

Joanna Haberko¹ Filina Sztandera²

Niebezpieczeństwo małżeństwa z bratem.

Uwagi na tle ustawy o leczeniu niepłodności o prawie do poznania genetycznego pochodzenia dziecka

1. Wprowadzenie

Nierzadko się zdarza, że życie pisze skomplikowane scenariusze. Mogą one być i często są, wykorzystywane przez twórców kina³. Monografia pokonferencyjna nie jest miejscem do budowania szczególnego napięcia niemniej jednak dla zobrazowania istoty problemu pozwolimy sobie posłużyć się przykładem, który w istocie może szokować. Chodzi o szkicowe zarysowanie następującej sytuacji: mężczyzna w młodym wieku oddaje swoje nasienie do dyspozycji służby zdrowia. Czyni to powodowany sobie znanymi motywami. Następnie o sprawie, na tyle na ile można, zapomina. Zakłada rodzinę, żeni się, płodzi dzieci. Jest mężem i ojcem. Oddane nasienie zaczyna jednak „żyć własnym życiem”. Fakt oddania go do dyspozycji służby zdrowia nie sprawia jednak że nie zostało ono wykorzystane zgodnie z pierwotnym zamiarem, tzn. w procedurach wspomaganey medycznie prokreacji. O ile jeszcze kilkanaście lat temu, przedstawiając ten przypadek należałoby w tym miejscu napisać zapewne: „spróbujmy popuścić wodze fantazji”, o tyle w obecnej sytuacji tej fantazji już nie potrzeba, gdyż sprawa nie wydaje się być technicznie, medycznie, społecznie i jakkolwiek inaczej nie niemożliwa.

Otóż ze złożonego do dyspozycji służby zdrowia nasienia korzystają pary, małżonkowie czy konkubenci, to bez znaczenia. Co więcej jeszcze do chwili wprowadzenia w życie ustawy

¹ Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

² Mgr, doktorantka, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

³ Por. Wykapany ojciec, reż. Ken Scott, USA 2013.

z dnia 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności⁴ (dalej: „u.z.l.”), mogły to zrobić kobiety samotne. Użyte wyżej określenie: „korzystają” sprowadza się do tego, że nasienie to zostało wykorzystane w procedurze wspomaganej medycznie prokreacji, czy to w ramach procedur *in vivo* czy też polegających na zapłodnieniu pozaustrojowym i transferze zarodka. Jeżeliby przyjąć, że wszystkie pary zostają „zapłodnione” nasieniem jednego mężczyzny, oznaczać to będzie, że wszystkie poczęte i urodzone z tych procedur dzieci będą genetycznym rodzeństwem.

By sytuacji nadać ludzkiego oblicza wystarczy pod słowo: „pary”, użyte wyżej, wstawić konkretnych małżonków czy konkubentów: państwa Kaczmarków z Poznania, państwa Kowalskich z Murowanej Gośliny, państwa Nowaków z Tarnowa Podgórnego, państwa Woźniaków ze Swarzędza⁵. Wszyscy oni mogli, nawet nie teoretycznie, korzystać z jednej kliniki leczenia niepłodności w Poznaniu, ponadto rodzin takich mogło być więcej, i wreszcie wszystkim im mogły począć się dzieci pochodzące od tego samego anonimowego dla nich dawcy.

Nie jest, rzecz jasna, potrzebne dalsze komplikowanie sytuacji, ale oczywiście dzieci te będą wzrastać razem w środowisku rówieśniczym, chodzić do jednej szkoły, pójdą razem na studia i wreszcie w okresie zawiązywania się fascynacji miłosnych zwrócą na siebie uwagę jako potencjalni partnerzy, także seksualni. Co więcej, dzieci te, gdy dowiedzą się o swoim genetycznym pochodzeniu mogą też chcieć poznać mężczyznę, od którego pochodzą. Tego samego, który teraz wie o przykładowym życiu męża i ojca, o którego przeszłości nie wiedzą najbliżsi członkowie rodziny, i który wolałby sprawę zabrać raczej do grobu niż wyjaśniać przy wigilijnym stole.

Historię stanowiącą tło tytułowych analiz można oczywiście jeszcze udramatyzować. Nie czas i miejsce jednak po temu. Historia ta ma pomóc udzielić odpowiedzi na pytanie, czy w obowiązującym systemie prawnym są instrumenty, które po pierwsze, zapobiegałyby zarysowanym wyżej zagrożeniom. Po drugie zaś, czy dzieci urodzone we wzmiankowanych okolicznościach mogą poznać swoje genetyczne pochodzenie od ojca⁶.

Przechodząc do rozważań natury prawnej, które mają stanowić odpowiedź na powyższe wątpliwości trzeba w pierwszej mierze zauważyć, że wywód musi zostać objęty cezurą czasową związaną z wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności. Po drugie, że o ile przed wejściem w życie ustawy, czyli przed dniem 1 listopada 2015 roku, nie obowiązywały

⁴ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności (Dz. U. 2015 poz. 1087).

⁵ Użyto powszechnie występujących w kraju nazwisk, bez ich odniesienia do konkretnych osób.

⁶ Wagę problemu prezentują także dostępne szerokiej opinii publicznej dzieła filmowe: wspomniany wyżej *Wykapany ojciec* (reż. K. Scott, 2013) czy *Starbuck* (reż. K. Scott, 2011).

w tym zakresie żadne rozwiązania rangi ustawowej a stosowanie technik medycznie wspomaganey prokreacji poddane było ogólnym zasadom udzielania świadczeń zdrowotnych przez lekarza wspartych postanowieniami Kodeksu Etyki Lekarskiej⁷, o tyle po wejściu w życie rzeczony ustawy przypadki, o których mowa wyżej, nie zostały wyeliminowane a niebezpieczeństwo małżeństwa z własnym genetycznym bratem, nadal jest.

Powodów takiego stanu rzeczy upatrywać należy w tym, że przepisy regulujące kwestie filiacyjne nie opierają się wyłącznie, niekiedy w ogóle, na zasadzie pokrewieństwa genetycznego. Przepisy prawa rodzinnego przyjmują w tym zakresie pewne założenia, które wprowadzić można z preferowanego przez ustawodawcę modelu rodziny. Oczywiście dobrze by było, gdyby pokrewieństwo prawne odpowiadało rzeczywistości biologicznej, ale niekoniecznie tak musi być. Przyjmuje się bowiem, że bratem lub siostrą jest ten, kogo wskazuje kodeks, niekoniecznie musi to być osoba, która jest z nami genetycznie spokrewniona. I na odwrót, ktoś pod względem prawnym niespokrewniony może być genetycznie bratem lub siostrą. Prawnicy zwykle posługują się pojęciem krewnego w znaczeniu nadanym mu przez prawo rodzinne. Takie ujęcie będzie rodzić konsekwencje np. w zakresie określenia przeszkód małżeńskich, dziedziczenia ustawowego czy dawstwa narządów. Chodzi o przypadki, w których ustawa wyraźnie uzależnia lub wyłącza pewne zdarzenia od faktu bycia rodzeństwem.

Pokrewieństwo w znaczeniu, jakie nadaje mu język powszechny, to jednak także

⁷ Szeroko, wcześniej, wielokrotnie, por. tylko dla przykładu: J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Wolters Kluwer Warszawa 2010, *passim*; teź, *Granice dozwolonej przez prawo ingerencji człowieka w naturę ludzkiej prokreacji – porównanie ustawodawstwa włoskiego i polskiego w: Prawo do życia a jakość życia w wielokulturowej Europie*, red. B. Sitek, G. Dammacco, M. Sitek, J.J. Szerzbowski, Olsztyn-Bari 2007, s. 208-220; teź, *Charakter prawny obowiązków lekarza stosującego techniki wspomaganey prokreacji. Postulaty de lege ferenda w: Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji. Praca zbiorowa pod redakcją Joanny Haberko i Małgorzaty Łączkowskiej*, Poznań 2005, s. 46-63; teź, *Prawo do leczenia niepłodności a finansowanie świadczeń zdrowotnych ze środków publicznych w: Człowiek pomiędzy prawem a ekonomią w procesie integracji europejskiej*, red. G. Dammacco, B. Sitek, O. Cabaj, Olsztyn – Bari 2008, 451-459; teź, *Dopuszczalność stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu w przypadku związków partnerskich – de lege lata i de lege ferenda w: Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych pod red. M. Andrzejewskiego*, Toruń 2013, s. 157-169; teź, *Obowiązki lekarza ginekologa stosującego techniki wspomaganey medycznie prokreacji*, *Ginekologia Praktyczna* 2005, nr 2, s. 11-18; teź, *Głos w dyskusji: Techniki wspomaganego rozrodu – problemy prawne i ich konsekwencje*, *Ginekologia Praktyczna* 2005, nr 6, s. 38-40; teź, *Kilka uwag komentarsza do art. 38 – 39a Kodeksu Etyki Lekarskiej*, *Medyczna Wokanda* 2014; teź, *Stosowanie technik wspomaganey medycznie prokreacji w celach niewyłącznie rodzicielskich. Problem „dziecka-lekarstwa” – Medyczna Wokanda* 2012, nr 4, s. 31-43; J. Haberko, K. Olszewski, *Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (in vitro)*, *Prawo i Medycyna* 2008, nr 30, s. 65-80; J. Haberko, R. Kocyłowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu*, *Prawo i Medycyna* 2006, nr 23, s. 18-32; J. Haberko, A. Grabinski, *L'intérêt de l'enfant à naître en AMP: regards croisés franco-polonais*, *Medicine & Droit* juin 2011, nr 109; J. Haberko, J. Łuczak-Wawrzyniak, *Dobrodziejstwo nowoczesnych technik wspomaganey medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka? Uwagi na tle projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk sejmowy 3245)*, *Diametros* 44 (2015), s. 20–44.

pewien fakt biologiczny, czyli powiązanie osób wynikające z więzów krwi. Krewnymi są zatem osoby powiązane węzłem krwi, niezależnie od prawnej relacji łączącej te osoby. W praktyce relacji rodzinnoprawnych, do których odwołują się ustawy, w tym także Kodeks rodzinny i opiekuńczy, pokrewieństwo zostaje ustalone, jak wspomniano wyżej, na podstawie przepisów filiacyjnych i tym samym wymyka się tradycyjnemu pojmowaniu więzi między członkami rodziny, opartemu na pochodzeniu genetycznym⁸. Oznaczać to może, że ojcem dziecka w znaczeniu prawnym nie będzie ten mężczyzna, który spłodził potomka bądź też mężczyzna, od którego nie pochodzi nasienie będzie uważany za ojca⁹.

Przyjęcie trafności powyższego założenia powoduje, że zwłaszcza w sytuacji technik medycznie wspomaganej prokreacji z wykorzystaniem komórek pochodzących od dawców może zdarzyć się tak, że dzieci mające prawnie innych ojców będą genetycznym rodzeństwem, co dalej oznacza, że pomimo zakazu prawnego (z art. 14 k.r.o.) będą mogły zawrzeć ze sobą związek małżeński będąc genetycznie spokrewnione. Podstawy do tego twierdzenia upatrywać należy w przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji art. 14 k.r.o. Przepis ten wprowadza bezwzględny zakaz zawierania małżeństw przez osoby spokrewnione w linii prostej oraz przez rodzeństwo. Chodzi tu jednak o pokrewieństwo prawne, nie genetyczne. Jednocześnie art. 3 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego¹⁰ stanowi, że akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym. Sąd w procesie o unieważnienie małżeństwa nie może wbrew treści aktów stanu cywilnego ustalić, że pomiędzy nupturientami zachodzi pokrewieństwo biologiczne. Powtórzmy, innymi słowy, w treści art. 14 k.r.o. mowa jedynie o pokrewieństwie prawnym, nie zaś pokrewieństwie biologicznym¹¹.

W tym kontekście jawi się założony cel niniejszego opracowania. Jest nim próba odpowiedzi na pytanie, czy wprowadzona do polskiego systemu prawnego ustawa o leczeniu niepłodności koresponduje z wyżej zobrazowanymi przykładami, tj. po pierwsze, czy wprowadza instrumenty prawne mogące służyć ograniczeniu możliwości urodzeń dzieci pochodzących od jednego dawcy; po drugie, czy wprowadza gwarancje realizacji prawa dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji do

⁸ M. Łączkowska: Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne w: Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego, Toruń 2008, s. 301–316.

⁹ Zob. J. Haberko, „Szczególne względy osobiste” a przeszczep od żywego dawcy, PiP 2011, z. 7-8, s. 44-4.

¹⁰ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego (tj. Dz. U. 2016, poz. 2064).

¹¹ Tak też m.in.: K. Gromek, Komentarz do art. 14 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w: K. Gromek (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz.

poznania swojego genetycznego pochodzenia.

2. Instrumenty prawne służące ograniczeniu możliwości urodzeń dzieci pochodzących od jednego dawcy

Możliwość skorzystania z anonimowego materiału genetycznego nie została w przypadku technik leczenia niepłodności wyłączona. Co więcej, ustawodawca dopuszcza posłużenie się tego rodzaju komórkami tak w przypadku samych komórek i wykorzystania ich do procedur medycznie wspomaganey prokreacji, jak i w przypadku utworzenia z nich zarodków, które następnie mają stanowić przedmiot procedury. Niezależnie zatem od tego, czy wykorzystano komórkę rozrodczą czy utworzony z niej zarodek, powstaje problem braku pewności co do biologicznego pochodzenia. W życiu dziecka poczętego a następnie urodzonego z takich procedur mamy do czynienia z pewną fikcją. Ustawodawca zakłada bowiem odejście od sytuacji modelowej, w której rodzic biologiczny jest jednocześnie rodzicem prawnym, na rzecz ochrony innych wartości.

Dziecko poczęte w wyniku zabiegu medycznego korzysta z dobrodziejstwa domniemania pochodzenia od małżonków na równi z dzieckiem poczętym w naturalny sposób, tzn. gdy do zapłodnienia doszło w wyniku stosunku płciowego rodziców pozostających w związku małżeńskim. Nie ma przy tym znaczenia dla możliwości skorzystania z domniemania, czy zapłodnienie przy wykorzystaniu technologii medycznej miało miejsce w organizmie kobiety (tzw. techniki polegające na inseminacji), czy też doszło do zapłodnienia pozaustrojowego i następnie transferu zarodka (np. *in vitro*). W dodatku, bez znaczenia dla ustalenia pochodzenia dziecka od męża matki w oparciu o domniemanie z art. 62 k.r.o. jest to, czy miało miejsce zapłodnienie z wykorzystaniem obcego materiału genetycznego. Oba te fakty będą jednak miały znaczenie w sytuacji, gdy mąż kobiety żądałby zaprzeczenia ojcostwa dziecka urodzonego z jego materiału genetycznego, ale bez jego zgody¹².

Jeżeli jest zatem tak, że małżonkowie Kaczmarek z Poznania czy Kowalscy z Murowanej Gośliny mają możliwość posłużenia się w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji nasieniem pochodzącym od anonimowego dawcy, mogą jednocześnie zadać

¹² J. Haberko, Kilka uwag na temat zgody na zabieg medyczny, wyrażanej przez małżonka w trybie art. 68 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, RPEiS 2010, nr 1, s. 45-57 oraz literatura tam wskazana. Poza zakresem rozważań pozostaną sytuacje ustalenia pochodzenia dziecka wówczas, gdy osoby pragnące realizować funkcje rodzicielskie nie pozostają w związku małżeńskim. Por.: J. Haberko, Ustalenie ojcostwa wobec braku obcowania płciowego w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, Themis Polska Nova 2011, z. 1, s. 360-376.

zasadne w tym przypadku pytanie, czy inne osoby, np. państwo Nowak z Tarnowa Podgórnego czy Woźniak ze Swarzędza ubiegające się o poczęcie dziecka z wykorzystaniem tych technologii będą korzystały z tego samego materiału genetycznego. Sami małżonkowie nie mają, rzecz jasna, możliwości wyboru nasienia w takim znaczeniu, w jakim posługują się tym zobowiązania, mogą jednak być zainteresowani tym, by genetycznych braci lub siostr ich dziecka nie było zbyt wielu. Warto zauważyć, że do dnia wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności ustawodawca nie regulował tej kwestii. To oznacza, że dzieci poczęte i urodzone przed 1 listopada 2015 roku, jak również ich rodzice prawni, nie mają żadnych możliwości ustalenia tego, ile razy zostało wykorzystane nasienie pochodzące od jednego dawcy. Mogło ono zostać wykorzystane tylko raz a mogło zostać wykorzystane wielokrotnie.

Ustawa o leczeniu niepłodności wprowadza w zakresie analizowanych przez nas sytuacji pewne ograniczenia. O ile w wyniku wcześniejszego zastosowania komórek rozrodczych pobranych od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie urodziło się już **dziesięcioro** dzieci, ustawodawca wyłącza dopuszczalność posłużenia się komórkami pochodzącymi od dawcy (art. 18 ust. 1 pkt 5 u.l.n.). Ograniczenie, o którym mowa, nie dotyczy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego¹³. Przepis wprowadza, choć w marginalnej postaci, kontrolę w zakresie urodzenia dzieci pochodzących od tego samego dawcy w ramach dawstwa innego niż partnerskie.

W interesującej nas sytuacji biologiczne pochodzenie dziecka nie będzie odpowiadać pochodzeniu prawnemu. Nawet jeżeli matka pozostająca w związku małżeńskim podda się technikom medycznie wspomaganey prokreacji z wykorzystaniem obecnego nasienia, ojcem (biologicznym) dziecka będzie dawca anonimowy. Pojawia się jednak pytanie, ile matek może poddać się technikom medycznie wspomaganey prokreacji z wykorzystaniem nasienia pochodzącego od jednego anonimowego dawcy. Ustawa przyjmuje tu zasadę, w świetle której zrodzonych z tego samego dawcy biologicznych braci i siostr nie ma być więcej niż dziesięciu. To stanowisko jest oczywiście wstępnie godne zaakceptowania poprzez wprowadzenie ograniczenia liczebnego, jednakże nie jest to rozwiązanie doskonałe i już wstępna analiza obnaża jego słabe punkty.

Po pierwsze, nie zależy chyba prawnym rodzicom na tym, by rodzeństwo ich dziecka wychowywało się w innym środowisku niż ich własne środowisko rodzinne. Dzieci będące

¹³ Zob. art. 2 pkt 8 u.l.n., gdzie dawstwo partnerskie zostało zdefiniowane jako przekazanie komórek rozrodczych przez dawcę – mężczyznę – w celu zastosowania ich w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji u biorczynie pozostającej z dawcą w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem dawcy i biorczynie; w dawstwie partnerskim stosowane są komórki rozrodcze biorczynie. Zob. J. Haberko, Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz, Warszawa 2016, s. 38 i n.

bowiem takim genetycznym rodzeństwem mogą w przyszłości chcieć zawrzeć związek małżeński lub podejmować życie seksualne, nie wiedząc o fakcie bycia rodzeństwem. Ani państwu Kaczmarkom z Poznania ani Kowalskim z Murowanej Gośliny nie zależałoby przecież na tym, by brat lub siostra ich dziecka umawiał się z ich córką czy synem. System prawny na przypadki tego rodzaju w zakresie rodzeństwa prawnego przewiduje mechanizm kontrolny w postaci art. 12 k.r.o. niedopuszczającego do zawarcia małżeństwa między rodzeństwem, zaś w zakresie podejmowania życia nawet art. 201 k.k.¹⁴ O ile sytuacja prawnego pochodzenia pozostaje pod kontrolą kierownika USC, o tyle sytuacja pochodzenia nieujawnionego w księgach stanu cywilnego (a z taką będziemy tu mieli do czynienia) nie daje żadnych możliwości sprawowania nad tym faktem kontroli.

Po drugie, nie można tracić z pola widzenia faktu, że możliwość zapobieżenia ewentualnym problemom związanym z tego rodzaju zdarzeniami zostanie zupełnie wyłączona w sytuacji, w której potomkowie anonimowego dawcy podjęliby życie seksualne poza związkiem małżeńskim. By zobrazować powyższe: syn państwa Kaczmarków umawia się, randkuje i rozpoczyna współżycie fizyczne z córką państwa Kowalskich. Oboje jednak są rodzeństwem w ogóle o tym nie wiedząc. Nie sposób odnieść się w tej chwili do ewentualnych problemów natury psychicznej przyszłych małżonków czy osób pozostających w związku nieformalnym wówczas, gdy dowiedzą się oni o pochodzeniu od tego samego dawcy nasienia. Niewątpliwie jednak przed ustawodawcą pozostaje *de lege ferenda* ustalenie zakresu dopuszczalnego wglądu w dokumentację medyczną i ustalenia ewentualnego pochodzenia dziecka od dawcy nasienia w związku z wolą zawarcia małżeństwa a nawet podjęcia życia fizycznego. Tego rodzaju zabieg ma nie tylko na celu sprostanie postulatowi coraz bardziej akcentowanego prawa do poznania swojego genetycznego pochodzenia przez dziecko, ale także zapobieżeniu działaniom, które godzą w porządek i obyczaje przyjęte w społeczności. Uwzględnia także, jak się wydaje, aspekt zdrowia publicznego.

Idea wprowadzenia ograniczenia liczby dzieci pochodzących od tego samego dawcy niepartnerskiego¹⁵ pozostaje oczywiście godna akceptacji, niemniej jednak założenie nie będzie się raczej przekładać na stan idealny w praktyce. Powodów tego stanowiska można upatrywać w kilku przesłankach. Po pierwsze, decyduje o tym liczba **urodzonych** dzieci. Po drugie, chodzi wyłącznie o dzieci już urodzone. Przepis nie uwzględnia komórek rozrodczych

¹⁴ Por.: Przesłanki przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, statystyka przedstawiająca liczbę postępowań wszczętych i liczbę stwierdzonych przestępstw dostępna na stronie internetowej pod adresem: <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/63502,Kazirodztwo-art-201.html> [data dostępu: 02.02.2017].

¹⁵ Mianem dawstwa niepartnerskiego obejmuje się *a contrario* wszystkie przypadki inne niż wskazane w art. 2 pkt 8 u.l.n.

na etapie ich stosowania, w szczególności w ramach art. 17 pkt 2 i 4 u.l.n., a także wykorzystania zarodków już utworzonych w ramach tej procedury. Po trzecie, ustawa przewiduje wprowadzenie procedury rejestracyjnej, ale dotyczą one wyłącznie dawstwa, nie zaś sytuacji określonej w przepisie.

W *Uzasadnieniu* do projektu ustawy¹⁶ przyjęto, powołując dokumenty międzynarodowe wydane m.in. przez Europejskie Towarzystwo Płodności Człowieka i Embriologii (ESHRE)¹⁷, rekomendacje na temat ograniczenia liczby dzieci od jednego dawcy do 25 na 800 000 mieszkańców¹⁸. Potwierdza się także w uzasadnieniu, że „ograniczenie liczby urodzonych dzieci pochodzących od jednego dawcy jest podyktowane ograniczeniem ryzyka niezamierzonego związania się genetycznie spokrewnionych potomków jednego dawcy i posiadania potomstwa z tego związku”¹⁹. Stworzono kilka skomplikowanych modeli matematycznych do wyliczenia takiego ryzyka. Opierały się one między innymi na liczbie ludności i liczbie dawców dostępnych w danym kraju. W Polsce nie prowadzono tego typu badań²⁰.

Rodzice muszą się zatem liczyć z tym, że z tego samego materiału genetycznego co ich dziecko mogło począć się i urodzić więcej dzieci, po wejściu w życie ustawy, jak już zaznaczono, może ich być dziesięć. Nie należy, rzecz jasna, roztaczać wizji przepelnionych atmosferą genetycznych i kazirodczych katastrof. Jednak może się zdarzyć tak, że dzieci urodzone z anonimowego nasienia zechcą poznać swoje genetyczne pochodzenie, przynajmniej w zakresie w jakim dotyczy to jednego z rodziców²¹. Warto zatem zastanowić się, czy wejście w życie ustawy pozwala dzieciom poznać swoje genetyczne pochodzenie, tym samym zapobiec sytuacjom zakreślonym w tytule niniejszych rozważań. Można bowiem

¹⁶ Uzasadnienie projektu ustawy druk sejmowy 3245, dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl.

¹⁷ Por. Gamete and embryo donation, *Human Reproduction* 2002, Vol.17, nr 5, s. 1407–1408) oraz Amerykańskie Towarzystwo Medycyny Rozrodu (por. 2006 Guidelines for gamete and embryo donation).

¹⁸ Uzasadnienie..., op. cit. s. 11 i n.; tabela tam zamieszczona na podstawie Sawyer Determining sperm donor limits, *Fertil. Steril.* 2008; Janssens i wsp., Reconsidering the number of offspring per gamete donor in the Dutch open-identity system *Human Fertility*, June 2011, nr 14(2), s. 106–114.

¹⁹ Uzasadnienie..., s. 11-12.

²⁰ Badania, które przytoczono w treści Uzasadnienia projektu ustawy, odnosiły się tylko do dawstwa innego niż partnerskie. W uzasadnieniu projektu ustawy pominięto analizę ryzyka niezamierzonego związania się genetycznie spokrewnionych potomków jednego dawcy w przypadku dawstwa zarodka. Analiza ta jest konieczna wobec treści art. 9 ust. 2 u.l.n. przewidującego liczne odstępstwa od ustawowego limitu utworzenia zarodków nadliczbowych. Tytułem przykładu należy wskazać, że prawodawca dopuszcza możliwość utworzenia większej niż 6 liczby zarodków w przypadku ukończenia przez biorecznik 35. roku życia. Zarodki nadliczbowe, niewykorzystane w procedurze medycznie wspomaganego prokreacji, a zdolne do prawidłowego rozwoju, trafiają do banku zarodków, gdzie oczekują na późniejsze wykorzystanie przez inne pary. Oczywiście jest, że w takiej sytuacji ryzyko stanowiące przedmiot naszych analiz wzrasta.

²¹ J. Gajda, Tajemnica adopcji w polskim prawie rodzinnym, w: *Prawne i pozaprawne aspekty adopcji. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Wyższą Szkołę Nauk Humanistycznych i Dziennikarstwa w Poznaniu oraz Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Poznań.

przyjąć, że jeżeli człowiek pozna już swoje genetyczne pochodzenie, to będzie skłonny szukać życiowego partnera spośród osób, które nie są jego/jej genetycznym bratem lub siostrą.

3. Prawo do poznania tożsamości genetycznej dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganej prokreacji

3.1. Uwagi wstępne

Aktem prawnym zawierającym bezpośrednią gwarancję prawa do poznania tożsamości genetycznej jest Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka²² (dalej: Konwencja), a ściślej art. 7 Konwencji. Zgodnie z tym przepisem niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostaje sporządzony akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, o ile to możliwe, prawo poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką. Z literalnej wykładni tego przepisu wynika, że rodzicielstwo prawne nie musi być tożsame z rodzicielstwem biologicznym, jednakże, o ile to możliwe, prawodawcy państw-stron Konwencji powinni dążyć do umożliwienia dostępu do danych o rodzicach genetycznych. Oczywiście prawo to nie ma charakteru absolutnego, w związku z tym może podlegać pewnym ograniczeniom bliżej określonym przez ustawodawstwo krajowe.

Również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „ETPC”)²³ przyjmuje się, że źródłem omawianego prawa jest art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie z dnia 4 listopada 1950 r.²⁴, zgodnie z którym każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. ETPC stoi na stanowisku, że znajomość swojej tożsamości, w tym tożsamości genetycznej, jest istotnym elementem prawa do poszanowania życia prywatnego.

3.2. Ochrona praw dziecka w świetle orzecznictwa konstytucyjnego a prawo do poznania tożsamości genetycznej

Własna tożsamość genetyczna jest wartością wysoko cenioną. Prawo do poznania tej

²² Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka (Dz. U. z 1991, Nr 120, poz. 526).

²³ Zob. m.in.: wyrok ETPC z dnia 7 lipca 1989 r., skarga 10454/83 w sprawie Gaskin przeciwko Wielkiej Brytanii; wyrok ETPC z dnia 13 lutego 2003 r., skarga 42326/98 w sprawie Odièvre przeciwko Francji; wyrok ETPC z dnia 7 lutego 2002 r., skarga 53176/99 w sprawie Mikulić przeciwko Chorwacji.

²⁴ Konwencja Organizacji Narodów Zjednoczonych z dnia 20 listopada 1989 r. o prawach dziecka (Dz. U. z 1993, nr 61, poz. 284).

tożsamości wiąże się z poznaniem tożsamości rodziców. Jest to prosta konsekwencja przyjęcia, że każdy człowiek chce wiedzieć, kim jest, od kogo pochodzi, kim byli jego rodzice i dziadkowie. Nie ulega wątpliwości, że prawo do poznania własnej osoby swoje źródło ma w innych wartościach wysoko cenionych przez ustawodawcę. Można ich szukać już w samej Konstytucji, tj. art. 30 (godność człowieka)²⁵, art. 47 (ochrona życia prywatnego oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym) oraz art. 72 (ochrona praw dziecka)²⁶. Brak bowiem w tym zakresie wyraźnej normy konstytucyjnej.

Konstytucyjnej klauzuli generalnej, jaką jest dobro dziecka²⁷, podporządkowane są wszelkie regulacje prawne kształtujące relacje na płaszczyźnie dzieci-rodzice, w szczególności właśnie mechanizmy filiacyjne. Jak słusznie wskazuje Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 kwietnia 2003 r.²⁸, najpełniejsza realizacja zasady dobra dziecka dokonywać się może poprzez zapewnienie możliwości wychowania dziecka w rodzinie naturalnej, tj. poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną²⁹.

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, sytuacją modelową jest tożsamość stanu prawnego z rzeczywistością biologiczną. Wzrastanie dziecka w rozłączeniu od jego rodziców genetycznych nie odzwierciedla więc, co do zasady, w sposób najpełniejszy konstytucyjnej klauzuli dobra dziecka. Odseparowanie dziecka od rodziny biologicznej nie jest sytuacją modelową, którą ustawodawca preferuje. Z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że prymat wychowywania się dziecka w rodzinie naturalnej również nie ma charakteru bezwzględny, co stanowi konsekwencję założenia, że dobro dziecka konkretyzuje się w okolicznościach danej sprawy. W związku z tym, istnieją pewne wartości, które uzasadniać mogą odstępstwo od sytuacji modelowej. I tak, we wspomnianym wyroku TK wskazuje, m.in.:

²⁵ Tak m.in.: L. Stecki, w: Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego (dwugłos), PiP 1990, z. 10., L. Bosek, w: Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości genetycznej, KPP 2008, z. 4, s., 947-984, gdzie autor wskazuje, że prawo do poznania własnej tożsamości biologicznej jest konstytucyjnym prawem osobistym, wywodzonym z treści art. 30 Konstytucji RP oraz art. 72 Konstytucji RP. Za L. Boskiem również M. Szałajko, w: Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki, Rodzina i Prawo 2014, Nr 28, s. 43.

²⁶ Zob. m.in. L. Bosek, *op cit.*

²⁷ W doktrynie i orzecznictwie funkcjonuje wiele propozycji definicji klauzuli „dobra dziecka”, zob. m.in.: W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 25, gdzie autorka podaje: dobro dziecka to zespół wartości (duchowych i materialnych) niezbędnych do zapewnienia dziecku prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego, zob. także: uzasadnienie uchwały SN z dnia 12 czerwca 1992 r., III CZP 48/92, OSNCP 1992, nr 10, poz. 179. Należy w tym miejscu przytoczyć także M. Andrzejewskiego: Swego rodzaju uzupełnieniem tej definicji jest pogląd o nadrzędności „dobra dziecka” nad interesami innych osób, w tym rodziców (...), w: M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej. Dziecko-Rodzina-Państwo*, Kraków 2003, s. 170.

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK Seria A 2003 nr 4, poz. 32.

²⁹ W wyżej wskazanym wyroku TK oceniał sytuację domniemanego ojca dziecka, który nie mógł uznać dziecka z powodu sprzeciwu matki i jednocześnie nie miał prawa do wszczęcia procesu o ustalenie ojcostwa.

bliskość i stabilność relacji rodzinnych, bezpieczeństwo dziecka czy godziwe warunki jego wychowania i rozwoju³⁰. Wartością uzasadniającą omawiany tutaj wyjątek nie powinien być jednak interes rodzica³¹. Innymi słowy, o ile celem zorganizowania dla dziecka innego środowiska lub utrzymania dziecka w innym środowisku niż rodzina naturalna jest jego dobro i o ile właśnie interes dziecka będzie nadrzędny wobec interesu rodziców genetycznych³², o tyle to odstępstwo od modelowej sytuacji znajdzie swoje uzasadnienie aksjologiczne.

Tytułem przykładu należy wskazać, że istnieją mechanizmy znane już prawu rodzinnemu i opiekuńczemu, które prowadzą do ulokowania dziecka w środowisku zupełnie odmiennym od rodziny biologicznej, ale które, jak wyżej wskazano, znajdują swoje uzasadnienie aksjologiczne. Są nimi m.in.: przysposobienie z różnymi jego rodzajami czy system pieczy zastępczej. Po pierwsze, zgodnie z treścią art. 114 § 1 k.r.o., przysposobić można osobę małoletnią tylko dla jej dobra. Gwarantem przysposobienia dla dobra dziecka jest chociażby ciążyący na sądzie obowiązek wysłuchania małoletniego, o czym świadczy treść art. 576 § 2 k.p.c. Celem, jak słusznie wskazuje się w doktrynie, jest przecież ocena relacji dziecka z przysposabiającym, ich stopień bliskości, przywiązania, komunikacji czy wzajemnego zrozumienia³³. Niewątpliwie adopcja jest instrumentem umożliwiającym małżonkom pełnienie funkcji rodzicielskiej, jednakże nie może być ona dokonana, gdy nie przemawia za tym interes adoptowanego dziecka. Co więcej, to właśnie dobro dziecka stanowi kryterium rozstrzygające o tym, czy dziecko w ogóle powinno zostać przysposobione; w drugiej kolejności, jaki rodzaj przysposobienia jest właściwy; następnie, stanowi ono także kryterium doboru rodziców adopcyjnych³⁴. Po drugie, także system pieczy zastępczej opiera się na zasadach dobra dziecka i dobra rodziny, która jest naturalnym środowiskiem rozwoju, co zostało podkreślone w samej już treści Preambuły ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o

³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK ZU nr 4A/2003, poz. 32.

³¹ *Ibidem*. Zob. także: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 kwietnia 2007 r., SK 20/05 OTK ZU nr 4A/2007, poz. 38.

³² Nadrzędność interesu dziecka nad interesem rodziców biologicznych uzasadniam tym, iż sam TK w treści uzasadnienia wyroku z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02 wskazuje: *Zasada dobra dziecka wyrażająca prymat więzi opartych na rzeczywistym pochodzeniu biologicznym wyraża, więc jedynie dominującą tendencję, co nie wyklucza, że w pewnych warunkach i okolicznościach dobro dziecka nie będzie wymagało odwołania się do innych przesłanek kształtowania relacji rodzinnych, w ramach których to właśnie interes dziecka przeważa nad interesem rodziców biologicznych i będzie wymagał ochrony stosunków rodzinnych opartych na istnieniu innego typu więzi niż więź biologiczna (przysposobienie, rodzina zastępcza, ale także ustabilizowane relacje rodzinne, ustalone niezgodnie z prawdą biologiczną, które nie mogą być już prawnie podważone)*, zob. także: uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., III CZP 46/75 (OSN 1976, poz. 184).

³³ Zob. m.in.: K. Gromek, Komentarz do art. 114 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w: K. Gromek (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2016, Legalis 2017.

³⁴ R. Zegadło, Komentarz do art. 114 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w: J. Wierciński, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2014, s. 784.

wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej³⁵.

Prawo rodzinne i opiekuńcze zna więc instrumenty pozwalające na umieszczenie dziecka w środowisku innym niż rodzina naturalna, co stanowi istotne odstępstwo od sytuacji modelowej preferowanej przez ustawodawcę. Instrumenty te staną się konieczne i w pełni skuteczne tylko wtedy, gdy wymaga tego ochrona interesu dziecka, który to interes powinien być zawsze nadrzędny wobec interesu rodziców biologicznych w razie ich konfliktu. Wobec powyższego wydaje się słuszne twierdzenie, że rozwiązanie legislacyjne, w którym ustawodawca instytucjonalizuje procedurę leczenia niepłodności polegającą na skorzystaniu przez parę małżonków lub konkubentów z anonimowego materiału genetycznego, stoi w sprzeczności z dotychczasowym dorobkiem konstytucyjnym. Należy oczywiście zgodzić się z tym, że rozszerzenie metod medycznie wspomaganey prokreacji o zapłodnienie heterologiczne i dawstwo zarodka powodowane jest ochroną innej wartości konstytucyjnej a mianowicie ochroną zdrowia rodzicielskiego. Ponadto należy zgodzić się z tym, że anonimowe dawstwo także wpisuje się w ochronę kolejnej wartości konstytucyjnej, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego zarówno dawców³⁶, jak i prawa do poszanowania życia rodzinnego osób niepłodnych starających się o potomstwo, które *de facto* nawiązą więź filiacyjną z w ten sposób urodzonym dzieckiem. Jednocześnie jednak należy zauważyć, że ustawodawca absolutyzuje interes osób uczestniczących we wspomnianych procedurach (anonimowi dawcy oraz osoby starające się o potomstwo) kosztem dobra dziecka przejawiającego się w interesie poznania prawdy o swoim pochodzeniu. Zgodnie z dorobkiem konstytucyjnym zadaniem ustawodawcy jest wyważenie wszystkich konkurujących ze sobą dóbr³⁷.

Dla wzmocnienia argumentacji na rzecz wyraźnego przyznania prawa do poznania tożsamości biologicznej należy przytoczyć w tym miejscu także stanowisko Trybunału

³⁵ Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o pieczy zastępczej (tj.: Dz. U. z 2016 poz. 575). Zob. też art. 4 tej ustawy, gdzie ustawodawca umieszcza dyrektywę, zgodnie z którą przy jej stosowaniu przepisów ustawy należy każdorazowo uwzględnić prawo dziecka do wychowania w rodzinie. Dopiero bowiem w sytuacji konieczności wychowywania dziecka poza rodziną dziecko ma prawo do wychowywania i opieki w rodzinnych formach pieczy zastępczej, ale tylko jeśli jest to zgodne z jego dobrem. Nawet w sytuacji umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej należy mieć na względzie jego prawo do dostępu do informacji dotyczących jego pochodzenia. O prawie dziecka do dostępu do informacji dotyczących jego pochodzenia mowa w treści art. 4 pkt 11 ustawy. W doktrynie przyjmuje się, że są to informacje dotyczące jego rodziców biologicznych, rodzeństwa czy miejsca wcześniejszego zamieszkania. Na ten temat K. Tryniszewska, Komentarz do art. 4 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, w: Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz, Warszawa 2015, s. 43.

³⁶ W doktrynie argument ten podkreślają m.in.: J. Winiarz i J. Gajda, w: *op. cit.*, s. 77: Nie można także z góry wykluczyć negatywnych następstw dla dawcy nasienia i ewentualnie założonej przez niego rodziny.

³⁷ Zob. wyrok TK z dnia 16 lipca 2007 r., SK 61/06, OTK ZU nr 7A/2007, poz. 77.

Konstytucyjnego wyrażone w kolejnym wyroku z dnia 12 listopada 2002 roku³⁸. TK stanął tu na stanowisku, że stan prawny ujawniony w treści aktu stanu cywilnego powinien, co do zasady, stanowić konsekwencję stanu faktycznego, a więc istniejących rzeczywiście więzi biologicznych pomiędzy określonymi osobami. Dalej TK wskazał jednak, że pełna zgodność stanu prawnego ze stanem rzeczywistym, choć jest istotnym postulatem, to jednak nie zawsze możliwym do osiągnięcia. Co więcej, wskazał, że prawnie ukształtowane więzi rodzinne nie tracą znaczenia prawnego z chwilą ustalenia w odpowiednim postępowaniu, że są niezgodne ze stanem rzeczywistym³⁹. Skoro znaczenie prawne ma umieszczona w akcie urodzenia w formie wzmianki dodatkowej informacja o ojcu, którego ojcostwu skutecznie zaprzeczono, to tym bardziej znaczenie prawne powinna mieć informacja o ojcu biologicznym.

3.3. Prawo do poznania tożsamości genetycznej w ustawodawstwie zwykłym

Uzasadnienia dla realizacji prawa do poznania własnego pochodzenia można upatrywać także w przepisach Kodeksu cywilnego odnoszących się do dóbr osobistych⁴⁰. Katalog dóbr osobistych z art. 23 k.c. ma charakter otwarty.

Argumentem natury prawnej przemawiającym za przyznaniem dzieciom urodzonym wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganey prokreacji prawa do poznania swojego pochodzenia genetycznego, a więc i własnej tożsamości genetycznej, jest sytuacja dzieci przysposobionych⁴¹, którym prawodawca wyraźnie takie prawo przyznaje, stwarzając ku jego realizacji stosowne instrumenty, tj. w przypadku przysposobienia pełnego – art. 72 p.a.s.c., przysposobienia niepełnego – art. 75 ust. 1 p.a.s.c. oraz przysposobienia całkowitego – art. 71 p.a.s.c. w zw. z art. 73 ust. 1 i ust. 3 p.a.s.c. Ściślej, obecnie obowiązujące regulacje aktów stanu cywilnego korespondujące z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczącymi przysposobienia umożliwiają osobie adoptowanej dostęp do wiedzy o swoich rodzicach biologicznych.

Z najdalej idącym utajnieniem adopcji wiąże się przysposobienie całkowite. W tym przypadku sporządza się nowy akt urodzenia, a jako rodziców biologicznych wskazuje się

³⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 listopada 2002 r., SK 40/01, OTK ZU nr 6A/2002, poz. 81.

³⁹ Stan faktyczny stanowiący przedmiot analizy TK dotyczył wniosku o sprostowanie aktu urodzenia dziecka skarżącego poprzez wykreślenie wszelkich wpisów dotyczących ojcostwa innego mężczyzny, po tym jak sądownie obalone zostało domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa matki z innym mężczyzną niż skarżący.

⁴⁰ Zob.: T. Sokołowski, Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganey prokreacji do poznania swojego pochodzenia, w: J. Haberko (red.), M. Łączkowska (red.), Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji, Poznań 2005, s. 131-136.

⁴¹ Zob. min.: K. Szczucki, Prawo dziecka poczętego metodą in vitro do poznania własnej tożsamości biologicznej, w: L. Bosek (red.), M. Królikowski (red.), Współczesne wyzwania biomedyczne, Warszawa 2010, s. 194-197.

rodziców adopcyjnych, o czym stanowi art. 48 ust. 1 p.a.s.c. Jednakże, zgodnie z treścią 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. Mowa w tym przepisie o uprawnieniu przysposobionego całkowicie do zapoznania się z dotychczasowym aktem urodzenia, a więc aktem innym niż ten, który sporządza się wskutek przysposobienia całkowitego, a w którym to akcie, zgodnie z treścią art. 60 p.a.s.c., widnieją informacje dotyczące „prawdziwych” rodziców genetycznych. Ustawodawca uchylił więc tajemnicę przysposobienia w odniesieniu do osób pełnoletnich, które samodzielnie zdecydować mogą, czy wiedza ta jest im potrzebna czy też nie.

Naszym zdaniem nie ma uzasadnienia, by położenie dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur leczenia niepłodności różniło się od dzieci przysposobionych⁴². Rozwiązanie odmienne, tj. takie, które ustawodawca proponuje w obecnym kształcie u.l.n., stoi w sprzeczności z konstytucyjną zasadą równości⁴³, tj. nakazem jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii)⁴⁴. Tą relewantną cechą uzasadniającą równe traktowanie jest, w naszej ocenie, oddzielenie dziecka od rodziny biologicznie tożsamej ze wszelkimi tego prawnymi konsekwencjami, również w zakresie

⁴² Warto podkreślić, że stanowisko takie zajmują także przedstawiciele doktryny przeciwni przyznaniu dzieciom urodzonym wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganey prokreacji prawa do poznania tożsamości genetycznej. Zob. m.in.: J. Winiarz, J. Gajda, w: *op. cit.*, s. 76, gdzie autorzy wskazują: *ich położenie (położenie dzieci urodzonych wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganey prokreacji) nie różni się bowiem od sytuacji dzieci, w odniesieniu do których sąd orzekł przysposobienie całkowite*. Tak też L. Stecki, w: *op. cit.*, s. 67, gdzie autor wskazuje: *Odmawiając mu tego prawa (dziecku urodzonemu wskutek zastosowania procedur medycznie wspomaganey prokreacji prawa do poznania swego pochodzenia genetycznego) popadamy ponadto w sprzeczność z zasadą równości wszystkich dzieci. Regułą jest już dziś możliwość ustalenia ojcostwa dziecka urodzonego w warunkach naturalnych. Taką samą regułą powinno być ustalenie macierzyństwa. Różnicowanie prowadziłoby do rażącego pokrzywdzenia dzieci, które urodziły się w następstwie sztucznej prokreacji. Stanowiłyby one jedyną grupę ludzi, którzy nie mogliby nigdy uzyskać wiedzy o tym, kto był ich rodzicem genetycznym*. Tak też: M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 295: *Rozważania poświęcone kwestii tajemnicy przysposobienia mogą być potraktowane jako pewien punkt odniesienia dla problemów wyłaniających się na tle sztucznej prokreacji w związku z interesem osobistym dziecka poznania własnej tożsamości biologicznej. Merytoryczne dylematy wynikające z posłużenia się „fikcją” stanu cywilnego są w tych wypadkach istotnie bardzo podobne*, choć autor ten jednocześnie podkreśla zasadniczy charakter różnic o podłożu formalnym. Tak też: L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, KPP 2008, z. 4, s. 981, gdzie wskazuje: *Nie mogą ostać się de lege lata oceny, że skoro utrzymuje się tajemnicę przysposobienia, to utrzymać należy bezwzględną tajemnicę dawstwa*. Tak też: K. Szczucki, *op. cit.*

⁴³ Szerzej o konstytucyjnej zasadzie równości: L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Obywatel – jego wolność i prawa*, Warszawa 1998, zob. także: wyrok TK z dnia 18 stycznia 2007 r. (K 17/99) i in.

⁴⁴ J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 571.

prawa alimentacyjnego oraz spadkowego⁴⁵. Nie zachodzi także przesłanka uzasadniająca odstępstwo od równego traktowania podmiotów charakteryzujących się wspólną cechą, bowiem waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć (anonimowość dawstwa materiału genetycznego), nie pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzenia zróżnicowania (prawo do poznania prawdy o swoim pochodzeniu)⁴⁶.

3.4. Prawo do poznania tożsamości genetycznej w u.l.n.

Ustawodawca w treści art. 38 ust. 2 u.l.n. umożliwia osobie urodzonej wskutek zastosowania medycznie wspomagannej prokreacji w ramach dawstwa innego niż partnerskie oraz dawstwa zarodka, po osiągnięciu przez nią pełnoletności dostęp do danych określonych w treści art. 37 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 u.l.n., a zamieszczanych w specjalnym rejestrze, którego administratorem jest minister właściwy do spraw zdrowia. Danymi tymi są: rok i miejsca urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka oraz informacja na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka, tj. wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub dawców zarodka przed utworzeniem zarodka. Należy dodać, że osobą, która może uzyskać dostęp do informacji określonych w art. 37 ust. 2 pkt 3 u.l.n., jest także przedstawiciel ustawowy w ten sposób urodzonego dziecka, ale tylko wtedy, gdy informacje te mogą przyczynić się do uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia tego dziecka. Po pierwsze, należy zauważyć, że w katalogu informacji udostępnianych osobom upoważnionym brak danych umożliwiających identyfikację dawców materiału genetycznego⁴⁷. W konsekwencji osoba urodzona w ten sposób nie pozna imienia i nazwiska swoich biologicznych rodziców. Po drugie, co gorsze, osoba ta została także pozbawiona dostępu do innych informacji niezbędnych m.in. do prawidłowego postawienia diagnozy ewentualnych przyszłych chorób, np. danych dotyczących genotypu rodzica biologicznego, a także danych fenotypowych. Informacje, o których mowa w treści art. 37 ust. 2 pkt 3 u.l.n.

⁴⁵ Sytuacja dziecka urodzonego wskutek zastosowania procedury medycznie wspomagannej prokreacji w ramach dawstwa innego niż partnerskie lub dawstwa zarodka jest istotnie zbliżona do sytuacji dziecka przysposobionego w sposób całkowity. W obu przypadkach, między dziećmi a rodzicami niebiologicznymi nawiązują się takie relacje, jak między naturalnymi rodzicami a ich potomstwem.

⁴⁶ Zob.: J. Oniszczyk, *op. cit.*

⁴⁷ Rozwiązanie to spotkało się zarówno z aprobatą (zob. m.in.: E. Zielińska, Opinia na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności z dnia 21 maja 2015 r., w: Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 4(48), s. 190), jak i z krytyką (zob. m.in.: Opinia Ordo Iuris w sprawie projektu ustawy o leczeniu niepłodności, opinia dostępna na stronie internetowej: <http://www.ordoiuris.pl/ochrona-zycia/opinia-ordo-iuris-w-sprawie-projektu-ustawy-o-leczeniu-nieplodnosci> [data dostępu: 06.02.2017]).

są niedostatecznie sprecyzowane.

Tak wąsko zakreślone granice informacji udostępnianej osobie upoważnionej nakazują przyjąć, że ustawodawca nie zapewnia realizacji prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej jako prawa do informacji w zakresie genomu dawcy ani tym bardziej prawa do poznania tożsamości dawców gamet jako prawa do informacji w zakresie danych identyfikujących dawcę⁴⁸.

Prawa do poznania tożsamości genetycznej nie należy jednak wiązać z uprawnieniem dziecka do zmiany ukształtowanego już stanu cywilnego. Przyjęcie odmiennej koncepcji legislacyjnej mogłoby spotkać się z zarzutem niekonstytucyjności, tj. zakazem dowolnej zmiany raz ustalonego stanu cywilnego dziecka, którego źródłem jest m.in. ochrona praw dziecka⁴⁹. Ustawodawca w u.l.n. wprowadza odpowiednie mechanizmy filiacyjne dostosowane do każdego wariantu leczenia niepłodności, tj. art. 62 k.r.o., art. 75¹ k.r.o., art. 81¹ k.r.o., art. 85 § 1 k.r.o.⁵⁰ Rozwiązania te należy ocenić na ogół⁵¹ pozytywnie, bowiem ich motywem jest ochrona interesów dziecka, któremu w ten sposób zapewnia się stabilną sytuację prawno-rodzinną⁵². Jak słusznie jednak wskazuje J. Lipski, rozwiązania o charakterze formalnym dotyczące ojcostwa i macierzyństwa nie rozwiązują jednak wszystkich skutków biologicznego pochodzenia człowieka⁵³. Istnieją bowiem sytuacje uzasadniające poznanie pochodzenia zgodnie z rzeczywistością biologiczną, o czym częściowo powyżej. Jak słusznie wskazuje A. Dyoniak, sytuacje te mogą być rozwiązane przy

⁴⁸ Rozróżnienie prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej od prawa do poznania tożsamości dawców gamet zaproponował J. Lipski, w: *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 4(48), s. 150; opinia dostępna na stronie internetowej pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/\\$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf) [dostęp: 05.02.2017].

⁴⁹ Wyrok TK z dnia 61/06, w którym TK *expressis verbis* wskazuje: *Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że „w polskim prawie rodzinnym nie respektuje się bezwzględnie prawa filiacji ojca biologicznego. Mimo że zakłada się zgodność stanu prawnego i tzw. prawdy biologicznej, nie istnieje bezwzględny obowiązek respektowania zarówno przez ustawodawcę, jak i organy stosujące prawo, więzi biologicznej między prawnym ojcem a dzieckiem przejawiający się np. koniecznością każdorazowo ingerencji w istniejące stosunki rodzinne w razie twierdzenia, iż kto inny jest ojcem biologicznym. (...) Eliminowanie z systemu prawnego możliwości ustalenia więzi rodzinnej zgodnie z rzeczywistością biologiczną musi jednak zawsze znajdować swoje uzasadnienie w innych wartościach konstytucyjnych”*

⁵⁰ Zob. szerzej: J. Haberko, *Ustawa...*, s. 406-418.

⁵¹ Zob. jednak J. Haberko, *Uznanie ojcostwa w świetle projektowanego art. 75¹ k.r.o.*, *Metryka* 2015, nr 1, s. 175-194.

⁵² Tak też: M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 55.

⁵³ J. Lipski, *op. cit.*, opinia dostępna na stronie internetowej pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/\\$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/wydbas.nsf/0/463FAF08D61CDE38C1257F7A004B281A/$File/Strony%20od%20ZP_4_2015-11_Jan%20Lipski.pdf) [dostęp: 05.02.2017].

wykorzystaniu konstrukcji prawa dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego⁵⁴.

4. Wnioski końcowe

Przyjęte rozwiązanie legislacyjne gwarantuje silną ochronę jednej wartości konstytucyjnej kosztem drugiej wartości konstytucyjnej, tj. prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego dawców i osób przystępujących do leczenia metodami medycznie wspomaganą prokreacji⁵⁵ kosztem interesu dziecka. Są oczywiście głosy aprobujące ochronę anonimowości przez wzgląd na dobro dziecka. Istotny w tym zakresie może być dorobek zwolenników tajemnicy adopcji⁵⁶. Nie można jednak przejść obojętnie wobec zgłaszanych w doktrynie korzyści wynikających z ujawnienia informacji dotyczących pochodzenia biologicznego, np. możliwości zbudowania w ten sposób wzajemnego zaufania i przyjaźni między rodzicami a dziećmi⁵⁷. Wobec tego ustawodawca nie powinien też z góry przesądzać o tym, że w każdych okolicznościach brak wiedzy na temat pochodzenia genetycznego będzie ten interes odzwierciedlał⁵⁸. Co więcej, należy twierdzić, że to właśnie z konstytucyjnej gwarancji ochrony praw dziecka wywodzi się imperatyw ochrony prawa dziecka do własnej tożsamości biologicznej, w tym do jej poznania⁵⁹. Należy się zgodzić z poglądem

⁵⁴ A. Dyoniak, Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice-dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji, w: T. Smyczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, Poznań 1996, s. 159.

⁵⁵ Mowa o dawstwie innym niż partnerskie, tj. zapłodnieniu heterologicznym, oraz dawstwie zarodka.

⁵⁶ Zob. m.in.: S. Piechocki, *Przysposobienie dziecka*, Warszawa 1983, s. 56 i s. 67, gdzie autor podkreśla, że tajemnica przysposobienia chroni biologiczny i psychologiczny instynkt dziecka do życia w rodzinie.

⁵⁷ Zob. m.in.: A. Ładyżyński, O tajemnicy adopcji, *Problemy Rodziny* 1996, nr 3, s. 20. Autor podaje: *dzieci – zarówno te z rodzin naturalnych jak i adopcyjnych – poinformowane w porę o fakcie swego pochodzenia żyją w atmosferze prawdy. To natomiast tworzy specyficzny, wychowawczo bardzo korzystny klimat zaufania i przyjaźni – niezbędny w każdej rodzinie*. Zob. także: E. Holewińska-Łapińska, *Poglądy pracowników ośrodków adopcyjno-opiekuńczych na temat tajemnicy przysposobienia*, *Rodzina i Prawo* 2006, nr 3.

⁵⁸ Zob. m.in.: L. Stecki w: *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego* (dwugłos), *PiP* 1990, z. 10, s. 67, gdzie autor wskazuje: *Powszechnie akcentuje się dobro dziecka. Jest to postawa godna poparcia, ale trudno byłoby zrozumieć, gdybyśmy ją inaczej pojmowali w odniesieniu do dziecka urodzonego w następstwie sztucznej prokreacji. Dobra dziecka nie można upatrywać w zatajaniu przed nim prawdziwego pochodzenia genetycznego. (...) Inne rozwiązanie nie da się pogodzić z dobrem tego dziecka*. Należy mieć oczywiście na uwadze zdania odrębne. Zob. m.in.: J. Winiarz, J. Gajda, w: L. Stecki, J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego* (dwugłos), *PiP* 1990, z. 10, s. 75-79. Autorów nie przekonuje hipoteza, że wiedza o swym pochodzeniu genetycznym sprzyja prawidłowemu rozwojowi osobowości dziecka. Ponadto, autorzy podkreślają, że dziecko nie ma żadnego interesu w tym, by dochodzić swojego pochodzenia genetycznego.

⁵⁹ Wyrok TK z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, w którym TK z treści art. 72 ust. 1 Konstytucji RP bezpośrednio wywodzi imperatyw ochrony interesów niemajątkowych dziecka, *Expressis verbis* wskazuje przy tym, że jednym z tych interesów niemajątkowych jest prawo dziecka do własnej tożsamości biologicznej. Takie stanowisko TK jest spójne z głosami praktyków współpracujących z różnymi ośrodkami adopcyjno-opiekuńczymi, którzy podkreślają zalety jawności adopcji, a przede wszystkim jej pozytywny wpływ zarówno na rozwój dziecka, jak i relacji przysposobionych z przysposabiającymi, opierających się na prawdzie i uczciwości. Zob. m.in.: R. Giryńska, *Problemy jawności adopcji*, w: K. Ostrowska, E. Milewska (red.), *Adopcja. Teoria i praktyka*, Warszawa 1999, s. 161-169, gdzie autorka wyraźnie wskazuje: *Ośrodek nasz (Ośrodek Adopcyjno-Opiekuńczy Towarzystwa Przyjaciół Dzieci w Warszawie) stoi na stanowisku pełnej*

prezentowanym w orzecznictwie, że prawo do poznania własnego pochodzenia genetycznego, nawet implikujące identyfikację dawcy, wydaje się być silniejszą wartością niż „dobrostan” czy „dobre samopoczucie” rodziców⁶⁰.

W imię spójności systemu prawnego i zasady równości należy postulować rozszerzenie zakresu informacji dostępnej osobie urodzonej wskutek zastosowania metod medycznie wspomaganey prokreacji o dane umożliwiające identyfikację dawców materiału genetycznego tak jak przewiduje to ustawodawca w przypadku przysposobienia.

jawności adopcji i uważa, że wczesne poinformowanie dziecka o jego pochodzeniu stwarza klimat zaufania i głębszą więź emocjonalną. Sprzyja to integracji i otwartości w życiu rodziny adopcyjnej (...). Dalej: ośrodek nasz od kilku lat prowadzi grupę wsparcia dla rodzin adopcyjnych i zastępczych i uważa za celowe stworzenie grupy dla dorosłych adoptowanych poszukujących swych korzeni.

⁶⁰ Opinia SN z dnia 13 maja 2015 r. do rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności (Druk Sejmu RP VII kadencji nr 3245); treść opinii dostępna na stronie internetowej pod adresem: http://www.ordoiuris.pl/pliki/dokumenty/sn_ivf.pdf [data dostępu: 06.02.2017].