

Wspieranie rodziny jako cel krajowej ustawy o leczeniu niepłodności a indywidualne prawa podstawowe (uwagi krytyczne)

1. *Wprowadzenie.* Warunki dopuszczalności oraz regulacja procedur wspomaganey prokreacji¹ stanowi wciąż aktualny² i ważny problem³, podejmowany zarówno na poziomie prawa krajowego, jak i prawa międzynarodowego. Jest to również zagadnienie, które często łączone bywa z kwestiami o charakterze etycznym, światopoglądowym czy religijnym.

Celem artykułu jest przedstawienie kontrowersji związanych z wprowadzonymi w 2015 r. przepisami ustawy o leczeniu niepłodności. Ich analiza prowadzi do wniosku, że prawodawca, uzasadniając potrzebę ochrony konkretnych wartości oraz praw mających się narodzić dzieci, wprowadził rozwiązania prawne, prowadzące do dyskryminacji niektórych podmiotów oraz przyjął regulacje pozwalające na gromadzenie i przetwarzanie danych skutkujące możliwością identyfikacji osób cierpiących na niepłodność przez podmioty trzecie.

Potrzeba prawnej regulacji procedur medycznie wspomaganey prokreacji była od wielu lat sygnalizowana zarówno przez lekarzy, jak i organizacje pozarządowe zajmujące się ochroną praw pacjentów. W Polsce pierwszy udany zabieg *in vitro* przeprowadzono w 1987 r.⁴ Postęp techniki oraz rosnąca wiedza medyczna w zakresie leczenia niepłodności spowodowały, że terapia ta stała się dostępna dla wielu tysięcy par wcześniej pozbawionych możliwości posiadania

¹ Ustawa z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności, Dz.U. z 2017 r., poz. 865 (dalej: u.l.n.).

² Do Sejmu RP 6.11.2018 r. wpłynął projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z ochroną zdrowia i życia dzieci poczętych metodą *in vitro*, Sejm VIII kadencji.

³ Według danych przedstawionych przez Ministerstwo Cyfryzacji w Polsce z niepłodnością zmagają się około 1,5 mln par, przy czym około 60% z nich wymaga specjalistycznego postępowania lekarskiego. Zob. *Program kompleksowej ochrony zdrowia prokreacyjnego w Polsce w latach 2016–2020, aktualizacja 2019*, Ministerstwo Zdrowia 2019, s. 8 (<https://cli.re/M37YZB>; dostęp: 21.02.2021 r.).

⁴ E. Łowińska, *Prawo do zapłodnienia in vitro w Polsce i na świecie*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza 2012, vol. 1, s. 162.

własnego potomstwa⁵. Nieustannie również coraz szerzej dyskutowano nad niepłodnością definiowaną jako problem cywilizacyjny⁶. Wzrost popularności procedur IVF, przekładający się także na sukces komercyjny ośrodków zajmujących się tą terapią spowodował, że coraz częściej podnoszone były głosy o błędach oraz poważnych nadużyciach związanych z wykonywaniem tej procedury⁷, dlatego też potrzeba szczegółowej regulacji przeprowadzania procedur *in vitro* była powszechnie akceptowana.

W aktualnym stanie prawnym regulującym warunki leczenia niepłodności⁸ odnaleźć można kilka kontrowersyjnych zagadnień, z których co najmniej dwa wymagają głębszej refleksji. Pierwsze z nich to brak możliwości skorzystania z procedur *in vitro* przez kobiety (biorniczyń) samotne, co skutkuje uniemożliwieniem kontynuowania terapii rozpoczętej już przed wejściem w życie ustawy. Drugie to poszerzenie zakresu danych gromadzonych w aktach stanu cywilnego⁹ o informacje pozwalające ustalić sposób poczęcia dziecka (w szczególności – ujawnienie okoliczności zastosowania procedury *in vitro*). Pierwsze zagadnienie ujawnia oczywisty kontekst możliwej dyskryminacji kobiet nieposiadających partnera, zaś drugie uwidacznia ryzyko gromadzenia nadmiarowych danych o dzieciach poczętych metodą *in vitro*, a także informacji ujawniających stan zdrowia ich rodziców. Zakreślone problemy zostały wybrane do analizy nie tylko z uwagi na ich możliwy skutek naruszający godność jednostki, jak i prawo do życia prywatnego, ale również dlatego, że są one ze sobą koncepcyjnie powiązane.

2. *Wartości podlegające priorytetowej ochronie w ustawie o leczeniu niepłodności.* W uzasadnieniu projektu ustawy projektodawca wyraźnie zaznaczył, że „szczególny nacisk (...) został położony na zapewnienie, aby dziecko, które urodziło się w wyniku procedury medycznie wspomaganego prokreacji,

⁵ Na całym świecie dzięki tej metodzie do 2018 r. urodziło się ponad 8 mln dzieci; zob. P. Walewski, *Świat cieszy się z 8 mln dzieci, które urodziły się dzięki in vitro*, Polityka z 8.07.2019 r.

⁶ C. Łepecka-Klusek, A. Pilewska-Kozak, G. Jakiel, *Niepłodność w świetle definicji choroby podanej przez WHO*, *Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu* 2012, nr 2, s. 164.

⁷ W 2015 r. ujawnione zostały informacje o pomyłce popełnionej w Laboratorium Wspomagania Rozrodu Kliniki Medycyny Rozrodu i Ginekologii w Policach, jednostce funkcjonującej w strukturach Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego. W wyniku błędu pracownika do zapłodnienia wykorzystano komórkę jajową pochodzącą od innej kobiety – zob. M. Domagalski, *Błędy medyczne: pomyłka przy zabiegu in vitro*, Rzeczpospolita z 4.02.2015 r. O nadużyciach w innych krajach europejskich zob. J. Madeira, *Uncommon Misconceptions: Holding Physicians Accountable for Insemination Fraud*, *Law & Inequity* 2019, nr 1, s. 45–46.

⁸ Poza zakresem niniejszej analizy pozostaje natomiast ustalenie, na ile *in vitro* jest skuteczną terapią (i czy w ogóle jest metodą „leczenia” niepłodności). Wątpliwości takie formuje m.in. K. Nazar, która wskazuje, że „zapłodnienie *in vitro* nie usuwa przyczyny niepłodności, a jedynie jej skutek”. Autorka nie zauważa jednak, że podobną uwagę można sformułować w odniesieniu do większości poważnych chorób cywilizacyjnych, takich jak cukrzyca czy nadciśnienie. Zob. też K. Nazar, [w:] *Odpowiedzialność w ochronie zdrowia. Kilka uwag na temat ustawy o leczeniu niepłodności*, red. E. Kruk, A. Wołoszyn-Cichoń, M. Zdyb, Warszawa 2018, s. 53–54.

⁹ Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz.U. z 2016 r., poz. 2064 (dalej: p.a.s.c.).

mogło mieć zarówno matkę, jak i ojca, mimo braku biologicznego pochodzenia od przynajmniej jednej z tych osób oraz mimo tego, że nie muszą one pozostać w związku małżeńskim w dniu zastosowania u biorczymi (przyszłej matki) komórek rozrodczych albo zarodka¹⁰. Nie ulega wątpliwości, że ochrona praw dzieci powinna być istotnym zadaniem wszystkich systemów prawnych, zaś państwo jako takie posiada różne instrumenty w obszarze polityki społecznej, które mogą być wykorzystane w celu wspierania rodziny, np. przez tworzenie przyjaznego modelu prawa rodzinnego i opiekuńczego, promowanie określonych postaw społecznych czy wprowadzanie ukierunkowanych programów wsparcia dla rodzin. Jednak teza, aby władza publiczna miała kompetencje, a nawet obowiązek „zapewnienia”, aby każde dziecko „mogło mieć zarówno matkę, jak i ojca”, wydaje się co najmniej błędna¹¹. Gdyby bowiem projektodawca w istocie zmierzał ku temu, aby tak mocno ingerować w kształt przesłanek zakładania rodziny, to powinien zaproponować zdecydowanie dalej posuniętą reformę przepisów niż obecnie wprowadzone. Wątpliwości budzi także pogląd, że prawo do posiadania „zarówno matki, jak i ojca” powinno zostać przyznane (czy nawet zapewniane przez państwo) wyłącznie w odniesieniu do stosunkowo nielicznej grupy dzieci, w więc wobec tych, które narodziły się dzięki zastosowaniu jednej z form procedury *in vitro*.

Dążąc do realizacji założonego celu ustawy o leczeniu niepłodności, prawodawca ustanowił trzy powiązane ze sobą przepisy. Pierwszy z nich – art. 71¹ k.r.o. – wprowadza możliwość uznania ojcostwa przez mężczyznę, który nie jest dawcą komórek rozrodczych, przez złożenie przez niego określonego oświadczenia przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. W drugim przepisie – art. 21 ust. 1 u.l.n. – ustalono kryteria przesądzające o niedopuszczalności przeniesienia do organizmu konkretnych biorczyń zarodków powstałych z ich komórek rozrodczych. W tym celu prawodawca rozróżnił sytuację prawną, gdy dawca i biorczynie pozostają ze sobą w związku małżeńskim lub we wspólnym pożyciu (tzw. dawstwo partnerskie), oraz pozostałe przypadki, w szczególności związane ze skorzystaniem z dawcy anonimowego (dawstwo inne niż partnerskie). Jednocześnie ustawa przewiduje, że w przypadku dawstwa partnerskiego niezbędna jest zgoda wyrażona przez oboje partnerów, a w przypadku dawstwa innego niż partnerskie oraz gdy osoby korzystające z procedury nie pozostają w związku małżeńskim – dodatkowo oświadczenie partnera (art. 75¹ k.r.o.) dotyczące uznania ojcostwa *de facto* niepojętego jeszcze dziecka. Konstrukcja wprowadzonych regulacji ma zatem zapewnić, że procedura wspomaganej prokreacji nie może się rozpocząć (por. art. 20 ust. 2 u.l.n.), dopóki konkubent (w języku ustawy – mężczyzna, z którym kobieta pozostaje we wspólnym pożyciu), który nie będzie biologicznym ojcem dziecka, nie złoży oświadczenia związanego z uznaniem swojego ojcostwa. Aby zapewnić skuteczność powyższych rozwiązań, dokonano nowelizacji ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, w efekcie której informacja o złożeniu oświadczenia na pod-

¹⁰ Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 3245.

¹¹ Zob. trafne wnioski J. Haberko oraz J. Łuczak-Wawrzyniak, wskazujące na brak związku między sytuacją prawną członków rodziny a trwałością ich relacji – J. Haberko, J. Łuczak-Wawrzyniak, *Dobrodziejstwo nowoczesnych technik wspomaganej medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka? Uwagi na tle projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk sejmowy 3245)*, *Diametros* 2014, nr 44, s. 23–24.

stawie art. 71¹ k.r.o. jest gromadzona w aktach stanu cywilnego (art. 19 ust. 2 pkt 4a p.a.s.c.). Kierownik urzędu stanu cywilnego sporządza protokół (art. 63 ust. 11), który podlega zniszczeniu, jeżeli w ciągu dwóch lat od daty złożenia przez mężczyznę oświadczenia uznającego ojcostwo dziecko się nie urodzi. Jeśli dziecko się urodzi – protokół ten jest dołączany do akt zbiorowych aktu urodzenia i jest udostępniany na wniosek osoby, której akt dotyczy, lub na żądanie sądu. Przedstawiony mechanizm uznawania ojcostwa nie ma zastosowania we wszystkich przypadkach stosowania procedury *in vitro*, a jedynie w sytuacjach dotyczących dawstwa innego niż partnerskie, w którym biorczyni nie pozostaje w związku małżeńskim (jest to tzw. zapłodnienie heterologiczne¹²). W praktyce dotyczy zatem sytuacji, gdy zastosowanie znajduje dawstwo anonimowe. Oświadczenie, o którym mowa, służy wyłącznie uproszczeniu procedur prawnych związanych ze wskazaniem osoby odpowiedzialnej za opiekę nad małoletnim. W tym zakresie oczywiście realizuje interes dziecka. Wydaje się jednak, że chodzi „jedynie” o zabezpieczenie interesu ekonomicznego dziecka, nie zaś o zabezpieczenie prawa dziecka do życia w rodzinie. Trudno bowiem za prawnie uzasadniony cel uznać – powtarzaną także w piśmiennictwie – tezę, że tylko kobieta pozostająca w związku małżeńskim tworzy właściwy model rodziny, odpowiednio zabezpieczający prawa dziecka¹³, oraz że wychowywanie dzieci przez kobiety samotne „zasadniczo stałoby w sprzeczności z dobrem dziecka”¹⁴. Na tle powyższego można by łatwo wyprowadzić (niezasadną przecież z gruntu) tezę, że celem stosowania procedur medycznie wspomaganey prokreacji nie jest leczenie niepłodności, ale promowanie, a wręcz gratyfikowanie realizacji określonego modelu rodziny¹⁵.

3. *Dostęp kobiet samotnych do procedury in vitro*. Zgodnie z przepisami ustawy o leczeniu niepłodności z procedur medycznie wspomaganey prokreacji, w tym z metody *in vitro*, mogą skorzystać jedynie osoby pozostające w związku małżeńskim bądź we wspólnym pożyciu potwierdzonym zgodnym oświadczeniem pary¹⁶. Przed wejściem w życie ustawy nie było wyłączeń podmiotowych

¹² Wyróżnić można dwa rodzaje procedur *in vitro*: homologiczne i heterologiczne. W pierwszym przypadku komórki rozrodcze pochodzą od partnerów przystępujących do zabiegu. W drugim wykorzystywane jest dawstwo komórek rozrodczych.

¹³ Zob. np. K. Nazar, [w:] *Odpowiedzialność...*, s. 53.

¹⁴ P. Chełmowska, *Wybrane aspekty etyczne leczenia niepłodności w prawie polskim – kilka słów o Ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności*, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały* 2017, nr 1, s. 107.

¹⁵ P. Szudejko, *Rozwój biologii i medycyny w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2018, s. 236. Oświadczenie to nie pozwala na ustalenie tożsamości ojca biologicznego (dawcy nasienia). Co więcej, z literalnej treści przepisów ustawy o leczeniu niepłodności wynika, że informacje anonimowych dawców komórek rozrodczych pozwalające na ich identyfikację nie mogą być udostępnione ani rodzicom dziecka (art. 38 ust. 2 u.l.n.), ani samemu dziecku po osiągnięciu przez nie pełnoletności (art. 38 ust. 3 u.l.n.). Szerzej M. Wilejczyk, *Znajomość czy nieznanostwo pochodzenia genetycznego rzeczywistym dobrem osoby urodzonej w wyniku procedury medycznie wspomaganey prokreacji. Uwagi na marginesie ustawy o leczeniu niepłodności*, *Przebieg Sejmu* 2017, nr 11–12, s. 69–80.

¹⁶ Ten sam mechanizm, który uniemożliwia skorzystanie z procedury samotnym matkom, służy także ograniczeniu dostępu do niej parom jedнопłciowym. Ponadto w przy-

w zakresie możliwości uczestniczenia w procedurze *in vitro*. Prawodawca nie wprowadzał żadnych ograniczeń uzależniających dopuszczalność zawarcia umowy (o dokonanie zapłodnienia pozaustrojowego) od posiadania przez określony podmiot cech szczególnych. Z metody tej mogły skorzystać zarówno małżeństwa, pary żyjące w związkach niesformalizowanych, jak i samotne kobiety. Ta ostatnia grupa od 1.11.2015 r. utraciła możliwość leczenia niepłodności przez poddanie się zapłodnieniu pozaustrojowemu.

Zastosowanie takiego wyłączenia w ustawie nasuwa wątpliwości co do zgodności tej regulacji z aktami prawa krajowego i międzynarodowego, określającymi standardy w zakresie ochrony zdrowia wszystkich osób¹⁷. W tym kontekście warto zaznaczyć, że według Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) choroba to zaprzeczenie zdrowia definiowanego jako „stan zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności”¹⁸. Pojęcie to zostało dostosowane do potrzeb określenia zdrowia reprodukcyjnego (Konferencja ONZ w Kairze 1994 r., tj. Konferencja na rzecz Ludności i Rozwoju, Program Działania) i stanowi, że jest to „stan pełnego fizycznego, psychicznego i socjalnego dobrostanu we wszystkich sprawach związanych z układem rozrodczym”. W ocenie WHO niepłodność nie jest tylko chorobą konkretnych jednostek, jest też chorobą społeczną, przewlekłą, trudną do wyleczenia, wymagającą długiej, regularnej opieki lekarskiej, ograniczającą człowiekowi możliwość wykonywania podstawowych zadań życiowych, stanowiących duży problem nie tylko dla jednostki, lecz całego społeczeństwa¹⁹.

Międzynarodowe regulacje praw człowieka zapewniają każdemu korzystanie z osiągnięć postępu naukowego i jego zastosowań (por. art. 16 1b Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych²⁰), co oznacza nie tylko prawo do odpowiedniej opieki zdrowotnej, ale także dostęp do związanej ze zdrowiem edukacji i informacji w dziedzinie zdrowia seksualnego

padku par jedнопłciowych nie jest także spełniony warunek stwierdzonej niepłodności, która ze względów biologicznych nie może zaistnieć w przypadku pary niezdolnej do posiadania potomstwa. Zob. wypowiedź I. Radziejewicza-Winnickiego, podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia, podczas debaty przed senacką Komisją Zdrowia nad projektem ustawy o leczeniu niepłodności: „biorąc pod uwagę definicję niepłodności to (...) definiuje się ją jako współzycie regularne w intencji prokreacji (...) z tej definicji wynika, iż niepłodność może dotyczyć wyłącznie par heteroseksualnych, albowiem tylko taki stan faktyczny przy braku powodzenia czy braku koncepcji świadczy o niepłodności”. Zapis stenograficzny posiedzenia Komisji Zdrowia Senatu RP (nr 100) z 2.07.2015 r.

¹⁷ Zob. np. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990; *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań 2005; L. Bosek, *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganej prokreacji*, *Diametros* 2009, nr 20, s. 37–61.

¹⁸ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia przyjęta na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia w Nowym Jorku, podpisana 22.07.1946 r. przez 61 państw; weszła w życie 7.04.1948 r. (Dz.U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477); zob. *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 5.

¹⁹ Szeroko C. Łepecka-Klusek, A.B. Pilewska-Kozak, *Niepłodność w świetle definicji choroby podanej przez WHO*, *Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu* 2012, t. 18, s. 162–165 i cyt. tam lit.

²⁰ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

i reprodukcyjnego. Z kolei w art. 8 EKPC²¹ zagwarantowano każdemu prawo do ochrony życia rodzinnego oraz życia prywatnego, rozumianego m.in. jako możliwość decydowania w sprawach reprodukcji oraz kształtowania swego życia osobistego. Należy przez to rozumieć również autonomiczne wybory prokreatywne²². Z uwagi na to, że prawa człowieka mają charakter indywidualny, należy uznać, że każdy człowiek ma prawo, w przypadku niezamierzonej bezdzietności, do pomocy lekarskiej, zgodnej z aktualnym stanem wiedzy i techniki medycznej, i prawo to nie powinno być uzależnione od stanu cywilnego tej osoby. Mimo że analizowana ustawa co do zasady uznaje i szanuje powoływane prawa, to jednak zakładając, iż stosowanie procedury *in vitro* jest możliwe tylko wobec małżeństw oraz par pozostających w udokumentowanym wspólnym pożyciu (art. 5 ust. 2), stawia barierę dla realizacji prawa do leczenia niepłodności tą metodą przez osoby samotne. Wprawdzie ETPC początkowo uznawał, że art. 12 EKPC powinien być interpretowany całościowo, jako źródło jednego prawa do małżeństwa oraz – wynikającego z niego – prawa do założenia rodziny²³, to jednak w sprawie *Christine Goodwin v. Wielka Brytania* nastąpiła zmiana tej linii orzeczniczej. Trybunał przychylił się do argumentacji, że art. 12 EKPC jest źródłem dwóch niezależnych praw – do zawarcia małżeństwa oraz do posiadania rodziny²⁴. Skoro prawa te są niezależne i samodzielne, to prawo do posiadania rodziny musi z oczywistych względów przysługiwać także osobom niepozostającym w związku małżeńskim, takim jak samotne kobiety. Odrębnym zagadnieniem

²¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

²² EKPC oraz ETPC przyznają szeroki margines uznania państwowym w zakresie regulacji warunków dopuszczalności zapłodnienia *in vitro*. Trybunał bada w kontekście naruszenia art. 8 EKPC nie to, czy ustawodawca mógł znaleźć inne rozwiązanie, być może zachowujące właściwą równowagę interesów, ale czy przyjmując krytykowane rozwiązanie, nie przekroczył granic swobody przepisanej na podstawie tego przepisu. Celem art. 8 jest w istocie ochrona jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych, która jednak nie polega wyłącznie na powstrzymaniu się od ingerencji, lecz w uzupełnieniu tego negatywnego zobowiązania przewiduje także obowiązki pozytywne, które mogą polegać na przyjmowaniu środków mających zapewnić poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego nawet w sferze relacji między jednostkami. ETPC rozstrzygał sprawy, w których analizował restrykcyjne ustawodawstwo krajowe w kontekście naruszenia prawa do życia rodzinnego jednostki oraz zasady niedyskryminacji. Stanowisko wyrażające brak naruszenia art. 8 EKPC zostało wyrażone, gdy państwo stosowało bezwzględny zakaz zapłodnienia *in vitro* przy wykorzystaniu materiału rozrodczego obcego dawcy (wyrok ETPC z 1.04.2010 r., *S.H. i in. v. Austria*, skarga nr 57813/00, pkt 66, 70), przy czym zaznaczył, że dziedzina, która jest przedmiotem dynamicznych zmian w nauce, wymaga, aby prawo ją regulujące podlegało ewolucji, a przy tym stałej kontroli przez państwa Konwencji. W innej sprawie, biorąc pod uwagę również ten ostatni argument, a która dotyczyła bezwzględnego przestrzegania zakazu stosowania badań preimplantacyjnych, nawet gdy występowały ku temu zalecenia medyczne (wyrok ETPC z 28.08.2013 r., *Costa i Pavan v. Włochy*, skarga nr 54279/10, pkt 55), Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji.

²³ Wniosek taki koresponduje z tezą, że rolą art. 12 EKPC jest ochrona rodziny rozumianej jako związek kobiety i mężczyzny; zob. wyrok ETPC z 17.10.1986 r., *Rees v. Wielka Brytania*, skarga nr 9532/81, pkt 49.

²⁴ Wyrok ETPC z 11.07.2002 r., *Christine Goodwin v. Wielka Brytania*, skarga nr 28957/95, pkt 98.

jest, czy i w jakim stopniu z prawa do posiadania rodziny wynika prawo do posiadania biologicznego potomstwa, zwłaszcza że ETPC stwierdził, że „prawo do prokreacji nie jest objęte artykułem 12 ani jakimkolwiek innym przepisem Konwencji”²⁵.

Można zatem uznać, że analizowana ustawa ogranicza prawa reprodukcyjne samotnych kobiet, w tym prawo do takiego poziomu ochrony zdrowia reprodukcyjnego, które obejmuje prawo do pomocy medycznej w razie niepłodności, co ważne, także z wykorzystaniem materiału (zarodków) powstałego już w tym celu. Wprowadzenie takiego ustawowego ograniczenia koliduje wyraźnie z prawem jednostki do samostanowienia w sprawach własnej prokreacji, w tym z prawem do posiadania genetycznego potomstwa²⁶. Ograniczenie to stanowi dyskryminację kobiet samotnych, gdyż ta sama ustawa innym kobietom, które na pewnym etapie procedury *in vitro* znalazły się w porównywalnej do kobiet samotnych sytuacji (tj. mąż lub partner nie wyrazili lub wycofali zgodę na implantację zarodka), nie odbiera bezwzględnie prawa do urodzenia genetycznego potomstwa, zapewniając im drogę sądową ochrony swoich praw. Wydaje się, że ustawodawca, regulując dostęp kobiet samotnych do procedury *in vitro*, naruszył prawo tej grupy obywateli, schodząc na poziom regulacyjny poniżej minimum tego prawa, tj. poniżej minimum wyznaczonego przez jego istotę. Odwołując się do argumentów stosowanych w orzecznictwie TK, należy zauważyć, że tym razem regulacja ustawowa zesłała poniżej zakładanego poziomu ochrony i doprowadziła do sytuacji, gdy dane prawo zostało wydrążone z rzeczywiście treści²⁷, oraz że sama regulacja zamiast dopuścić modyfikację, dopuściła do eliminacji prawa²⁸. W związku z powyższym regulacji tej nie sposób racjonalnie, z uwzględnieniem proporcjonalności ochrony innych praw konstytucyjnych, uzasadnić ochroną dobra dziecka, które ma się urodzić w wyniku zastosowania procedury *in vitro* i w którego interesie leży posiadanie obojga rodziców (art. 4 u.l.n.).

Kreśląc tło dla analizowanego problemu w kontekście standardów prawa krajowego, należy odwołać się do art. 68 ust. 1 Konstytucji, gdzie zawarte jest prawo podmiotowe jednostki do ochrony zdrowia, które jest prawem o charakterze socjalnym, a z którego wyprowadza się obowiązek władz publicznych do ochrony tego prawa i zapewnienia jego realizacji. Prawem podmiotowym jest także zawarte w art. 68 ust. 2 prawo obywatela do równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych²⁹. Mimo że prawa te nie mają charakteru absolutnego i mogą być ograniczane, to jednak nie może to przybierać postaci dyskryminacji określonych grup osób, gdyż równość w dostępie do świadczeń opieki zdrowotnej stanowi doprecyzowanie ogólnej zasady

²⁵ Postanowienie ETPC z 6.03.2003 r., *Margarita Šijakova i in. v. Macedonia*, skarga nr 67914/01, pkt 3.

²⁶ Tak też E. Zielińska, *Opinia na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 4, s. 10.

²⁷ Wyrok TK z 24.10.2000 r., K 12/00, OTK 2000, nr 7, poz. 255.

²⁸ Wyrok TK z 19.11.1996 r., K 7/95, OTK ZU 1996, nr 6, poz. 49.

²⁹ M. Florczak-Wątor, *uwaga 1 do art. 68*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 230.

równości z art. 32 Konstytucji³⁰. Bez ustawowo sformułowanych, jasnych, precyzyjnych i weryfikowalnych kryteriów dostępności poszczególnych świadczeń nie da się zagwarantować równości, której wymaga art. 68 ust. 2³¹. Innymi słowy, zasada równości oznacza zakaz zróżnicowania obywateli w sposób dyskryminujący i opierający się na cechach irrelevantnych do sytuacji, która podlega normowaniu³².

Prawem podmiotowym jest również prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego oraz do decydowania o swoim życiu osobistym, które Konstytucja gwarantuje w art. 47. Zawarte w tym przepisie dwa prawa, tj. prawo do ochrony życia prywatnego oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym, wzajemnie się uzupełniają. Gwarantują jednostce możliwość decydowania o sobie i o swoim życiu, jednocześnie nakładają obowiązek na państwo (i podmioty prywatne) nienaruszania tego prawa i nieprzekraczania granicy wyznaczonej przez jednostkę³³. Zgodzić się należy, że występuje szczególnie bliski związek tego prawa z wymogiem poszanowania i ochrony godności ludzkiej³⁴. Wypływa z niego przede wszystkim wymóg poszanowania „sfery czysto osobistej człowieka, gdzie nie jest narażony na konieczność «życia z innymi» czy «dzielenia się z innymi» swoimi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze”³⁵. Obowiązek ochrony życia prywatnego powinny gwarantować ustawy krajowe, a gdy ich brak, powinna być dostępna na zasadach ogólnych na podstawie art. 47 Konstytucji. Przyjmuje się, że przepisy ustaw nie powinny być wobec prawa do prywatności nastawione neutralnie czy przejawiać niezaangażowaną postawę, ponieważ zawarty w art. 47 nakaz ochrony tego prawa powinien być realizowany wyraźnie i bez dyskryminacji, a to dlatego, że prawo do decydowania o sobie nie wymaga żadnych kolejnych regulacji³⁶.

Należy podkreślić, że decyzja o (nie)posiadaniu dziecka czy decyzja o podjęciu leczenia niepłodności są autonomicznymi prawami jednostek, których realizacja gwarantowana konstytucyjnie nie może być uzależniona od spełnienia dodatkowych, dyskryminacyjnych warunków sprowadzających się w istocie do

³⁰ Konstytucja nakłada na władze publiczne obowiązek stworzenia systemu opieki zdrowotnej, który gwarantuje obywatelom równy, a więc najwyższej zasadnie zróżnicowany, dostęp do świadczeń. Szeroko D.E. Lach, *Zasada równego dostępu do świadczeń z opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011, s. 31 i n.

³¹ Zob. J. Trzcziński, M. Wiącek, *uwaga 7 do art. 68*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 738.

³² Orzeczenie TK z 23.10.1995 r., K 4/95, OTK 1995, nr 2, poz. 11.

³³ Interpretację taką wspiera orzecznictwo ETPC dotyczące prawa do prokreacji – m.in. także w związku ze stosowaniem procedury *in vitro* – w kontekście badania skarg na naruszenie art. 8 Konwencji. W wyroku z 10.04.2007 r. (*Evans v. Wielka Brytania*, skarga nr 6339/05, pkt 71) Trybunał uznał, że termin „życie prywatne” jest szerokim pojęciem obejmującym także aspekty tożsamości fizycznej i społecznej jednostki, w tym jej prawo do autonomii osobistej oraz nawiązywania i rozwijania relacji z innymi ludźmi, jak również prawo do poszanowania decyzji w zakresie zostania rodzicem.

³⁴ Zob. P. Sarnecki, *uwaga 4 do art. 47*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 249.

³⁵ Wyrok TK z 12.12.2005 r., K 32/04, OTK 2005, nr 11, poz. 132.

³⁶ M. Florczak-Wątor, *uwaga 3 do art. 47*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 169.

wykluczenia konkretnej grupy podmiotów z kręgu uprawnionych do wykonywania tych praw. Uzasadnienie, jakie przypisuje się tym wykluczeniom przez wzgląd na treść art. 4 u.l.n., nie pozostaje także w zgodzie z art. 18 Konstytucji, który stanowi o ogólnej zasadzie ochrony małżeństwa i rodziny. Po pierwsze, z procedury zapłodnienia pozaustrojowego mogą skorzystać oprócz małżonków także osoby pozostające ze sobą tylko we wspólnym pożyciu i w tym kontekście trudno zakładać, że jednakowo jest chroniony interes dziecka, gdyż związki nieformalne nie dają rękojmi trwałości, jaką przypisuje się małżeństwom, których rozwiązanie może nastąpić jedynie przez rozwód. W przypadku związków nieformalnych deklaracje par składane na podstawie ustawy o leczeniu niepłodności nie dają żadnej gwarancji trwałości związku, nie są też w żaden sposób weryfikowane i jako instrument służący spełnieniu określonego wymogu mogą sprzyjać jego obchodzeniu przez zawiązywanie fikcyjnych związków.

Po drugie, brak wiążącej definicji rodziny powoduje, że przyjmuje się, że jest to pojęcie zastane i należy przez nie rozumieć, każdy trwały związek dwóch lub więcej osób oparty zazwyczaj na małżeństwie³⁷ i na więzach pokrewieństwa oraz powinowactwa. W określeniu tym mieszczą się rodziny składające się z małżonków i dzieci, ale również rodziny składające się z rodzica samotnie wychowującego dziecko i tego dziecka³⁸. W ocenie TK elementem przesądającym o powstaniu rodziny jest związek co najmniej jednej osoby dorosłej i dziecka oparty na więzach emocjonalnych, prawnych i przeważnie na więzach krwi³⁹.

Po trzecie, nie bez znaczenia dla analizowanej regulacji pozostają te przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, które w uzasadnionych wypadkach dopuszczają możliwość adopcji dziecka przez osoby samotne. Mimo że są to wyjątkowe sytuacje, to jednak zakłada się, że osoby te mogą zapewnić dziecku odpowiedni poziom środowiska rodzinnego.

Zaprezentowane rozważania przemawiają za tym, że ustawa o leczeniu niepłodności zawiera regulacje, które są niespójne aksjologicznie i którym trudno przypisać charakter racjonalności. Ocena ta zostaje podtrzymana przez zasadę wynikającą z orzecznictwa TK, wyrażającą się w tym, że w przypadku ograniczenia prawa lub wolności konieczne jest skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu. Na treść wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady odnoszącej się do konieczności ograniczeń praw i wolności składają się następujące wymagania: przydatność, niezbędność i proporcjonalność *sensu stricto*. W przypadku analizowanych rozwiązań przyjąć wypada, że wymagania te nie zostały spełnione. Tymczasem krytykowana regulacja sytuacji prawnej kobiet samotnych powinna zostać odniesiona do istotnego założenia, które powinno towarzyszyć projektodawcy, że z dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności wiele kobiet samotnych mogło być poddawanych (pozostawać w trakcie) procedurze leczenia niepłodności metodą *in vitro*. W obecnym stanie prawnym (art. 97 u.l.n.), jeżeli kobieta już poddała się

³⁷ Np. art. 23 k.r.o.

³⁸ P. Tuleja, *uwaga 2 do art. 18*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 82.

³⁹ Wyrok TK z 12.04.2011 r., SK 62/08, OTK 2011, nr 3, poz. 22.

wstępnej procedurze i z użyciem jej komórki rozrodczej (oraz z komórki anonimowego dawcy) został wytworzony zarodek, którego nie wykorzysta przez 20 lat (zaś wykorzystanie w przypadku nieposiadania partnera jest w świetle ustawy niemożliwe), zarodek zostanie przekazany innym podmiotom⁴⁰. Co za tym idzie, wbrew jej woli (a nawet bez jej wiedzy oraz zgody) inna kobieta może urodzić dziecko pochodzące z jej komórki⁴¹. Decyzja prawodawcy, aby nie ustanowić przepisów przejściowych do ustawy w zakresie ochrony praw tych kobiet, naruszyła konstytucyjną zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa i zredukowała rolę kobiety w procesie *in vitro* do tej, którą można wiązać z anonimowym dawcą komórek rozrodczych. Naruszone zostało prawo do poszanowania życia prywatnego, którego elementem jest prawo do decyzji w sferze prokreacji, zaś sam zarodek został w tej procedurze uprzedmiotowiony. Tak zarysowane konsekwencje analizowanych rozwiązań prowadzą do uprawnionej konstatacji, że są one niespójne z koniecznością poszanowania godności człowieka, prawa do życia prywatnego i rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawnej ochrony życia, zdrowia, dobra i praw dziecka. Brak konsekwentnej realizacji celu tej ustawy w sferze zapewnienia ochrony praw dziecka jest widoczny również w zakresie uregulowania dotyczącego braku wyrażenia zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych – pobranych w celu dawstwa partnerskiego, z których utworzono zarodek – na przeniesienie zarodka. W takim przypadku zezwolenie na przeniesienie zarodka zależy ostatecznie od decyzji sądu opiekuńczego. Możliwość zdecydowania przez sąd, czy pomimo braku zgody (cofnięcia zgody) męża (partnera) na przeniesienie zarodka do organizmu biorczyni (żony lub partnerki) zasadne jest *de facto* pozwolenie tej kobiecie na podjęcie próby zajęcia w ciąży i urodzenie dziecka, powoduje, że wszystkie inne kobiety, które zostały z mocy ustawy pozbawione tej możliwości, powinny otrzymać gwarancję skorzystania z takiego samego prawa – zwrócenia się do właściwego sądu z wnioskiem o udzielenie zgody na implantację zarodka. W innym przypadku sytuacja, w jakiej znalazła się kobieta, o której mowa w art. 97 u.l.n., powoduje, że jest ona dyskryminowana ze względu na stan cywilny (status rodzinny) względem kobiety, która utraciła perspektywy na macierzyństwo wskutek wycofania przez męża czy partnera (przykładowo w wyniku rozstania czy rozwodu) zgody na pobranie zarodka, lecz może dochodzić swych praw przed sądem.

Sięgając ponownie do celu analizowanej ustawy, konflikt konkurujących ze sobą wartości powinien być rozstrzygany na korzyść dobra przyszłych dzieci, przez co ustawodawca rozumie obligatoryjne zapewnienie każdemu dziecku prawa do posiadania obojga rodziców – zarówno ojca, jak i matki. W tym przypadku dziecko – jako słabsza istota – powinno być chronione mocniej niż osoba dorosła i jej prawo do rodzicielstwa. Taka argumentacja ustawodawcy wykazuje jednak istotne luki i słabe strony. Przede wszystkim ani przepisy ustawy, ani innych aktów prawnych, do których omawiana regulacja odsyła, nie gwarantują, że pary

⁴⁰ W ten sam sposób powstałe zarodki są przekazywane do dawstwa również w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 21 ust. 3 pkt 2 u.l.n., tj. w razie śmierci obojga dawców zarodka.

⁴¹ Zob. podobnie A. Białek, *Dylematy prawa i bioetyki – pora na działanie. Stanowiska i postulaty Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczące problemów bioetycznych w czasie VII kadencji (2015–2020)*, red. A. Białek, M. Wróblewski, Warszawa 2020, s. 38–40.

podejmujące leczenie, deklarujące pełną odpowiedzialność za przyszłe dziecko i przyjmujące na siebie rolę rodzica z chwilą urodzenia dziecka, będą ponad wszelką wątpliwość i bez żadnych wyjątków pełnoprawnymi rodzicami dla mającego przyjść na świat dziecka. Ustawa, przewidując w tym zakresie pewnego rodzaju wyjątki: śmierć jednego z partnerów, która nastąpiła po utworzeniu zarodków, jak i okoliczność, w której to sąd decyduje, czy pomimo wycofania zgody partnera na implantację zarodka kobieta może zostać biorniczą, daje podstawy do jej krytycznej oceny. Na tym tle ustawowa gwarancja do życia w pełnej rodzinie przewidziana dla przyszłego dziecka ulega rozmyciu i jeszcze bardziej uwypukla się dyskryminacyjne traktowanie kobiet samotnych, które przed wejściem w życie ustawy doczekały się powstania zarodków, a których w obecnym stanie prawnym nie mogą pobrać. Należy wyraźnie podkreślić, że system prawa, decydując się na reglamentację prawną wielu okoliczności, w których można lub nie można skorzystać z danego prawa, powinien przewidzieć wszystkie skutki i uregulować je z uwzględnieniem niesprzeczności i racjonalności tego systemu. Dlatego w takim przypadku interwencja prawodawcy może być oceniana jako naruszenie obowiązków negatywnych (faktycznie uniemożliwienie posiadania własnego potomstwa) lub jako wadliwa realizacja obowiązków pozytywnych⁴². Na tle ustawy o leczeniu niepłodności wnikliwa analiza całokształtu rozwiązań prawnych dotyczących ochrony poszanowania prawa dziecka do życia rodzinnego nie potwierdza, a neguje zgodność części przyjętych rozwiązań z założonymi celami. Rozwiązania wydają się mieć charakter asekuracyjny, tj. starających się nad wyraz dążyć do połączenia możliwych środków z założonymi celami, co prowadzi w konsekwencji do wielu wątpliwości interpretacyjnych. Innymi słowy, rozwiązania w obecnym kształcie starają się chronić wartość, jaką jest prawo do życia rodzinnego powstałego zarodka, stosując środki, które nie korespondują z innymi wartościami systemu, którym ustawodawca zdaje się okazywać szacunek. Przede wszystkim ustawodawca wydaje się w wielu miejscach zapominać, że początkiem całego procesu mającego zapewnić ochronę wiodących dla niego wartości jest jednak prawo pacjenta do leczenia niepłodności. Odwracając wagę tych założeń – tak jak to wydaje się robić ustawodawca – to chociażby rozwiązanie ustawowe regulujące implantację zarodka już po śmierci męża lub konkubenta danej kobiety nie jest zasadne, mając na uwadze cele (wartości) wyrażone w art. 4 u.l.n.

4. *Gromadzenie nadmiarowych danych w rejestrze stanu cywilnego*. Nie ulega wątpliwości, że akta stanu cywilnego są rejestrem prowadzonym w celach publicznych. Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie wskazywał, że każdy przypadek gromadzenia danych na temat jednostek w bazach publicznych stanowi ingerencję w sferę prywatności⁴³. W tym zakresie bez znaczenia pozostaje zarówno zamierzony cel przetwarzania danych, jak i nawet okoliczność, czy zgromadzone dane zostały wykorzystane przez organy publiczne do realizacji

⁴² Zob. także rozważania ETPC na temat możliwej kwalifikacji austriackich przepisów regulujących stosowanie procedury *in vitro* w wyroku *S.H. i inni. v. Austria*, pkt 83–88.

⁴³ Wyrok ETPC z 16.02.2000 r., *Amann v. Szwajcaria*, skarga nr 27798/95, pkt 70.

swoich zadań⁴⁴. W analizowanym przypadku bez wątplenia działanie prawodawcy skutkuje ingerencją w prywatność dziecka (przez ujawnienie informacji na temat sposobu jego poczęcia). Jednak treść złożonego na podstawie art. 71¹ k.r.o. oświadczenia, włączonego do rejestru stanu cywilnego, ujawnia także informacje na temat stanu zdrowia rodziców. Zgodnie z ustawą o leczeniu niepłodności możliwość skorzystania z procedury *in vitro* „może być podejmowana po wyczerpaniu innych metod leczenia prowadzonych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy”⁴⁵. Jednocześnie w przypadku aktów stanu cywilnego – w przeciwieństwie np. do dokumentacji medycznej⁴⁶ – jednostka traci realną kontrolę nad zakresem i sposobem przetwarzania danych jej dotyczących. Dlatego za uzasadniony należy uznać wniosek, że wprowadzenie art. 19 ust. 2 pkt 4a oraz art. 63 ust. 11 p.a.s.c. skutkuje nie tylko ingerencją w sferę prywatności dziecka, ale również jego rodziców. Nawet uznając, że odnotowanie w rejestrze publicznym informacji pozwalających na wskazanie sposobu poczęcia dziecka jest konieczne do realizacji istotnego i uzasadnionego prawnie celu – ustawodawca powinien wprowadzić odpowiednie zabezpieczenia zapewniające, że dostęp do tych informacji będzie ściśle ograniczony, a ich przetwarzanie będzie odbywało się wyłącznie w wąskim zakresie, niezbędnym do osiągnięcia zamierzonego celu.

Należy przypomnieć, że przepisami ustawy o leczeniu niepłodności prawodawca stworzył rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków. Rejestr ten zawiera szczegółowe informacje na temat dawców i biorczyń komórek rozrodczych, przekazanych w celu dawstwa innego niż partnerskie, oraz dawców i biorczyń zarodków (art. 37 ust. 1 u.l.n.). Ustawa ściśle limituje dostęp do danych, m.in. przewiduje obowiązek anonimizacji danych udostępnianych wybranym podmiotom upoważnionym (art. 37 ust. 4 u.l.n.). Zarówno ustawa, jak i wydane na jej podstawie rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków⁴⁷ nie przewiduje możliwości zdalnego dostępu do rejestru dla innych podmiotów.

Sposób funkcjonowania rejestru dawców jest przykładem, jak prawodawca mógł prawidłowo ograniczyć zakres przetwarzania informacji pozwalających na identyfikację dzieci urodzonych dzięki zastosowaniu metody *in vitro*. Zamiast utworzyć odrębny rejestr (lub rozszerzyć zakres funkcjonowania rejestru pobrań) zdecydował się na wykorzystanie w tym celu aktów stanu cywilnego. Dostęp do aktów stanu cywilnego posiada zdecydowanie szerszy krąg podmiotów uprawnionych niż w przypadku rejestru dawców komórek rozrodczych (por. art. 5 ust. 6 p.a.s.c.). Ponadto, na podstawie upoważnienia

⁴⁴ Wyrok ETPC z 25.03.1998 r., *Kopp v. Szwajcaria*, skarga nr 13/1997/797/1000, pkt 53.

⁴⁵ Procedura może być zastosowana także wcześniej, ale tylko w przypadkach, gdy „zgodnie z aktualną wiedzą medyczną nie jest możliwe uzyskanie ciąży” w wyniku zastosowania innych metod leczenia.

⁴⁶ Prawodawca szczegółowo uregulował sposób zabezpieczania, w tym udostępniania, dokumentacji medycznej – por. rozdz. 7 ustawy z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2019 r. poz. 1127). W szczególności ustawa określa zarówno krąg podmiotów uprawnionych do dostępu do dokumentacji medycznej (art. 26), jak i sposób jej udostępniania (art. 27).

⁴⁷ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.10.2015 r. w sprawie rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków (Dz.U., poz. 1745).

wskazanego w art. 5a ust. 1, minister cyfryzacji może udostępnić dane z rejestru stanu cywilnego oznaczonym służbom specjalnym, do których zaliczono m.in. ABW, CBA oraz Agencję Wywiadu. Dostęp tych służb może być realizowany z wykorzystaniem systemów teleinformatycznych, co w szczególności oznacza, że identyfikację osoby uzyskującej dane z rejestru, zakres oraz datę uzyskania danych nadzorują poszczególne służby, a nie administrator danych (minister cyfryzacji). Zarówno ustawa o aktach stanu cywilnego, jak i ustawy regulujące funkcjonowanie poszczególnych służb nie warunkują możliwości pozyskania danych z rejestru z jakkolwiek kontrolą ze strony sądu (w tym także realizowaną następczo). Ponieważ dane pozwalające na ujawnienie, że dana osoba została poczęta z wykorzystaniem procedury *in vitro*, są przechowywane w rejestrze bezterminowo – sytuacja ta tworzy ryzyko nadużycia władzy⁴⁸.

Obecna redakcja przepisów ustawy o leczeniu niepłodności powoduje, że osoby pragnące skorzystać z procedury *in vitro* – która, jak wskazał sam prawodawca, jest procedurą medyczną dostępną wyłącznie dla osób ze stwierdzoną niepłodnością – muszą, a nie mogą, złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 19 ust 2 pkt 4a p.a.s.c. Oznacza to, że rodzice dziecka pozbawieni są możliwości skorzystania z alternatywnych procedur uznania ojcostwa, np. wynikających z art. 75 § 1 k.r.o., dzięki którym fakt, że dziecko zostało poczęte w wyniku zastosowania procedury *in vitro*, nie zostałby ujawniony w jego aktach stanu cywilnego. Co więcej, prawodawca nie przewidział żadnej procedury prowadzącej do usunięcia tego oświadczenia – nawet na wniosek dziecka, po osiągnięciu przez nie pełnoletności. Trudno w takim przypadku wskazać, czyje prawa chroni bezterminowe przetwarzanie tych danych – skoro ani rodzice, ani pełnoletnie dziecko nie mają możliwości wystąpienia z żądaniem ich usunięcia.

Odrębną kwestią jest rozważenie, czy charakter informacji ujawnianych w rejestrze stanu cywilnego powoduje, że mogą one być zaliczone do katalogu informacji dotyczących zdrowia. Skoro *in vitro* jest procedurą medyczną stosowaną w leczeniu konkretnej choroby (niepłodności), to informacja pozwalająca na wskazanie osób korzystających z tej terapii powinna być zaliczana do katalogu informacji dotyczących stanu zdrowia⁴⁹. Wniosek ten znajduje potwierdzenie

⁴⁸ W demokratycznym państwie prawa trudno wskazać chociażby jedną prawnie usprawiedliwioną przesłankę dostępu służb specjalnych do tego typu informacji. W odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej minister cyfryzacji potwierdził, że według stanu na 2.12.2019 r. pełny dostęp do aktów stanu cywilnego – w tym także dostęp do rejestru uznań – realizowany z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego, posiadała Agencja Wywiadu (Decyzja Ministra Cyfryzacji z 27.06.2018 r., DSP-V.6501.1.2018, niepubl.) oraz CBA (Decyzja Ministra Cyfryzacji z 23.05.2018 r., DRS-III.6501.27.2018, niepubl.). Trudno wskazać podstawy prawne uzasadniające potrzebę dostępu do rejestru uznań przez służbę specjalną, której celem działania jest zwalczanie przestępczości gospodarczej. Zob. cele (art. 1) oraz zadania (art. 2) wskazane w ustawie z 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2019 r., poz. 1921).

⁴⁹ Zob. tezę TSUE sformułowaną na tle art. 8 ust. 1 dyrektywy 95/46 (odpowiadającemu obecnemu art. 9 ust. 1 RODO): „Zważywszy na przedmiot tej dyrektywy, należy dokonać wykładni rozszerzającej użytego (...) wyrażenia «dane dotyczące zdrowia», tak aby obejmowało ono informacje dotyczące wszystkich aspektów, zarówno fizycznych, jak i psychicznych, zdrowia osoby” – wyrok TS z 6.11.2003 r., C-101/01, *Bodil Lindqvist*, EU:C:2003:596, pkt 50.

także w stanowisku Ministerstwa Zdrowia⁵⁰. Jak podkreślił ETPC, „poszaniewanie poufności danych medycznych jest podstawową zasadą w systemach prawnych wszystkich umawiających się stron Konwencji. Ujawnienie takich danych może radykalnie wpłynąć na życie prywatne i rodzinne danej osoby, a także na jej sytuację społeczną i sytuację zawodową, narażając ją na ryzyko ostracyzmu”⁵¹. Wniosek ten bez wątpienia ma zastosowanie w przypadku gromadzenia informacji pozwalających na identyfikację osób urodzonych dzięki zastosowaniu procedury *in vitro*, zwłaszcza uwzględniając społeczny kontekst tej problematyki w Polsce.

Jeżeli uznać, że dane wprowadzane do rejestru stanu cywilnego mogą być zaliczone do informacji o zdrowiu, to ocena legalności przetwarzania musi uwzględniać przepisy rozporządzenia 2016/67 (RODO)⁵² – w tym dotyczące tzw. szczególnych kategorii danych (określanych także jako dane wrażliwe). Prawodawca unijny w art. 9 ust. 1 RODO wprowadził domyślny zakaz przetwarzania tego typu danych osobowych, wskazując jednocześnie katalog dopuszczalnych wyjątków (por. art. 9 ust. 2). W odniesieniu do przetwarzania w rejestrze stanu cywilnego danych pozwalających na ustalenie sposobu poczęcia dziecka zastosowanie mogłaby znaleźć przesłanka wskazana w art. 9 ust. 2 lit. c, odnosząca się do sytuacji, gdy przetwarzanie jest niezbędne do ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innej osoby fizycznej. W tym przypadku pojawiłby się jednak problem z wykazaniem, że odnotowanie informacji o sposobie poczęcia dziecka w rejestrze stanu cywilnego jest niezbędnym środkiem służącym ochronie jego praw. Brak możliwości wykazania takiego związku przesądzałby o niedopuszczalności (bezprawności) prowadzenia takiego przetwarzania.

5. *Wnioski de lege ferenda*. Omówione zastrzeżenia – dotyczące zarówno sposobu ograniczenia dostępu do procedur medycznie wspomaganey prokreacji dla osób (kobiet) samotnych, jak i związane z ujawnieniem w aktach stanu cywilnego informacji pozwalających na określenie sposobu poczęcia dziecka – są efektem wprowadzenia do ustawy o leczeniu niepłodności tego samego mechanizmu prawnego, wynikającego z art. 20 ust. 1 pkt 2 (w zakresie dopuszczalności przeniesienia zarodków do organizmu biorczyni) oraz art. 21 ust. 1 pkt 3 (definiującego przesłanki niedopuszczalności przeniesienia). Poza krytyką obecnych regulacji zasadne wydaje się zatem zaproponowanie alternatywnego kształtu przepisów, tak aby możliwe stało się osiągnięcie zamierzonego celu (ochrona

⁵⁰ Zob. wypowiedź I. Radziejwicz-Winnickiego podczas debaty przed senacką Komisją Zdrowia: „ja się trochę zgadzam z tymi słowami (...) że to rozwiązanie (...) jest niekorzystne dla mężczyzn, szczególnie nakazując im iść do urzędu stanu cywilnego i przed urzędnikiem złożyć oświadczenie, z którego tak naprawdę wynika, że (...) mają problem zdrowotny związany z niepłodnością” – zapis stenograficzny posiedzenia Komisji Zdrowia..., s. 6.

⁵¹ Wyrok ETPC z 17.01.2012 r., *Varapnickaitė-Mažylienė v. Litwa*, skarga nr 20376/05, pkt 44.

⁵² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.Urz. UE L 119, s. 1.

praw dziecka), przy jednoczesnym wyeliminowaniu dostrzeżonych wad. Osiągnięcie tego celu jest możliwe dzięki następującym rozwiązaniom: a) umożliwienie skorzystania z procedur medycznie wspomaganej prokreacji także kobietom samotnym, przy jednoczesnym utrzymaniu wymagania, aby dostęp do zabiegu był ograniczony do osób ze stwierdzoną niepłodnością; b) w przypadku dawstwa innego niż partnerskie wykreślenie z art. 20 ust. 1 pkt 2 u.l.n. (i konsekwentnie – z art. 21 ust. 1 pkt 3 u.l.n.) obowiązku składania oświadczenia o uznaniu ojcostwa przez mężczyznę, z którym biorczydni pozostaje we wspólnym pożyciu, oraz poprzestanie w tym zakresie na zwykłym oświadczeniu o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie zabiegu IVF z wykorzystaniem komórek rozrodczych dawcy; c) usunięcie obowiązku rejestracji informacji pozwalających na ustalenie sposobu poczęcia dziecka z akt stanu cywilnego; d) wprowadzenie nowego domniemania prawnego – pozwalającego na uznanie ojcostwa mężczyzny, który wyraził zgodę na przeprowadzenie zabiegu IVF, jeżeli dziecko urodziło się w ciągu 300 dni od daty przeprowadzenia transferu zarodka.

Zastąpienie obowiązku składania oświadczeń o uznaniu ojcostwa (których złożenie jest następnie odnotowywane w aktach stanu cywilnego) wprowadzeniem nowego domniemania prawnego tworzyłoby łatwą i dostępną procedurę ustalenia ojcostwa w przypadkach, gdyby mężczyzna uchylał się od swoich obowiązków alimentacyjnych. Ponadto dawałoby możliwość złożenia oświadczenia o uznaniu ojcostwa w znanym z przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego trybie, a więc w trakcie trwania ciąży lub już po urodzeniu dziecka. W efekcie prawa dziecka nie zostałyby naruszone, jednocześnie analiza aktów stanu cywilnego nie pozwalałaby na ujawnienie zarówno wrażliwych informacji dotyczących stanu zdrowia rodziców, jak i samego faktu poczęcia dziecka z wykorzystaniem procedury IVF.

*

Nie ulega wątpliwości, że ustawa o leczeniu niepłodności zawiera regulacje powodujące poważne ograniczenia praw kobiet samotnych zainteresowanych przystąpieniem do procedury *in vitro*. Pewnym rozwiązaniem – analizowanym także w doktrynie – prowadzącym do obejścia zbyt restrykcyjnych przepisów krajowych, jest możliwość skorzystania z leczenia w innych państwach, gdyż w zdecydowanej większości państw UE kobiety samotne mogą korzystać z procedur wspomaganej prokreacji⁵³. Na tym tle Richard Storrow zauważa jednak, że konieczność poszukiwania dostępu do technik wspomaganej prokreacji za granicą może wskazywać, że normy prawa krajowego naruszają konstytucyjną

⁵³ Dotyczy to m.in Belgii, Bułgarii, Danii, Chorwacji, Estonii, Finlandii, Grecji, Hiszpanii, Holandii, Islandii, Słowenii, Węgier oraz Wielkiej Brytanii; zob. D. Pogodzińska, *Dostęp do zapłodnienia in vitro a zakaz dyskryminacji – standardy międzynarodowe, przegląd rozwiązań legislacyjnych w wybranych państwach, analiza stanu prawnego w Polsce*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego (<https://cli.re/15Ark1>; dostęp: 28.06.2021 r.). Do grona takich państw wkrótce dołączy Francja, w której procedowane są przepisy zezwalające na dostęp do procedury IVF kobietom samotnym oraz lesbijkom – A. Chrisafis, *France debates law to let lesbians and single women have IVF*, *The Guardian* z 24.09.2019 r.

zasadę proporcjonalności⁵⁴. Choć jest to rozwiązanie akceptowane także w orzecznictwie ETPC⁵⁵, to nie sposób uznać, że jest to sposób wyrównania szans na macierzyństwo dla kobiet samotnych.

Kazus ustawy o leczeniu niepłodności – i związanej z nią nowelizacji prawa o aktach stanu cywilnego – obrazuje także inny trend, jakim jest coraz bardziej ekstensywne gromadzenie danych przez organy publiczne. Państwo coraz chętniej gromadzi informacje dotyczące aktywności obywateli, które jeszcze pięćdziesiąt lat temu A. Kopff wiązał nie tyle z szeroko definiowanym prawem do prywatności, ile z jego kwalifikowaną postacią, którą nazywał prawem do intymności życia osobistego⁵⁶.

Prawnicy powinni być szczególnie wyczuleni na przypadki, gdy władza tworzy prawne ramy pozwalające usankcjonować rejestrowanie osób przynależących do różnych grup mniejszości – zwłaszcza gdy działanie takie nie jest podejmowane wyłącznie w celu ochrony uzasadnionych praw tych osób. Spór w zakresie wprowadzanych w Polsce przepisów dotyczących leczenia niepłodności niestety nie był wolny od wypowiedzi, które nigdy nie powinny być wygłoszone, a które wprost nawoływały do dyskryminacji dzieci urodzonych dzięki zastosowaniu procedury *in vitro*⁵⁷. Rolą rozsądnego prawodawcy jest zapewnienie, aby osoby podzielające tego typu poglądy – nawet gdyby miały możliwość realizacji swoich zamierzeń – nie posiadały narzędzi niezbędnych ku temu. Już tylko ten wniosek jest wystarczający, aby poważnie rozważyć potrzebę reformy procedur wynikających z ustawy o leczeniu niepłodności.

⁵⁴ R. Storrow, *The pluralism problem in cross-border reproductive care*, Human Reproduction 2010, nr 12, s. 2941. Do podobnych wniosków dochodzi także S. McGuinness – podkreślając, że jeżeli brak dostępu do procedury IVF dla par jednopłciowych jest w istocie motywowany dobrem dziecka, to nie jest jasne, w jaki sposób przekroczenie granicy i wykonanie zabiegu w innym kraju miałyby to dobro zapewnić. Zob. S. McGuinness, *Health, human rights and the regulation of reproductive technologies in S.H. And others V Austria (application no. 57813/00)*, Medical Law Review 2013, nr 1.

⁵⁵ Zob. *S.H. i in. v. Austria*, pkt 114 – Trybunał przyjął, że dostępność (lub jej brak) konkretnej terapii w innych państwach może stanowić skuteczny środek ochrony praw jednostki przed zbyt restrykcyjnymi przepisami krajowymi. Należy jednak przyznać rację sędziom orzekającym (Tulkens, Hirvelä, Trajkovska i Tsotsoria), którzy w swoim zdaniu odrębnym wskazali, że argumentacja taka nie może być zaakceptowana z uwagi na oczywiste naruszenie art. 8 EKPC przez badaną praktykę krajową i w tym zakresie dostępność terapii w państwach trzecich pozostaje bez związku z oceną działań państwa, przeciwko któremu skierowano skargę (zob. pkt 13 zdania odrębnego do wyroku WI ETPC, skarga nr 57813/00). Zob. także W. van Hoof, G. Pennings, *The consequences of S.H. and Others v. Austria, for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments*, Reproductive BioMedicine Online 2012, nr 25, s. 665–669.

⁵⁶ Zob. A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Studia Cywilistyczne 1972, nr 20, s. 38–40.

⁵⁷ Szczególnie wybrzmiały słowa J. Rębeka, wypowiedziane w trakcie sejmowej debaty nad ustawą o leczeniu niepłodności, że „in vitro to zabójstwo wielu istnień ludzkich (...) To niech usłyszy również najmłodsze pokolenie. Tak, żeby siostrzyczka lub braciшек narodziło się z in vitro, kilkoro spośród nich musi umrzeć”.

Support to Family as the Aim of the National Act on Fertility Treatment in the Context of Fundamental Rights of an Individual (critical remarks)

Defining the conditions of admissibility of assisted procreation techniques and regulating their use constitute current and important problems, discussed at the level of national law as well as being of interest to international organizations. At the same time, it is an issue about which ethical, moral or even religious views are often expressed. It seems that respect for human dignity should result in the legislature being particularly cautious in defining legal norms regarding such sensitive spheres of life as sharing information about the state of health, undertaken treatment or the ability to have children. The purpose of the article is to present the controversies related to the provisions of the Polish Act on Fertility Treatment introduced in 2015. Their analysis leads to the conclusion that, based on the argument of protecting children's rights, the legislature introduced a legal mechanism that could discriminate against all persons who should benefit from the new provisions, including children themselves. In an attempt to limit the accessibility of assisted procreation techniques to single women and same-sex couples, the legislature adopted regulations previously unknown in national legislation, allowing the collection and processing in public registers of data that make it possible to reveal how a child was conceived and to identify persons suffering from infertility. Moreover, this information can be processed without any judicial review by law enforcement agencies for the purposes of discharging their own tasks, which in itself seems to violate the standards of a democratic state. In addition to a critical review of the new regulations, the article also presents possible directions of their amendment, thanks to which it would be possible to eliminate the presented defects.

Słowa kluczowe: leczenie bezpłodności, medycznie wspomagane techniki prokreacji, dyskryminacja, zbędne dane, ochrona danych, prawo do prywatności

Keywords: *fertility treatment, medically assisted procreation techniques, discrimination, redundant data, data protection, right to privacy*

Bibliografia

Baniak J., *Między nakazem a wyborem. Zapłodnienie pozaustrojowe metodą in vitro w opinii licealistów i studentów. Na podstawie własnych badań socjologicznych*, Konteksty Społeczne 2018, nr 1

- Bieszczad M., *Dobro dziecka jako klauzula generalna – ustalenie znaczenia pojęcia dobra dziecka w XXI w.*, Monitor Prawniczy 2019, nr 17
- Bosek L., *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, nr 4
- Bosek L., *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganey prokreacji*, Diamentos 2009, nr 20
- Chełmowska P., *Wybrane aspekty etyczne leczenia niepłodności w prawie polskim – kilka słów o Ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności*, Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały 2017, nr 1
- Dolińska B., *Naprotechnologia – przekłamanie czy nieporozumienie?*, Nauka 2011, nr 1
- Garlicki L., Hofmański P., Wróbel A. (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, Komentarz do artykułów 1–18, Warszawa 2010
- Haberko J., Łączkowska M. (red.), *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, Poznań 2005
- Haberko J., Łuczak-Wawrzyniak J., *Dobrodziejstwo nowoczesnych technik wspomaganey medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka? Uwagi na tle projektu ustawy o leczeniu niepłodności (druk sejmowy 3245)*, Diamentos 2014, nr 44
- Hoof W. van, Pennings G., *The consequences of S.H. and Others v. Austria, for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments*, Reproductive BioMedicine Online 2012, nr 25
- Johnson P., *Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: Gas and Dubois v France*, Modern Law Review 2012, nr 6
- Kopff A., *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Studia Cywilistyczne 1972, nr 20
- Kuczyńska M. i in., *Opinie wybranych grup społecznych na temat etycznej strony zapłodnienia metodą in vitro*, Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu 2013, nr 3
- Kuczyski W. i in., *Rekomendacje dotyczące diagnostyki i leczenia niepłodności – skrót*, Ginekologia Polska 2012, nr 2
- Łepecka-Klusek C., Pilewska-Kozak A., Jakiel G., *Niepłodność w świetle definicji choroby podanej przez WHO*, Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu 2012, nr 2
- Łowińska E., *Prawo do zapłodnienia in vitro w Polsce i na świecie*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza 2012
- Madeira J., *Uncommon Misconceptions: Holding Physicians Accountable for Insemination Fraud*, Law & Inequity 2019, nr 1
- Nazar K., *Kilka uwag na temat ustawy o leczeniu niepłodności*, [w:] *Odpowiedzialność w ochronie zdrowia*, red. E. Kruk, A. Wołoszyn-Cichocka, M. Zdyb, Warszawa 2018
- Safjan M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990
- Sobas M., *Czy dziecku przysługuje prawo do ustalenia pochodzenia genetycznego ze strony matki?*, Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica 2019, t. 86
- Stecki L., *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego*, PiP 1990, nr 10
- Storrow R., *The pluralism problem in cross-border reproductive care*, Human Reproduction 2010, nr 12

Szudejko P., *Rozwój biologii i medycyny w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2018

Wilejczyk M., *Znajomość czy nieznajomość pochodzenia genetycznego rzeczywistym dobrem osoby urodzonej w wyniku procedury medycznie wspomaganey prokreacji. Uwagi na marginesie ustawy o leczeniu niepłodności*, Przegląd Sejmowy 2017, nr 11–12