

Rafał Łukasiewicz¹

Dawstwo zarodków a przysposobienie – zagadnienia wybrane

1. Wstęp

Wyrazem realizacji funkcji adaptacyjnej państwa jest między innymi nadążanie przez ustawodawcę za zmianami w rozwoju technologicznym czy medycznym. Techniki wspomaganie medycznie prokreacji od dawna stanowią przedmiot rozważań doktryny². Nie ulega wątpliwości, że tak istotny obszar działalności człowieka powinien znaleźć odzwierciedlenie w regulacji normatywnej. Po wielu latach debat politycznych i naukowych nastąpiło unormowanie prawne tzw. metody *in vitro* w ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności³. Już na wstępie należy zauważyć, że ustawodawca wprowadził swoiste rozróżnienie ochrony dziecka poczętego determinując jej zakres od tego czy zarodek znajduje się w macicy kobiety. Pełna ochrona została bowiem udzielona *nasciturusowi*, w przypadku, gdy poczęcie nastąpiło w organizmie kobiety, jak również w przypadkach, gdy dokonano implementacji zarodka *in vitro*. W przypadku natomiast, gdy zarodek nie został implementowany, nie udziela mu się ochrony przyznawanej dziecku poczętemu, ale nienarodzonemu⁴. Takie ujęcie pozwala na wprowadzenie do polskiego prawa instytucji

¹ Mgr, Uniwersytet Rzeszowski.

² W szczególności kluczowa jest problematyka statusu prawnego *nasciturusa*, a zwłaszcza zagadnienie zdolności prawnej. Por szerzej m.in.: J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 23-110; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 86-102; T. Smyczyński, *Pojęcie i status prawny dziecka poczętego*, „*Studia Prawnicze*” 1989/4, s. 3; T. Sokołowski, *Cywilnoprawna ochrona człowieka przed jego narodzeniem*, w: *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, S. Pikulski (red.), Olsztyn 2002, s. 106-115; B. Walaszek, *Nasciturus w prawie cywilnym*, „*Państwo i Prawo*” 1956/7, s. 121-126; Z. Czernik, J. Gajda, *Ochrona prawna dziecka poczętego In vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „*Nowe Prawo*” 1990/10-12, s. 104-118.

³ Ustawa z dnia 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. 2015, poz. 1087), dalej: u.l.n.

⁴ J. Haberko, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, „*Przegląd Sądowy*” 2008/10, s. 18, 28-29; Z. Czernik, J. Gajda, *Ochrona...*, s. 105., por.: M. Safjan, *Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego*, „*Studia Prawnicze*” 1988/3, s. 131.

dawstwa zarodka⁵. Konstrukcja ta występuje w szeregu ustawodawstw, choć można również wskazać na państwa, które wykluczają taką możliwość⁶.

Analizując istotę każdej instytucji prawnej, należy przede wszystkim uwzględnić jej cel. Wydaje się, że ustawodawca polski regulując problematykę dawstwa zarodków nie dostrzegł daleko idących podobieństw z instytucją przysposobienia⁷. W tym miejscu należy postawić tezę, że dawstwo zarodka powinno być traktowane jak specyficzna postać instytucji przysposobienia, co wynika z funkcjonalnego powiązania tych dwóch konstrukcji prawnych⁸. Głównym celem przysposobienia jest bowiem nie tylko znalezienie odpowiedniego środowiska rodzinnego dla dziecka, które zostało go pozbawione, ale również stworzenie stosunku prawnego, który łączy osoby ze sobą niespokrewnione – przysposabiających oraz przysposobionego. Podobny cel służy instytucji dawstwa zarodka. Jak trafnie zauważa J. Haberko, przyjęta w ustawie o leczeniu niepłodności konstrukcja dawstwa zarodka służy tylko i wyłącznie interesowi kobiety, która nie może zająć w ciążę lub jej donosić, bez uwzględnienia tych aspektów, które są istotne z punktu widzenia realizacji zasady dobra dziecka urodzonego w wyniku zastosowania wspomaganej medycznie prokreacji⁹. Stąd uzasadnione wydaje się dokonanie analizy komparatystycznej dwóch instytucji – dawstwa zarodka oraz przysposobienia. Pomimo, że pod względem funkcjonalnym są one do siebie bardzo zbliżone, ustawodawca konstruuje je w oparciu o zupełnie odmienne rozwiązania normatywne. O ile w przypadku przysposobienia za pierwszorzędne uwzględnia się dobro dziecka i jego ochronę, o tyle w odniesieniu do dawstwa zarodków prymarne znaczenie uzyskuje interes kobiety (pary).

Poniższa prezentacja obejmować będzie porównanie tradycyjnych elementów instytucji przysposobienia oraz odniesienie ich do norm ustawy o leczeniu niepłodności. W pierwszej

⁵ W niniejszej publikacji zamiennie będą używane terminy: dawstwo zarodka (język prawny) oraz dawstwo embrionów, adopcja zarodka, adopcja embrionu (język prawniczy).

⁶ Zgodnie z niemiecką ustawą z dnia 13.12.1990 r. o ochronie zarodka (*Embryonenschutzgesetz*, BGBl. I S. 2746) zamrażanie embrionów jest co do zasady zakazane. Wprowadzony jest również rygorystyczny limit co do liczby embrionów nadliczbowych. Możliwe jest bowiem stworzenie jedynie trzech zarodków, przy czym konieczne jest ich wykorzystanie w jednym cyklu. Prawo niemieckie nie dopuszcza także dawstwa zarodków (adopcja embrionów). Szerzej: J. Ostojka, O problemie podmiotowości prawnej embrionu in vitro, „Prawo i Medycyna” 2012/1, s. 88; A. Krasnowolski, A. Semenowicz, Analiza przepisów prawnych dotyczących zapłodnienia pozaustrojowego obowiązujących w wybranych państwach, Warszawa 2009, s. 23.

⁷ Na ten temat już: J. Haberko, Zagrożenia dla instytucji przysposobienia wobec projektowanych rozwiązań legislacyjnych w zakresie leczenia niepłodności, „Forum Prawnicze” 2014/4, s. 3-15.

⁸ A. Stępkowski, Ekspertyza prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk nr 3245), s. 17, J. Haberko, Zagrożenia..., s. 7.

⁹ Szerzej: J. Haberko, Zagrożenia..., s. 10-11; por: M. Łączkowska, Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka, w: Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji, J. Haberko, M. Łączkowska (red.), Poznań 2005, s. 70-79; M. Gałązka, Polskie prawo wobec zapłodnienia in vitro – dyskusja wciąż otwarta, Forum Prawnicze 2016 nr 3, s. 44; T. Smyczyński, Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganej prokreacji ludzkiej, w: Tamże, s. 104.

kolejności przedmiotem badań będą przesłanki, które stawia się względem osób chcących przysposobić dziecko oraz skorzystać z dawstwa zarodka. W dalszej kolejności poczynione zostaną uwagi względem kwestii proceduralnych. Krótkiej analizie poddana zostanie również konstrukcja uznania ojcostwa na mocy dodanego do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹⁰ art. 75¹. Na końcu poruszona zostanie kwestia tajemnicy przysposobienia oraz tajemnicy dawstwa zarodka. Niniejszy tekst nie ma na celu przeprowadzenia kompleksowej komparatystyki wskazanych wyżej instytucji, a jedynie wykazanie tych różnic, które zdają się być najbardziej interesujące.

2. Przesłanki przysposobienia a przesłanki dawstwa zarodka

Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje szereg przesłanek przysposobienia. Niektóre z nich są wspólne również dla dawstwa zarodków¹¹, inne z natury specyfiki obu instytucji wspólne być nie mogą¹². Najwięcej natomiast uwagi należy poświęcić tym przesłankom, które wymagane są w przypadku przysposobienia, a pominięte lub inaczej skonstruowane zostały przez ustawodawcę przy prawnej regulacji problematyki dawstwa zarodków. Mowa tutaj o badaniu odpowiednich kwalifikacji osobistych przysposabiających (w tym uzyskania opinii kwalifikacyjnej oraz świadectwa ukończenia szkolenia w ośrodku adopcyjnym), odpowiedniej różnicy wieku między stronami stosunku przysposobienia oraz zgodzie rodzica dziecka oraz zgodzie małżonka.

Zarówno w przypadku przysposobienia dziecka, jak i dawstwa zarodka następuje oddanie pieczy nad dzieckiem osobom, które nie są z nim spokrewnione¹³. Odbywa się to zawsze z większym lub mniejszym udziałem kompetentnych organów państwowych. Z tego względu państwo przejmuje na siebie obowiązek stworzenia gwarancji służących temu, aby dziecko trafiło do odpowiedniej rodziny. O ile w odniesieniu do przysposobienia ustawodawca skrupulatnie uregulował instrumenty służące powyższemu celowi, o tyle trudno ich szukać w regulacji prawnej dawstwa zarodków, unormowanej w ustawie o leczeniu niepłodności. Nie wprowadzono tam bowiem wymogu odpowiednich kwalifikacji osobistych, uzasadniających przekonanie, że osoby adoptujące zarodek będą należycie wywiązywać się

¹⁰ Ustawa z dnia 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. 2015, poz. 2082).

¹¹ Zarówno w odniesieniu do przysposobienia, jak i dawstwa zarodków wymaga się np.: pełnej zdolności do czynności prawnych od przyszłych rodziców dziecka (art. 114¹ k.r.o. oraz art. 36 ust. 1 pkt 7 u.l.n.).

¹² Niedorzeczne byłoby wymaganie od przysposabiających np.: ustalenia przez lekarza medycznej zasadności przekazania i zastosowania zarodka u biorczynie na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej (art. 36 ust. 1 pkt 2 u.l.n.).

¹³ Należy przy tym pamiętać, że niewykluczone jest przysposobienie przez osobę spokrewnioną z przysposobionym.

z obowiązków rodzicielskich (por. art. 114¹ § 1 *in principio* k.r.o.). A zatem nie jest wykluczone, że dzięki dawstwu zarodka, rodzicem dziecka zostanie osoba, która została pozbawiona władzy rodzicielskiej względem swoich dzieci, nie ma stałego źródła utrzymania, czy w końcu, co najbardziej niebezpieczne, była karana np.: za przestępstwo z art. 200 k.k.¹⁴ Nie jest również wymagane uzyskanie opinii kwalifikacyjnej oraz świadectwa szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny.

Kolejną przesłanką przysposobienia jest wymóg odpowiedniej różnicy wieku między przysposobionym oraz przysposabiającym (art. 114¹ § 2 k.r.o.)¹⁵ W odniesieniu do przysposabiania noworodka, przesłanka ta rozumiana jest w ten sposób, że rodzice adopcyjni nie mogą przekroczyć pewnego wieku np.: 40 lat¹⁶. Tego rodzaju ograniczenia pozwalają zapewnić małoletniemu odpowiednie środowisko rodzinne przynajmniej do czasu osiągnięcia pełnoletniości. Na krytykę zasługuje natomiast brak uwzględnienia powyższego wymogu w ustawie o leczeniu niepłodności¹⁷ Skorzystać z dawstwa zarodka można bez żadnych ograniczeń dotyczących maksymalnego wieku. Może to doprowadzić do niewątpliwie sprzecznych z dobrem dziecka przypadków adopcji zarodka przez osoby w podeszłym wieku, które z dużą dozą prawdopodobieństwa nie będą w stanie wykonywać w pełnym zakresie powierzonych im nad dzieckiem obowiązków przez cały okres małoletniości dziecka. Jak słusznie zauważa T. Gardocka, przynajmniej w odniesieniu do kobiety granica taka powinna wynosić około 48-50 lat¹⁸.

Na gruncie instytucji przysposobienia wprowadzono wiele przesłanek, które można łącznie określić jako uwzględniające kwestie wolicjonalne. Analizując przepisy ustawy o leczeniu niepłodności dotyczące dawstwa zarodków należy zwrócić uwagę na dwie, wymagane przy przysposobieniu przesłanki – zgodę rodziców dziecka oraz zgodę małżonka. Zgodnie z art. 119 § 1 k.r.o. do przysposobienia jest potrzebna zgoda rodziców

¹⁴ J. Haberko, *Zagrożenia...*, s. 11, 13., A. Stępkowski, *Ekspertyza...*, s. 3.

¹⁵ Minimalna różnica wieku powinna wynosić około 18 lat. Postanowienie SN z 29.11.1972 r. (III CRN 284/72), LEX nr 7190, Postanowienie SN 18.11.2003 r. (II CK 199/02), LEX nr 602360; E. Holewińska-Łapińska w: *System prawa prywatnego*, T. Smoczyński (red.), t. XXII, Warszawa 2003, s. 479; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2012, s. 265; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 471. Odmienny pogląd głosił J. Winiarz, wskazując, że minimalna różnica wynosić powinna około 15 lat: J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1999, s. 226. Do tego rodzaju ograniczeń należy jednak podchodzić w sposób uwzględniający okoliczności całej sprawy: SN z 22.06.1972 r. (III CRN 133/72); OSP 1973/6 poz. 123, M. Wawilowa, *Glosa do postanowienia SN z dnia 22 czerwca 1972 r.*, III CRN 133/72, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych 1973/6 poz. 12.

¹⁶ E. Holewińska-Łapińska w: *System...*, T. Smoczyński (red.), s. 477-448. Por: Z. Miczek, *Odpowiednia różnica wieku jako przesłanka przysposobienia*, „Przegląd Sądowy” 2007/10, s. 74-79.

¹⁷ Szerzej: A. Grabiński, J. Haberko, *Dobro dziecka a stosowanie procedur in vitro w prawie francuskim i prawie polskim*, „Studia Prawnicze” 2011/1, s. 38; J. Haberko, *Zagrożenia dla instytucji przysposobienia...*, s. 9-10.

¹⁸ Szerzej: T. Gardocka, *Opinia o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności*, s. 7, <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?DoSearchNewByIndex> [dostęp: 29 października 2015 r.].

przysposobianego, chyba że zostali oni pozbawieni władzy rodzicielskiej lub są nieznani albo porozumienie z nimi napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody. W odniesieniu do zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie wprowadzono dwa rozwiązania, które służyć mają możliwości wykorzystaniu zarodków, co do których istnieje duże prawdopodobieństwo, że nie zostałyby wykorzystane przez osoby korzystające z powyższych rodzajów dawstwa. W przypadku śmierci obojga dawców zarodka albo, jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu (art. 21 ust. 3 pkt 2 u.l.n.) następuje z mocy prawa przekazanie embrionów do dawstwa zarodków¹⁹. Takie rozwiązanie nie budzi większych wątpliwości, bowiem stanowi analogiczne rozwiązanie do tego występującego w przypadku przysposobienia. Pewne wątpliwości budzić może treść art. 21 ust. 3 pkt 1 u.l.n., zgodnie z którym zarodek zostaje przekazany do dawstwa w przypadku: upływu określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż 20 lat, licząc od dnia, w którym zarodki zostały przekazane do banku komórek rozrodczych i zarodków w celu ich przechowywania. Podobna konstrukcja została użyta również na gruncie art. 97 pkt 1 u.l.n., zgodnie z którym zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy są przekazywane do dawstwa zarodka po upływie 20 lat od dnia wejścia w życie ustawy, chyba że wcześniej zostaną przekazane przez dawców zarodka do dawstwa zarodka.

Wprowadzenie terminowości zgody na dawstwo zarodka, polegającej na braku uwzględnienia woli dawców po upływie określonego terminu budzić może pewne wątpliwości. Konstrukcja taka pozwala na wykorzystanie zarodków, które długo pozostają niewykorzystane, a przez to zmniejsza się ich jakość²⁰. Należy przy tym podnieść, że w odniesieniu do przysposobienia także wprowadzono swoisty instrument pozwalający uwolnić małoletnich od pozostawania w swoistym stanie zawieszenia. Mowa dzieciach, które przebywają w pieczy zastępczej ze względu na ograniczoną władzę rodzicielską rodziców. Przez wiele lat istniał niezadowolający stan rzeczy polegający na tym, że rodzice nie interesujący się dzieckiem nie byli pozbawiani władzy rodzicielskiej. Nie mogło ono zatem ani wrócić do swojej rodziny, ani być adoptowane, co skutkowało tym, że piecza zastępcza stawała się trwałym, a nie tymczasowym środowiskiem wychowawczym dla dziecka.

¹⁹ Krytycznie o konstrukcji art. 21 ust. 1 pkt 2 u.l.n.: J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 152-153.

²⁰ Co do ryzyka wykorzystania zamrożonego zarodka po wielu latach: M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 228. Na temat ograniczeń w zakresie wykorzystania zamrożonych zarodków po upływie pewnego czasu w innych państwach: J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności* (druk 3245), s. 20.

Ustawodawca sukcesywnie wprowadzał kolejne instrumenty prawne, które miały zapobiec tej sytuacji (art. art. 111 § 1a k.r.o., art. 579¹ § 3 k.p.c.²¹, art. art. 47 ust. 5 i 131 u.w.r.²²). Na jak największą aprobatę zasługuje wprowadzony nowelą u.w.r. z 11 lipca 2014 r.²³ przepis art. 47 ust. 2 pkt 7 u.w.r., zgodnie z którym w przypadku nieprzekazania do sądu w terminie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej informacji, o której mowa w ust. 6, organizator rodzinnej pieczy zastępczej składa do właściwego sądu wnioski wraz z uzasadnieniem o wszczęcie z urzędu postępowania o wydanie zarządzeń wobec dziecka celem uregulowania jego sytuacji prawnej. Do wniosku organizator rodzinnej pieczy zastępczej dołącza w szczególności opinię gminy lub podmiotu prowadzącego pracę z rodziną i opinię koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej. Powyższy wniosek o wydanie przez sąd zarządzeń mających na celu uregulowanie sytuacji prawnej dziecka jest obowiązkiem organizatora rodzinnej pieczy zastępczej wtedy, gdy w ciągu 18 miesięcy nie nastąpiły okoliczności uzasadniające powrót małoletniego do rodziny. Zgodnie natomiast z art. 100 ust. 4a u.w.r. dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej w terminie 18 miesięcy od dnia umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej składa do właściwego sądu wnioski wraz z uzasadnieniem o wszczęcie z urzędu postępowania o wydanie zarządzeń wobec dziecka celem zbadania zaistnienia warunków umożliwiających jego powrót do rodziny albo umieszczenia go w rodzinie przysposabiającej. Do wniosku dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej dołącza opinię gminy lub podmiotu prowadzącego pracę z rodziną²⁴.

Jak więc widać, pod pewnymi względami stan niepewności dziecka przebywającego w pieczy zastępczej, które ze względu na sytuację faktyczną powinno być przysposobione oraz zarodka nieimplementowanego została rozwiązana przy pomocy podobnej konstrukcji terminowości pewnych uprawnień. W pierwszym przypadku mowa o odebraniu władzy rodzicielskiej, a tym samym prawa do wyrażenia zgody na przysposobienie, w drugim zaś przypadku, przekazanie *ex lege*, bez wymogu zgody, zarodka niewykorzystanego przez 20 lat. Rozwiązania te wydają się być trafne.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 3 u.l.n. przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodka może nastąpić, jeżeli dawcy zarodka wyrazili, w formie pisemnej, zgodę na jego przekazanie. Brak tutaj odpowiednika art. 119² k.r.o., zgodnie z którym zgoda rodziców na przysposobienie dziecka nie może być wyrażona

²¹ Ustawa z dnia 17.11.1964 Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2014, poz. 101 ze zm.).

²² Ustawa z dnia 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. 2015, poz. 332).

²³ Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2014, poz. 1188.

²⁴ Szerzej: K. Tryniszewska, Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz, Warszawa 2015, s. 189, 304.

wcześniej niż po upływie sześciu tygodni od jego urodzenia. Wydaje się, że w odniesieniu do dawstwa zarodka, mógłby zostać wprowadzony podobny termin, który liczyłby się od momentu utworzenia zarodka. Może bowiem okazać się, że osoby wyrażające zgodę w niedługim czasie po jej wyrażeniu będą jednak chcieli wykorzystać zarodek np.: na własne potrzeby. Samo umożliwienie wycofania zgody nie stanowi instrumentu wystarczającego, gdyż jest ono dopuszczalne jedynie do momentu rozpoczęcia u biorczynie procedury medycznie wspomaganey prokreacji, w której ma zostać zastosowany zarodek (22 pkt 1, 36 ust. 1 pkt 10, 36 ust. 4, 36 ust. 5 u.l.n.). Dlatego też, zgoda dawców zarodka powinna również być możliwa po upływie określonego ustawowo okresu karencji.

Już na wstępie rozważań o zgodzie małżonka (partnera) kobiety, do której macicy zostaje implementowany zarodek należy wskazać, że odmienny jest jej charakter od zgody małżonka wymaganej przez art. 116 k.r.o. W przypadku przysposobienia, zgoda małżonka osoby przysposabiającej ma jedynie na celu zaakceptowanie sytuacji, w której powstaje tzw. rodzina zrekonstruowana, a więc relacji ojczym (macocha) – pasierb. W przypadku natomiast dawstwa zarodków, zgoda małżonka lub osoby, z którą kobieta pozostaje we wspólnym pożyciu ma w istocie charakter zgody na adopcję, tyle że nie dziecka już urodzonego, ale zarodka. Przysposobienie może być syngularne, gdy adopcji dokonuje osoba samotna lub pozostająca w konkubinacie albo wspólne, gdy adoptuje małżeństwo. Z dawstwa zarodka nie może skorzystać samotna kobieta, natomiast może skorzystać z niego para pozostająca we wspólnym pożyciu, która nie zawarła związku małżeńskiego. W szczególności wiele kontrowersji budzić powinno dopuszczenie skorzystania z dawstwa embrionu przez osoby, które nie zawarły związku małżeńskiego. Rodzi to pytanie o spójność przepisów ustawy o leczeniu niepłodności z przepisami Konstytucji RP oraz Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. W wielu bowiem miejscach ustawodawca wyraża zapatrywanie, zgodnie z którym to małżeństwo stanowi podstawową komórkę społeczną, zapewniającą dziecku optymalne środowisko rodzinne. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 u.l.n. dawstwo zarodka polega na przekazaniu zarodka w celu zastosowania go w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji u biorczynie, która nie jest dawcą żeńskich komórek rozrodczych i nie pozostaje w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z dawcą męskich komórek rozrodczych, z których zarodek ten powstał. Adopcja zarodka przez parę pozostającą we wspólnym pożyciu nie została przy tym poddana jakimkolwiek limitom, które występują na gruncie instytucji małżeństwa. Dlatego też, wydaje się, że nie ma formalnych przeciwwskazań, aby

rodzicami dziecka urodzonego dzięki dawstwu zarodka były osoby ze sobą spokrewnione lub spowinowaczone, bowiem nikt, na żadnym etapie procedury tego nie weryfikuje.²⁵

3. Procedura przysposobienia a procedura skorzystania z dawstwa zarodka

Przysposobienie odbywa się w szczególnej procedurze, która uwzględnia udział ośrodka adopcyjnego, sądu opiekuńczego oraz urzędu stanu cywilnego. Procedura dawstwa zarodka nie uwzględnia udziału dwóch pierwszych podmiotów, a zamiast nich pewne funkcje powierzono ośrodkom medycznie wspomaganey prokreacji. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 7 u.l.n. dawstwo zarodka jest dopuszczalne jeżeli biorczyni ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraziła, w formie pisemnej, zgodę na przyjęcie zarodków i na zastosowanie ich w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji; w przypadku gdy biorczyni pozostaje: a) w związku małżeńskim, zastosowanie zarodka następuje po wyrażeniu, w formie pisemnej, zgody przez męża, który został uprzednio szczegółowo, na piśmie, poinformowany o skutkach prawnych przyjęcia i zastosowania zarodków w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji u biorczyni, wynikających k.r.o., w szczególności o ojcostwie dziecka, które urodzi się w wyniku procedury medycznie wspomaganey prokreacji; b) we wspólnym pożyciu, zastosowanie zarodka następuje po złożeniu przez mężczyznę oświadczenia zgodnie z art. 75¹ § 1 k.r.o. Procedura dawstwa zarodka opiera się zatem na zasadzie, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła oraz na instytucji uznania ojcostwa uregulowanej w k.r.o. oraz p.a.s.c.²⁶

Posłużenie się konstrukcją uznania ojcostwa w przypadku dawstwa zarodka rodzi pytanie o to, czy ustawodawca jest w tej mierze konsekwentny. Zarówno w przypadku dawstwa zarodka, jak i przysposobienia chodzi bowiem o stworzenie relacji imitującej stosunek pokrewieństwa między osobami, których ona nie łączy, a jedyna różnica sprowadza się do tego, że w odniesieniu do dawstwa zarodka adoptowany jest zarodek, a nie już urodzone dziecko²⁷. Ustawodawca sam zresztą nakłada na Kierownika USC obowiązek poinformowania o różnicy między uznaniem dziecka a jego przysposobieniem, co wskazuje na to, że instytucje te nie powinny być stosowane zamiennie (art. 63 ust. 2 pkt 8 p.a.s.c.)²⁸.

²⁵ A. Stępkowski, *Ekspertyza...*, s. 19.

²⁶ Ustawa z dnia 28.11.2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2014, poz. 1741).

²⁷ Opinia Biura Studiów i Analiz SN o projekcie ustawy o leczeniu niepłodności (Druk sejmowy 3245), s. 15.

²⁸ Na marginesie należy wspomnieć, że zupełnie niedawno przedmiotem ożywionej debaty stał się przypadek byłego Rzecznika Praw Ofiar, który dzięki instytucji uznania oraz przepisów o przysposobieniu wewnątrzrodzinnym omijał procedury przysposobienia przed sądem oraz ośrodkiem adopcyjnym. Małżeństwo, które chciało przysposobić dziecko porozumiewało się z matką dziecka. Mąż kobiety uznawał nieswoje dziecko,

Z drugiej strony należy pamiętać, że na gruncie prawa polskiego kluczowe znaczenie dla ustalenia prawnej więzi pokrewieństwa ma nie tyle samo pokrewieństwo biologiczne, ale przepisy k.r.o. Stan cywilny dziecka jest w wielu przypadkach uzależniony od woli innych podmiotów²⁹. Zarówno w przypadku przysposobienia, jak i np.: uznania ojcostwa decyduje wola przyszłych rodziców dziecka, która w przypadku przysposobienia wyrażona jest we wniosku o przysposobienie, a w przypadku uznania ojcostwa wynika z oświadczenia złożonego przed Kierownikiem USC, które przecież może nie być zgodne ze stanem faktycznym³⁰. Dlatego być może posłużenie się konstrukcją uznania w przypadku dawstwa zarodka, tak blisko powiązanego funkcjonalnie z przysposobieniem (zwłaszcza całkowitym) jest akceptowalne, jednakże przy uwzględnieniu innych instrumentów, które zapewniałyby zarodkowi analogiczną ochronę, jak w przypadku przysposobianego. Niebezpieczny jest bowiem stan, w którym dawstwo embrionów staje się konkurencyjnym i zarazem atrakcyjniejszym sposobem osiągnięcia celów, które motywują ludzi do przysposobienia dziecka.

Ze względu na ograniczone ramy niniejszej publikacji nieco więcej uwagi poświęcone zostanie problematyce skorzystania z dawstwa zarodka przez osoby, które pozostają jedynie we wspólnym pożyciu, nie będąc związkiem małżeńskim. W przypadku małżeństwa problem ten rozwiązywany jest przy pomocy domniemania pochodzenia dziecka od męża matki. Treść przepisów art. 75¹ § 1 i 2 k.r.o. wskazuje na to, że ustawodawca w ramach instytucji dawstwa zarodka posłużył się konstrukcją zawieszoności i warunkowego uznania ojcostwa³¹. Na mocy art. 75¹ § 1 k.r.o. uznanie ojcostwa następuje z dniem urodzenia się dziecka także wtedy, gdy przed przeniesieniem do organizmu kobiety komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo zarodka powstałego z komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo z dawstwa zarodka mężczyzna oświadczy przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, że będzie ojcem dziecka, które urodzi się w następstwie procedury medycznie wspomaganego prokreacji z zastosowaniem tych komórek albo tego zarodka, a kobieta to potwierdzi jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia

a następnie jego żona występowała z wnioskiem o przysposobienie, na które zgodę wyrażała matka dziecka. W sprawie tej toczyło się postępowanie karne.

²⁹ A. Dyoniak, Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice – dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji, „*Studia Prawnicze*” 1993/2-3, s. 51-71.

³⁰ W doktrynie wciąż sporny jest charakter prawny uznania ojcostwa tj. traktowanie go jako oświadczenia woli lub oświadczenia wiedzy. Por. m.in. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 436-437; J. Strzebinczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 228-229. Por. Wyrok SN z 19.04.2012 r. (IV CSK 459/11), LEX nr 1168733. Co do poprzedniego stanu prawnego m.in.: J. Gwiazdomorski, *Uznanie dziecka*, Warszawa 1976, s. 46; B. Walaszek, *Uznanie dziecka w polskim prawie rodzinnym*, Kraków 1958, s. 49.

³¹ T. Gardocka, *Opinia...*, s. 5. J. Haberko, *Uznanie ojcostwa w świetle projektowanego art. 75¹ K.r.o.*, „*Metryka*” 2015/1, s. 187, 189.

mężczyzny, że ojcem dziecka będzie ten mężczyzna. Natomiast zgodnie z art. 75¹ § 2 k.r.o. oświadczenia są skuteczne, jeżeli dziecko urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganey prokreacji, o której mowa w § 1, w ciągu dwóch lat od dnia złożenia oświadczenia przez mężczyznę. Jak słusznie zauważa J. Haberko tego rodzaju konstrukcja prowadzi do sytuacji, w której następuje uznanie ojcostwa, pomimo, że nie zostało jeszcze ustalone macierzyństwo kobiety³². Co więcej, autorka wskazuje na to, że uznanie ojcostwa w przypadku określonym w art. 75¹ § 1 k.r.o. prowadzi do zupełnie odmiennych skutków, aniżeli uznanie ojcostwa na podstawie art. 75 § 1 k.r.o. Nie wiąże się ono z tym, że ojciec może podejmować prawnie relewantne działania względem dziecka poczętego, gdyż skutki uznania następują w tym przypadku dopiero z chwilą urodzenia dziecka (por. art. 75¹ § 2 k.r.o.)³³ Uznanie przez ojca dziecka, które ma się urodzić dzięki dawstwu zarodka, nie pełni zatem tej funkcji, jaką wiąże ustawodawca z uznaniem na podstawie art. 75 § 1 k.r.o., a jest jedynie warunkiem rozpoczęcia procedur dawstwa zarodka na podstawie ustawy o leczeniu niepłodności. Może to nawet podważać kategoryzowanie instytucji uregulowanej w art. 75¹ § 1 k.r.o. do instytucji uznania dziecka³⁴.

Jak już wyżej zasygnalizowano, procedura dawstwa zarodka została ukształtowana bez udziału ośrodka adopcyjnego oraz sądu opiekuńczego, natomiast proces odbywa się głównie w ośrodkach medycznie wspomaganey prokreacji. Procedura ta zostanie omówiona z punktu widzenia osób korzystających z dawstwa zarodka.

W pierwszej kolejności sprawdza się czy ze względów medycznych dawstwo zarodka wchodzi w rachubę. Medyczną zasadność przekazania i zastosowania zarodka u biorczyni ustala lekarz na podstawie aktualnego stanu wiedzy medycznej. Konieczne jest również stwierdzenie, na podstawie przeprowadzonego z biorczynią wywiadu medycznego oraz niezbędnych badań lekarskich, że stopień ryzyka jest akceptowalny (art. 36 ust. 1 pkt 3 lit. a). Biorczyni powinna również złożyć w formie pisemnej oświadczenie, że wszystkie informacje podane przez nią w trakcie wywiadu medycznego są prawdziwe i zgodne z jej najlepszą wiedzą. Na tym etapie weryfikuje się również podobieństwo osób, które wyraziły zgodę na przeniesienie zarodka z dawcami zarodka, na podstawie ich danych fenotypowych.

Oprócz powyższych czynności biorczyni zostaje w sposób zrozumiały i szczegółowy poinformowana przez przygotowaną do tego osobę o rodzaju zabiegu, jego celu i charakterze, przeprowadzanych dla jego wykonania badaniach laboratoryjnych oraz prawie do uzyskania

³² J. Haberko, *Uznanie...*, s. 185.

³³ J. Haberko, *Uznanie...*, s. 187; *Taż*, *Cywilnoprawna...*, s. 72-73, 125.

³⁴ Szerzej, J. Haberko, *Uznanie...*, s. 189.

wyników tych badań, sposobie gromadzenia i ochrony jej danych osobowych, tajemnicy lekarskiej, ryzyku związanym z zastosowaniem zarodków, dających się przewidzieć następstwach dla jej stanu zdrowia w przyszłości, środkach bezpieczeństwa prowadzących do ochrony danych bioreczni oraz o zakresie i skutkach prawnych stosowania zarodków, w tym sytuacji prawnej dziecka, które urodzi się w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganego prokreacji. Należy umożliwić jej również zadawanie pytań co do powyższych spraw i uzyskania wyczerpujących odpowiedzi. Dawczyni składa w formie pisemnej oświadczenie potwierdzające powyższe czynności.

Drugim etapem jest wyrażenie przez biorecznię w formie pisemnej zgody na przyjęcie zarodków i na zastosowanie ich w procedurze medycznie wspomaganego prokreacji. W przypadku, gdy bioreczni pozostaje w związku małżeńskim konieczna jest również zgoda męża w formie pisemnej wraz z poinformowaniem go o skutkach prawnych przyjęcia i zastosowania zarodków w procedurze medycznie wspomaganego prokreacji u bioreczni, wynikających z przepisów. Natomiast jeżeli bioreczni pozostaje jedynie we wspólnym pożyciu z mężczyzną, zastosowanie zarodka następuje po złożeniu przez niego oświadczenia zgodnie z art. 75¹ § 1 k.r.o. Zastosowanie zarodka nastąpi w okresie 14 miesięcy od dnia złożenia oświadczenia, o którym mowa w pkt 7 lit. b);

Procedura dawstwa zarodka jest niebywale skomplikowana i z natury rzeczy wieloetapowa. Już w poprzednio obowiązującym stanie prawnym istniały daleko idące wątpliwości co do charakteru prawnego zgody na tego rodzaju zabiegi³⁵. Ustawa o leczeniu niepłodności wymaga uzyskania w procesie dawstwa zarodka kilku oświadczeń woli. Z jednej strony konieczne jest wyrażenie zgody na różnego rodzaju badania, które podejmowane są jeszcze przed właściwym wyrażeniem przez kobietę woli przeniesienia zarodka do jej organizmu oraz przed wyrażeniem zgody przez męża czy oświadczenia z art. 75¹ k.r.o. przez mężczyznę pozostającego z kobietą we wspólnym pożyciu. Procedura przed ośrodkiem medycznie wspomaganego prokreacji stanowi, w odniesieniu do dawstwa zarodka, odpowiednik postępowania przed ośrodkiem adopcyjnym i sądem opiekuńczym. Równocześnie jego działalność koncentruje się w zasadzie na uwzględnieniu jedynie względów medycznych oraz woli osób zaangażowanych w procedurę. W wielu aspektach pozostawia się natomiast dobro dziecka narodzonego wskutek przeniesienia zarodka do organizmu matki poza przedmiotem zainteresowania ośrodka wspomaganego medycznie

³⁵ J. Haberko, Kilka uwag na temat zgody na zabieg medyczny wyrażanej przez małżonka w trybie art. 68 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010/1, s. 45-57; A. Dyoniak, Wpływ woli..., s. 59.

prokreacji. Do takiego podejścia należy odnieść się krytycznie, a analogie z procedurą przysposobienia powinny być jak najbardziej uwzględnione.

4. Tajemnica przysposobienia a tajemnica dawstwa zarodka

Zakres tajemnicy przysposobienia jest determinowany jego rodzajem. Dawstwo zarodka pod wieloma względami przypomina instytucję przysposobienia całkowitego. W regulacjach normatywnych obydwu instytucji widoczna jest daleko posunięta odmienność sytuacji funkcjonalnie do siebie zbliżonych. O ile w przypadku przysposobienia jest możliwe uzyskanie przez przysposobionego danych dotyczących rodziców naturalnych w zasadzie bez ich woli, a niekiedy nawet wiedzy, o tyle w dawstwie zarodków posłużono się instytucją podziału dostępu do danych na identyfikujące oraz nieidentyfikujące dawców zarodka. Niezależnie od oceny aktualnie obowiązujących w Polsce przepisów dotyczących tajemnicy przysposobienia³⁶ należałoby przyjąć tylko jedną ze wskazanych konstrukcji.

Zgodnie z art. 73 ust. 3 p.a.s.c. na wniosek przysposobionego po osiągnięciu przez niego pełnoletności wydaje się odpis zupełny dotychczasowego aktu urodzenia wraz z dokumentami z akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego, w formie dokumentu elektronicznego, kopii lub wydruku dokumentu elektronicznego poświadczonych za zgodność z oryginałem przez kierownika urzędu stanu cywilnego. Oznacza to, że przysposobiony może poznać dane rodziców pozwalające mu na ich identyfikację. W odniesieniu do dawstwa zarodka posłużono się odmienną konstrukcją. Zgodnie z art. 38 ust. 2 w zw. z art. art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 u.l.n. osoba urodzona w wyniku dawstwa zarodka, ma prawo, po osiągnięciu pełnoletności zapoznać się z informacjami dawców dotyczącymi roku i miejsca urodzenia dawców zarodka oraz informacjami na temat stanu zdrowia dawców zarodka: wyników badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddani byli kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka. Zakres danych udostępnianych dziecku urodzonemu wskutek zastosowania dawstwa zarodka oraz zakres danych udostępnianych przysposobionemu wykazuje daleko idącą niekonsekwencję ustawodawcy³⁷.

³⁶ Co konieczności wprowadzenia podziału na dane identyfikujące i nieidentyfikujące w odniesieniu do instytucji przysposobienia: R. Łukasiewicz, J. M. Łukasiewicz Tajemnica danych identyfikujących rodziców biologicznych przysposobionego w aspekcie porównawczo-prawnym [w druku]; R. Łukasiewicz, Rozwiązania amerykańskie jako źródło inspiracji dla polskiego prawa adopcyjnego [w druku]; Podobnie: J. Gajda, Tajemnica przysposobienia w polskim prawie cywilnym, *Przemysł- Rzeszów* 2012, s. 248-249, 255, 279, 284.

³⁷ Choć należy przyznać, że zakres danych udostępnianych dziecku jest zagadnieniem nader kontrowersyjnym m.in. w orzecznictwie. Por. Wyrok ETPC z 13.02.2003 r., 42326/98, LEX nr 77473; Wyrok ETPC z 25.09.2012 r., 33783/09, LEX nr 1218091.

W szczególności krytycznie należy odnieść się do pojawiających się już wyrokach sądów państw europejskich przypadków udostępniania danych identyfikujących genetycznych rodziców dziecku poczętemu metodą inseminacji heterologicznej. W wyroku Wyższego Sądu Krajowego (OLG) w Hamm z dnia 6 lutego 2013 r.³⁸, stwierdzono, że osoby poczęte przez heterologiczną inseminację mają prawo do poznania genetycznego rodowodu oraz, że bez znaczenia pozostawać mają tutaj interesy innych podmiotów – dawcy spermy czy lekarza w nieujawnieniu informacji dawcy. Ujawnienie danych identyfikujących dawców zarodka rodzi jeszcze większe niebezpieczeństwo. Zarówno przy inseminacji heterologicznej, jak i przy dawstwie zarodka cały ich społeczny sens polega na anonimowości dawców³⁹. Z drugiej jednak strony instytucja przysposobienia, która jak już wielokrotnie w niniejszej publikacji wskazano jest funkcjonalnie zbliżona do dawstwa zarodków zakłada możliwość udostępnienia danych rodziców biologicznych, pozwalających na ich odnalezienie. Pod tym względem ustawodawca powinien zbliżyć do siebie regulacje odnoszące się do dawstwa zarodków oraz przysposobienia (zwłaszcza całkowitego). Zagadnienie to stanowi przedmiot badań, których rezultaty zostaną przedstawione w odrębnej publikacji.

5. Wnioski

Jednym z podstawowych motywów korzystania z instytucji przysposobienia oraz dawstwa zarodka jest chęć zostania rodzicem dziecka. Niepożądane jest tworzenie instytucji prawnych, które pod względem funkcjonalnym prezentują daleko idące podobieństwa, pod względem zaś regulacji normatywnej znacząco się różnią. Negatywne implikacje takiego stanu rzeczy mogą być różnorodne. Przede wszystkim osoby, które rozważają możliwość przysposobienia dziecka już urodzonego albo skorzystania z dawstwa zarodka mogą wybrać drugie rozwiązanie, ze względu na zdecydowanie łagodniejsze wymogi. Nie weryfikuje się bowiem ich kwalifikacji osobistych, wieku czy innych aspektów branych pod uwagę na etapie postępowania adopcyjnego przed ośrodkiem adopcyjnym czy sądem. Dzieci urodzone dzięki skorzystaniu z dawstwa zarodka nie są zatem na etapie embrionalnym chronione na równi z dziećmi przysposobianymi. Powyższe różnice między procedurą przysposobienia i dawstwa zarodka rodzą to niebezpieczeństwo, że dzieci pozostające w pieczy zastępczej będą mniej chętnie przysposabiane, wobec bardziej atrakcyjnego dawstwa zarodka. Wniosek taki

³⁸ Wyrok Wyższego Sądu Krajowego (OLG) w Hamm (Westfalia, Niemcy) z dnia 6 lutego 2013 r., I-14U 7/12, <https://openjur.de/u/599587.html> [dostęp: 28 maja 2015 r.].

³⁹ Z. Radwański, Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasiennienia matki, „Studia Iuridica Silesiana” 1979/5, s. 180.

wyływa chociażby z tego, że najchętniej przysposabiane są dzieci w wieku niemowlęcym, a tych jest wciąż mniej niż osób, które chcą je przysposobić. Dawstwo zarodków doskonale wypełnia tę lukę, nie zapewniając jednak odpowiedniej ochrony zarodkowi. Kolejne różnice wiążą się z wykorzystaniem na potrzeby dawstwa zarodków instytucji uznania ojcostwa. W szczególności wiele uwag krytycznych można podnieść względem konstrukcji unormowanej w art. 75¹ § 1 k.r.o. Niekonsekwencje należy również przypisać ustawodawcy w przypadku odmiennego uregulowania zakresu tajemnicy przysposobienia (zwłaszcza całkowitego) oraz dawstwa zarodka.

Problematyka prawnego uregulowania instytucji dawstwa zarodków jest zagadnieniem stosunkowo nowym. Choć od wielu lat postulowano ukształtowanie przez ustawodawcę rozwiązań prawnych dotyczących metod medycznie wspomaganey prokreacji, dopiero niedawno zagadnienia te znalazły odzwierciedlenie w stosownym akcie normatywnym. Z pewnością jeszcze długo będzie trwać debata nad tym, czy ustawa o leczeniu niepłodności reguluje szereg spraw w sposób właściwy. Tak jest również w przypadku dawstwa zarodka, co zostało, w sposób jedynie sygnalizacyjny zaprezentowane w niniejszej publikacji.