

Ochrona prawna zdolności do życia zarodka w ustawie o leczeniu niepłodności z uwzględnieniem dorobku konstytucyjnego

Wstęp

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (dalej: ustawa)¹ jest reakcją ustawodawcy na medyczny i społeczny problem niepłodności, który dotyka coraz więcej par starających się o potomstwo. Materia ostatecznie uregulowana w ustawie była przedmiotem wielu debat politycznych toczonych już w poprzednich kadencjach Sejmu, które owocowały wieloma projektami aktów prawnych². Drugą i równie fundamentalną przyczyną wprowadzenia w życie tej ustawy są osiągnięcia współczesnych technik inżynierii genetycznej umożliwiające utworzenie ludzkiego embrionu w warunkach pozaustrojowych. Tematem niniejszego artykułu jest ocena, na ile i czy w ogóle

¹ Dz.U. poz. 1087.

² Zob. m.in.: projekt ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianach innych ustaw z dnia 28 sierpnia 2009 r. (druk sejmowy nr 3467); projekt ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek tkanek i narządów z dnia 1 grudnia 2011 r. (druk sejmowy nr 608); projekt ustawy o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (druk sejmowy nr 607).

prawodawca w przedmiotowej ustawie zapewnia ochronę prawną zdolności do życia zarodka.

Niepłodność została zdefiniowana przez Światową Organizację Zdrowia jako niemożność zajścia w ciążę pomimo regularnego współżycia płciowego (3-4 razy w tygodniu), utrzymywanego powyżej dwunastu miesięcy, bez stosowania jakichkolwiek środków zapobiegawczych³. W piśmiennictwie odnoszącym się do zdrowia rozrodczego istnieją rozbieżne poglądy co do powyższej definicji niepłodności. Przede wszystkim nieobce są zarówno stanowiska, według których niepłodność nie jest chorobą⁴, jak i stanowiska odmienne⁵. Polski ustawodawca w treści ustawy przychylił się ku drugiemu z wyżej wymienionych stanowisk, uznając tym samym, że niepłodność jest chorobą⁶ wymagającą leczenia. Wskazał to już w samym tytule ustawy, podkreślając, że jej leczenie wymaga interwencji ustawodawczej. Choroba ta dotyka coraz większej liczby osób starających się o dziecko. W treści Uzasadnienia ustawy posłużono się danymi Światowej Organizacji Zdrowia, z których wynika, że niepłodność dotyczy ok. 60-80 mln par na świecie, zaś w krajach wysoko rozwiniętych dotyczy ona ok. 10-15% par w wieku rozrodczym. Dane te odniesiono do polskich realiów. W Uzasadnieniu brak jednak w tym zakresie precyzji. W jego części pierwszej wskazano, że w Polsce leczenie metodą zapłodnienia pozaustrojowego wymaga ok. 15 tys. par⁷. Jednak dalej posłużono się zgoła innymi wskaźnikami, tj. określono, iż leczenia niepłodności metodą medycznie wspomaganego rozrodu

³ C. Łepecka-Klusek, A.B. Pilewska-Kozak, G. Jakiel, *Niepłodność w świetle definicji choroby podanej przez WHO*, <https://www.google.pl/?gws_rd=ssl#q=Niep%C5%82odno%C5%9B%C4%87+w+%C5%9Bwielte+definicji+choroby+podanej+przez+WHO> [dostęp: 17.01.2016].

⁴ M. Uszyński, *Propedeutyka medycyny klinicznej i zdrowia publicznego*, Bydgoszcz 2001.

⁵ C. Łepecka-Klusek, A.B. Pilewska-Kozak, G. Jakiel, op. cit.

⁶ Zarówno niepłodność męska (N46), jak i niepłodność kobieca (N97) znalazły się w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*) opracowanej przez Światową Organizację Zdrowia.

⁷ Treść uzasadnienia ustawy, s. 1, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/1A86D4AD4E83BE46C1257E0C0040423A/%24File/3245.pdf>> [dostęp: 17.01.2016].

wymaga 0,2%-0,5% spośród 1,2-1,3 mln par dotkniętych niepłodnością, tj. 2400-6500 par, czyli 4800-13 000 osób (nie par)⁸. Dysproporcja w powyższych danych przedstawiona w treści uzasadnienia jest rażąca i zdecydowanie wymaga sprostowania.

Uznanie niepłodności za chorobę, a procedurę zapłodnienia pozaustrojowego za jedną z metod jej leczenia ma doniosłą konsekwencję. Oznacza to, że prawo do leczenia niepłodności musi być postrzegane jako element konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia⁹, o którym mowa w treści art. 68 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: Konstytucja RP)¹⁰. Podmioty niemogące spłodzić potomstwa domagać się będą leczenia¹¹. Z drugiej strony, nie sposób nie zauważyć, że ostatecznym celem medycznie wspomaganego rozrodu jest powołanie do życia człowieka. Procedura zapłodnienia pozaustrojowego winna więc przebiegać z poszanowaniem ludzkiego życia, co znajduje odzwierciedlenie w treści art. 38 Konstytucji RP. Nierzadko wartości te pozostają ze sobą sprzeczne. Chęć wyleczenia choroby poprzez urodzenie dziecka może być na tyle silna, że cel zacznie uświęcać środki. Całkowity zakaz zapłodnienia pozaustrojowego ze względu na prawną ochronę życia mógłby z kolei stanowić istotne ograniczenie konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia. Zgodnie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w treści art. 31 ust. 1 Konstytucji RP żadna z konstytucyjnie chronionych wartości nie powinna być ani absolutyzowana, ani marginalizowana. Ustawowa regulacja

⁸ Ibidem, s. 77.

⁹ W. Brzozowski, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zakazie zapłodnienia pozaustrojowego i manipulacji ludzką informacją genetyczną oraz projektu ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz zmianie niektórych innych ustaw*, <https://www.researchgate.net/publication/278784225_Opinia_w_sprawie_projektow_ustaw_o_zakazie_zaplodnienia_pozaustrojowego_i_manipulacji_ludzka_informacja_genetyczna> [dostęp: 17.01.2016].

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹¹ 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 1, s. 72; na temat prawa do posiadania dziecka zob. szerzej: M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?*, [w:] J. Haberko, M. Łączkowska (red.), *Prawne, medyczne i aksjologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, Poznań 2005, s. 70.

zapłodnienia pozaustrojowego powinna być owocem pewnego kompromisu uwzględniającego w możliwie najwyższym stopniu każdą z nich¹².

Zapłodnienie pozaustrojowe jako szczególny rodzaj medycznie wspomaganego rozrodu nie jest jedyną metodą leczenia niepłodności. Ustawa w treści art. 5 ust. 1 wskazuje również inne sposoby jej leczenia: poradnictwo medyczne, diagnozowanie przyczyn niepłodności, zachowawcze leczenie farmakologiczne, leczenie chirurgiczne oraz zabezpieczenie płodności na przyszłość. Wśród nich znalazły się również działania prewencyjne, których celem jest szerzenie wiedzy na temat płodności, a także ochrony i promocji zdrowia rodzycznego¹³. Szeroki wachlarz możliwości wskazany przez ustawodawcę umożliwia dostosowanie metody leczenia do etapu zaawansowania choroby oraz potrzeb indywidualnie oznaczonej pary. Co więcej, dostępność leczenia niepłodności w drodze procedury zapłodnienia pozaustrojowego ograniczona jest dwiema ustawowymi przesłankami. Po pierwsze, może być ona podejmowana dopiero po wyczerpaniu innych metod leczenia niepłodności. Po drugie, metody te były stosowane przez okres nie krótszy niż dwanaście miesięcy. Dopiero kumulatywne spełnienie obu przesłanek otwiera drogę do skorzystania z zapłodnienia pozaustrojowego. W związku z tym najwcześniej osoby starające się o dziecko będą mogły przystąpić do tej procedury po blisko roku regularnego współżycia, korzystania z innych metod leczenia niepłodności i braku ciąży. Należy twierdzić, że jest to rozwiązanie słuszne, ograniczające dostępność procedury zapłodnienia pozaustrojowego do przypadków najbardziej potrzebujących par. To legislacyjne rozwiązanie jest efektem wyważenia dwóch konstytucyjnie chronionych wartości.

Zakres podmiotowy korzystania z procedury zapłodnienia pozaustrojowego jest szeroki. Z procedury tej skorzystać mogą zarówno

¹² J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 28.

¹³ W zakresie ochrony i promocji zdrowia rodzycznego mieszczą się m.in.: edukacja w zakresie stylu życia chroniącego potencjał rozrodczy człowieka i zwiększającego szanse urodzenia zdrowego dziecka oraz celowości opieki prekoncepcyjnej.

osoby pozostające w związku małżeńskim, jak i osoby pozostające we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem tych osób¹⁴. Osobami, które nie mogą poddać się leczeniu niepłodności w drodze metod medycznie wspomaganego rozrodu, są jedynie osoby samotne¹⁵ oraz osoby pozostające w związkach homoseksualnych. W ramach związku małżeńskiego oraz konkubinatów ustawodawca dopuszcza dwa rodzaje dawstwa, tj. dawstwo partnerskie¹⁶ oraz dawstwo inne niż partnerskie¹⁷. Leczenie niepłodności jest zatem możliwe, gdy: choroba dotyczy tylko jednego małżonka, obojga małżonków, jednego konkubenta lub każdego z konkubentów. Należy podkreślić, że ustawodawca nie uzależnia rozpoczęcia procedury medycznie wspomaganego rozrodu od pobrania komórek rozrodczych jedynie w ramach dawstwa partnerskiego, a więc zapłodnienia homologicznego. Prawodawca idzie krok dalej i umożliwia leczenie niepłodności z wykorzystaniem komórek rozrodczych pobranych od anonimowych dawców. Wyróżnić więc można następujące warianty leczenia: każdy z małżonków jest dawcą komórki rozrodczej (dawstwo partnerskie w ramach związku małżeńskiego); jeden z małżonków jest dawcą komórki rozrodczej, druga komórka rozrodcza pobierana jest od anonimowego dawcy lub dawczyni (dawstwo inne niż partnerskie w ramach związku małżeńskiego); żaden z małżonków nie jest dawcą komórki rozrodczej, obie komórki rozrodcze pobierane są od anonimowych dawców. Te same możliwości leczenia odnieść należy do związków konkubenckich. Ustawodawca, dopuszczając

¹⁴ Oświadczenie osób pozostających we wspólnym pożyciu jest warunkiem koniecznym rozpoczęcia procedury medycznie wspomaganego rozrodu.

¹⁵ Wyjątek od powyższej zasady może stanowić sytuacja wykorzystania istniejącego zarodka *post mortem* przez kobietę owdowiałą po mężu (lub osamotnioną po śmierci partnera), który przed śmiercią wyraził zgodę na implantację zarodka. Implantację zarodka *post mortem* dopuszcza art. 33 ustawy, jednak tylko w ramach dawstwa partnerskiego.

¹⁶ Dawstwo partnerskie, inaczej homologiczne, tj. dawstwo, w przypadku którego oboje małżonkowie lub oboje konkubenci są dawcami komórek rozrodczych.

¹⁷ Dawstwo inne niż partnerskie, inaczej heterologiczne, tj. dawstwo, w przypadku którego tylko jeden małżonek lub tylko jeden konkubent jest dawcą komórki rozrodczej. Druga komórka rozrodcza pochodzić będzie od anonimowego dawcy.

powyższe warianty leczenia niepłodności, zwiększa powszechność tego świadczenia zdrowotnego.

1. Ochrona prawna życia w dorobku konstytucyjnym

Ochrona życia ludzkiego określona w treści art. 38 Konstytucji RP jest podstawowym zadaniem systemu prawnego. W polskiej kulturze prawnej życie ludzkie pojmowane jest jako wartość najwyższa, bowiem jest ono warunkiem *sine qua non* wszelkich innych praw i wolności. Ustawa zasadnicza nakłada na prawodawcę obowiązek tworzenia takiego prawa, które będzie konkretyzacją powyższego założenia, a więc prawa, które wyposaży organy państwowe w kompetencje do podejmowania działań eliminujących bądź przynajmniej minimalizujących wszelkie zagrożenia życia¹⁸. Ochrona życia rozumiana jest w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (TK) jako ochrona biologicznej egzystencji człowieka¹⁹. Trudności rodzi ustalenie, od kiedy rozpoczyna się ochrona prawna życia. Możliwe są m.in. następujące warianty: od narodzin dziecka, od zagnieżdżenia się płodu w organizmie kobiety, od zapłodnienia. Istota tego problemu sprowadza się właściwie do pytania o początek ludzkiego życia. Najwcześniejszym momentem z wyżej wymienionych etapów jest zapłodnienie. Dopiero jednoznaczne wykluczenie zapłodnienia jako początku ludzkiego życia pozwoli poddać analizie kolejny z tych etapów.

Zarodkiem, zgodnie z treścią art. 2 ust. 1 pkt 28 ustawy, jest grupa komórek powstała wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy²⁰. Zarodek jest efektem zapłodnienia. Zgodnie

¹⁸ B. Banaszak, *Komentarz do art. 38 Konstytucji RP*, [w:] idem, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 257.

¹⁹ Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03, Legalis nr 60760.

²⁰ Definiowanie zarodka jako grupy komórek świadczy o jego legislacyjnym uprzedmiotowieniu. We wcześniejszych projektach ustaw, m.in. w Projekcie ustawy o ochronie

bowiem z definicją słownikową zapłodnienie to połączenie się komórki jajowej z plemnikiem w jedną komórkę stanowiącą zawiązek nowego organizmu²¹. Podobna definicja jest stosowana w naukach medycznych. Zapłodnienie to połączenie gamety męskiej (plemnika) z gametą żeńską (komórką jajową) uwolnioną z jajnika w procesie owulacji. Zapłodnienie następuje zwykle w bańce jajowodu²². Definicja ta nie precyzuje sposobu zapłodnienia, odnosi się natomiast do środowiska, w jakim miałyby mieć ono miejsce. Zwrot „zwykle” może wszakże świadczyć o tym, że bańka jajowodu to jedynie egzemplifikacja miejsca, w którym dochodzi do zapłodnienia. Miejsce to nie jest jednak wiążące dla tej definicji. Istnieją różne kryteria uznania istoty ludzkiej za człowieka, m.in. kryterium położnicze, fizjologiczne, fizyczne, rozwojowe czy wreszcie kryterium genetyczne²³. Na szczególną uwagę zasługują również tzw. argumenty z ciągłości rozwojowej oraz argument genetyczny²⁴. Pierwszy z nich wskazuje, że etapy rozwoju ludzkiego zazębiają się, ale nie można wskazać wyraźnego przejścia pomiędzy nimi²⁵. Zapłodnienie komórki jajowej jest pierwszym

genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2012 r., posługiwano się pojęciem „embrión”, który definiowano jako ludzki organizm powstały w chwili połączenia gamety męskiej i żeńskiej. Nomenklatura proponowana przez projektodawców tej ustawy wydaje się bardziej trafna. Wskazuje ona, że embriónowi (zarodkowi) przysługuje atrybut człowieczeństwa, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/AE4E777E0FBE7940C1257B170039FF7B/%24File/1107.pdf>> [dostęp: 17.01.2016].

²¹ Hasło „Zapłodnienie”, W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego* <<http://sjp.pwn.pl/szukaj/zap%C5%82odnienie.html>> [dostęp: 17.01.2016].

²² G. Martius (red.), *Ginekologia i położnictwo*, Wrocław 1997, s. 47.

²³ M. Olszówka, *Początek człowieka a początek życia ludzkiego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego*, [w:] L. Bosek, M. Królikowski (red.), *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010, s. 206.

²⁴ Zob. A. Muszala, *Badania nad embriónami ludzkimi w świetle etyki i prawa*, Warszawa 2012, s. 33.

²⁵ Zob. m.in. pkt 5 Rekomendacji nr 1046 (1986) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wykorzystywania embriónów i płodów ludzkich w celach diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15080&lang=en>> [dostęp: 17.01.2016].

ogniwem kolejnych następujących po sobie etapów w życiu prenatalnym, a następnie i postnatalnym. W wyniku zapłodnienia łączą się chromosomy matki oraz chromosomy ojca, zostaje dostarczona cała informacja genetyczna²⁶. Genetyka molekularna pozwoliła więc udowodnić, że zapłodniona komórka jajowa posiada kompletny i niepowtarzalny zapis genetyczny. Organizm w stadium zygoty jest już genetycznie określony i stanowi odrębną jednostkę biologiczną²⁷. Kod genetyczny powstały w wyniku zapłodnienia warunkuje w późniejszym życiu takie cechy somatyczne, jak np. kolor skóry, oczu i włosów, wzrost, budowę ciała, otyłość, rysy twarzy²⁸. Mimo powyższych argumentów powszechne są stanowiska, zgodnie z którymi zarodek ludzki nie zasługuje na ochronę prawną ze względu na to, że nie zawiera cech definiujących osobę ludzką i indywidualności ontologicznej²⁹.

Spór dotyczący początku ludzkiego życia jest sporem nierozstrzygalnym. Ustawodawca musi jednak ustosunkować się do niego i podjąć jakieś ryzyko: objęcia prawną ochroną życia czegoś, co życiem nie jest, lub nieobjęcia prawną ochroną życia tego, co życiem jest i na taką ochronę zasługuje. Wydaje się, że rozwiązanie powyższego dylematu zaproponował Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 7 stycznia 2004 r.³⁰, w którym nakłania do przyjęcia dyrektywy interpretacyjnej, wedle której wszelkie możliwe wątpliwości co do ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony (*in dubio pro vita humana*). Podobną problematykę TK poruszył w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r.³¹, w którym przedmiotem analizy była sytuacja prawna

²⁶ Zob. m.in. pkt 7 Rekomendacji nr 1100 (1989) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wykorzystywania embrionów i płodów ludzkich w badaniach naukowych, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15134&lang=en>> [dostęp: 17.01.2016].

²⁷ W. Korohoda, *Współczesne możliwości inżynierii komórkowej z wykorzystaniem komórek macierzystych*, [w:] T. Biesaga (red.), *Bioetyka polska*, Kraków 2004, s. 233.

²⁸ O. Nawrot, *Status prawny pre-embrionu*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 3, s. 7.

²⁹ P. Krajewski, *Eugeniczna selekcja embrionów*, [w:] L. Bosek, M. Królikowski (red.), op. cit., s. 69.

³⁰ Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03, Legalis nr 60760.

³¹ Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, Legalis nr 10361.

dziecka poczętego. Trybunał doszedł do następujących wniosków: po pierwsze, prawo do życia uznał za prawo przyrodzone, a więc niezależne od woli ustawodawcy; po drugie, jednoznacznie przyznał, że zarówno zdrowie, jak i życie dziecka poczętego mają walor wartości konstytucyjnej. Powyższe wnioski wywiódł z zasady demokratycznego państwa prawnego³². W tym samym wyroku podkreślił również, że „Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”. Wobec braku konsensusu co do ustalenia momentu, od którego pojawia się człowiek, przy jednoczesnym istnieniu argumentów za początkiem ludzkiej formy życia już od zapłodnienia, rozsądne wydaje się rozwiązanie objęcia konstytucyjną ochroną prawną zdolności do życia zarodka. Na tej podstawie można dojść do wniosku, że ochrona prawna zdolności do życia zarodka wpisuje się w zakres zastosowania art. 38 Konstytucji RP i winna być egzekwowana.

Nie w każdym naruszeniu dobra prawnego (w tym przypadku zdolności do życia zarodka) należy dopatrywać się działania niekonstytucyjnego. Zgodnie z linią orzecniczą TK „uchylenie przepisu jedynie potwierdzającego ochronę konstytucyjną zdrowia człowieka, w tym dziecka poczętego, nie może być interpretowane bądź jako legalizacja samych naruszeń, bądź jako rezygnacja ze stosowania przez ustawodawcę konsekwencji prawnych (np. sankcji karnych) za zachowania naruszające to dobro. Dopiero rezygnacja z dostatecznych środków ochrony dobra stanowiącego wartość konstytucyjną musi być uznana za naruszającą gwarancje konstytucyjne takiego dobra”. W związku z powyższym należałoby zbadać, czy ustawa zapewnia dostateczne środki ochrony dobra konstytucyjnie chronionego, tj. życia zarodka. Analiza poniżej przytoczonych przepisów

³² Wyrok TK z dnia 28 maja 1997 r. zapadł w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy zasadniczej, tj. tzw. Małej Konstytucji z dnia 17 października 1992 r.

ustawy pozwoli dojść do wniosku, że istnieją, co prawda, pewne środki ochrony zdolności do życia zarodka, natomiast wątpliwy jest ich dostateczny charakter.

2. Ochrona prawna zdolności do życia zarodka w ustawie

2.1. Dopuszczalność tworzenia zarodków nadliczbowych

Ustawa w treści art. 9 ust. 2 określa zasadę, zgodnie z którą dopuszczalna jest możliwość zapłodnienia w sposób pozaustrojowy nie więcej niż sześciu żeńskich komórek rozrodczych, tj. powołania do życia sześciu ludzkich zarodków. W dalszej części tego przepisu prawodawca dopuszcza jednak wyjątki od powyższej zasady, w przypadku których dopuszczalne jest zapłodnienie większej liczby komórek rozrodczych, gdy uzasadniają to: po pierwsze, ukończenie przez biorczynię 35. roku życia, po drugie, wskazania medyczne wynikające z choroby współistniejącej z niepłodnością, po trzecie, wcześniejsze dwukrotne i nieskuteczne leczenie metodą zapłodnienia pozaustrojowego. Wystąpienie co najmniej jednej z tych przesłanek uzasadnia utworzenie większej liczby zarodków. Innymi słowy, przepis dopuszcza tworzenie zarodków nadliczbowych nawet powyżej ustawowej granicy przyjętej jako regułę. Nie rozstrzyga jednak, czy wszystkie te zapłodnione komórki rozrodcze mają być jednocześnie przeniesione do organizmu kobiety. Nie nakłada obowiązku wykorzystania wszystkich zapłodnionych komórek jajowych jednocześnie ani osobno w jakimś określonym czasie. Z powyższego rozwiązania legislacyjnego wynika, że: wszystkie zarodki mogą być implantowane jednocześnie; część zarodków może być implantowana jednocześnie, natomiast część niewykorzystana zostanie zamrożona; jeden zarodek zostanie implantowany, a pozostałe poddane zostaną kriokonserwacji. Wreszcie ustawa w obecnym brzmieniu nie wyklucza sytuacji, w której zarodki nie zostaną przeniesione do organizmu matki wcale. Tworzenie zarodków nadliczbowych przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek gwarancji ich

późniejszej implantacji stanowi rażąco naruszenie wartości konstytucyjnej, o której mowa w art. 38 Konstytucji RP. Jak słusznie zauważa J. Haberko, należałoby postulować wprowadzenie ustawowego ograniczenia dopuszczalności tworzenia embrionów tzw. nadliczbowych³³. W odniesieniu do obecnego stanu prawnego postulat ten jest nadal aktualny. Co prawda, ustawodawca wprowadza jako zasadę liczbowe ograniczenie tworzenia zarodków, to jednak przewiduje od tej zasady wiele wyjątków, których spełnienie spowoduje, że w procedurze tej zostanie utworzonych więcej niż sześć zarodków. Zasadne jest przekonanie, że należałoby postulować wprowadzenie całkowitego zakazu tworzenia embrionów nadliczbowych, bo takie rozwiązanie skuteczniej chroni wartość konstytucyjną, jaką jest zdolność do życia zarodka.

2.2. Konserwowanie i przechowywanie zarodków

Zarodki nadliczbowe niewykorzystane w procedurze implantacji do organizmu biorczyni podlegają konserwowaniu i przechowywaniu. Definicje powyższych pojęć znajdują się w słowniczku ustawowym w art. 2 ustawy. I tak, zgodnie z art. 2 pkt 15, konserwowanie to użycie czynników chemicznych, zmiana czynników środowiskowych lub innych czynników w celu zapobieżenia lub opóźnienia biologicznej lub fizycznej degradacji zarodków; przechowywanie natomiast to utrzymywanie zarodków we właściwie kontrolowanych warunkach do chwili ich dystrybucji i zastosowania u ludzi. W Uzasadnieniu przedmiotowej ustawy brak jakichkolwiek danych dotyczących wpływu stosowania czynników chemicznych i innych na przeżywalność ludzkiego zarodka. Albo więc ustawodawca wychodzi z założenia, że nie istnieje żadne zagrożenie związane z kriokonserwacją zarodków, albo to zagrożenie ignoruje. Można jedynie mieć nadzieję, że brak odniesienia ustawodawcy do powyższego zagadnienia spowodowane jest pierwszą z wyżej wymienionych przesłanek³⁴. Zarodki

³³ J. Haberko, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 10, s. 31.

³⁴ Podaje się jednak, że aż 50% embrionów poddanych rozmrożeniu po kriokonserwacji ginie; zob. szerzej T. El-Toukhy, *Effect of blastomere loss on the outcome*

nadliczbowe, których zdolność do prawidłowego rozwoju uległa by osłabieniu w wyniku procedur konserwowania, nie rokowałyby narodzenia zdrowego dziecka. W związku z tym ich przechowywanie przy świadomości wiążących się z tym zagrożeń byłoby bezcelowe i nie przyczyniłoby się ani do wzmocnienia ochrony prawnej zdrowia osób niepełnych, ani do ochrony prawnej zdolności do życia zapłodnionych zarodków.

2.3. Eugeniczna selekcja zarodków

Interesująca w aspekcie ochrony prawnej zdolności do życia zarodka jest również treść art. 23 ust. 2 i ust. 3 ustawy. W treści art. 23 ust. 2 ustawy zawarta została definicja zarodka zdolnego do prawidłowego rozwoju. Winien on spełniać następujące warunki: tempo i sekwencja podziału komórek, stopień rozwoju w odniesieniu do wieku zarodka oraz budowa morfologiczna uprawdopodobniają prawidłowy jego rozwój; nie stwierdzono u niego wady, która skutkowałaby ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą. Przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie. W procedurze medycznie wspomaganey prokreacji stosuje się jedynie zarodki zdolne do prawidłowego rozwoju. Ocena zaistnienia tych właściwości należy do lekarza. Wydaje się, że podstawowym celem powyższego rozwiązania ustawowego jest zapewnienie maksymalnie skutecznego efektu wyleczenia niepłodności, czyli powstania ciąży. Innym celem jest zmniejszenie liczby umyślnego przerywania ciąży w późniejszym okresie³⁵. Jednakże takie brzmienie ustawy prowadzi do wniosku, że prawna ochrona zdolności do życia nie przysługuje wszystkim zarodkom. Objęte nią są tylko zarodki, które swoimi fizycznymi (biologicznymi) właściwościami rokują prawidłowy rozwój. Celem ustawy jest zatem nie tylko skuteczne wyleczenie niepłodności w postaci urodzenia dziecka, lecz także urodzenie dziecka zdrowego, nieobciążonego żadnymi chorobami. O ile, zgodnie z treścią art. 23 ust. 3

of frozen embryo replacement cycles, *Fertil. Steril.*, 2003, 79/5, s. 1106-1111, [w:] J. Haberk, K. Olszewski, op. cit., s. 69.

³⁵ P. Krajewski, op. cit., s. 69.

ustawy, niedopuszczalne jest niszczenie zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju³⁶, o tyle *a contrario* dopuszczalne jest niszczenie zarodków niezdolnych do prawidłowego rozwoju. Decydująca w tym zakresie będzie jedynie merytoryczna ocena lekarza. Ustawa milczy na temat roli dawców komórek rozrodczych (potencjalnych rodziców) w tym procesie decyzyjnym. Ustawa w obowiązującym brzmieniu dopuszcza może sytuacje, w których dochodzić będzie do niszczenia zarodków niezdolnych do prawidłowego rozwoju nawet wbrew woli jego rodziców. Innymi słowy, prawodawca dopuszcza eugeniczną selekcję zarodków, a nadto selekcji tej nie mogą skutecznie przeciwstawić się najbardziej zainteresowani, czyli rodzice. Dla porównania, Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży³⁷ w treści art. 4a ust. 1 pkt 2 wyłącza karalność aborcji w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu. Należy jednak podkreślić, że o ile w ustawie o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży przeprowadzenie aborcji w powyższym przypadku jest działaniem fakultatywnym, bowiem kobieta może, ale nie musi skorzystać z tego uprawnienia, o tyle w ustawie nic nie wskazuje na to, by niszczenie zarodków obciążonych wadami genetycznymi nie było działaniem obligatoryjnym. Rodzice nie mają możliwości wyboru zarodków, a przynajmniej nie spośród tych, które zostały sklasyfikowane jako niezdolne do prawidłowego rozwoju. Podsumowując, w obecnym stanie prawnym płód dotknięty ciężkim upośledzeniem ma szansę na urodzenie, natomiast zarodek dotknięty ciężkim upośledzeniem takiej szansy nie ma wcale. Różnicowana jest sytuacja prawna płodu i zarodka. Jedynym aktualnym kryterium uzasadniającym tę dyferencję jest obecność w organizmie matki. Inaczej mówiąc, kryterium

³⁶ Zgodnie z treścią art. 83 ustawy niszczenie zarodka zdolnego do prawidłowego rozwoju powstałego w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji stanowi wykroczenie zagrożone karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat.

³⁷ Dz.U. nr 17, poz. 78 ze zm.

uzasadniającym tę nierówność jest zakończona sukcesem implantacja zarodka do kobiecej macicy przeprowadzana za zgodą wszystkich zainteresowanych tym podmiotów. Takie rozwiązanie stoi w sprzeczności z dorobkiem konstytucyjnym. To samo dobro konstytucyjnie chronione (życie poczętego dziecka) nie może podlegać wartościowaniu. Intensywność tej ochrony może być co prawda inna, jak wskazał TK, jednak nie powinno być tak, że w niektórych okolicznościach faktycznych dane dobro prawne nie korzysta z ochrony prawnej w ogóle. W ustawie zarodkom niezdolnym do prawidłowego rozwoju nie jest wcale zagwarantowana prawna ochrona zdolności do życia.

Podsumowanie

Prawodawca w ustawie nie zapewnia prawnej ochrony zdolności do życia zarodka w sposób dostateczny. Po pierwsze, zezwala na tworzenie zarodków nadliczbowych, których los w przypadku niewykorzystania w procedurze medycznie wspomaganego rozrodu jest niedookreślony. Decyzja o tym, czy zostaną wykorzystane w przyszłości podczas kolejnych zabiegów implantacji, należy do jego rodziców i lekarza. Status zarodków niewykorzystanych jest niejasny. Trafiają one, na podstawie stosownej umowy, do banku zarodków, gdzie oczekiwać będą na ewentualną implantację w przyszłości. Po drugie, szanse na urodzenie mają tylko zarodki zakwalifikowane jako zdolne do prawidłowego rozwoju. Uznanie to dokonywane na podstawie kryteriów ustawowych przez lekarza jest warunkiem koniecznym ich późniejszego urodzenia. Ta eugeniczna selekcja zarodków jest sprzeczna z dorobkiem konstytucyjnym. Prawo do życia ma charakter przyrodzony, a w kompetencji ustawodawcy nie leży jego przyznawanie bądź znoszenie.

Można zasadnie twierdzić, że w ustawie zabsolutyzowana jest ochrona prawna zdrowia rozrodczego. Gwarancja jego ochrony nastąpiła kosztem drugiej wartości konstytucyjnej, jaką jest życie ludzkie. Ochroną prawną życia ludzkiego należy objąć każdą jego formę, w tym ludzki zarodek. Prawodawca na gruncie przedmiotowej ustawy tego nie realizuje.

Legal protection of the viability of the embryo under the Infertility Treatment Act and the constitutional jurisprudence

Summary

Infertility has been an object of many medical and legal discussions for years. This disease is widespread among society since it affects more and more people trying for a baby. The statement that infertility is a disease and in vitro fertilization is one of the methods of its treatment has significant legal consequences. On the one hand we are dealing with the constitutional protection of health of an infertile couple, but on the other hand we have to remember about another constitutional value which should be protected – a life of an unborn child. The legislator noticed a necessity for regulation of methods of infertility treatment and therefore the Infertility Treatment Act of June 25, 2015 was adopted. The main topic of this article is to evaluate whether the legislator managed to provide legal protection for embryo's ability to live and to what extent.