



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 29 października 2015 r.

Adam Bodnar

VII.501.139.2015.KM

Trybunał Konstytucyjny

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. *o Rzeczniku Praw Obywatelskich* (Dz. U. z 2014 r. poz. 1648 ze zm.)

wnoszę o stwierdzenie niezgodności:

art. 20 ust. 1 pkt 2 oraz art. 21 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 78 i 97 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. *o leczeniu niepłodności* (Dz. U. poz. 1087), w zakresie, w jakim mają zastosowanie także do kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które zdeponowały zarodki powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy przed dniem wejścia w życie tej ustawy, z art. 2 w zw. z art. 47 Konstytucji RP.

Uzasadnienie

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. *o leczeniu niepłodności* (Dz. U. poz. 1087, dalej też jako: ustawa), która wejdzie w życie w dniu 1 listopada 2015 r., jest pierwszym aktem prawnym, który reguluje stosowanie w Polsce procedur medycznie wspomaganey prokreacji, w szczególności zapłodnienia pozaustrojowego (tzw. metody *in vitro*). Przed wejściem w życie ustawy *o leczeniu niepłodności* brak było wiążących przepisów kompleksowo regulujących możliwość korzystania z metody zapłodnienia pozaustrojowego, zaś istniejące braki legislacyjne były przedmiotem szerokiej krytyki w literaturze (por. L. Bosek, *Ochrona embrionów w prawie międzynarodowym i europejskim*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i społeczny” 2007, z. 3; M. Nesterowicz, *Prokreacja medycznie wspomaganą i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 2; W. Lang [w:] W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000).

Najpoważniejszym zarzutem formułowanym względem polskiego prawodawcy był ten dotyczący niedostosowania krajowych regulacji do standardów europejskich wyrażonych w dyrektywie 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. *w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich* (Dz. Urz. z 7 kwietnia 2004 r., L 102/48). Potwierdzeniem zasadności owych zarzutów implementacyjnych był wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie C-29/14 *Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, w którym uznano, że Polska naruszyła zobowiązania państwa członkowskiego poprzez niepełną implementację dyrektywy 2004/23/WE oraz innych odnośnych dyrektyw ze względu na nieobjęcie zakresem zastosowania przez przepisy prawa krajowego komórek rozrodczych, tkanek płodowych i tkanek zarodkowych. Trybunał zwrócił uwagę, że krajowe regulacje są niejasne, nieprecyzyjne i zbyt ogólne, a tym samym nie gwarantują istnienia minimalnego standardu ochrony tkanek i komórek pochodzenia ludzkiego. W związku z tym Trybunał uznał, że państwo polskie nienależycie wywiązało się z nałożonego na nie obowiązku implementacji.

Wśród innych pojawiających się wówczas, na tle braku regulacji procedury wspomaganej prokreacji, kwestii problematycznych, wskazać można m.in. brak wzorców należytego postępowania względem embrionów, a także nieistnienie przepisów w zakresie przechowywania zarodków i ich ochrony, co pozostawało w sprzeczności nie tylko ze standardami europejskimi wyrażonymi w dyrektywie 2004/23/WE, lecz także ze standardami konstytucyjnymi (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. o sygn. K 26/96). Tylko niektóre kwestie rozstrzygalne były bowiem na gruncie obowiązujących przepisów (np. obowiązek uzyskania zgody na zabieg, obowiązek informacyjny lekarza względem pacjenta, konieczność udzielania świadczeń zdrowotnych zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej). Inne zagadnienia, jak chociażby problem odpowiedzialności karnej z tytułu uszkodzenia embrionu *in vitro*, były przedmiotem ścierania się odmiennych poglądów doktrynalnych (por. J. Majewski, *Zakres prawnej ochrony embrionu in vitro na podstawie art. 157a § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2010, nr 1 (25); P. Daniluk, *Ochrona zarodków powstałych w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego na podstawie art. 157a k.k.*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2010, nr 1 (25); M. Gałązka, *Prawnokarna ochrona ludzkiego embrionu in vitro*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 5).

Wobec istniejącego stanu prawnego podmioty udzielające świadczeń w zakresie zapłodnienia pozaustrojowego wprowadzały swoje wewnętrzne regulacje, kierując się przy tym, co do zasady, standardami europejskimi, m.in. w zakresie procedury dawstwa komórek i embrionów oraz implantacji zarodków, a także ich przechowywania. Niemniej jednak w praktyce owe europejskie wzorce stosowane były w sposób wybiórczy. Dla przykładu,

z raportu przygotowanego przez stowarzyszenie Nasz Bocian (*Pierwszy Pacjencki Monitoring Polskich Ośrodków Leczenia Niepłodności*) wynika, że wbrew rekomendacjom Europejskiego Towarzystwa Ludzkiego Rozrodu i Embriologii ESHRE⁵, niektórzy lekarze dokonywali transferu więcej niż jednego zarodka do organizmu kobiety, co zwiększało prawdopodobieństwo wystąpienia ciąży mnogiej. Ponadto ośrodki leczenia niepłodności odmiennie (bądź też wcale) regulowały kwestię maksymalnej liczby tworzonych w procesie zapłodnienia pozaustrojowego embrionów oraz ich przechowywania lub oddania do tzw. „adopcji zarodków”.

Zakresem regulacji nie było objęte również zagadnienie możliwości zawierania umów cywilnoprawnych w przedmiocie skorzystania z procedury zapłodnienia pozaustrojowego – nie tylko przez małżonków lub pary, lecz także przez kobiety niepozostające w związku małżeńskim lub we wspólnym pożyciu z mężczyzną. Niemniej jednak, możliwość zawierania takich umów (również przez osoby niepozostające w związku małżeńskim bądź we wspólnym pożyciu) wywodzona była z wyrażonej w art. 353¹ ustawy z dnia z dnia 23 kwietnia 1964 r. – *Kodeks cywilny* (Dz. U. z 2014 r. poz. 121) zasady swobody umów („Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”). Zasada ta, uznawana za mającą fundamentalne znaczenie w obszarze stosunków prywatnoprawnych, obejmuje możliwość swobodnego decydowania o zawarciu (bądź nie) umowy, nieskrępowanego wpływu na jej treść i doboru drugiej strony stosunku prawnego, zaś uzasadnieniem jej istnienia jest autonomia woli jednostki. Co więcej, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w orzeczeniu z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02 „(...) zasada swobody umów – mimo że niewyrażona wprost w Konstytucji – ma swój wymiar i znaczenie konstytucyjne. Zasada ta jest przede wszystkim pochodną przyjęcia zasady państwa liberalnego i konkretyzacji tego założenia dokonanego w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji, a także związana jest instrumentalnie z niektórymi innymi przepisami konstytucyjnymi”. Zdaniem Trybunału, wolność kontraktowania posiada nie tylko wymiar majątkowy związany z dysponowaniem prawami majątkowymi takimi jak m.in. własność, lecz także wymiar niemajątkowy przejawiający się w możliwości decydowania o swoim życiu osobistym – również w tej sferze człowiek jest uprawniony do kształtowania swojej sytuacji prawnej poprzez zawieranie umów.

Zasada swobody umów nie ma jednakże charakteru absolutnego i wykonywana może być jedynie w granicach ustawowych. W pierwszej więc kolejności treść umowy i jej cel winny być zgodne z obowiązującymi przepisami prawnymi. Ograniczenia kontraktowania mogą mieć zarówno charakter podmiotowy, tj. uzależniać możliwość zawarcia umowy od kwalifikacji danego podmiotu, jak i przedmiotowy, limitując możliwość kontraktowania ze względu na przedmiot świadczenia (por. A. Olejniczak, *Komentarz do art. 353¹ Kodeksu cywilnego*, Lex). Ponadto umowy nie mogą pozostawać w sprzeczności z zasadami współżycia

społecznego, tj. w szczególności winny być uczciwe i rzetelne, a także nie powinny wprowadzać istotnych dysproporcji między wzajemnymi prawami i obowiązkami stron (*Ibidem*), zaś ich postanowienia nie mogą naruszać natury stosunku prawnego.

Wyżej opisana regulacja Kodeksu cywilnego umożliwiała zawieranie umów nienazwanych w zakresie udzielania świadczenia medycznego polegającego na dokonaniu zapłodnienia pozaustrojowego, do których odpowiednio stosowano regulacje dotyczące umowy zlecenia. W istniejącym wówczas stanie prawnym brak było bowiem przepisów wprowadzających zakaz kontraktowania w tym przedmiocie. Niemniej jednak w niektórych z zawieranych umów widoczna była dysproporcja między obowiązkami nałożonymi na ośrodek i klienta, a także odnotowywano brak faktycznego wpływu klientów na kształt postanowień umownych (źródło: raport przygotowany przez stowarzyszenie Nasz Bocian). Ponadto zaobserwowano m.in. praktyki łączenia kilku, mających różny przedmiot umów, w jedną (np. w umowach o wykonanie zabiegu *in vitro* zamieszczano postanowienia dotyczące losu materiału genetycznego w przypadku wygaśnięcia umowy), stosowanie klauzul ograniczających odpowiedzialność ośrodka, bądź zobowiązujących pacjentkę do zachowania tajemnicy o przebiegu leczenia. Warto jednak podkreślić, że wpływ wyżej opisanych praktyk związanych z zawieraniem umów na ich ważność badać należało *in concreto*.

Prawodawca nie wprowadzał też żadnych ograniczeń warunkujących dopuszczalność zawarcia umowy od posiadania przez stronę szczególnych cech. W związku z tym, z metody skorzystać mogły zarówno małżeństwa i pary, jak i kobiety niepozostające w związku małżeńskim lub we wspólnym pożyciu z mężczyzną. W praktyce, zgodnie z informacjami zamieszczonymi w raporcie przygotowanym przez stowarzyszenie Nasz Bocian, jedynie 5 na 35 poddanych monitoringowi ośrodków zadeklarowało niewykonywanie zabiegów *in vitro* w przypadku kobiet niepozostających w związku małżeńskim lub we wspólnym pożyciu z mężczyzną. Lekarze szacują, że 5% klientów klinik leczenia niepłodności stanowiły właśnie niepozostające w stałym związku kobiety. W przypadku urodzenia dziecka przez kobietę, która nie pozostaje w związku małżeńskim, dane ojca zamieszcza się w akcie urodzenia w razie uznania ojcostwa albo sądowego ustalenia ojcostwa, zgodnie z art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – *Prawo o aktach stanu cywilnego* (Dz. U. z 2014 r. poz. 1741 ze zm.). Zgodnie z ust. 2 tego przepisu, jeżeli nie nastąpiło uznanie ojcostwa albo sądowe ustalenie ojcostwa, w akcie urodzenia zamieszcza się jako imię ojca imię wskazane przez osobę zgłaszającą urodzenie, a w razie braku takiego wskazania – imię wybrane przez kierownika urzędu stanu cywilnego.

Od 2013 r. nieco inaczej kształtowała się sytuacja podmiotów chcących skorzystać z refundacji kosztów zabiegu w ramach *Programu Leczenia Niepłodności Metodą Zapłodnienia Pozaustrojowego na lata 2013-2016*. Rządowy program adresowany był bowiem wyłącznie do małżeństw i par pozostających we wspólnym pożyciu (celem programu było

„zapewnienie równego dostępu i możliwości korzystania z procedury zapłodnienia pozaustrojowego niepełnym parom”). Nie oznaczało to, że kobiety nieposiadające stałych partnerów nie mogły już korzystać z zapłodnienia *in vitro*, lecz jedynie, że koszty zabiegu zobowiązane były pokryć (tak jak wcześniej) w całości we własnym zakresie (według różnych danych koszt zapłodnienia pozaustrojowego – przy zastosowaniu leków refundowanych – waha się między 6 000 a 9 000 zł w zależności od sytuacji klinicznej pacjenta; źródło: dane udostępnione na stronie Kliniki Bocian znajdującej się w Warszawie).

Rządowy Program Leczenia Niepłodności wprowadzał także ograniczenie w zakresie liczby tworzonych embrionów – co do zasady możliwym było tworzenie maksymalnie 6 zarodków, przy czym często ostatecznie nie wszystkie zostawały wykorzystane w procedurze *in vitro*. Jednak ośrodki świadczące usługi w zakresie przeprowadzania zabiegów zapłodnienia pozaustrojowego komercyjnie nie były związane tymi wytycznymi. W konsekwencji po przeprowadzeniu zabiegu *in vitro* pojawił się problem dalszego postępowania względem niezaimplantowanych zarodków. Co do zasady osoby korzystające z procedury obligowane były na mocy umowy do pokrywania kosztów przechowywania embrionów i jednocześnie godziły się, że w razie nieterminowego dokonywania płatności (zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie www.klinika-zdrowko.pl opłata za rok przechowywania zarodków wynosiła 350 zł) embriony przestaną być ich własnością i przekazane zostaną do dawstwa (zob. postanowienia umowy o mrożeniu i przechowywaniu zarodków dostępnej na stronie www.klinika-zdrowko.pl). Tak więc niektóre z utworzonych jeszcze przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności embrionów do dnia dzisiejszego przechowywane są w ośrodkach leczenia niepłodności bądź „bankach zarodków”.

Omawiany problem nie dotyczył jednak jedynie sytuacji, gdy po zastosowaniu procedury *in vitro* pojawiła się konieczność przechowywania tzw. nadliczbowych zarodków, tj. zarodków powstałych w procesie zapłodnienia pozaustrojowego, które ostatecznie nie zostały implantowane do organizmu kobiety, lecz także przypadków celowego tworzenia embrionów, tak aby w okresie późniejszym możliwa była ich implantacja. Przyczyną podejmowania decyzji o odsunięciu w czasie macierzyństwa były m.in. względy zdrowotne. Mowa tu m.in. o klientkach zmagających się z chorobą nowotworową, które po poddaniu się chemioterapii nierzadko traciły zdolność płodzenia (zob. E. Tekla, *Możliwości zachowania płodności u chorych po leczeniu onkologicznym*, „Nowa Medycyna” 2011, nr 2). Decyzje kobiet motywowane były także innymi względami, np. chęcią ustabilizowania sytuacji finansowej przed urodzeniem dziecka bądź urodzenia większej liczby dzieci (bez konieczności poddawania się procedurze pobrania komórki rozrodczej dwukrotnie). Podkreślenia wymaga fakt, że żaden z istniejących wówczas przepisów nie statuował zakazu podejmowania takich praktyk, zaś znaczna większość ośrodków leczenia niepłodności nie wprowadzała ograniczeń podmiotowych w zakresie możliwości zawierania odpłatnych umów w przedmiocie tworzenia, mrożenia i przechowywania zarodków. W związku z tym kobiety, działając w ramach swobody

umów, zobowiązywały się do systematycznego uiszczania opłat w zamian za przechowywanie należących do nich embrionów oraz zagwarantowanie możliwości ich implantacji w przyszłości. Także w takich wypadkach kobiety nie były uprawnione do skorzystania z refundacji kosztów w ramach rządowego *Programu Leczenia Niepłodności*.

Po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności, czyli od dnia 1 listopada 2015 r., kobiety niepozostające w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną nie będą mogły skorzystać z procedury zapłodnienia *in vitro* z wykorzystaniem zarodków, które powstały z ich komórek rozrodczych i komórek anonimowego dawcy przed wejściem w życie ustawy.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy, leczenie niepłodności w drodze procedury zapłodnienia pozaustrojowego może być podejmowane po wyczerpaniu innych metod leczenia pozaustrojowego przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy (wyjątkiem jest sytuacja, gdy zgodnie z aktualną wiedzą medyczną nie jest możliwe uzyskanie ciąży w wyniku zastosowania innych metod). Art. 9 ust. 1 ustawy stanowi, że procedury medycznie wspomaganey prokreacji obejmują procedury medyczne, w których są wykorzystywane wcześniej pobrane komórki rozrodcze. Przeprowadzać zabiegi zapłodnienia pozaustrojowego zgodnie z ustawą mogą wyłącznie centra leczenia niepłodności, spełniające wymogi wskazane w art. 13 ustawy. Status centra jest nadawany w drodze decyzji administracyjnej przez ministra właściwego do spraw zdrowia (art. 14), a wykaz centrów jest prowadzony przez ministra i publikowany na stronie internetowej (art. 16).

Ustawa wyodrębnia dwa rodzaje zapłodnienia pozaustrojowego. Kobieta może zostać zapłodniona poprzez przeniesienie do jej organizmu zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego lub dawstwa innego niż partnerskie. Dawstwo partnerskie oznacza, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy, 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. Dodatkowo, ustawa stanowi, że w dawstwie partnerskim stosowane są komórki rozrodcze biorczynie. W takim wypadku przeniesienie zarodka może nastąpić, zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 1 ustawy, po wyrażeniu zgody, w formie pisemnej, przez biorczynię i dawcę komórek rozrodczych. Zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy, w przypadku dawstwa partnerskiego niedopuszczalne jest przeniesienie zarodka w przypadku wycofania zgody przez biorczynię lub niewyrażenia zgody przez dawcę komórek rozrodczych.

Ustawodawca posługuje się również pojęciem „dawstwo inne niż partnerskie”, które nie zostało zdefiniowane w ustawie. Z uwagi jednak na wprowadzenie przedstawionego wyżej pojęcia „dawstwa partnerskiego”, należy przyjąć, że dawstwo inne niż partnerskie oznacza przeniesienie do organizmu biorczynie zarodka, który powstał z jej komórki rozrodczej

i komórki anonimowego dawcy, lub zarodka powstałego z komórki rozrodczej jej męża lub partnera i komórki rozrodczej anonimowej dawczyni, lub też zarodka przekazanego do tzw. dawstwa zarodka (które oznacza, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 ustawy, przekazanie zarodka w celu zastosowania go w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji u biorczynie, która nie jest dawcą żeńskich komórek rozrodczych i nie pozostaje w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z dawcą męskich komórek rozrodczych, z których zarodek powstał).

W przypadku dawstwa innego niż partnerskie ustawa w art. 21 ust. 1 pkt 2 wymaga wyrażenia zgody w formie pisemnej przez biorczynię i jej męża. W takim wypadku, zgodnie z domniemaniem wynikającym z art. 62 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r. poz. 583 ze zm., dalej jako K.r.o. lub Kodeks rodzinny), mąż matki jest ojcem dziecka, a zgodnie z art. 68 K.r.o., niedopuszczalne jest zaprzeczenie ojcostwa, jeżeli dziecko zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego, na który mąż matki wyraził zgodę.

Z kolei w przypadku zastosowania dawstwa innego niż partnerskie u pary pozostającej we wspólnym pożyciu, ustawodawca wprowadził w art. 21 ust. 1 pkt 2 wymóg złożenia przez partnera biorczynie oświadczenia, uregulowanego w art. 75¹ § 1 K.r.o. Zgodnie z tym przepisem, dodanym do Kodeksu rodzinnego przez art. 91 pkt 3 ustawy o leczeniu niepłodności, uznanie ojcostwa następuje z dniem urodzenia się dziecka także wtedy, gdy przed przeniesieniem do organizmu kobiety komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy, zarodka powstałego z komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo z dawstwa zarodka, mężczyzna oświadczy przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, że będzie ojcem dziecka, które urodzi się w następstwie procedury medycznie wspomaganey prokreacji z zastosowaniem tych komórek albo tego zarodka, a kobieta ta potwierdzi jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny, że ojcem dziecka będzie ten mężczyzna. W takim wypadku, zgodnie z dodanym przez art. 91 pkt 4 ustawy o leczeniu niepłodności art. 81¹ K.r.o., w przypadku, gdy uznanie ojcostwa nastąpiło na podstawie art. 75¹, ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy dziecko nie urodziło się w następstwie procedury medycznie wspomaganey prokreacji, o której mowa w art. 75¹ § 1. Zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 3 ustawy, w przypadku niezłożenia oświadczenia przewidzianego w art. 75¹ § 1 K.r.o. przez mężczyznę pozostającego we wspólnym pożyciu z biorczynią, przeniesienie zarodków jest niedopuszczalne.

Dodatkowo, w przypadku gdy para, zarówno pozostająca w związku małżeńskim, jak i we wspólnym pożyciu, korzysta z tzw. dawstwa zarodka, przeniesienie zarodka wymaga, zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 3 ustawy, wyrażenia pisemnej zgody przez dawców zarodka. W przypadku wycofania zgody na przekazanie zarodków przez dawców, niedopuszczalne jest przeniesienie zarodków przekazanych w celu dawstwa zarodków (art. 22 pkt 1).

Ustawodawca wprowadził również sankcję karną za naruszenie wyżej wskazanych przepisów. Zgodnie z art. 78 ustawy o leczeniu niepłodności, kto postępuje z komórkami rozrodczymi lub zarodkami w sposób niezgodny z art. 18, art. 20-22 lub art. 23 ust. 1, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku.

W rezultacie należy przyjąć, że ustawodawca wprowadził wymóg przystąpienia do procedury zapłodnienia pozaustrojowego dwóch osób (męża i żony lub osób pozostających we wspólnym pożyciu), nie tylko w przypadku dawstwa partnerskiego, ale także dawstwa innego niż partnerskie. Takie rozumienie przepisów potwierdza także Ministerstwo Zdrowia. W piśmie do Przewodniczącej Stowarzyszenia na Rzecz Leczenia Niepłodności i Wspierania Adopcji „Nasz Bocian” z dnia 30 września 2015 r., Igor Radziewicz-Winnicki, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Zdrowia, wskazał, że z chwilą wejścia w życie ustawy, czyli od dnia 1 listopada 2015 r., przystąpienie do procedury *in vitro* możliwe jest jedynie w sytuacji leczenia pary – mężczyzny i kobiety. W ocenie przedstawiciela Ministerstwa, w myśl obowiązujących od listopada przepisów, transfer zarodka możliwy będzie jedynie w przypadku zapewnienia przyszłemu dziecku prawa do przyjścia na świat i wychowania w pełnej rodzinie, tj. w sytuacji pozostawania przez biorczynię w związku małżeńskim lub we wspólnym pożyciu. Mimo więc ewentualnych wątpliwości co do takiej interpretacji (pojawiają się bowiem również uzasadnione stanowiska, że przepisy dotyczące męża lub partnera biorczyńni aktualizują się wyłącznie, gdy kobieta pozostaje w związku z mężczyzną), w świetle stanowiska Ministerstwa Zdrowia, przyjęcie wskazanego rozumienia przepisów wydaje się uzasadnione.

W ocenie Rzecznika, wątpliwości konstytucyjne budzi sytuacja kobiet, które poddały się procedurom medycznie wspomaganey prokreacji w celu zdeponowania zarodka, utworzonego z ich własnej komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy i aktualnie tak stworzone zarodki są przechowywane w klinice leczenia niepłodności. Zgodnie z nowymi przepisami, przeniesienie do ich organizmu tak wytworzonych zarodków będzie możliwe, gdy będą miały męża lub partnera, który wyrazi zgodę na zabieg. W przeciwnym wypadku, te kobiety nie będą mogły skorzystać z wytworzonych zarodków, a zgodnie z art. 97 zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy są przekazywane do dawstwa zarodka:

- po upływie 20 lat od dnia wejścia w życie ustawy, chyba że wcześniej zostaną przekazane przez dawców zarodka do dawstwa zarodka;
- w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 21 ust. 3 pkt 2 (śmierci obojga dawców zarodka).

W ocenie Rzecznika, zaskarżone przepisy, regulując w opisany sposób sytuację kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które posiadają zdeponowane zarodki, powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego

dawcy, naruszają zasadę demokratycznego państwa prawnego, przewidzianą w art. 2 Konstytucji w zw. z art. 47.

Zgodnie z przepisem art. 2 Konstytucji, Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Zasada demokratycznego państwa prawnego została wprowadzona do polskiego porządku konstytucyjnego ustawą z dnia 29 grudnia 1989 r., nowelizującą Konstytucję z dnia 22 lipca 1952 r. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. dekodował z zasady demokratycznego państwa prawnego liczne zasady konstytucyjne oraz prawa i wolności jednostki, które nie zostały wyrażone *expressis verbis* w ówczesnych przepisach konstytucyjnych, takie jak zasada proporcjonalności i prawo do sądu (por. M. Wiącek, *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, red. M. Zubik, Warszawa 2011, s. XXIX). E. Morawska wskazuje, że obecnie klauzula państwa prawnego stanowi dla Trybunału podstawę wydobywania z niej jedynie pewnych jej „proceduralnych aspektów”, które tworzą tzw. „zasady przyzwoitej legislacji” (E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, s. 345). Autorka wskazuje, że wśród nich TK wyróżnia zakaz działania prawa wstecz, nakaz zachowania odpowiedniej *vacatio legis* (z czym łączy się obowiązek ustanowienia odpowiednio ujętych przepisów przejściowych i poszanowania tzw. interesów w toku oraz zakaz wprowadzania zmian w prawie podatkowym w czasie trwania roku podatkowego), nakaz ochrony praw słusznie nabytych oraz nakaz określoności przepisów prawa. Jak wskazuje T. Zalasinski, w orzecznictwie TK trudno jest odnaleźć precyzyjnie ustalony katalog dyrektyw składających się na zasadę prawidłowej legislacji, Trybunał wskazuje bowiem wiele jej elementów (T. Zalasinski, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 50). Jak wskazuje E. Morawska, Trybunał nadaje klauzuli państwa prawnego „samoistną treść prawną” i uznaje ją za podstawę orzekania o konstytucyjności ustaw (E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego...*, *op. cit.*, s. 346).

Zdaniem E. Morawskiej, punktem wyjścia w dekodowaniu zasad zawartych w klauzuli państwa prawnego, jest zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przezeń prawa, która ma szczególne znaczenie w kontekście przedmiotowej sprawy. Jak wskazał Trybunał w wyroku z dnia 7 lutego 2001 r. o sygn. K 27/00, zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i prawa (nazywana także zasadą lojalności państwa wobec obywatela), wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań, oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny. Trybunał podkreślił w tym orzeczeniu, że przyjmowane przez ustawodawcę nowe unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów,

którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania. Ponadto, jak wskazał TK w wyroku z dnia 14 czerwca 2000 r. o sygn. P 3/00, zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne, umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. W ocenie Trybunału wyrażonej m.in. w powołanym wyroku, bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych.

W ocenie Rzecznika do naruszenia zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa doszło w wyniku uchwalenia ustawy o leczeniu niepłodności w jej obecnym brzmieniu. Kobiety, które poddały się procedurze pobrania ich komórki jajowej w celu utworzenia zarodka z tej komórki i z komórki rozrodczej anonimowego dawcy, działały w zaufaniu do obowiązującego prawa, w którym nie istniały regulacje odnoszące się do tego typu zabiegów. W konsekwencji, pobranie komórki, utworzenie zarodka a następnie przechowywanie go do czasu wykorzystania przez kobietę, było uregulowane w umowie cywilnoprawnej zawartej z ośrodkiem leczenia niepłodności. W ocenie Rzecznika, kobiety miały prawo oczekiwać, że podjęte przez nie działania, zgodne z obowiązującym prawem, będą także w przyszłości dozwolone przez porządek prawny. Należy wskazać, że kwestia wprowadzenia ram prawnych dla zabiegu *in vitro* jest podnoszona w debacie publicznej od wielu lat, a diskutowane były skrajne rozwiązania w tym zakresie, łącznie z wprowadzeniem całkowitego zakazu przeprowadzania zapłodnienia pozaustrojowego. Z tego względu, obywatele nie mogli przewidzieć, że przyjęte rozwiązanie uniemożliwi skorzystanie z tej metody zapłodnienia przez kobiety nieposiadające partnera, który złoży oświadczenie przewidziane we wprowadzonym art. 75¹ K.r.o.

Utworzenie zarodka przy wykorzystaniu komórki rozrodczej i możliwość decydowania przez dawczynię komórki o wykorzystaniu tego zarodka jest objęte ochroną konstytucyjną przewidzianą w art. 47 Konstytucji. Zgodnie z tym przepisem, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Prywatność jednostki obejmuje z pewnością sferę życia seksualnego oraz zachowań prokreacyjnych. Ustawodawca może ograniczyć w tym zakresie swobodę jednostek w ramach dopuszczalnych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji, jednakże wprowadzone ograniczenie nie powinno odnosić się do kobiet, które zdeponowały zarodki przed wejściem w życie ustawy, bowiem w takim wypadku dochodzi do naruszenia art. 2 Konstytucji w zw. z art. 47. Zdaniem Rzecznika, skorzystanie przez kobiety nieposiadające partnera z możliwości „zamrożenia” zarodka, w odniesieniu do kwestii nieuregulowanych w ówczesnym stanie prawnym, podlegało ochronie konstytucyjnej zawierającej się w prawie do prywatności.

W ocenie Rzecznika, zaskarżone przepisy wzbudzają dodatkowe wątpliwości co do zgodności z zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego prawa nie tylko z uwagi na zamknięcie drogi do implementacji zarodka i urodzenia dziecka kobietom, z których komórek rozrodczych (przy wykorzystaniu komórek anonimowych dawców) powstały już zarodki. Ocenie pod kątem zgodności z klauzulą państwa prawnego musi zostać poddany także art. 97 ustawy o leczeniu niepłodności. Jak już zostało wcześniej wskazane, przepis ten przewiduje, że po upływie 20 lat od wejścia w życie ustawy lub po śmierci dawców zarodka, zostaje on przekazany do dawstwa zarodka. W rezultacie kobieta, która poddała się wstępnej procedurze i na podstawie umowy cywilnoprawnej klinika pobrała jej komórkę rozrodczą i wytworzyła zarodek z tej komórki i komórki anonimowego dawcy, zostaje postawiona w sytuacji, w której niewykorzystanie tej komórki przez okres 20 lat (a to wykorzystanie w przypadku nieposiadania partnera jest w świetle ustawy niemożliwe) prowadzi do przekazania zarodka do dawstwa zarodka. W konsekwencji, wbrew woli dawczyni komórki rozrodczej (a nawet bez jej wiedzy), inna kobieta może urodzić pochodzące z tej komórki dziecko. Przyjęte rozwiązanie wzbudza wątpliwości z uwagi na chronione konstytucyjnie prawo do prywatności i związaną z nim swobodę decyzji o posiadaniu potomstwa. Dodatkowo, przyjęte rozwiązanie nie przewiduje żadnych praw kobiety (będącej dawczynią komórki jajowej) względem urodzonego przez inną kobietę dziecka, które, w sensie genetycznym, będzie jej potomkiem. W konsekwencji, ustawodawca niejako odbiera kobiecie możliwość decydowania o wykorzystaniu zarodka, a także odbiera jej prawo do utrzymywania stosunków z dzieckiem. Ustawodawca traktuje więc kobietę, z której komórki powstały zarodki, jak anonimową dawczynią komórki jajowej, mimo że jej wola w momencie poddania się procedurze pobrania komórki rozrodczej była zupełnie inna – chciała bowiem przenieść zarodek do swojego organizmu i urodzić dziecko.

Ograniczenie dysponowania swoimi komórkami rozrodczymi dotyczy sytuacji, w której zarodki zostały już przez kobietę wytworzone w celu późniejszego wykorzystania ich do zajścia w ciążę i urodzenia dziecka. Nowa regulacja, zarówno w zakresie uniemożliwiającym kobietom wykorzystanie ich zarodków, jak i przewidująca przekazanie ich do dawstwa zarodka po upływie określonego w art. 97 ustawy okresu, w sposób niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji zaskoczyła obywatelki, które, można to tak ująć, były już „w połowie” procesu zmierzającego do urodzenia dziecka i miały uzasadnione prawo oczekiwać, że będą miały możliwość wykorzystania wytworzonego zarodka w procedurze zapłodnienia i urodzenia dziecka. Jednakże w wyniku wprowadzonych rozwiązań, nie tylko została odebrana kobietom możliwość urodzenia dziecka, mimo wytworzenia przygotowanego w tym celu zarodka. Dodatkowo, ustawodawca zdecydował o przekazaniu tego zarodka, po 20 latach od dnia wejścia w życie ustawy, do dawstwa zarodka – także wbrew woli kobiety. Z tego względu, w ocenie Rzecznika zasadne jest przyjęcie, że zaskarżone przepisy, w zakresie, w jakim mają zastosowanie do kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu

z mężczyzną, które zdeponowały zarodki powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy przed dniem wejścia w życie ustawy, naruszają zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikającą z art. 2 Konstytucji w zw. z art. 47 ustawy zasadniczej.

W ocenie Rzecznika, zaskarżone przepisy należy też poddać ocenie ze względu na naruszenie wywodzonej z klauzuli państwa prawnego zasady ochrony praw słusznie nabytych, jak bowiem wskazał Trybunał, ochroną wynikającą z tej zasady są objęte również „ekspektawy maksymalnie ukształtowane” (por. wyrok TK z dnia 24 października 2000 r. o sygn. SK 7/00). Za taką ekspektatywę, zdaniem Rzecznika, należy uznać prawo kobiet posiadających zamrożone zarodki do wykorzystania ich zgodnie z zamierzeniem – zajścia w ciążę. Wskazując za T. Zalasińskim, na system zasad służących ochronie szeroko rozumianych praw nabytych (a więc również ekspektatyw tych praw) składają się: zasada *pacta sunt servanda*, zasada ochrony interesów w toku oraz nakaz stosowania przepisów przejściowych (por. T. Zalasiński, *Zasada prawidłowej...*, *op. cit.*, s. 116).

W orzecznictwie i doktrynie pojawiają się wątpliwości, czy zasada *pacta sunt servanda*, ściśle związana z problematyką ochrony praw nabytych, odnosi się do ochrony praw nabytych na podstawie aktów indywidualnych i konkretnych, czy też w oparciu o nabycie wynikające z aktów generalnych i abstrakcyjnych, a nawet pojawia się pytanie o stosowanie tej zasady w najwęższym jej ujęciu – wyłącznie w odniesieniu do umów cywilnoprawnych (por. T. Zalasiński, *ibidem*, s. 116-120). W przedmiotowej sprawie ta rozbieżność stanowisk nie ma znaczenia o tyle, że sprawa dotyczy stosunków prawnych wynikających z umowy cywilnoprawnej zawartej przez kobietę z ośrodkiem leczenia niepłodności w ramach swobody umów. Z tego względu, ustawodawca miał obowiązek respektowania zasady *pacta sunt servanda* w odniesieniu do uprawnień kobiet, oczekujących możliwości wykorzystania zdeponowanego zarodka zgodnie z poprzednio obowiązującym stanem prawnym. W tym celu, ustawodawca powinien był, zgodnie z nakazem stosowania przepisów przejściowych, wprowadzić takie przepisy w takim kształcie, aby nie doszło do naruszenia klauzuli państwa prawnego. Trybunał wskazał, że zasada demokratycznego państwa prawnego, a w szczególności szanowanie zasad przyzwoitej legislacji, wyrażają się m.in. obowiązkiem ustawodawcy do ustanowienia odpowiedniej *vacatio legis* oraz do należytego formułowania przepisów przejściowych (por. np. wyrok z dnia 5 stycznia 1999 r. o sygn. K 27/98, wyrok z dnia 25 listopada 1997 r. o sygn. K 26/97, wyrok z dnia 8 listopada 2006 r. o sygn. K 30/06). W ocenie Rzecznika, biorąc pod uwagę występujące w przedmiotowej sprawie wartości (prawo do dysponowania swoim materiałem genetycznym i posiadania potomstwa, zawierające się w konstytucyjnym prawie do prywatności), brak sformułowania przepisów przejściowych, przewidujących przedłużenie obowiązywania dawnego prawa do czasu wygaśnięcia stosunków prawnych związanych w czasie obowiązywania zmienionego prawa i trwających nadal, powoduje niekonstytucyjność zaskarżonych przepisów w zakresie, w jakim mają zastosowanie

także do kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które zdeponowały zarodki powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy przed dniem wejścia w życie ustawy. Zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym najbardziej korzystnej formy przepisów przejściowych, polegającej na dalszym obowiązywaniu prawa dawnego, wydaje się być uzasadnione z uwagi na istnienie „sytuacji w toku”, której źródłem jest umowa kobiety z ośrodkiem leczenia niepłodności (por. T. Zalasinski, *ibidem*, s. 130). Zdaniem Trybunału, zasada zaufania do państwa oznacza, że jeśli zapewniono obywatela, iż przez pewien czas obowiązywać go będą pewne reguły, a obywatel – kierując się tym zapewnieniem – rozpoczął konkretne działania, to reguł tych nie można już zmieniać na niekorzyść tego obywatela (wyrok z dnia 17 czerwca 2003 r. o sygn. P 24/02). Należy podkreślić, że zastosowana w ustawie o leczeniu niepłodności *vacatio legis*, zgodnie z którą ustawa weszła w życie po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia, nie może być uznana za wystarczające rozwiązanie w kontekście stosunków, które nowe przepisy regulują. Korzystanie z zapłodnienia pozaustrojowego, z uwagi na pewne naturalne procesy (np. leczenie się onkologicznie przez kobietę lub okres ciąży i porodu po urodzeniu poprzedniego dziecka) wymagało w ocenie Rzecznika przyjęcia jednego z dwóch możliwych rozwiązań. Ustawodawca mógł rozważyć wprowadzenie przepisu przejściowego, zgodnie z którym nowe przepisy nie miałyby zastosowania do sytuacji kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które zdeponowały zarodki powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy przed dniem wejścia w życie ustawy. Możliwe także było wprowadzenie znacznie dłuższej *vacatio legis* w odniesieniu do kobiet, które już zdeponowały zarodki.

Zdaniem Rzecznika, w przedmiotowej sprawie nie zaszły okoliczności, wskazywane w orzecznictwie Trybunału, za uzasadniające odstępstwo od zasady ochrony praw słuszenie nabytych. Z tego względu, zasadne jest stwierdzenie, że zaskarżone przepisy, w zakresie, w jakim mają zastosowanie także do kobiet niepozostających w związku małżeńskim albo we wspólnym pożyciu z mężczyzną, które zdeponowały zarodki powstałe z ich komórki rozrodczej i komórki anonimowego dawcy przed dniem wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności, są niezgodne także z zasadą ochrony praw nabytych wynikającą z art. 2 w zw. z art. 47 Konstytucji RP.

Załączniki:

1. pismo Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia do Przewodniczącej Stowarzyszenia na Rzecz Leczenia Niepłodności i Wspierania Adopcji „Nasz Bocian” z dnia 30 września 2015 r.