniony w doświadczeniach historycznych wspólnoty i budowany w oparciu o wspólny dla danego kręgu podmiotów system wartości.” Na temat odmienności kontynentalnego i anglosaskiego modelu ochrony praw podstawowych zob. np. E. J. Eberle, *Dignity and Liberty. Constitutional visions in Germany and the United States*, Westport-London 2002.

⁴⁷ Por. np. wyrok z 10.04.2007 r. *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga 6339/05, wyrok w sprawie *Pretty v. the United Kingdom*, skarga 2346/02, wyrok w sprawie *Odièvre v. France*, skarga nr 42326/98.

transplantacyjnej. Nawet w Wielkiej Brytanii, która redukuje ochronę embrionów ludzkich do minimum, uwzględnia się różnice pomiędzy narządami do przeszczepu a embrionami ludzkimi *in vitro*.

Regulacja procedur wspomaganey prokreacji w Europie wynika z obserwacji, że procedury te w przeciwieństwie do typowych procedur lekarskich, choćby nieterapeutycznych, dotyczą nie tylko interesu jednej osoby, lecz co najmniej interesu 3 osób, tj. pary dawców gamet oraz rodzącego się z tych gamet dziecka. Jak zauważa Europejski Trybunał Praw Człowieka w sygnalizowanej sprawie *Evans* w rachubę wchodzi też ważne interesy publiczne, które powinny znajdować odzwierciedlenie w regulacjach prawnych (pewność prawa uzasadnia ustanawianie jednoznacznych terminów warunkujących wykonywanie określonych praw – np. kryteriów wiekowych; uznany prawnie model rodziny rzutuje na regulacje filiacyjne, etc.). Jest jasne, że nawet silna preferencja dla wolności indywidualnej nie oznacza, że ustawodawca może nie brać pod uwagę innych wartości chronionych prawnie, jak choćby dobra dziecka czy interesu w ochronie zdrowia publicznego, który, jak to wskazuje europejskie prawo wspólnotowe, determinuje np. ograniczenia nieodpłatnych dyspozycji komórkami rozrodczymi.

Obserwacje prawnoporównawcze wskazują ponadto, że są dwa podstawowe kryteria ustalania warunków wspomaganey prokreacji: przedmiotowe i podmiotowe. Podstawowe kryterium przedmiotowe wyznacza stosunek systemów prawnych do życia ludzkiego w fazie prenatalnej. Nieprzypadkowo bowiem niemiecka ustawa legalizująca zabiegi zapłodnienia pozaustrojowego ma tytuł: o ochronie embrionów. Nieprzypadkowo też całkowite zakazy zapłodnienia pozaustrojowego w kantonach szwajcarskich motywowano głównie ochroną embrionów przed ryzykami związanymi z egzystencją *ex utero*, choć oczywiście także ryzykiem zabiegów stymulacji hormonalnej dla kobiet. Podstawowe kryterium podmiotowe wyznacza uznawany model rodziny, a bardziej precyzyjnie wyrażając tę myśl: założenie z pewnością nie arbitralne, że dobro dziecka pełniej realizuje się w trwałym związku, choćby ze względu na większe szanse skutecznego wykonywania prawa do alimentacji. Jest charakterystyczne, że nawet państwa skandynawskie rezerwują dostęp do procedur małżeństwom i konkubinatom⁴⁸.

Uwzględniając przeprowadzone analizy, ale także niepozbawione dla analizowanej kwestii znaczenia zasady współżycia społecznego aprobowane w Polsce, wolno uznać, że model regulacyjny wspomaganey prokreacji powinien nawiązywać do konstrukcji niemiecko-włosko-szwajcarskich. Gwarancje konstytucyjne

⁴⁸ Znaczenie warunków podmiotowych eksponuje M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 231.

wyznaczają miejsce regulacjom wspomaganey prokreacji, określając przede wszystkim wymagany poziom ochrony embrionu ludzkiego. Jak wiadomo poziom tej ochrony w Polsce jest raczej wyższy niż w Szwajcarii czy Republice Federalnej Niemiec. Problem ochrony genomu ludzkiego jest dodatkowo rozstrzygnięty w sposób kategoryczny przez Konwencję o Biomedycynie. W tej perspektywie widać, że projekt *Ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw*, prawidłowo z punktu widzenia konstytucyjnego stawia akcenty.

Zaakceptować wolno podstawowe rozwiązania wskazanego projektu, w tym zakaz niszczenia embrionów oraz inne regulacje minimalizujące przejawy niedopuszczalnej instrumentalizacji kobiet oraz embrionów na czele z zakazem macierzyństwa zastępczego, rozporządzania embrionami, tworzenia embrionów nadliczbowych i ich planowego konserwowania. Ponadto docenić trzeba regulację uniemożliwiającą kwalifikowanie przyrodzonego wyposażenia genetycznego za szkodę prawnie relewantną. Z punktu widzenia określonej konstytucyjnie koncepcji godności ludzkiej i nakazu jej ochrony, nie jest możliwe zaakceptowanie wartościowania prawnego istnienia⁴⁹. Konstytucyjna zasada ochrony przyrodzonej, niezbywalnej i nienaruszalnej godności ludzkiej – trafnie przywołana w pre-

⁴⁹ Por. przedstawione wyżej regulacje francuskie. Już zresztą na gruncie obowiązującego prawa klauzule umowne zakładające unicestwienie „istot ludzkich niewartych życia” są uznawane za niedopuszczalne, co w sferze prawa cywilnego skutkuje nieważnością umów zobowiązujących jako sprzecznych ustawą (w tym miejscu art. 38 Konstytucji mógłby znaleźć bezpośrednie zastosowanie) albo z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ k.c., art. 58 k.c.). Kwestionuje się także deliktową podstawę tych roszczeń. Por. np. *Wnioski ze spotkania z ekspertami holenderskimi na temat wybranych zagadnień ochrony dóbr osobistych oraz odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej, które odbyło się w ramach Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w dniach 24-25 listopada 2005 r. w Warszawie wraz z wnioskami de lege ferenda*, (oprac. M. Mataczyński), [w:] *Zielona Księga optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006, s. 243-253; A. Szpunar, *Odpowiedzialność cywilna. Komentarz w formie glos*, Warszawa 2000, s. 298-304; M. Safjan, *Odpowiedzialność za wadliwą diagnozę prenatalną w świetle orzecznictwa USA*, PiP 1985, z. 10, s. 106-107; tenże, *Kodeks cywilny...*, s. 1304; tenże, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. Lang, Toruń 2000, s. 408; A. Górski, *Roszczenia związane z uniemożliwieniem legalnego przerwania ciąży w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, PS 5/2007, s. 25-33; S. Rudnicki, *Glosa do wyroku SN z dnia 21 listopada 2003 r.*, V CK 167/03, MoP 2004, nr 10, s. 476; R. Trzaskowski, *Opinia na temat cywilnoprawnych konsekwencji zmiany Konstytucji RP proponowanej w projekcie zawartym w druku sejmowym 993*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, red. M. Bajor-Stachańczyk, M. Królikowski, W. Odrowąż-Sypniewski, Warszawa 2007, s. 45-47; M. Wild, *Roszczenia z tytułu wrongful birth w prawie polskim (Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r.*, V CK 16/03), PS 2005, nr 1, s. 49 i n.; G. Jędrejek, *Czy można wyróżnić dobro osobiste w postaci wolności do dokonania aborcji?* [w:] *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie*, Lublin 2005, s. 560 i n. Odmienne T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003; M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za szkody związane z urodzeniem upośledzonego dziecka*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 13, s. 36 i n.

ambule projektu, wyklucza wszelkie formy przedmiotowego traktowania człowieka, w tym jego niedopuszczalną reifikację lub depersonifikację⁵⁰.

Odnosnie do warunków podmiotowych zaproponowanych w projekcie, należy stwierdzić, że prawidłowo zostały one usytuowane na drugim planie. Problem wieku kobiety jest problemem szczegółowym, którego rozstrzygnięcie zależy od dyskrecjonalnej decyzji parlamentu. Konstytucja samodzielnie nie przesądza, iż wiek ten należy określić na lat 42, 39 lub 45. Ustawodawca powinien podjąć decyzję w tej kwestii, aby uniknąć odsyłania w tym zakresie do deontologii lekarskiej. Jasne jest bowiem, że granica musi zostać określona. Przyjmując za punkt odniesienia instytucję przysposobienia, uznać wolno, że elastyczny mechanizm zaproponowany we wskazanym projekcie jest do przyjęcia. Nie wykluczałbym jednak w żadnym razie wyraźnego wskazania określonego wieku bez dodatkowych mechanizmów pozwalających na jego modyfikowanie. Podobnie należy oceniać warunek określonego stanu cywilnego osób rozpoczynających procedurę. Mając na uwadze obserwacje prawnoporównawcze, z których wynika, że instytucja wspomaganey prokreacji jest z reguły rezerwowana dla związku mężczyzny i kobiety, które art. 18 Konstytucji nieprzypadkowo nazywa małżeństwem, wolno uznać, że rozwiązanie to np. z punktu widzenia praw samotnych kobiet idzie dalej niż rozwiązanie francuskie, ponieważ zapewnia możliwość przysposobienia embrionów⁵¹. Rozwiązanie to koreluje z literą i praktyką stosowania instytucji przysposobienia.

Dyskusyjny wydaje się natomiast art. 16 ust. 2 projektu, będący, jak się wydaje, implantem z prawa włoskiego. Przepis zamykający dostęp do procedur osobom obciążonym chorobami dziedzicznymi, które z wysokim prawdopodobieństwem mogą być przeniesione na potomstwo może naruszać wywodzony z art. 30 Konstytucji RP zakaz praktyk eugenicznych. Przepis ten zdaje się wprawdzie korespondować z niekwestionowaną w europejskiej kulturze prawnej przeszkodą małżeńską stanu zdrowia, który może zagrażać zdrowiu przyszłego potomstwa, ale jego bliższa analiza wskazuje na istotne odmienności. Proponowałbym więc wykreślenie tego przepisu.

Pozytywnie wypada natomiast ocenić decyzję o pozostawieniu poza sferą normowania sztucznego zapłodnienia wewnątrzustrojowego, z wyjątkiem ryzy-

⁵⁰ Por. wyrok TK z 15 października 2002 r., sygn. SK 6/02; wyrok TK z 30 września 2008 r., sygn. K 44/07.

⁵¹ M. Nesterowicz formułując postulaty *de lege ferenda* opowiada się z jednej strony za dopuszczeniem konkubinatów, z drugiej strony, jak się wydaje, za całkowitym wyłączeniem samotnych kobiet. Autor podkreśla też, że przynajmniej jedna z gamet powinna pochodzić od jednego z dwóch członków pary małżeńskiej lub konkubentów, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 231.

kownej procedury GIFT. Procedury te nie wymagają udziału lekarza ani nie rodzą szczególnych zagrożeń dla dawców gamet i embrionów. Powściągliwość regulacyjna jest tu wskazana, choć trzeba przyznać, że regulacje francuskie w pełniejszy sposób chronią dobro dziecka gwarantując mu w każdym przypadku sztucznej prokreacji prawo do urodzenia w rodzinie pełnej. Podobnie należy ocenić decyzję o ograniczeniu reglamentacji obrotu gametami związaną z kryminalizacją handlu.

W konsekwencji projekt *Ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmienianie innych ustaw* można ocenić generalnie pozytywnie. Z formalnego punktu widzenia jest on z pewnością precyzyjny i dobrze zsynchronizowany z podstawowymi zasadami konstytucyjnymi. Z materialnego punktu widzenia projekt formułuje oczywiście ograniczenia niektórych procedur. Ograniczenia te mają jednak uzasadnienie prawne i społeczne a w niektórych przypadkach są po prostu wymogiem konstytucyjnym. Ograniczenia te są też stosowane w innych krajach europejskich. Co więcej, opinie, zgodnie z którymi projekt ten unicestwia wspomaganą prokreację są zdecydowanie przesadzone, bo przecież w Republice Federalnej Niemiec, Szwajcarii czy Włoszech nikt na serio takich opinii nie głosi⁵².

⁵² Recenzent niniejszego artykułu zgłosił taką właśnie uwagę pod adresem wskazanego projektu. Z oświadczeń publicznych osób wykonujących usługi wspomaganey prokreacji wynika jednak, że w Polsce w znakomitej większości przypadków to zdesperowani małżonkowie sięgają po osiągnięcia biotechnologii, aby przezwyciężyć biologiczne lub psychologiczne bariery utrudniające poczęcie spokrewnionego z nimi dziecka. Tylko niewielki procent to konkubenci. Na stronach internetowych klinik upublicznione są ponadto informacje (nie rozstrzygam czy prawdziwe), że przesłanką przystąpienia do procedur jest „wszechstronna diagnostyka małżonków” lub „wszechstronna diagnostyka pary”, a nawet wprost formułowane są wskazania, że procedury nie są dostępne dla osób samotnych, które nie mogą zapewnić wychowania dziecka w rodzinie.