

Małgorzata Szeroczyńska

Rodzicielstwo prawne w wypadkach medycznie wspomaganej prokreacji – między genetyką, fizjologią a wolą posiadania dziecka

Słowa kluczowe: rodzicielstwo prawne, prokreacja wspomagana medycznie, sądowe ustalenie macierzyństwa i ojcostwa, macierzyństwo zastępcze, zapłodnienie post mortem, urodzenie ze zwłok, klonowanie reprodukcyjne, ektogeneza, rodzicielstwo osób po zmianie płci metrykalnej

Przez wieki w prawie nikt nie miał wątpliwości, że „mater semper certa est”. Do tego stopnia to przekonanie stanowiło pewnik, że polski Kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1964 roku (k.r.o.) nie zawierał definicji macierzyństwa ani przepisów dotyczących jego zaprzeczenia czy ustalenia, w przeciwieństwie do rozbudowanych przepisów związanych z domniemaniem ojcostwa z męża matki, możliwością zaprzeczenia i ustalenia ojcostwa oraz uznania dziecka przez ojca niebędącego mężem matki.

Współcześnie pewność co do osoby matki zanikła. Wynika to z faktu, że nowoczesne technologie wspomaganej prokreacji człowieka doprowadziły do rozdzielania macierzyństwa genetycznego (dawczyni komórki jajowej) od macierzyństwa biologicznego (kobieta rodząca dziecko) i macierzyństwa społecznego (kobieta pragnąca wychować dziecko). W chwili obecnej możemy mówić o sytuacjach, gdy rodzi się dziecko mające trzy, a nawet cztery matki (gdyż zdarzają się także przypadki, że jedna kobieta jest dawcą materiału genetycznego – jądrowego DNA, a inna pozbawionej jądra komórki jajowej wraz z mitochondrialnym DNA¹).

¹ U kobiet, które cierpią na zaburzenie cytoplazmy oocyty powodujące, że komórka jajowa po zapłodnieniu nie jest w stanie dalej się prawidłowo rozwijać, przeprowadza się zapłodnienie komórki jajowej chorej kobiety nasieniem jej partnera, a następnie połączone gamety przenosi się do pozbawionej jądra komórki jajowej dawczyni, tak aby jej zdrowa cytoplazma pozwoliła na prawidłowy przebieg podziałów. Następnie embryon wszczepia się do organizmu kobiety, która ma donosić ciążę – może nią być zarówno dawczyni DNA jądrowego, jak i dawczyni komórki

Stąd prawodawca polski dostrzegł w końcu konieczność jednoznacznego ustawowego zdefiniowania macierzyństwa, a więc dokonania wyboru, czy wynika ono z więzi genetycznej, faktu zajścia w ciążę czy też woli posiadania i wychowania dziecka. Z dniem 13 czerwca 2009 roku weszła w życie nowelizacja k.r.o., która dylemat ten *expressis verbis* rozstrzygnęła na korzyść matki biologicznej, stwierdzając w art. 61⁹, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, oraz w dalszych przepisach przewidując procedury zaprzeczenia i ustalenia macierzyństwa kobiety nieprawidłowo wpisanej w akt urodzenia dziecka.

Nowe przepisy tak naprawdę nie zmieniają zasadniczo sytuacji prawnej, gdyż stanowisko takie od lat ugruntowane było tak w polskiej doktrynie, jak i w orzecznictwie, które bez wahania przyjmowało możliwość dochodzenia kwestii macierzyństwa na wzór pozwów dotyczących ojcostwa². Zresztą nowelizacja wcale nie rozwiązuje większości problemów wynikających z ingerencji współczesnej medycyny w sferę prokreacji człowieka. Przede wszystkim zastrzeżenie budzi wprowadzenie odmiennych zasad ustalenia macierzyństwa i ojcostwa, w szczególności dzieci zrodzonych przy wykorzystaniu medycznie wspomaganym technik prokreacji z darowanych komórek rozrodczych, embrionów lub kodu genetycznego (I). Paradoksalnie aktualna pozostaje problematyka ważności umów o macierzyństwo zastępcze, przy realizacji których wcale nie przeszkadza zapis, że matka biologiczna jest matką prawną (II). Nerozstrzygnięta pozostaje kwestia macierzyństwa przy urodzeniu z matki nieżyjącej (III), nie mówiąc już o nieadekwatności tego zapisu do sytuacji, gdy dziecko rodzi się z osoby będącej z prawnego punktu mężczyzną (IV). Biorąc pod uwagę te ostatnie – przyznać wypada, że ekstremalnie – wyczyny współczesnej medycyny, nie można pominąć dziś futurystycznych, a w przyszłości zapewne jak najbardziej realnych, rozważań na temat macierzyństwa dzieci zrodzonych w ramach ektogenezy, a więc w sztucznej macicy, zupełnie poza organizmem kobiety (V).

I. Macierzyństwo a ojcostwo dzieci poczętych z komórek rozrodczych osób trzecich

Jedynymi technikami wspomaganą medycznie prokreacji, które nie wywołują żadnych wątpliwości filiacyjnych, są homologiczne inseminacje oraz zapłodnienie *in vitro*. W takich wypadkach komórki rozrodcze pochodzą od małżonków, a dziecko rodzone jest przez żonę, która staje się jednocześnie matką genetyczną,

jajowej, jak i matka zastępcza. Pierwsze dziecko, Emma, urodziło się dzięki tej technice w 1997 roku (Nestorowicz, M., „Prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych”, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 2, s. 16; Wilmut, I., Highfield, R., *After Dolly. The Uses and Misuses of Human Cloning*, W.W. Norton & Company, Nowy Jork 2006, s. 262).

² Ignatowicz, J., Nazar, M., *Prawo rodzinne*, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 237–239; Winiarz, J., Gajda, J., *Prawo rodzinne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa, 1999, s. 158–159.

biologiczną i społeczną, a więc i prawną, podczas gdy mąż jest ojcem genetycznym, społecznym oraz prawnym³, tym bardziej że jego ojcostwo pochodzi z domniemania prawnego z art. 62 § 1 k.r.o., co prawda formalnie obalalnego, ale w tym wypadku faktycznie niemożliwego do obalenia wobec istnienia więzi genetycznej.

Trochę większe problemy filiacyjne powoduje użycie homologicznych technik wspomaganej medycznie prokreacji wobec pary niepozostającej w związku małżeńskim. Wtedy o ile macierzyństwo prawne kobiety nie wywołuje żadnych wątpliwości, wobec zespolenia w jednej osobie wszystkich rodzajów macierzyństwa, i jest nabywane przez sam fakt urodzenia, to ojcostwo prawne nie powstaje automatycznie – mimo iż nie ma żadnych problemów ze wskazaniem osoby ojca (jednocześnie genetycznego i społecznego), to – aby widniał on w akcie urodzenia dziecka – musi albo je uznać (za zgodą matki), albo ustalić sądownie swoje ojcostwo (art. 72 § 1 k.r.o.). Kwestie te jednak wywołują jedynie problemy natury proceduralnej, w żadnej mierze nie odróżniając dzieci zrodzonych dzięki technikom nowoczesnej medycyny od dzieci spłodzonych w sposób naturalny. Co prawda Działyńska twierdzi, że dziecko kobiety pozostającej w konkubinacie nie będzie miało prawnego ojca, bo nie można ustalać ojcostwa dawcy spermy⁴, jednakże stanowisko to nie zasługuje na uznanie, gdyż konkubenta matki nie można traktować jak anonimowego dawcy, a jego wola zostania ojcem oraz więź genetyczna w sposób wystarczający udowadniają jego ojcostwo, niezależnie od istniejącego domniemania z art. 85 § 1 k.r.o. dotyczącego obcowania z matką w okresie poczęcia (które zapewne również można by potwierdzić, pomimo braku znaczenia dla faktu zajścia w ciążę).

Dużo trudniejsze dylematy prawne rodzi wykorzystanie materiału genetycznego osób trzecich, czy to w postaci komórki rozrodczej, czy wręcz całego embrionu, a więc heterologiczne techniki prokreacji.

Jak już wspomniano, najnowsza nowelizacja k.r.o. wprowadziła do ustawy (art. 61⁹ k.r.o.) jednoznaczny zapis, że matką jest kobieta, która urodziła, zgodnie z rzymską premią, iż „mater est quam gestatio demonstrant”. Zresztą takie stanowisko jest powszechnie przyjęte w prawie światowym⁵, jak i dominuje od lat

³ Nestorowicz, M., „Prokreacja...”, wyd. cyt., s. 8.

⁴ Działyńska, M., „Sytuacja prawna dziecka poczętego w następstwie sztucznej inseminacji”, w: Smoczyński, T. (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, Nakom, Poznań 1996, s. 130.

⁵ Przykładowo stanowi tak m.in. prawo austriackie, belgijskie, brytyjskie, bułgarskie, niemieckie, szwajcarskie. Ustawa *Status of Children* z 1984 r. australijskiego stanu Victoria wprowadza wręcz wprost nieobalalne domniemanie macierzyństwa przy technikach sztucznej prokreacji połączonej z transferem embrionu albo komórki jajowej, które głosi, iż dawczyni komórki jajowej nie jest matką dziecka, tą ostatnią jest kobieta, do której organizmu darowana komórka została implantowana (Comité consultative de Bioéthique de Belgique, *Avis nr 29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon*, s. 7; Heim, U., *Ektogenese – Der strafrechtlicher Lebensschutz vor neuen Herausforde-*

w polskiej oraz zagranicznej doktrynie prawa⁶, niezależnie od faktu, czy między kobietą a dzieckiem istnieje więź genetyczna.

Rozwiązanie to zapewnia pełne bezpieczeństwo kobietom, które nie produkują własnych komórek jajowych, ale chcą skorzystać z technik medycznie wspomaganej prokreacji i urodzić dziecko z komórki rozrodczej innej kobiety (niezależnie od faktu, czy zostanie ona zapłodniona nasieniem męża albo partnera kobiety, której embrion zostanie implantowany, czy też spermą pochodzącą od anonimowego dawcy). Bezpieczeństwo to zostało zagwarantowane jeszcze bardziej przez kodeksowe uregulowanie zasad wytaczania powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa. Obecnie orzeczenie takie może mieć miejsce jedynie w sytuacjach albo podmienienia dzieci albo sfalszowania aktu urodzenia – a więc gdy kobieta wpisana jako matka faktycznie nie urodziła konkretnego dziecka. Według wcześniejszego brzmienia kodeksu, który nie zawierał ani definicji macierzyństwa, ani regulacji dotyczących jego zaprzeczania i ustalania, przyjmowano, że z pozwem o zaprzeczenie macierzyństwa można było wystąpić na podstawie art. 189 k.p.c., a więc mógł to uczynić każdy, kto miał w tym interes prawny, czyli także dawczyni komórki jajowej – matka genetyczna⁷. Trudno sobie jednak wyobrazić sytuację, aby dawczyni komórki jajowej, której z dzieckiem nie łączy żadna więź emocjonalna – ofiarowała ona bowiem swoją komórkę rozrodczą bez woli zostania matką – chciała faktycznie takie powództwo wytoczyć⁸. Tym bardziej nie była tym zainteresowana matka biologiczna, która cudem nowoczesnej medycyny – dzięki ofercie innej kobiety – urodziła wymarzone dziecko. Zaistnienie takiego procesu było więc raczej hipotetyczne, stąd trudno mówić, że nowelizacja w jakikolwiek sposób faktycznie zmieniła sytuację prawną matek dzieci spłodzonych z darowanych komórek jajowych.

Taka zmiana wbrew pozorom nie nastąpiła także w stosunku do ojców dzieci zrodzonych dzięki dawstwu spermy, przynajmniej w odniesieniu do mężów rodzących je kobiet. Co prawda nowy art. 68 k.r.o. *expressis verbis* mówi, że zaprzecze-

rungen, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz 2004, s. 177; Beyleveld D., Pattison S., „Landesbericht Grossbritannien”, w: Eser A., Koch H.G., Seith C. (red.), *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos. Rechtliche Regelungen und Stand der Debatte im Ausland*, wyd. Nomos, Baden-Baden 2007, s. 177–178; Holm S., „Landesbericht Dänemark”, w: tamże, s. 42; Kopetzki, C., „Landesbericht Österreich”, w: tamże, s. 223–224; Schweizer, R., „Landesbericht Schweiz”, w: tamże, s. 306–307; Lang, W. (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2000, s. 309; Safjan, M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Wydawnictwo WPIA UW, Warszawa 1990, s. 126).

⁶ Działyńska, M., dz. cyt., s. 126; Lang, W. (red.), dz. cyt., s. 311 i n.; Safjan, M., dz. cyt., s. 128.

⁷ Działyńska, M., dz. cyt., s. 126; Safjan, M., dz. cyt., s. 422.

⁸ Pomijając nawet już fakt, że z reguły pozostaje ona anonimowa, a przepisy polskie nie uprawniają lekarza do ujawnienia tej tajemnicy nawet wobec dziecka (Siedlecka, E., „DNA, czyli tata”, „Gazeta Wyborcza” 21 lipca 2008 r., http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80269,5474296,DNA_czyli_tata.html [30 maja 2009 r.], odmiennie: Safjan, M., dz. cyt., s. 279 i n.).

nie ojcostwa nie jest dopuszczalne, jeżeli dziecko zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego, na który mąż matki wyraził zgodę⁹, jednakże taka właśnie interpretacja przepisów o zaprzeczeniu ojcostwa panowała od lat w oparciu o uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 27 października 1983 r. (IIICZP 35/83). W wyroku tym Sąd uznał za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego żądanie męża matki zaprzeczenia ojcostwa dziecka urodzonego z nasienia dawcy, na który to zabieg mężczyzna wcześniej wyraził w pełni poinformowaną i świadomą jej konsekwencji zgodę¹⁰. Takie rozwiązanie, które ma przede wszystkim służyć dobru dziecka poczętego dzięki dawstwu spermy¹¹, opiera się na założeniu, że rodzicielstwo prawne nie musi wynikać z rodzicielstwa genetycznego. W doktrynie francuskojęzycznej funkcjonuje wręcz pojęcie „projekt rodzicielski” (*projet parental*)¹². Komitet Konsultacyjny ds. Bioetyki Belgii jednoznacznie wskazał, że więź rodzicielska tworzy się właśnie przez wyrażenie chęci wychowania dziecka jako swojego. Z reguły taką wolę przejawiają rodzice genetyczni, jednakże więź genetyczna nie jest warunkiem koniecznym ani wystarczającym – wcale nie zawsze gwarantuje podjęcie przez rodzica genetycznego obowiązku rodzicielstwa. Stąd członkowie Komitetu uznali, że więź genetyczna jest wtórna w stosunku do więzi psychologicznej, która tworzy się między dzieckiem a rodzicami w procesie wychowania i to właśnie ta więź wychowawcza ze społecznego punktu widzenia powinna mieć znaczenie przeważające – za rodzica powinna być uznana osoba, która chce i jest zdolna wychować dane dziecko¹³.

Tak więc zarówno na podstawie uprzedniego stanu prawnego, jak i wobec brzmienia obecnych przepisów nie ma wątpliwości, że rodzicami prawnymi dziecka zrodzonego dzięki inseminacji z dawcy, zapłodnieniu komórki jajowej

⁹ Takie samo rozwiązanie jest powszechnie przyjęte w ustawodawstwie lub orzecznictwie innych krajów, m.in.: Belgii, Bułgarii, Francji, Grecji, Holandii, Niemiec, Szwajcarii, Szwecji, czy Wielkiej Brytanii, (Beyleveld, D., Pattison, S., wyd. cyt., s. 177–178; Chabert-Peltat, C., Bensoussan, A. (red.), *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Hermes, Paryż 1995, s. 143; Dyoniak, A., „Wpływ woli bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice – dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji”, w: Smoczyński, T. (red.), dz. cyt., s. 144–145; Działyńska, M., dz. cyt., s. 128; Nestorowicz, M., dz. cyt., s. 11; Safian, M., dz. cyt., s. 40, 126).

¹⁰ Działyńska, M., dz. cyt., s. 129; Nestorowicz, M., *Prawo medyczne*, wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń, 2000, s. 172; Nestorowicz, M., „Prokreacja...”, wyd. cyt., s. 10–11; Rejman, G., *Odpowiedzialność karna lekarza*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1991, s. 141; Safjan, M., dz. cyt., s. 230 i n.

¹¹ Safian, M., dz. cyt., s. 55.

¹² Według prawa francuskiego istnienie embrionu *in vitro* ma swoje uzasadnienie tylko, dopóki jest on objęty „projektem rodzicielskim”, a więc dopóki dawcy gamet użytych do jego stworzenia chcą, aby z tego embrionu urodziło się dziecko, którego będą rodzicami. Gdy ich „projekt” wygaśnie, embrion ulega zniszczeniu, chyba że zostanie darowany innej bezpłodnej anonimowej parze, która obdarzy go swoim „projektem rodzicielskim” (Mathieu B., Monnier S., „Landesbericht Frankreich”, w: Eser A., Koch H.G., Seith C. (red.), dz. cyt., s. 65).

¹³ Comité consultative de Bioéthique de Belgique, *Avis nr 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules*, s. 16.

dawczyni czy implantacji embrionu pochodzącego od dawców są kobieta, która rodzi tak spółdzone dziecko, oraz jej mąż, o ile wyraził na to zgodę.

Przejrzystość przepisów dotyczących ojcostwa nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy rodzice społeczni nie pozostają w związku małżeńskim. W niektórych krajach, gdzie liczba związków konkubenckich w ostatnich dziesięcioleciach zasadniczo wzrosła, domniemanie ojcostwa zostało rozszerzone z męża matki na jej stałego partnera. Domniemanie to funkcjonuje także w wypadkach poczęcia dziecka dzięki wykorzystaniu technik wspomaganej prokreacji, również w odniesieniu do dzieci spółdzonych dzięki spermie dawcy, z zachowaniem warunku identycznego jak w sytuacji pary małżeńskiej – zgody mężczyzny na zastosowanie takiego sposobu zapłodnienia. Przykładowo tak przyjmuje brytyjska *Human Fertilisation and Embryology Act*¹⁴ czy francuskie orzecznictwo i doktryna¹⁵.

Na podstawie przepisów polskiego kodeksu nie można jednak żadną miarą wyinterpretować takiego domniemania. Tak więc wydaje się, iż konkubentowi matki pozostaje – o ile chce być ojcem prawnym jej dziecka – jedynie jego uznanie albo (gdy kobieta nie wyraża na nie zgody) sądowe ustalenie ojcostwa (ta ścieżka zresztą pozostaje także matce, gdy jej konkubent nie chce dobrowolnie przyjąć na siebie ojcostwa). Biorąc pod uwagę, że w omawianych sytuacjach brak jest związku genetycznego pomiędzy dzieckiem a konkubentem matki, niezależnie od jego woli, wyrażanej przynajmniej w momencie korzystania przez parę z technik wspomaganej prokreacji, zostania ojcem społecznym – nie jest wcale oczywiste, czy po nowelizacji może on skorzystać z tych dwóch procedur nabywania ojcostwa.

Jeśli chodzi o uznanie dziecka, do tej pory nie było wątpliwości, że zależało ono wyłącznie od woli mężczyzny i kobiety, którzy składali takie oświadczenie przed urzędnikiem stanu cywilnego – i o ile sami nie chcieli od niego odstąpić, nikt nie miał uprawnienia do podważania tej woli i badania jej zgodności z prawdą genetyczną. Nowe przepisy wprowadziły jednak taką możliwość – po pierwsze art. 73 § 1 k.r.o. wskazuje, że uznać dziecko może mężczyzna, od którego ono pochodzi (co wskazuje na istnienie więzi genetycznej), po drugie § 3 tego artykułu zezwala kierownikowi urzędu stanu cywilnego w wypadku nabycia wątpliwości co do pochodzenia dziecka od danego mężczyzny odmówić przyjęcia oświadczenia o jego uznaniu. Wtedy kwestię uznania będzie mógł rozstrzygnąć jedynie sąd. Rodzi się więc pytanie, czy sąd będzie mógł przyjąć takie uznanie lub ustalić ojcostwo mężczyzny, który faktycznie nie jest genetycznym ojcem dziecka, choć z jego woli zostało ono spółdzone, a tym samym nałożyć na niego obowiązki jego utrzymywania i wychowania.

¹⁴ Human Fertilisation and Embryology Authority, *Code of Practice*, HFEA, Londyn 1998, s. 65.

¹⁵ Chabert-Peltat, C., Bensoussan, A. (red.), dz. cyt., s. 144.

Co prawda Safjan uważa, że wola zostania ojcem nie ma wpływu na stwierdzenie aktów stanu, jednakże już raz Sąd Najwyższy przychylił się do uznania, że ojcostwo wynika właśnie z faktu wyrażenia takiej woli. Co prawda orzeczenie to – wzmiankowane powyżej – dotyczyło męża matki, jednakże wydaje się, że sam ten fakt nie może mieć znaczenia uzasadniającego różnicowanie pomiędzy ojcostwem w małżeństwie a w konkubinacie. Biorąc pod uwagę fakt, że sąd rodzinny ma przede wszystkim działać dla dobra dziecka, wydaje się, że można przyjąć dopuszczalność ustalenia ojcostwa konkubenta matki niebędącego ojcem genetycznym oraz sądowego uznania dziecka, z którym uznający konkubent nie posiada więzi genetycznej (w szczególności, jeśli sąd oprze się na domniemaniu pochodzenia dziecka od osoby, która obcowała z matką w okresie poczęcia – niezależnie od braku jego związku z samym aktem poczęcia – a żadna ze stron nie będzie chciała tego domniemania podważyć). Dla sądu najważniejsze bowiem być powinno, aby dziecko miało dwoje rodziców prawnych, a osoby odpowiedzialne za jego pojawianie się na świecie ponosiły tę odpowiedzialność (także finansową) przynajmniej aż do jego pełnoletności. Nie ulega jednak wątpliwości, że tego typu orzecznictwo będzie przykładem wypełniania luki prawnej, a nie ścisłym działaniem na podstawie prawa stanowionego. Odmienna interpretacja (że ojcostwa niespokrewnionego konkubenta nie można ustalić czy że nie może on uznać dziecka swojej konkubiny) sugerowałaby jednakże, że obecne przepisy dyskryminują dzieci pozamałżeńskie pochodzące z zapłodnień materiałem genetycznym osób trzecich (zarówno w porównaniu z dziećmi zrodzonymi dzięki tym technikom w małżeństwie, jak i dziećmi pozamałżeńskimi spłodzonymi naturalnie), co w świetle międzynarodowych aktów praw człowieka jest przecież niedopuszczalne.

Analogiczne zastrzeżenie należy mieć do możliwości wystąpienia konkubenta matki z powództwem o ustalenie bezskuteczności dokonanego uznania. Wydaje się, że sąd powinien je oddalić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, stosując to samo wnioskowanie co w wyroku IIICZP 35/83, oczywiście o ile konkubent wyraził zgodę na zabieg heterologiczny.

Do rozważenia pozostaje jeszcze kwestia ojcostwa dziecka urodzonego ze spermy anonimowego dawcy przez kobietę niepozostającą w żadnym, nawet nieformalnym, związku. W doktrynie polskiej spotkać się można z opinią, że w przypadku zapłodnienia spermą dawcy – wszystko jedno czy kobiety zamężnej, czy nie – nie ma prawnej możliwości dochodzenia ojcostwa dawcy spermy, gdyż polski kodeks rodzinny i opiekuńczy wymaga, aby mężczyzna obcował z matką dziecka, co przy sztucznej prokreacji naturalnie nie ma miejsca¹⁶. Oczywiście ze stanowiskiem takim nie można się zgodzić, gdyż – jak słusznie wskazał Safjan – domniemanie pochodzenia dziecka od mężczyzny, który obcował z jego matką,

¹⁶ Nestorowicz, M., „Prawo medyczne...”, wyd. cyt., s. 171.

jest domniemaniem obalalnym¹⁷. Inny zarzut przeciwko ustaleniu ojcostwa dawcy spermy przedstawił Sąd Najwyższy w przytoczonym powyżej wyroku z 1983 roku. Stwierdził w nim jednoznacznie, że anonimowy dawca nasienia nie miał „zamiaru nawiązania prawnego stosunku ojcostwa, lecz jedynie pozostawia je do dyspozycji służby zdrowia”¹⁸. Także odnośnie do tego zarzutu podzielić należy stanowisko Safjana, że brak intencji zostania ojcem ani nawet niewiedza, czy i jaka kobieta zaszła w ciążę dzięki darowanej spermie, nie może mieć znaczenia dla stwierdzenia nieistnienia więzów rodzinnych. Inaczej nie można by ustalić ojcostwa także mężczyzn nawet obcujących z kobietą, ale bez zamiaru prokreacji, w szczególności, jeśli stosunek był jednorazowy albo wręcz stanowił przestępstwo¹⁹. Osobiście uważam, że brak zamiaru dawcy zostania ojcem powinien skutkować nie odmową sądu ustalenia jego ojcostwa – gdyż to oparte jest na faktycznej przesłance genetycznej – ale ewentualnie nienakładaniem na niego żadnych praw ani obowiązków wynikających z tak ustalonego rodzicielstwa (w tym obowiązku alimentacyjnego). Takie rozwiązanie łączyłoby prawa dziecka do poznania własnej tożsamości rodzinnej oraz posiadania zgodnego ze stanem faktycznym aktu stanu cywilnego z gwarancjami dawców, że nie będą pociągani do odpowiedzialności finansowej za swoją, pożądaną przecież, ofiarę w postaci dawstwa spermy. Z drugiej jednak strony, przyjęcie możliwości dochodzenia ojcostwa dawcy stwarza nieuzasadniony dysonans prawny pomiędzy wyłącznym ojcostwem genetycznym a wyłącznym macierzyństwem genetycznym, gdyż to ostatnie w świetle istniejących przepisów nie ma żadnego znaczenia dla określenia stanu cywilnego dziecka, a tym bardziej nie można dochodzić jego ustalenia.

Pozostaje jeszcze kwestia rzeczywistej anonimowości dawcy. W Polsce brak przepisów dotyczących wspomaganej medycznie prokreacji, stąd nie wiadomo, czy dane dawcy są objęte tajemnicą lekarską, która nie podlega uchyleniu, ani czy dziecko ma prawo do ustalenia swojego pochodzenia. Safjan wskazując, że raczej należy opowiedzieć się za objęciem danych dawcy tajemnicą lekarską, stoi na stanowisku, iż podlega ona uchyleniu przed sądem. Wobec powyższego autor ten uważa, że na gruncie obowiązujących przepisów nie ma żadnych przeciwwskazań, aby dochodzić ustalenia ojcostwa dawcy nasienia²⁰. Takie założenie może okazać się zbyt optymistyczne w istniejącej sytuacji faktycznej. Brak regulacji prawnych dotyczących banków spermy i embrionów, które zobowiązywałyby te instytucje do zachowywania danych dawców oraz informacji, komu implantowano dany embriion czy kogo inseminowano danym nasieniem, powoduje, że brak gwarancji, czy takie dane faktycznie istnieją, a jeśli tak – czy są rzetelne. Najprawdopodobniej

¹⁷ Safjan, M., dz. cyt., s. 421.

¹⁸ Za: Nestorowicz, M., „Prokreacja...”, wyd. cyt., s. 11.

¹⁹ Safjan, M., dz. cyt., s. 271–272.

²⁰ Tamże, s. 277–278.

okaże się więc, że dziecko samotnej kobiety nie będzie miało ojca prawnego, choćby z braku faktycznej możliwości ustalenia danych dawcy spermy.

Z powyższych rozważań widać bardzo wyraźnie, że samo uregulowanie kwestii rodzicielstwa w k.r.o. nie rozwiązuje wszystkich problemów związanych ze wspomaganą medycznie prokreacją. Całościowa interwencja ustawodawcy dotycząca zagadnień z nią związanych staje się coraz bardziej nagląca, przy czym jedną z kwestii, które powinny zostać objęte regulacją prawną, jest klonowanie reprodukcyjne człowieka.

Na chwilę obecną – abstrahując od technicznych możliwości urodzenia dziecka dzięki transferowi jądra komórki somatycznej – w Polsce nie ma formalnie prawnych przeciwwskazań, aby takie dziecko się urodziło. Zresztą nawet gdyby zakaz taki istniał, to wcale nie gwarantowałby, że dziecko-klon nie przyjdzie na świat. Zawsze bowiem znajdą się osoby święcie wierzące, że zarzuty etyczne przeciwko klonowaniu nie mają podstaw bytu, zagrożenia związane z tą techniką rozrodu są mało prawdopodobne, a osiągnane korzyści będą większe od strat²¹. Dlatego należy raczej przyjąć za pewnik, że jeśli klonowanie reprodukcyjne człowieka okaże się wykonalne, to taki klon kiedyś się urodzi nawet mimo wprowadzenia zakazów prawnych²². Jak powiedział bowiem Engelhard: „klonowanie reprodukcyjne jest to po prostu zwykła technologia, nie podlegająca zakazom” („it won't be ban-able”)²³. Spotkać się również można ze stwierdzeniem, że społeczna akceptacja klonowania reprodukcyjnego jest tylko kwestią czasu i że oczywiste jest, iż w pewnym momencie nastąpi ona w sposób naturalny, analogicznie jak zostały zaakceptowane inne techniki wspomaganego rozmnażania²⁴. Dlatego uzasadnione jest zastanowienie się nad zasadami filiacji przyszłego dziecka-klonu.

Nie ulega wątpliwości, że w obecnym stanie prawnym za matkę prawną klona będzie uznana kobieta, która go urodzi, niezależnie od faktu, kto będzie dawcą jądra komórkowego – ona, inna kobieta czy mężczyzna. Pytanie, które tradycyjnie pozostaje, jest pytaniem o ojcostwo. Paradoksalnie w wypadku klona wcale nie

²¹ Ślęczek-Czakon, D., *Problemy wartości i jakości życia w sporach bioetycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2004, s. 171.

²² Agar, N., *Perfect Copy. Unravelling the Cloning Debate*, Icon Books, Cambridge 2002, s. 6; Debré, B., *La revanche du serpent ou la fin de l'homo sapiens*, le cherche midi, Paryż 2005, s. 152; Descamps, P., *Un crime contre l'espèce humaine ? Enfants clonés, enfants damnés*, Le Seuil, Paryż 2004, s. 56; Kahn, A., Papillon, F., *Le secret de la Salamandre. La médecine en quête d'immortalité*, NiL éditions, Paryż 2005, s. 348; Levick, S. E., *Clone Being. Exploring the Psychological and Social Dimensions*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Maryland 2004, s. xiii; Macintosh, K., *Illegal Beings. Human Clones and the Law*, Cambridge University Press, Nowy Jork 2005, s. 3.

²³ Za: Bailey, R., „What Exactly Is Wrong With Cloning People?”, w: McGee, G. (red), *The Human Cloning Debate*, Berkeley Hills Books, Berkeley 2000, s. 112.

²⁴ Shen, M., „Tout ce qui est scientifiquement et techniquement possible ne doit pas nécessairement être entrepris. Commentaire et point de vue du milieu académique chinois sur le clonage de l'être humain”, w: Delmas-Marty, M., Zhang, N. (red.), *Clonage humain. Droits et sociétés. Étude franco-chinoise*, Société de législation comparée, Paryż 2002, t. I, s. 80–81.

jest ewidentna odpowiedź na nie udzielana przez genetykę. Genetycznie bowiem ujmując, dawca jądra komórki somatycznej nie jest rodzicem klona, ale jego starszym bliźniakiem²⁵. A zatem genetycznymi rodzicami klona tak naprawdę są ojciec i matka dawcy jądra komórkowego (niezależnie od tego, czy dawcą jest kobieta czy mężczyzna). O ile w zakresie macierzyństwa ta genetyczna zależność nie ma znaczenia (podobnie jak nieistotny jest wpływ na ustalenie macierzyństwa kobiety dawczyni komórki jajowej²⁶ czy nawet kobiety dawczyni jądra komórkowego), o tyle dla ustalenia genetycznego, a tym samym i prawnego, ojcostwa kwestia ta ma zasadnicze znaczenie. Jeśli bowiem przyjmiemy, że ojcem prawnym jest ojciec dawcy (a więc faktyczny ojciec genetyczny), to doprowadzimy do całkowitego zaburzenia więzów rodzinnych (co zarzucał już klonowaniu reprodukcyjnemu Paul Ramsey²⁷), powodując, że kobiety będą rodziły synów swoich ojców lub teściów.

Jeśli natomiast uznamy za ojca prawnego dawcę jądra komórki somatycznej, to w przypadku urodzenia klona mężczyzny ustalenie więzów filiacyjnych będzie wyglądało identycznie jak przy wspomaganej reprodukcji homologicznej (a więc ojcostwo będzie wynikało albo z domniemania pochodzenia dziecka od męża, albo będzie nadawane w wyniku uznania dziecka przez dawcę DNA jądrowego, albo nastąpi sądowe ustalenie jego ojcostwa). Z kolei urodzenie klona kobiety spowoduje, że nie będzie miała ona w ogóle ojca prawnego, chyba że matka (czyli kobieta, która urodzi) będzie zamężna, a mąż wyrazi zgodę na taką procedurę (będzie to stwierdzające fikcję prawną ojcostwo oparte na nieobalalnym domniemaniu pochodzenia dziecka od męża matki). Inne bowiem możliwości udowodnienia ojcostwa będą faktycznie niedostępne z braku rzeczywistego związku genetycznego tak zrodzonego dziecka z jakimkolwiek mężczyzną.

Takie różnicowanie pomiędzy ustalaniem ojcostwa i macierzyństwa w wypadkach dziecka pochodzącego z darowanych komórek rozrodczych, embrionów czy kodu genetycznego będzie służyło kobiecie wyłącznie w wypadku, jeśli rodzi ona dziecko z zamiarem wychowania go jako własne. Często jednak okazuje się, że kobieta nie może posiadać własnego dziecka nie dlatego, że nie produkuje komórek rozrodczych, ale że nie jest zdolna do donoszenia ciąży. Wtedy jedyną

²⁵ Klugman, C.M., Murray, T.H., „Cloning, Historical Ethics, and NBAC”, w: Humber, J.M., Almeder, R. (red.), *Human Cloning*, wyd. Humana Press Inc., Totowa 1998, s. 15–16; Xu, Z., „Clonage humain: possibilités sociales et problèmes éthiques”, w: Delmas-Marty, M., Zhang, N. (red.), dz. cyt., s. 96–97.

²⁶ Zresztą dawczyni komórki jajowej, do której przeniesione zostanie jądro komórki somatycznej, nie będzie w stanie udowodnić więzi genetycznej z dzieckiem, gdyż profilowanie DNA dla celów filiacyjnych odbywa się na materiale pochodzącym z jądra komórkowego, a nie z mitochondriów (Szeroczyńska, M., „Dowód z analizy śladów genetycznych w postępowaniu karnym na tle prawno-porównawczym”, *„Prokuratura i Prawo”* 2001, nr 2, s. 28).

²⁷ Ramsey, P., *Fabricated Man. The Ethics of Genetic Control*, Yale University Press, Londyn 1970, s. 72.

szansą na posiadanie przez nią genetycznie własnego potomstwa jest powierzenie ciąży innej kobiecie, a więc macierzyństwo zastępcze.

Celem wprowadzenia najnowszych zmian w k.r.o. było wykluczenie właśnie umów o takie macierzyństwo²⁸. Jednakże paradoksalnie nowe przepisy wcale nie stoją na przeszkodzie realizacji takich umów, gdyż prawo polskie rozróżnia pomiędzy byciem rodzicem prawnym a pełnieniem władzy rodzicielskiej, choć nie ulega wątpliwości, że sytuacja genetycznej matki jest znowu bezzasadnie gorsza niż sytuacja genetycznego ojca.

II. Zastępcze macierzyństwo a władza rodzicielska

W bardzo niewielu ustawodawstwach, nawet tych dopuszczających umowy o macierzyństwo zastępcze, panuje zasada, że to rodzice genetyczni są rodzicami prawnymi. Takie regulacje przyjęto m.in. na Ukrainie²⁹. Jeszcze bardziej liberalne jest prawo stanu Illinois, które uznaje zamawiających za prawnych rodziców (albo rodzica, bo dopuszczalne są kontrakty na rzecz osoby samotnej) zawsze, gdy matka zastępcza nie posiada więzi genetycznej z dzieckiem, bez względu, czy są oni rodzicami genetycznymi czy tylko społecznymi³⁰. Także ustawa Arkansas przyjmuje domniemanie, że dziecko urodzone przez matkę zastępczą jest dzieckiem zamawiających³¹. Orzecznictwo amerykańskie rozróżniło sytuację prawną dziecka, którego matka zastępcza jest nie tylko matką biologiczną, ale i matką genetyczną (zapłodnioną spermą pochodzącą od zamawiającego), od przypadków, gdy matkę zastępczą nie łączą z dzieckiem więzy genetyczne – pochodzi z embrionu stworzonego z materiału genetycznego zamawiających albo od dawców.

Orzekający w pierwszym stanie faktycznym Sąd Najwyższy New Jersey w sprawie *Baby M* z 1985 roku, stwierdził, że odpłatne umowy o macierzyństwo zastępcze są nieważne – jako sprzeczne z porządkiem prawnym oraz ustawą adopcyjną (zabraniającą adopcji za wynagrodzeniem) – i nie można żądać ich przymusowego wykonania. Ponadto podkreślił, że konstytucyjnie zagwarantowane prawo do prokreacji nie daje ojcu prawa do opieki nad dzieckiem, gdy sprzeciwia się temu biologiczna matka – prawo do opieki i wychowania nie stanowi bowiem części prawa do prokreacji, które oznacza jedynie prawo do posiadania własnych dzieci. Na podstawie tych argumentów sąd uznał matkę zastępczą za matkę prawną, a adopcję dziecka przez żonę zamawiającego dawcy nasienia za nieważną. Unie-

²⁸ Siedlecka, E., dz. cyt.

²⁹ Domagańska, K., „Urodzę za 12 tysięcy dolarów”, „Gazeta Wyborcza”, „Duży Format”, 15 maja 2009 r., http://wyborcza.pl/1,75480,6606849,Urodze_za_12_tysiecy_dolarow.html [28 maja 2009 r.]

³⁰ Pełowska, Z., „Zastępcze macierzyństwo w prawie USA”, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 2, s. 45.

³¹ Wałachowska, M., „Macierzyństwo zastępcze w systemie common law”, „Państwo i Prawo” 2003, nr 8, s. 102.

ważniono również umowę między zamawiającymi rodzicami a zastępczą matką. Mimo to sąd uznał, że interes dziecka przemawia za przyznaniem opieki nad nim biologicznemu a zarazem zamawiającemu ojcu, natomiast zastępcza matka miała zagwarantowane prawo do odwiedzin³².

Odmienne orzecznictwo ukształtowało się w odniesieniu do umów o macierzyństwo zastępcze, gdy matka zastępcza nie była matką genetyczną. Niezależnie od faktu, czy rodziców społecznych łączyła z dzieckiem więź genetyczna (sprawa *Johnson v. Calvert* z 1993 roku), czy też embrion pochodził od anonimowych dawców (*Buzzanca v. Buzzanca* z 1998 roku), Sąd Najwyższy Kalifornii zastosował jako rozstrzygający test intencji – która kobieta pierwotnie pragnęła kreacji, narodzin i wychowania dziecka, ta jest jego naturalną matką, a więc powinna zostać uznana za matkę prawną³³. Także ojcostwo zamawiającego może, ale nie musi, wynikać z więzów genetycznych, wystarczy, że zainicjował on pojawienie się dziecka na świecie, tym samym przyjął na siebie odpowiedzialność za jego wychowanie, na wzór męża, który zgadza się na inseminację żony nasieniem dawcy. Takie rozstrzygnięcie było szczególnie ważne w sprawie *Buzzanca v. Buzzanca*, gdyż paradoksalnie w tym stanie faktycznym zamawiający nie poczuwał się do opieki nad dzieckiem, ponieważ małżeństwo kontrahentów matki zastępczej rozpadło się przed jego narodzeniem. Także matka zastępcza nie rościła sobie do dziecka pretensji, jedynie kobieta zamawiająca chciała, aby dziecko zostało jej przekazane przy ustaleniu obowiązku alimentacyjnego jej byłego męża, na co sąd przystał³⁴.

Ustawodawstwo brytyjskie podchodzi do tego zagadnienia inaczej. *Surrogacy Arrangements Act* z 1985 roku nie zabrania co prawda zawierania umów o macierzyństwo zastępcze, także odpłatnych, odmawia im jednak przymusowej wykonalności – rodzice zastępczy muszą się zgodzić na wydanie dziecka i to nie wcześniej niż w sześć tygodni po jego urodzeniu³⁵. Wynika to z faktu, że według prawa brytyjskiego matką jest zawsze kobieta, która urodziła dziecko, niezależnie od tego, czy istnieje między nią a dzieckiem więź genetyczna. Ojcem z kolei jest jej mąż lub stały partner³⁶. *Parental Order (Human Fertilisation and Embryology) Regulations* z 1994 roku przewidują natomiast możliwość przeniesienia władzy rodzicielskiej – praw i obowiązków wobec dziecka – z rodziców biologicznych

³² Bokelmann, V., Bokelmann, M., *Zur Lage der für andere übernommenen Mutterschaft in Deutschland. Rechtsvergleich mit Reformschlüssen*, Peter Lang, Frankfurt nad Menem 2002, s. 240 i n.; Peplowska, Z., dz. cyt., s. 36–38; Wałachowska, M., dz. cyt., s. 103.

³³ Bokelmann, V., Bokelmann, M., dz. cyt., s. 244–246; Peplowska, Z., dz. cyt., s. 39–40; Wałachowska, M., dz. cyt., s. 104–105.

³⁴ Bokelmann, V., Bokelmann, M., dz. cyt., s. 247 i n.; Jost T., „Landesbericht USA”, w: Eser A., Koch H.G., Seith C. (red.), dz. cyt., s. 423 i n.; Peplowska, Z., dz. cyt., s. 41–43; Wałachowska, M., dz. cyt., s. 103–104.

³⁵ Human Fertilisation and Embryology Authority, wyd. cyt., s. 65.

³⁶ Tamże, s. 65.

(*birth parents*) na rodziców społecznych (tj. na zamawiających – *commissioning parents*)³⁷. Warunkiem jest, aby dziecko było genetycznie związane przynajmniej z jednym z rodziców zamawiających. Rodzice zamawiający muszą być pełnoletni i stanowić małżeństwo, a o nadanie im władzy rodzicielskiej wystąpić nie później niż sześć miesięcy po urodzeniu dziecka. Z kolei rodzice zastępczy muszą się zgodzić na wydanie dziecka i to nie wcześniej niż sześć tygodni po jego urodzeniu. Choć wymaga się, aby dziecko zamieszkiwało z rodzicami społecznymi do czasu przeniesienia władzy rodzicielskiej przez sąd rodzinny, to aż do wydania tego orzeczenia prawnymi rodzicami są rodzice zastępczy (*surrogate parents*) i to oni widnieją w akcie urodzenia dziecka. Dane te są zmieniane dopiero w wyniku orzeczenia sądowego³⁸.

Wobec braku w Polsce regulacji dotyczących zastępczego macierzyństwa³⁹ można by, opierając się przy ustalaniu pochodzenia dziecka na zasadach ogólnych, zastosować konstrukcję analogiczną do brytyjskiej – rodziców społecznych uznać za prawnych na podstawie orzeczenia sądu rodzinnego o adopcji ze wskazaniem rodziców adopcyjnych przez rodziców biologicznych (zastępczych).

Co prawda większość doktryny uważa, że wobec braku regulacji prawnej umowy o zastępcze macierzyństwo należy traktować jako nieważne z powodu sprzeczności z zasadami współżycia społecznego na podstawie art. 58 § 2 k.c.⁴⁰. Oparcie się jednak na zasadach współżycia społecznego i stwierdzenie na tej podstawie nieważności umowy o macierzyństwo zastępcze ma znaczenie tylko w przypadku, gdy matka zastępcza – a więc z faktu urodzenia matka prawna – lub jej mąż uznany za ojca prawnego⁴¹ na podstawie domniemania, którego nie można zaprzeczyć, jeśli wydał zgodę na zabieg lub gdy jest także ojcem genetycznym dziecka, nie chcą wydać dziecka zamawiającym i wyrazić zgody na przeniesienie na nich władzy rodzicielskiej. Brak jest bowiem podstaw prawnych, aby ich do takiego zachowania zmusić. Trudno jednak opierać się na tej konstrukcji w chwili, gdy obie strony umowy pragną się z niej wywiązać, a sąd ma jedynie zadecydować o władzy rodzicielskiej. Prawo nie może żadnej kobiety zmusić do zachowania dziecka, stanowi jedynie wymóg, że wiążąca zgoda na jego

³⁷ Tamże, s. 20.

³⁸ Tamże, s. 65–66; Lang, W. (red.), dz. cyt., s. 301–302.

³⁹ Co nie oznacza, że brak jest tego typu umów – w Internecie łatwo można znaleźć ogłoszenia potencjalnych surogatek, jak i par szukających matki zastępczej, działają też agencje pośredniczące w kontaktach między tymi stronami (Szymkowski, K., *Matka do wynajęcia*, Wiadomości.o2.pl z 19 czerwca 2008 r., <http://wiadomosci.o2.pl/?s=512&t=11216> [29 maja 2009 r.])

⁴⁰ Bokelmann, V., Bokelmann, M., dz. cyt., s. 29 i n.; Nestorowicz, M., „Prawo medyczne...”, wyd. cyt., s. 176; Nestorowicz, M., „Prokreacja...”, wyd. cyt., s. 15; Safian, M., dz. cyt., s. 439.

⁴¹ Habermo, J., Olszewski, K., „Moralne i prawne aspekty dążenia małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*)”, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 1, s. 76.

przysposobienie może mieć miejsce dopiero – podobnie jak w Wielkiej Brytanii – sześć tygodni po porodzie.

Nie ma co prawda już obecnie wątpliwości, że matka zastępcza zostanie formalnie zarejestrowana w akcie urodzenia jako matka prawna dziecka⁴². Następnie jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby rodzice społeczni wystąpili o adopcję dziecka (nie można się zgodzić z zarzutem, że umowy te są przykładem niedopuszczalnej adopcji prenatalnej, gdyż kobieta musi złożyć swoje oświadczenie woli w sposób wiążący i tak dopiero po urodzeniu dziecka)⁴³ i to niezależnie od faktu, czy łączy je z nimi więź genetyczna, czy też dziecko zostało spłodzone z materiału genetycznego dawców. Dla zaistnienia takiej adopcji matka biologiczna musi wyrazić na nią zgodę przed sądem, ze świadomością, że dziecko zostanie przysposobione przez rodziców zamawiających (oczywiście, jeśli dziecko ma prawnego ojca wynikającego z faktu pozostawiania matki zastępczej w związku małżeńskim, to wymóg wyrażenia zgody dotyczy także tego mężczyzny⁴⁴). Biorąc pod uwagę fakt, że sąd ma obowiązek działania dla dobra dziecka, trudno sobie wręcz wyobrazić rozstrzygnięcie, w którym – przy woli przyjęcia takiego rozwiązania wyrażanej przez wszystkich zainteresowanych – sąd „ukarze” strony za fakt uprzedniego zawarcia „niezgodnej z zasadami współżycia społecznego” umowy o macierzyństwo zastępcze i nie wyrazi zgody na adopcję⁴⁵ czy wręcz nakaze umieszczenie dziecka poza oboma rodzinami⁴⁶. Tak naprawdę dla sądu sam fakt istnienia wcześniejszej umowy o surogację nie będzie miał znaczenia prawnego⁴⁷, o ile w ogóle uzyska on o nim wiedzę, którą przecież mogą (ale wcale nie muszą) mu przekazać tylko rodzice zamawiający lub zastępczy.

Paradoksalnie, jeśli matka zastępcza jest osobą niezamężną, sytuacja ojca społecznego jest prostsza niż matki społecznej. Przyjmując cały czas założenie, że matka zastępcza zgadza się wywiązać z umowy, to ojciec – w szczególności, jeśli jest jednocześnie ojcem genetycznym – może uznać dziecko jako własne jeszcze przed jego urodzeniem (art. 75 § 1 k.r.o.). Do skuteczności takiego oświadczenia wymagana jest oczywiście zgoda matki zastępczej, ale biorąc pod

⁴² Działyńska, M., dz. cyt., s. 121; Safjan, M., dz. cyt., s. 431.

⁴³ Oczywiście pod warunkiem, że są małżeństwem. W przypadku konkubinatu zamawiających niemożliwa będzie adopcja przez oboje rodziców społecznych, gdyż k.r.o. zezwala jedynie na przysposobienie przez dwie osoby, pod warunkiem ich pozostawania w związku małżeńskim (art. 115 § 1).

⁴⁴ Safjan, M., dz. cyt., s. 432.

⁴⁵ Tak natomiast stanowi orzecznictwo francuskie na podstawie mającego walor zasady prawnej orzeczenia Sądu Kasacyjnego z 31 maja 1991 roku (Chabert-Peltat, C., Bensoussan, A. (red.), dz. cyt., s. 127).

⁴⁶ Analogicznie: Safjan, M., dz. cyt., s. 441.

⁴⁷ Do takich samych wniosków doszły, w sytuacji prawnej stwierdzającej nielegalność umowy o macierzyństwo zastępcze, m.in. sądy australijskie, orzekając w oparciu o zasadę dobra dziecka, także w sprawach zamawiających par homoseksualnych (Oraniec, S., „Umowy o macierzyństwo zastępcze wg common law w Australii”, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 1, s. 120 i n.).

uwagę, że ewentualne pragnienie kobiety pozostawienia dziecka przy sobie rodzi się z reguły dopiero po jego urodzeniu, wydaje się, że uzyskanie takiej zgody przy uznaniu prenatalnym nie będzie rodziło problemów. Co więcej, nie będzie także najprawdopodobniej problemów z uznaniem dziecka poczętego przez zamawiającego, który nie jest jego ojcem genetycznym, gdyż według nowych przepisów urzędnik stanu cywilnego może co prawda odmówić przyjęcia takiego oświadczenia, ale jedynie jeśli powziął wątpliwość co do pochodzenia dziecka. Trudno natomiast o takiej wątpliwości mówić w wypadku, gdy dziecko się jeszcze nie narodziło, a więc nie można naocznie stwierdzić, że np. ma ono inny kolor skóry niż pragnący je uznać mężczyzna.

Przez uznanie dziecka – także prenatalne – mężczyzna staje się ojcem prawnym i nabywa pełną władzę rodzicielską nad dzieckiem. Jeśli więc matka zastępcza zmieniałaby zdanie po porodzie i nie chciała wydać dziecka zamawiającym, to ojciec może walczyć z nią przed sądem o opiekę nad dzieckiem, na wzór amerykańskiej sprawy *Baby M*. Co prawda matka zastępcza będzie mogła wystąpić do sądu o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa, jednakże ewentualne szanse na wygranie tej sprawy będzie miała tylko w wypadku ojca społecznego niebędącego jednocześnie ojcem genetycznym. W odniesieniu bowiem do ojca genetycznego samo istnienie więzi genetycznej jest wystarczającym dowodem prawdziwości uznania, gdyż potwierdza ojcostwo danego mężczyzny. Także w tym wypadku fakt zawarcia umowy o macierzyństwo zastępcze nie powinien mieć znaczenia dla sądu.

Tak więc, o ile ojciec genetyczny zamawiający dziecko u matki zastępczej – jeśli uzna je za własne – ma przynajmniej możliwość dochodzenia swoich uprawnień do sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, nawet jeśli matka zastępcza następnie nie będzie chciała go wydać, o tyle kobieta zamawiająca, nawet jeśli jest matką genetyczną dziecka, została przez nowe przepisy takiej możliwości całkowicie pozbawiona. To jest zasadnicza i tak naprawdę dyskryminująca zmiana, którą spowodowała nowelizacja k.r.o. Jak już bowiem powyżej wspomniano, w świetle wcześniejszych przepisów, które nie regulowały kwestii macierzyństwa i jego zaprzeczenia, zarówno doktryna, jak i judykatura zgadzały się, że zamawiająca matka genetyczna mogła wystąpić o zaprzeczenie macierzyństwa zastępczej matki biologicznej⁴⁸. Co prawda doktryna opowiadała się w większości⁴⁹ raczej za macierzyństwem zastępczej rodzicielki, jednakże faktyczną decyzję każdorazowo musiał podejmować sąd, a biorąc pod uwagę istniejącą lukę definicyjną i udo- wodnione więzy z dzieckiem każdej z kobiet, miał pełną swobodę w interpretacji tak przepisów, jak i stanu faktycznego, w imię dobra dziecka.

⁴⁸ Działyńska, M., dz. cyt., s. 121–122.

⁴⁹ Tamże, s. 122; Safian, M., dz. cyt., s. 128, 419 i n.

Na dzień dzisiejszy żona mężczyzny, który nabył status ojca prawnego przez uznanie dziecka, mogłaby stać się jego prawną matką jedynie w drodze adopcji i to – w wypadku sprzeciwu matki zastępczej – tylko o ile tej ostatniej odebrana zostałaby władza rodzicielska, co jest raczej nieprawdopodobnym scenariuszem, bo brak racjonalnych argumentów, które pozwoliłyby sądowi odebrać kobiecie władzę rodzicielską nad dzieckiem, które chce wychować, za to właśnie, że takie stanowisko prezentuje. Z kolei konkubina ojca prawnego dzięki uznaniu dziecka, także będąca matką genetyczną, nie miałaby żadnych możliwości zostania jego matką prawną, i to nawet w wypadku zgody matki zastępczej, gdyż niedopuszczalna jest adopcja dziecka objętego władzą rodzicielską przez osobę trzecią niebędącą współmałżonkiem rodzica tę władzę sprawującego. Takie rozwiązania wyraźnie dyskryminują zamawiającą matkę genetyczną w porównaniu z zamawiającym ojcem genetycznym.

Także w przypadku, gdy matka zastępcza nie zgadza się na uznanie dziecka (nawet w okresie prenatalnym), sytuacja zamawiającego ojca genetycznego nie jest beznadziejna, w przeciwieństwie do zamawiającej matki genetycznej i to niezależnie od faktu, czy pozostają oni oboje w związku małżeńskim czy nie. O ile bowiem matka zastępcza nie jest mężatką, której mąż wyraził zgodę na zabieg (wtedy bowiem ojcostwo prawne wynika z nieobalalnego domniemania pochodzenia dziecka od męża), zamawiający może dochodzić swojego ojcostwa na drodze postępowania o jego ustalenie. Co prawda – jak już wspomniano – art. 85 § 1 k.r.o. stanowi domniemanie, że dziecko pochodzi od mężczyzny, który obcował z matką w okresie poczęcia, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca, jednakże – jak wcześniej zaznaczono – jest to domniemanie obalane, w szczególności przez dowód z więzi genetycznej. Tak więc raczej nie można mieć wątpliwości, że sąd ustali ojcostwo na rzecz zamawiającego ojca genetycznego, obdarzając go także władzą rodzicielską (o ile taką wolę przejawiał). Kwestią wtórną pozostanie oczywiście zagadnienie opieki nad dzieckiem, ale przynajmniej będzie on miał prawo do kontaktów z nim, których zamawiająca matka genetyczna zostanie pozbawiona, mając odebraną ścieżkę sądową do dochodzenia jakichkolwiek swoich uprawnień.

W zasadzie jedynie w przypadku, gdy matka zastępcza, niezgadza się na wydanie dziecka, jest osobą samotną, a dziecko pochodzi ze spermy anonimowego dawcy, co uniemożliwi faktyczne ustalenie ojcostwa, będzie ono prawnie pozbawione ojca, a żadne z rodziców zamawiających nie uzyska żadnych uprawnień do opieki nad dzieckiem⁵⁰.

⁵⁰ Do identycznych wniosków odnośnie do filiacji dziecka zrodzonego przez matkę zastępczą w omawianych powyżej różnych konfiguracjach rodzinnych doszły: na tle prawa francuskiego przed wprowadzeniem karalności umów o macierzyństwo zastępcze – francuski Narodowy Komitet Konsultacyjny ds. Etyki w opinii nr 3 z 23 października 1984 roku, *Avis sur les problemem nés des techniques de reproduction artificielle. Rapport*; oraz na tle prawa belgijskiego – Komitet Konsulta-

Warto się jeszcze zastanowić nad jednym możliwym stanem faktycznym: gdy po urodzeniu dziecka nikt – ani rodzice zastępczy, ani rodzice zamawiający – nie chce nad nim objąć opieki (np. z powodu jego niepełnosprawności). Czy w Polsce możliwe byłoby obciążenie rodziców zamawiających odpowiedzialnością na wzór amerykańskiego orzeczenia *Buzzanca v. Buzzanca*?

W doktrynie polskiej panuje przeświadczenie, że nie można zmusić rodziców zamawiających do wykonania umowy⁵¹, a więc w przypadku braku wyrażenia przez nich woli objęcia dziecka opieką nie można na nich nałożyć żadnej odpowiedzialności za jego zrodzenie. Z tym stanowiskiem nie można się do końca zgodzić. Oczywiście, nie ulega wątpliwości, że rodziców zamawiających nie można zmusić do faktycznego zajęcia się dzieckiem.

Najprostszym wyjściem z tej sytuacji jest adopcja anonimowa. Matka zastępcza (i jej mąż) uprawniona jest do wyrażenia zgody na adopcję anonimową dziecka w sześć tygodni po jego urodzeniu (art. 119¹ i 119² k.r.o.). Wtedy zrzuca się zarówno uprawnień, jak i obowiązków rodzicielskich. Opiekę nad dzieckiem do czasu jego adopcji przejmuje państwo. Tym samym żadne obowiązki rodzicielskie (nawet alimentacyjne) nie spadają na rodziców zamawiających.

Jednakże nic nie stoi na przeszkodzie, aby matka zastępcza wystąpiła na podstawie art. 84 § 1 k.r.o. z pozwem o ustalenie ojcostwa ojca zamawiającego (oczywiście, jeśli dziecko nie jest objęte ojcostwem jej męża wynikającym z domniemania nieobalalnego). O ile raczej nie ma wątpliwości, że sąd ustaliłby ojcostwo – i prawdopodobnie nie przekazał władzy rodzicielskiej, a jedynie nałożył obowiązek alimentacyjny – zamawiającego ojca genetycznego, to zastanowić się należy, czy ustaliłby takie ojcostwo w wypadku mężczyzny niezwiązanego z dzieckiem genetycznie, na samej tylko podstawie, że był on inicjatorem jego zrodzenia (analogicznie jak w sprawie *Buzzanca v. Buzzanca*). Biorąc pod uwagę, że sąd rodzinny ma obowiązek działać dla dobra dziecka, to w sytuacji, gdy faktyczny dawca materiału genetycznego jest anonimowy, a domniemanie z art. 85 k.r.o. jest domniemaniem obalalnym, wydaje się, że nie ma żadnych przeciwwskazań, aby takie ojcostwo – w oparciu wyłącznie o pierwotną więź społeczną – ustalić. Jest to przyjęcie całkowitej fikcji prawnej, ale fikcji prawnej w interesie dziecka, a więc uzasadnionej. Taki rodzic zapewne nie uzyska żadnych uprawnień do dziecka, a jedynie obowiązki wobec niego.

Tego typu postępowanie jest w świetle najnowszych przepisów niedopuszczalne wobec kobiety zamawiającej. Ona nie będzie miała żadnych uprawnień do dziecka, ale też i żadnych obowiązków. Jeśliby więc miała miejsce sytuacja, że zamawiająca jest kobietą samotną, która potem nie chce objąć opieki nad dzieckiem w drodze adopcji, a wszczepiony samotnej matce zastępczej embrion

cyjny ds. Bioetyki Belgii w opinii nr 30 z 5 lipca 2004 roku, *Avis relatif à la gestation pour autrui (mères porteuses)*.

⁵¹ Lang, W. (red.), dz. cyt., s. 300; Safjan, M., dz. cyt., s. 436.

był zapłodniony spermatą anonimowego dawcy, to wobec braku prawnego ojca i niemożności jego faktycznego ustalenia nikt nie będzie ponosił obowiązku alimentacyjnego wobec dziecka, gdyż takiego obowiązku z żadnego tytułu nie można nałożyć na matkę zamawiającą, nawet jeśli jest matką genetyczną. Matce zastępczej pozostaje wtedy jedynie adopcja anonimowa. Z pewnością takie rozwiązanie nie służy dobru dziecka. Stanowi ono też wyraz nieuzasadnionej dyskryminacji ze względu na płeć, tym razem wyjątkowo na niekorzyść mężczyzn.

Z powyższych rozważań wynika, że jednoznaczne wprowadzenie zależności macierzyństwa od faktu urodzenia dziecka wcale nie rozwiązało problemów zastępczego macierzyństwa, a wręcz w sposób niedopuszczalny usankcjonowało dyskryminację ze względu na płeć. Jednakże nie jest to jedyny stan faktyczny, w którym nowe przepisy nie pomagają w znalezieniu prawidłowych rozwiązań. Liczne wątpliwości filiacyjne wywołują one także choćby w sytuacji dzieci zrodzonych, a nawet spledzonych, po śmierci rodziców.

III. Status prawny dzieci zrodzonych z martwych rodziców

O ile od wieków zdarza się, że dzieci rodzą się po śmierci swoich ojców, którzy giną albo umierają z przyczyn naturalnych w czasie, gdy ich żona lub partnerka jest w ciąży, o tyle urodzenie z martwej matki zdarza się niezwykle rzadko i jest możliwe dopiero od około trzydziestu lat. Oficjalnie mówi się o dwunastu przypadkach narodzin dzieci ze zwłok matki⁵², przy czym pierwsze takie przypadki odnotowano w Stanach Zjednoczonych w latach 80. poprzedniego wieku⁵³.

Najczęściej przyczyną zgonu kobiety jest uszkodzenie mózgu w wyniku albo wypadku komunikacyjnego, albo wylewu krwi do mózgu spowodowanego przyczynami chorobowymi⁵⁴. Najważniejsze, aby płód nie odniósł w wyniku urazu matki szkód. Jeśli zwłoki zostaną szybko podłączone do aparatury i będą odpowiednio wentylowane i dokarmiane, mogą służyć za naturalny inkubator, w którym płód jest zdolny do prawidłowego rozwoju. Do urodzenia dochodzi za pomocą cesarskiego cięcia, gdy lekarze uznają, że dziecko jest zdolne do samodzielnego życia, a więc z reguły nie wcześniej niż w trzydziestym drugim tygodniu. W chwili obecnej medycyna jest w stanie podtrzymywać sztucznie funkcje życiowe organizmu zmarłej kobiety (u której obumarł pień mózgu) nawet przez trzy miesiące,

⁵² Świerczyńska, K., *Martwa kobieta urodziła dziecko*, „Dziennik.pl Świat”, 11 czerwca 2006 r., http://www.dziennik.pl/swiat/article2022/Martwa_kobieta_urodzila_dziecko.html [27 maja 2009 r.]; *Martwa kobieta urodziła dziecko!*, „Papilot” 16 stycznia 2009 r., <http://www.papilot.pl/lifestyle/news/2009/01/2788-martwa-kobieta-urodzila-dziecko.html> [27 maja 2009 r.].

⁵³ Lang, W. (red.), dz. cyt. s. 380.

⁵⁴ Tamże, s. 380; Świerczyńska, K., dz. cyt.

pozwalając na żywe urodzenie dzieci, które były 12–13-tygodniowymi płodami w momencie śmierci matki⁵⁵.

Mimo iż ciało kobiety w momencie narodzin dziecka wygląda, jakby ona żyła – jest ciepłe i zaróżowione – to tak naprawdę nie ma wątpliwości, że mamy do czynienia ze zwłokami, które jedynie ze względu na dobro dziecka są napowietrzane i odżywiane przez maszyny, które po rozłączeniu dziecka z organizmem matki zostają odłączone. Kobieta nie umiera jednak w momencie odłączenia aparatury, jej zgon nastąpił często na długo przed tą chwilą. Tak więc z prawnego punktu widzenia nie istnieje kobieta, która rodzi dziecko, bo za osoby prawo uznaje jedynie żywe jednostki ludzkie. W tej sytuacji chyba należy uznać – ściśle interpretując literę prawa – że stwierdzenie art. 61⁹ k.r.o. nie pozwala nam na przypisanie macierzyństwa na jego podstawie z braku istniejącej osoby fizycznej.

Jeśli rodzi się pogrobowiec, którego zmarły ojciec był mężem matki, to ojcostwo tego ostatniego wynika z domniemania zawartego w art. 62 k.r.o., o ile dziecko urodziło się nie później niż trzysta dni po ustaniu małżeństwa, w tym wypadku zakończonego przez śmierć męża. Domniemanie to – choć proste i wygodne przy takich kazusach – nie może jednak być zastosowane *per analogia* do ustalenia macierzyństwa mężatki, gdyż ojcostwo jest w swoim ustaleniu zależne od ustalenia macierzyństwa i nie ma podstaw prawnych, aby odwrócić kolejność tych ustaleń. Wydaje się więc, że w omawianych przypadkach należałoby wytoczyć powództwo u ustalenie macierzyństwa nieżyjącej kobiety i przeprowadzić pełne postępowanie dowodowe, wykazujące biologiczną i genetyczną więź⁵⁶ dziecka ze zmarłą kobietą⁵⁷. W nowelizacji k.r.o. brak co prawda dokładniejszych przepisów mówiących o ustalaniu macierzyństwa (wskazana została jedynie legitymacja prokuratora do złożenia takiego pozwu oraz zakaz prowadzenia postępowania po śmierci dziecka), jednak można tu chyba zasadnie zastosować odpowiednio pewne reguły dotyczące ustalenia ojcostwa, które pozwalają wytoczyć powództwo zarówno po śmierci domniemanego ojca, jak i matki dziecka (art. 84 § 2 i 3 k.r.o.).

Tak ustalone pośmiertne macierzyństwo lub ojcostwo stanowić będą nie tylko podstawę do nabycia przez dziecko więzów rodzinnych, w tym uprawnień alimentacyjnych od konkretnych osób, ale także pozwolą mu na dziedziczenie po

⁵⁵ Świerczyńska, K., dz. cyt.; Papouschek, H., *Dopuszczalność wyrażenia zgody na zabieg usunięcia ciąży w imieniu kobiety ciężarnej przez osobę trzecią w prawie austriackim i niemieckim*, 1999, maszynopis, s. 1.

⁵⁶ Ignatowicz, J., Nazar, M., dz. cyt., s. 238–239.

⁵⁷ Analogicznie oczywiście należałoby postąpić w wypadku urodzenia dziecka ze zmarłej kobiety, która w chwili śmierci nie pozostawała w związku małżeńskim lub była z mężem w separacji, gdyż w tym wypadku tym bardziej nie można mówić o wykorzystaniu *per analogia* domniemania pochodzenia dziecka pozamałżeńskiego, które werbalnie skierowane jest wyłącznie do mężczyzny, jako że opiera się na fakcie obcowania z matką dziecka (art. 85 § 1 k.r.o.).

zmarłych przed jego urodzeniem rodzicach, gdyż art. 927 § 2 k.c. stanowi, że może być spadkobiercą dziecko poczęte w momencie otwarcia spadku (a więc śmierci rodzica), o ile urodzi się żywe. Kwestie te nie są już jednak takie ewidentne, jeśli chodzi o dzieci spłodzone przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganej prokreacji, które mogą przyjść na świat nawet wiele lat po śmierci rodziców genetycznych.

W 1982 roku para Amerykanów, Mario i Elsa Rios, udała się do Australii, gdzie trzy komórki jajowe kobiety poddano sztucznemu zapłodnieniu spermą anonimowego dawcy. Jeden z embrionów wszczepiono Elsie Rios, jednak nie doszło do jego zagnieżdżenia się. Pozostałe dwa embriony zostały zamrożone. Państwo Rios wyjechali z Australii bez podjęcia decyzji o dalszym losie embrionów, gdyż mieli zamiar wrócić w celu kontynuowania procedury sztucznego zapłodnienia. Jednakże do tego nie doszło, gdyż dwa lata później zginęli oboje w katastrofie samolotowej, pozostawiając majątek o wartości ok. 8 milionów dolarów. Lokalny rząd stanu Victoria powołał specjalny komitet, który miał zdecydować o dalszym losie ich embrionów. Komitet podjął decyzję o ich zniszczeniu. Jednakże dyskusja publiczna wywołana tą historią doprowadziła do przyjęcia przez dolną izbę parlamentu stanu Victoria projektu ustawy, według której w takich wypadkach należy dążyć do wszczepienia embrionów (przy zachowaniu ich anonimowości) biorczyni, która sama nie może mieć dzieci pochodzących z własnych komórek rozrodczych. Prokurator Generalny stanu Victoria rekomendował, aby w przyszłości pary, oddające embriony do zamrożenia, jednocześnie decydowały o ich przeznaczeniu w wypadku ich śmierci przed ich implantacją⁵⁸. Uchwałą parlamentu decyzja komitetu o zniszczeniu embrionów małżonków Rios została więc uchylona, jednak ponieważ równocześnie sąd w Kalifornii orzekł, że ewentualne urodzone z nich dzieci nie będą miały praw spadkowych do majątku po małżonkach Rios, nie zgłosiła się żadna osoba chętna do zostania zastępczą matką. Tak więc zarodki te spoczywają w ciekłym azocie bez szans zarówno na transfer, jak i na zniszczenie⁵⁹.

Gdyby takie embriony zmarłych dawców materiału genetycznego zostały implantowane do organizmu jakiejś kobiety w państwach, które zezwalają na dawstwo embrionów (a więc także w Polsce, gdyż brak zakazu w tym względzie należy uznać za zezwolenie), to status prawny dziecka ustalałoby się identycznie jak w powyżej opisanym przypadku prokreacji z wykorzystywaniem embrionów niespokrewnionych genetycznie ani z matką biologiczną, ani z jej mężem czy partnerem.

Odmienne wątpliwości filiacyjne budzi kazus zamrożonych embrionów lub komórek rozrodczych (a tak naprawdę spermy, ponieważ niezapłodnionych

⁵⁸ Levine, R. J., *Ethics and Regulation of Clinical Research*, Urban & Schwarzenberg, Baltimore–Munich 1986, s. 316–317.

⁵⁹ Silver, L., *Raj poprawiony. Nowy wspaniały świat?*, Prószyński i s-ka, Warszawa 2002, s. 89–91.

komórek jajowych nie da się przechować), w których jeden z dawców umiera, a drugi chce doprowadzić do ich transferu lub inseminacji celem wychowania jako dzieci własne i zmarłego. Problem ten jest o tyle istotny, że media co jakiś czas donoszą o takich przypadkach. Dowodem tego może być choćby historia z zeszłego roku Lisy Roberts, która urodziła córkę ze spermy swojego zmarłego cztery lata wcześniej męża⁶⁰.

Zasadnicza część państw, które posiadają regulację prawną medycznie wspomaganej prokreacji, nie zezwala na inseminację *post mortem* czy implantację embrionu wdowie ani, tym bardziej, na wydanie go wdowcowi celem przeprowadzenia transferu do organizmu matki zastępczej⁶¹. Przykładowo, według regulacji francuskich wspomagana medycznie prokreacja jest dopuszczalna jedynie wobec pary małżonków lub konkubentów (pozostających we wspólnym pożyciu co najmniej od dwóch lat) w wieku prokreacyjnym – a więc żyjących. Po śmierci jednego z rodziców genetycznych drugi może jedynie podjąć decyzję o darowaniu zamrożonego embriona anonimowej bezpłodnej parze – do przyjęcia takiego embrionu konieczna jest zgoda sądu⁶². Ewidentnie więc dominuje przekonanie, że rodzicielstwo genetyczne nie jest w tym momencie najważniejsze, jeśli dopuszcza się urodzenie dziecka wyłącznie poza rodzicami genetycznymi⁶³.

Wyjątkowo niektóre kraje, legalizując inseminację *post mortem* oraz implantację embrionu po śmierci mężczyzny do organizmu matki genetycznej, stawiają warunki dotyczące z jednej strony jego zgody odnośnie do takiego działania, z drugiej – terminu przeprowadzenia zabiegu. Przykład stanowi tu może prawo greckie, które zezwala na pośmiertne przeniesienie embrionu i inseminację zamrożoną spermą, jeśli mąż lub konkubent cierpiał na chorobą wiodącą do bezpłodności a niosącą ze sobą ryzyko zgonu oraz oddając spermę notarialnie zgodził się na zapłodnienie lub transfer embrionu po jego śmierci. Dodatkowo zezwolenie na tę czynność musi wyrazić sąd. Jeśli chodzi o granice czasowe, zastosowanie techniki wspomaganego rozrodu *post mortem* może mieć miejsce

⁶⁰ *Martwy od czterech lat Anglik został ojcem!*, Wiadomości.o2.pl z 19 marca 2008 r., <http://wiadomosci.o2.pl/?s=258&t=476113> [20 marca 2008 r.]

⁶¹ Czynią tak m.in.: Dania, Niemcy, Szwajcaria, Szwecja, Włochy (Nestorowicz, M., „Prokreacja...”, wyd. cyt., s. 13; Szeroczyńska, M., „Czy istnieje prawo do posiadania dziecka?”, w: Kwak, A. (red.), *Rodzicielstwo. Między domem, prawem, służbami społecznymi*, Wydawnictwo Akademii Pedagogiki Specjalnej, Warszawa 2008, s. 99–100).

⁶² Nestorowicz, M., „Prawo do dysponowania embrionami w prawie porównawczym”, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 4, s. 86; Nestorowicz, M., „Problemy prawne inseminacji *post mortem*”, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 11, s. 32; Vigneau, D., „Le tranfert *post mortem* d'embryos humains conçus *in vitro*”, „Les Petites Affiches” 1996, nr 59, s. 17.

⁶³ Z takim podejściem nie zgadza się francuski Narodowy Komitet Konsultacyjny ds. Etyki ani Rada Stanu, które uważają, że powinien być dopuszczalny transfer embrionu po śmierci mężczyzny, o ile para zgodziła się na inseminację *post mortem*. Według Rady kobieta powinna móc żądać transferu najwyżej do roku po śmierci męża (Nestorowicz, M., „Problemy prawne...”, wyd. cyt., s. 32–33).

nie wcześniej niż sześć miesięcy i nie później niż dwa lata po jego śmierci. Urodzone w ten sposób dziecko uznawane jest za dziecko zmarłego. Zasady te nie są wdrażane w odniesieniu do kobiety – transfer po śmierci dawczyni jaja do organizmu matki zastępczej jest zabroniony⁶⁴. Zbliżona jest regulacja hiszpańska, która legalizuje zabiegi prokreacyjne *post mortem* co prawda bez warunków wstępnych, ale ustanawia więź filiacyjną między narodzonym dzieckiem a zmarłym mężczyzną wyłącznie w przypadku, gdy mężczyzna uprzednio wyraził zgodę na takie postępowanie w oficjalnie uznanym dokumencie lub w testamencie oraz jeśli zabieg miał miejsce nie później niż w sześć miesięcy po jego zgonie⁶⁵.

Z kolei prawo brytyjskie, która dopuszcza zabiegi prokreacyjne *post mortem* w każdej konfiguracji i okolicznościach, jednoznacznie przewiduje, że nieżyjący dawca nasienia nie będzie uważany za ojca dziecka⁶⁶.

Wobec braku przepisów regulujących medycznie wspomaganą prokreację także w Polsce inseminację i transfer embrionu *post mortem* należy uznać za dopuszczalne (gdyż nie są zakazane⁶⁷) i to bez żadnych uprzednich warunków⁶⁸ i terminów, a kwestie filiacyjne opierać na regułach ogólnych.

Jeśli więc dziecko urodzi się w wyniku transferu embrionu *post mortem* lub inseminacji pośmiertnej w okresie nie dłuższym niż trzysta dni po zgonie ojca genetycznego będącego mężem matki, ojcostwo tego ostatniego wynikać będzie z domniemania z art. 62 § 1 k.r.o.⁶⁹. Co prawda Dyoniak i Działyńska twierdzą, że nie można konstruować stosunku rodzicielskiego między dzieckiem a zmarłym mężczyzną, jako że brak jest wiążącej zgody tego ostatniego na wykorzystanie jego materiału genetycznego (gdyż nawet jeśli była ona wyrażona przed śmiercią, to straciła walor ważności prawnej w momencie zgonu), a działanie wdowy nie służy realizacji prokreacyjnego celu małżeństwa⁷⁰, to uznać należy, że oba te zarzuty nie mają znaczenia prawnego. Ustawodawca w żadnym momencie bowiem nie bierze pod uwagę motywacji rodziców do płodzenia i rodzenia dzieci. Jeśli chodzi natomiast o zgodę męża, to wpływa ona wyłącznie na uniemożliwienie obalenia domniemania jego ojcostwa w wypadku zabiegów heterologicznych. W sytuacji gdy mąż matki jest ojcem genetycznym dziecka zrodzonego *post mortem*, domniemanie ojcostwa nie będzie mogło zostać faktycznie obalone, gdyż wszystkie inne dowody, w tym genetyczny, potwierdzają jego prawdziwość.

⁶⁴ Kiriakaki, I., „Landesbericht Griechenland”, w: Eser A., Koch H.G., Seith C. (red.), dz. cyt., s. 115.

⁶⁵ Casabona C., *Landesbericht Spanien*, w: tamże, 343–344.

⁶⁶ Nestorowicz, M., „Problemy prawne...”, wyd. cyt., s. 33.

⁶⁷ Choć spotykane są głosy w doktrynie, że takie działanie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i tym samym lekarze winni się od niego powstrzymać (tamże, s. 13).

⁶⁸ Dyoniak, A., „Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu”, w: Smyczyński, T. (red.), dz. cyt., s. 40.

⁶⁹ Safjan, M., dz. cyt., s. 306.

⁷⁰ Dyoniak, A., dz. cyt., s. 43; Działyńska, M., dz. cyt., s. 127–128.

Natomiast w wypadku urodzenia dziecka po upływie okresu objętego domniemaniem lub z matki, która nie pozostawała w związku małżeńskim, trzeba za Nestorowiczem⁷¹ uznać, że kobieta ma prawo do wystąpienia do sądu z powództwem o ustalenie ojcostwa zmarłego męża lub konkubenta. Sąd powinien takie ojcostwo ustalić, gdyż dawca spermy jest przecież biologicznym ojcem dziecka, a brak jest przepisu, który wyłączałby takie pośmiertne ojcostwo prawne. Powództwo powinno być wytoczone przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd rodzinny na podstawie art. 84 § 2 k.r.o.⁷².

Niezależnie od sposobu określenia ojcostwa dziecka zrodzonego *post mortem* (poprzez domniemanie czy w wyniku sądowego ustalenia) dla kwestii spadkowych zasadnicze znaczenie będzie mieć fakt, czy chodziło o inseminację pośmiertną czy o transfer zamrożonego embrionu. Jak już bowiem wspomniano, art. 927 § 1 k.c. umożliwia dziedziczenie przez dziecko poczęte w chwili śmierci jego ojca genetycznego, pod warunkiem, że urodzi się żywe. Ponieważ o poczęciu możemy mówić jedynie w odniesieniu do embrionów, to dziedziczyć po swoim ojcu prawnym będzie tylko dziecko, które przyszło na świat w wyniku transferu embrionu istniejącego już przed jego śmiercią. Do dziedziczenia nie dojdą natomiast dzieci spłodzone dopiero po zgonie ojca genetycznego przy wykorzystaniu techniki inseminacji zamrożoną wcześniej spermą, gdyż w momencie otwarcia spadku nie mieliśmy jeszcze do czynienia z dzieckiem poczętym, a jedynie z nieposiadającymi żadnych uprawnień komórkami rozrodczymi. Także w tym wypadku zastrzeżenie Dyoniaka, że prawa do dziedziczenia powinny nabywać wyłącznie dzieci objęte domniemaniem pochodzenia z małżeństwa⁷³, nie znajduje swojego uzasadnienia w przepisach, które w żadnym punkcie nie wskazują, kiedy ma dojść do urodzenia dziecka poczętego za życia spadkodawcy.

Odmienne wygląda sytuacja zamrożonych embrionów, gdy umiera kobieta – dawczyni materiału genetycznego. Jeśli taki embrion zostanie wszczepiony do organizmu matki zastępczej, to ona – co wynika z faktu urodzenia – będzie uznana za jego matkę. Żadnym sposobem nie istnieje możliwość ustalenia więzów rodzinnych, ani tym bardziej spadkowych, pomiędzy dzieckiem a jego zmarłą matką genetyczną. Jeśli natomiast chodzi o ustalenie ojcostwa takiego dziecka, to w grę wchodzić będą takie same zasady jak przy macierzyństwie zastępczym. Najbezpieczniejsze więc dla ojca genetycznego będzie znalezienie kobiety niezamężnej, a jeśli już wybierze mężatkę, to zadbanie o to, by zaszła w ciążę bez zgody swojego męża, gdyż w odmiennym przypadku ojciec genetyczny nie będzie mógł zostać uznany za ojca prawnego, jako że domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki zastępczej nie będzie można – zgodnie z art. 68 k.r.o. – zaprzeczyć.

⁷¹ Nestorowicz, M., „Problemy prawne...”, wyd. cyt., s. 34.

⁷² Analogicznie: Safjan, M., dz. cyt., s. 309–310.

⁷³ Dyoniak, A., dz. cyt., s. 45.

Jak widać z powyższych rozważań, także w odniesieniu do dzieci zrodzonych ze zmarłych rodziców mamy do czynienia z nieuzasadnionym odmiennym traktowaniem rodzicielstwa w zależności, czy zmarłym jest matka genetyczna czy genetyczny ojciec. Nowe przepisy mają zresztą taki dyskryminujący ze względu na płeć wydźwięk nie tylko w opisanych uprzednio sytuacjach prokreacyjnych, ale również wobec specyficznej grupy rodziców, jaką stanowią transseksualiści po chirurgicznej i prawnej zmianie płci.

IV. Rodzicielstwo transseksualistów

Wydawać by się mogło, że płeć jest trwałą cechą każdego człowieka. Nic bardziej mylnego. Oczywiście większość z ludzi przez całe życie funkcjonuje zgodnie z płcią wpisaną w akcie urodzenia (tzw. płcią metrykalną), a określoną przez lekarza przy porodzie na podstawie drugorzędowych cech płciowych. Istnieje jednak niewielka grupa osób, w wypadku których płeć metrykalna może nie odpowiadać ich płci gonadalnej (obojnactwo) lub płci psychicznej (transseksualizm). W tym ostatnim przypadku osoby bardzo często decydują się na chirurgiczną zmianę płci, aby zewnętrzne cechy płciowe dopasować do płci psychicznej. Nie ulega wątpliwości, że w ten sposób dopasować można płeć tylko „wizualnie” – nowe narządy nie podejmą swojej roli prokreacyjnej związanej z chirurgicznie nabytą płcią, bo – przynajmniej na tym etapie rozwoju medycyny – niemożliwa jest zmiana płci gonadalnej (a więc przeszczepienie jajników czy jąder z zachowaniem ich funkcjonalności). Tak więc, osoba urodzona mężczyzną po chirurgicznej zmianie płci nie będzie w stanie urodzić dziecka (nawet przy pomocy komórki jajowej dawczyni, gdyż nie będzie posiadać macicy) – a tym samym zostać genetyczną ani biologiczną matką. Z kolei osoba urodzona jako kobieta po chirurgicznej zmianie płci nie będzie w stanie z braku spermy zapłodnić żadnej komórki jajowej (przynajmniej dopóki niemożliwa jest u człowieka partenogeneza) – a tym samym zostać genetycznym ojcem.

W świetle orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, który od wyroku z 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*⁷⁴ przyznaje transseksualistom prawo do prywatności i prawo do życia w małżeństwie, należy przyjąć, iż z nową płcią prawną mogą oni pełnić zgodne z nią funkcje prawnego rodzicielstwa wobec dzieci adoptowanych (tylko takie rodzicielstwo jest dostępne transseksualistom typu mężczyzna/kobieta) lub – w wypadku transseksualistów typu kobieta/mężczyzna – zrodzonych przez partnerkę/żonę, niezależnie od braku więzi genetycznej. Nie ma tutaj bowiem żadnych przeszkód prawnych, aby stosować ogóle zasady ustalania ojcostwa, w tym zakaz zaprzeczenia ojcostwa w sytuacji wyrażenia zgody na zapłodnienie spermą dawcy.

⁷⁴ Sygn. 28957/95.

Problem zaczyna się, gdy osoba poddająca się chirurgicznej zmianie płci zachowa zdolności prokreacyjne płci wcześniejszej. Właśnie dla uniknięcia dylematów filiacyjnych część krajów (np. Szwecja, Niemcy, Holandia, Belgia, Finlandia, Dania, Norwegia) dopuszczających zmianę płci metrykalnej wprowadza warunek, że osoba ma być pozbawiona zdolności prokreacyjnych⁷⁵. Jednakże w pozostałych państwach możliwe są scenariusze, że mężczyzna po zmianie chirurgicznej płci w kobietę będzie w stanie zostać genetycznym ojcem (choćby za pomocą zamrożonego nasienia), natomiast kobieta po zmianie płci w mężczyznę zachowa zdolność zostania genetyczną, a nawet biologiczną matką. Taki właśnie przypadek miał miejsce w Oregonie, gdzie pod koniec czerwca 2008 roku osoba będąca z punktu widzenia prawa mężczyzną urodziła córkę.

34-letni Thomas Beatie przyszedł na świat jako kobieta. Kiedy spotkał 11 lat starszą Nancy, matkę dwóch córek, stwierdził, że jest to kobieta jego życia. Prawo Hawajów, gdzie oboje mieszkali, zakazuje jednak małżeństw osobom tej samej płci, więc Beatie postanowił zostać mężczyzną. Zaczął specjalną kurację, zoperował piersi, z czasem nawet zapuścił brodę. Następnie doprowadził do zmiany oznaczenia płci w akcie urodzenia i poślubił Nancy. Choć oficjalnie został mężczyzną, to jednak nie usunięto mu wszystkich kobiecych narządów płciowych, co wynikało z od początku wyrażanej przez Beatie woli urodzenia dziecka, tym bardziej że wiedział, iż Nancy po usunięciu macicy nie będzie mogła więcej zostać matką⁷⁶. Do zapłodnienia doszło dzięki sztucznej inseminacji nasieniem dawcy⁷⁷. Z prawnego punktu widzenia najważniejsze pozostaje pytanie: czy Beatie jest ojcem czy matką swojej córki.

Gdyby historia ta zdarzyła się w Polsce – co nie jest niemożliwe, biorąc pod uwagę z jednej strony brak jakichkolwiek przepisów, a tym samym i wymagań odnośnie do zdolności prokreacyjnych, dotyczących zasad chirurgicznej i metrykalnej zmiany płci, a z drugiej – brak regulacji odnoszących się do technik medycznie wspomaganego rozrodu – nowelizacja k.r.o. żadną miarą nie ułatwiałaby rozwiązania tego dylematu. Beatie nie mógłby zostać uznany za matkę, bowiem nie jest z prawnego punktu widzenia kobietą. Za matkę nie mogłaby zostać uznana także Nancy, gdyż nie urodziła dziewczynki. Paradoksalnie Beatie

⁷⁵ Szerocyńska, M., „Procedura zmiany płci metrykalnej transseksualistów a ochrona prawa do życia prywatnego w prawie polskim i zagranicznym”, artykuł zaakceptowany do druku w: „Studia Prawnicze” 2009, nr 1–2.

⁷⁶ Z doniesień medialnych trudno wręcz wywnioskować, czy przeszedł operację usunięcia pochwy i zbudowania prącia, tym bardziej że prasa donosi, iż dziecko zostało urodzone drogą naturalną, co wskazywałoby na brak operacji ostatecznie korygującej płęć, choć prawo Hawajów wymaga tego przed zmianą płci metrykalnej; „Mężczyzna, który urodził, dziecko opowiada o porodzie”, *Gazeta.pl*, 21 lipca 2008 r., http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80708,5476109,Mezczyzna_ktory_urodzil_dziecko_opowiada_o_porodzie.html [9 czerwca 2009 r.]

⁷⁷ Trocka, J., „Mężczyzna urodził córeczkę”, „The Times. Polska” 5 lipca 2008 r., <http://www.polskatimes.pl/rozmaitosci/nauka/16648,mezczyzna-urodzil-coreczke,id,t.html> [9 czerwca 2009 r.]

nie byłby też z samego faktu narodzenia dziecka prawnym ojcem swojej córki – domniemanie ojcostwa obejmuje bowiem jedynie mężów kobiet, które rodzą, a więc Beatie mógłby zostać ojcem na podstawie tego domniemania, jedynie gdyby Nancy urodziła.

Z kolei przy ustaleniu ojcostwa obowiązuje domniemanie, iż ojcem jest, kto obcował z matką dziecka w potencjalnym okresie poczęcia. Prawdopodobnie w sprawie nie byłoby problemów z dowodami na istnienie współżycia między Thomasem a Nancy, tylko że taki dowód nie wystarczałby, znowu z tego samego powodu – gdyż Nancy nie jest matką. W tym wypadku pomogło by co prawda kryterium genetyczne, gdyż dziecko zostało poczęte z komórki jajowej Thomasa i spermy dawcy, a więc istnieje między nim a dzieckiem więź genetyczna, choć zadziwiające zdaje się stwierdzenie, że ojcostwo Thomasa wynika z tego, iż dziecko uzyskało część kodu DNA z komórki jajowej „ojca”.

Paradoksalnie w sytuacji tej pary wcale nie ułatwiłoby sprawy, gdyby Thomas dziecko uznał za swoje, choć wtedy wystarczy wykazać, że dziecko pochodzi od danego mężczyzny, a więc udowodnić istniejącą między nimi więź genetyczną. Jednakże polskie przepisy do uznania dziecka wymagają zgody matki, co w przedmiotowym przypadku znowu nie może mieć miejsca z braku matki prawnej. Nowelizacja k.r.o. umożliwia co prawda uznanie dziecka przed sądem, jednakże art. 73 § 4 odwołuje się odpowiednio do § 1–3 tego artykułu, z czego wynika, że także sąd musi przed przyjęciem prawnie wiążącego oświadczenia o uznaniu dziecka przyjąć zgodę matki, co prowadzi nas do punktu wyjścia.

Komplikacje filiacyjne byłyby jeszcze większe, gdyby dziecko pochodziło z dawanego embrionu albo zostało poczęte dzięki zapłodnieniu spermą dawcy komórki jajowej Nancy. Zresztą takie genetyczne powiązanie Nancy z dzieckiem w świetle prawa polskiego nic by nie zmieniło. Oczywiście, prawnie Nancy nie staje się spokrewniona z dzieckiem także przez sam fakt, że zostało ono urodzone przez jej męża. Formalnie mogłaby ona – według prawa polskiego – nabyć władzę rodzicielską jedynie dzięki adopcji, przy czym stwierdzenie to pozostałoby adekwatne, nawet gdyby była matką genetyczną.

Według doktor Lisy Masterson⁷⁸, z Cedars-Sinai Medical Centre w Los Angeles, Beatie⁷⁹ nie jest pierwszym transseksualnym mężczyzną, który urodził dziecko, można więc w sposób uzasadniony domniemywać, że takie przypadki będą się powtarzać. Zmiana płci metrykalnej w ogóle stawia pod znakiem zapytania sens rozdzielania rodzicielstwa na macierzyństwo i ojcostwo. Czy należy bowiem

⁷⁸ Za: Bone, J., „Thomas Beatie, a married man who used to be a woman, is pregnant with a baby girl”, „The Times” 26 marca 2008 r., http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/us_and_americas/article3628860.ece [9 czerwca 2009 r.]

⁷⁹ Który podobno obecnie spodziewa się kolejnego dziecka „Mężczyzna w ciąży spodziewa się drugiego dziecka”, Deser.pl, 14 listopada 2008 r. (http://deser.pl/deser/1,83453,5935550,Mezczyzna_w_ciazy_spodziewa_sie_drugiego_dziecka.html [9 czerwca 2009 r.]

uznać, że fakt zmiany płci metrykalnej zmienia wcześniej urodzonym dzieciom matkę w ojca lub ojca w matkę? Czy to zresztą ma jakieś prawne znaczenie? Odpowiedź negatywną – tak w odniesieniu do dzieci zrodzonych przed, jak i po zmianie płci metrykalnej – zdaje się dawać orzeczenie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe z lipca 2008 roku, w którym sąd uznał za niekonstytucyjny przepis niemieckiej ustawy o transseksualistach, stawiający jako warunek zmiany płci metrykalnej niepozostawanie w związku małżeńskim⁸⁰. Spokojnie można więc sobie wyobrazić jak najbardziej legalną sytuację, gdy mężczyzna pozostający w związku małżeńskim przed zmianą płci zamraża własne nasienie, którym po uzyskaniu przez niego płci żeńskiej zapłodniona zostaje jego żona. Urodzenie przez nią dziecka powoduje objęcie współmałżonka – prawnie kobiety – domniemaniem rodzicielstwa (formalnie ojcostwa), tym bardziej że między dzieckiem a transseksualnym rodzicem istnieje więź genetyczna, która jest najlepszym jego dowodem. Decyzja, czy dziecko ma dwie matki czy matkę i ojca – kobietę, pozostaje wtedy tylko prawniczą grą słów, tak naprawdę nieistotną z punktu widzenia dobra dziecka.

Równie trudne problemy filiacyjne powstaną z chwilą urodzenia pierwszego dziecka, którego życie płodowe przebiegać będzie całkowicie poza organizmem ludzkim, o ile istniejące obecnie zapisy ustawowe o nabywaniu rodzicielstwa nie zostaną do tego momentu zmienione, gdyż wtedy znowu nie będzie kobiety, którą prawnie będzie można uznać za matkę.

V. Kwestie filiacyjne w ektogenezie

Pojęciem ektogeneza określa się rozwój organizmu ludzkiego poza organizmem matki – od poczęcia *in vitro* poprzez ciążę w sztucznej macicy do urodzenia⁸¹. Wydawać by się mogło, że wizja taka, iż kobiety nie będą musiały przechodzić ciąży, a płody ludzkie będą rozwijać się w warunkach sztucznych od zapłodnienia do uzyskania zdolności do samodzielnego życia, zakrawa na historię wziętą wprost z *Seksmisji*. Jednakże o ile na dzień dzisiejszy jest to wciąż niemożliwe⁸², to eksperymenty nad sztuczną macicą trwają już od dłuższego czasu. Od ponad trzydziestu lat naukowcy prowadzą mniej lub bardziej udane próby utrzymania przy życiu w warunkach laboratoryjnych embrionów i płodów zwierzęcych. Przykładowo w 1992 roku badacze japońscy wydobyli z organizmu kozy płód koźlęcia na trzy tygodnie przed naturalnym porodem (co w rozwoju płodowym odpowiada sześciomiesięcznemu płodowi ludzkiemu) i przez te trzy tygodnie płód rozwi-

⁸⁰ „Un transsexuel de 79 ans peut rester marié”, „Insolite” 23 lipca 2008 r., <http://www.cyberpresse.ca/actualites/insolite/200809/08/01-656157-un-transsexuel-de-79-ans-peut-rester-marie.php> [9 czerwca 2009 r.]

⁸¹ Heim, U., dz. cyt., s. 19.

⁸² Tamże, s. 45.

jał się w warunkach sztucznych – z wykorzystaniem zewnętrznego obiegu krwi podłączonego do pępowiny, sztucznej nerki, w płynie przypominającym swoim składem wody płodowe. Koźlę urodziło się żywe, choć miało niewydolność płuc i dość szybko zmarło⁸³.

Zresztą z ektogenezą eksperymentuje się od lat nie tylko na zwierzętach. Już w latach 60. XX wieku zespoły naukowców z różnych krajów (m.in. innymi ze Związku Radzieckiego) donosiły o sukcesach w utrzymywaniu przy życiu embrionów ludzkich przez sześćdziesiąt dni, a raz podobno nawet przez sześć miesięcy⁸⁴. Pozostawiając bez oceny prawdziwość tych doniesień, niewątpliwie na dzień dzisiejszy jest tak, że zapłodnione *in vitro* embriony ludzkie mogą się rozwijać w warunkach sztucznych przez pierwsze czternaście dni, do momentu nidacji. Bez możliwości zapewnienia im sztucznego łóżyska (albo transferu do organizmu kobiety) – gdzie mogłyby się zagnieździć – obumierają⁸⁵.

Oczywiście, w założeniu naukowcom nie chodzi o uzyskanie zdolności rozwoju płodowego od początku do końca poza organizmem matki, ale o umożliwienie utrzymania przy życiu jak najmłodszych wcześniaków przy zapewnieniu im jak najbardziej prawidłowego rozwoju. Już obecnie – przy użyciu inkubatorów i innych urządzeń intensywnej terapii – utrzymuje się przy życiu dzieci urodzone w dwudziestym trzecim tygodniu ciąży i ważące mniej niż 400 g⁸⁶. Stworzenie sztucznej macicy pozwoliłoby na uratowanie dzieci młodszych i mniej rozwiniętych, a także – co nie mniej ważne – na ich prawidłowy rozwój, pozwalający na uzyskanie dojrzałości przez narządy, które nie miały możliwości jej zdobyć w zbyt krótkim życiu płodowym.

Nie ulega w tej sytuacji wątpliwości, że prace nad sztuczną macicą będą postępować i mogą w efekcie końcowym doprowadzić do ektogenezy⁸⁷. Nie bezasadne jest więc rozważenie zasad filiacyjnych dziecka, którego rozwój płodowy odbędzie się całkowicie poza organizmem kobiety.

W odniesieniu do takiego dziecka zasada, że matką jest kobieta, która urodziła, nie ma sensu, gdyż żadna kobieta nie będzie jego matką biologiczną i w ścisłym tego słowa znaczeniu nie będzie można mówić ani o ciąży, ani o porodzie.

Jeśli chodzi o ojca, to z braku matki prawnej nie będzie można zastosować ani domniemania ojcostwa z męża matki, ani uznać dziecka (z braku wymaganej zgody matki), ani nawet przy ustalaniu ojcostwa oprzeć się na domniemaniu prawnym obcowania z matką (tak z braku matki, jaki i związku pomiędzy zaistnieniem dziecka a aktem płciowym). Jediną dostępną procedurą będzie

⁸³ Tamże, s. 41–42.

⁸⁴ Tamże, s. 43–44.

⁸⁵ Tamże, s. 45.

⁸⁶ Tamże, s. 46.

⁸⁷ Singer, P. Wells, D., *Dzieci z próbowki. Etyka i praktyka sztucznej prokreacji*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1988, s. 145.

więc wytoczenie postępowania o ustalenie ojcostwa i oparcie się na kryterium genetycznym. O ile dawca spermy będzie mógł dzięki temu kryterium dość łatwo udowodnić własne ojcostwo, o tyle matka genetyczna – w świetle obowiązujących w Polsce przepisów – nie będzie mogła tego uczynić, co znowu prowadzi paradoksalnie do nieusprawiedliwionej dyskryminacji ze względu na płeć, gdyż jedyną ścieżką, która pozostanie kobiecie dla nabycia władzy rodzicielskiej nad własnym dzieckiem genetycznym, stanie się adopcja, która będzie możliwa jedynie w wypadku, gdy wcześniej ustalony prawny ojciec dziecka będzie jej mężem. A jeśli przed przeprowadzeniem adopcji małżeństwo rodziców genetycznych się rozpadnie? Wtedy adopcja przez kobietę nie będzie możliwa, gdyż niedopuszczalne jest adoptowanie dziecka, nad którym inna osoba – poza małżonkiem – pełni władzę rodzicielską. Zresztą nawet gdyby ojciec prawny nie chciał sprawować opieki nad swoim dzieckiem, to wymagana jest jego zgoda na adopcję. Co prawda, zgodnie z art. 119 § 2 k.r.o. sąd opiekuńczy może w wyjątkowych wypadkach orzec przysposobienie bez wymaganej zgody rodzica, jeśli odmowa jej wyrażenia jest w oczywisty sposób sprzeczna z dobrem dziecka, ale dotyczy to wyłącznie rodziców mających ograniczoną zdolność do czynności prawnych, a więc małoletnich lub ubezwłasnowolnionych częściowo, co oczywiście nie ma zastosowania w rozważanym przypadku. Żeby więc taka matka genetyczna mogła zostać matką prawną, sąd musiałby najpierw odebrać ojcu prawnemu władzę rodzicielską, gdyż jedynie w takim wypadku jego zgoda na adopcję nie byłaby wymagana. To jednak zdaje się zbyt daleko idącą ingerencją we władzę rodzicielską ojca, bo przecież sam jego sprzeciw na adopcję przez matkę genetyczną nie może stanowić przesłanki do uznania, iż jest on złym ojcem swojego dziecka.

Jeszcze trudniejsza prawnie będzie sytuacja dzieci urodzonych w wyniku ektogenezy z komórek rozrodczych lub embrionu pochodzących od dawców. O ile nie zmienia to statusu prawnego kobiety, która chciałaby w taki sposób zostać matką – nadal przysługuje jej tylko procedura adopcyjna, podczas której sąd będzie badał najlepszy interes dziecka, a nie więzi genetyczne – o tyle mężczyzna, jeśli nie będzie w stanie udowodnić pochodzenia dziecka od niego, a więc jeśli nie będzie dawcą spermy, traci możliwość ustalenia swojego ojcostwa. W takim przypadku także on może się starać o nabycie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem jedynie przez jego przysposobienie. Co więcej, w sytuacji dziecka zrodzonego z komórek rozrodczych dawców możemy sobie wyobrazić, że o dziecko będą się starać nie tylko rodzice społeczni, z których inicjatywy zostało spółdzone i przyszło na świat, ale także rodzice genetyczni, którzy udzielili komórek rozrodczych. Taki proces będzie paradoksalnie przypominał procesy o wydanie dziecka przez matkę zastępczą, przy czym – jak już wykazano powyżej – największe uprawnienia do dziecka będzie miał dawca spermy, gdyż wystarczy, że przed procesem o adopcję ustali swoje ojcostwo

na podstawie kryterium genetycznego⁸⁸. Będzie wtedy w stanie zablokować przysposobienie zarówno przez parę inicjującą poczęcie dziecka, jak i przez matkę genetyczną, a do sądu będzie należało ustalenie, czy jego postawa szkodzi dziecku na tyle, aby odebrać mu władzę rodzicielską i rozstrzygnąć o nadaniu jej którejś z pozostałych zainteresowanych osób, mając na względzie nie ich prawa rodzicielskie, ale dobro dziecka.

Mówiąc o tak futurystycznych technikach jak ektogeneza, nie można zapomnieć o potencjalnej możliwości urodzenia się w ten sposób dziecka, którego embrion powstanie przy zastosowaniu transferu jądra komórki somatycznej, a więc dziecka-klona. Paradoksalnie możliwość urodzenia klona dzięki ektogenezie jest jeszcze bardziej prawdopodobna niż wszczepienie sklonowanego embrionu kobiecie, choćby z tego powodu, że część państw, które zabraniają klonowania reprodukcyjnego, czyni to wyłącznie w odniesieniu do transferu sklonowanego zarodka do organizmu ludzkiego⁸⁹, a tym samym nie stanowi przestępstwa samo stworzenie sklonowanego embrionu i jego rozwój w warunkach sztucznych.

Z wcześniejszych rozważań wyraźnie wynika, że wcale nie jest ewidentne rodzicielstwo genetyczne klona, gdyż z punktu widzenia zasad dziedziczenia dawca jądra komórkowego nie jest rodzicem genetycznym, ale bliźniaczym rodzeństwem genetycznym dziecka-klona⁹⁰. Nawet jednak jeśli uznamy, że rodzicem genetycznym jest dawca jądra komórkowego, to wobec braku matki biologicznej przy dziecku urodzonym przy wykorzystaniu ektogenezy kobieta znowu staje się pokrzywdzona. Bowiem jeśli jądro komórkowe pochodzi od kobiety, to nie będzie mogła ona na podstawie obowiązujących obecnie przepisów zostać uznana za matkę – dziecka bowiem nie urodzi, a sama więc genetyczna nie jest prawie wystarczająca. W takiej sytuacji w ogóle dziecko nie będzie miało też ojca, bowiem nie będzie męskiego dawcy materiału genetycznego (oczywiście jeśli pominiemy ojca dawczyni jądra). Natomiast jeżeli jądro komórki somatycznej będzie pochodzić od mężczyzny, to jest on w stanie ustalić swoje ojcostwo na podstawie więzi genetycznej, przy czym – jak już wspomniano – udział genetyczny, a tym bardziej prawny, dawczyni pustej komórki jajowej pozostanie bez znaczenia. W takim więc przypadku dziecko-klon będzie miało ojca, a nie będzie miało matki prawnej.

⁸⁸ Do takich samych wniosków doszła Heim, prowadząc swoje rozważania na gruncie prawa niemieckiego, analogicznego do polskiego w odniesieniu do kryteriów macierzyństwa i ojcostwa, Heim, U., dz. cyt., s. 178.

⁸⁹ Tak stanowi m.in. prawo Izraela, Singapuru czy Kalifornii (Macintosh, K., *Illegal Beings. Human Clones and the Law*, Cambridge University Press, Nowy Jork 2005, s. 86; Ravitsky, V., „Embryonic stem cell research and therapeutic cloning: An Israeli point of view”, w: Honnefelder, L., Lanzerath, D. (red.), *Klonen in biomedizinischer Forschung und Reproduktion. Wissenschaftliche Aspekte – Ethische, rechtliche und gesellschaftliche Grenzen*, Bonn University Press, Bonn 2003, s. 641; Trépanier, G., *Clonage reproductif et dignité humaine*, Liber, Montreal 2006, s. 42).

⁹⁰ Klugman, C.M., Murray, T.H., dz. cyt., s. 15–16; Xu, Z., dz. cyt., s. 96–97.

Paradoksalnie ektogeneza może w przyszłości pozwolić mężczyznom na rozmnażanie się – nie tylko prawne, ale i biologiczne – całkowicie bez udziału kobiet. Taki w pełni męski rozród może okazać się możliwy dzięki wykorzystaniu naturalnych zdolności komórek macierzystych. Okazuje się bowiem, że zarówno żeńskie, jak i męskie embrionalne komórki macierzyste w hodowlach produkują komórki jajowe. Dzieje się tak, ponieważ żeńskość jest automatycznym szlakiem rozwojowym ssaków i ich komórki rozrodcze samoczynnie staną się jajeczkami, jeśli nie zostaną poddane sygnałom i „obróbce” męskich jąder, które dopiero przekształcają je w plemniki⁹¹. Tak więc być może w przyszłości będzie można przy użyciu techniki klonowania terapeutycznego uzyskać komórki jajowe z kodem genetycznym mężczyzny, a następnie zapłodnić je plemnikiem – jego własnym lub partnera homoseksualnego – i tak uzyskać embrion genetycznie wspólny dla jednego lub dwóch ojców, który przejdzie rozwój płodowy w sztucznej macicy⁹².

Oczywiście w sytuacji, gdy ojców genetycznych będzie dwóch – co da się udowodnić na podstawie profilowania DNA, gdyż jeden był dawcą spermy, a drugi – komórki jajowej – pozostaje pytanie, czy z prawnego punktu widzenia obydwaj powinni móc ustalić swoje ojcostwo. Paradoksalnie przeciwnie do założeń ustawodawcy, który nie chciał, aby dziecko miało dwóch ojców, o czym świadczy niemożliwość ustalania ojcostwa genetycznego bez obalenia domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, obecnie obowiązujące przepisy wydają się potwierdzać tę odpowiedź, gdyż do ustalenia ojcostwa wymagają właśnie wykazania więzi genetycznej, a nie ma żadnych podstaw, aby jednego z tych mężczyzn wskazać jako „bardziej ojca” niż drugiego. Ten przypadek znowu wskazuje na dyskryminujący wydźwięk przepisów polskiego k.r.o. – para kobiet, będących matkami genetycznymi⁹³ – jak wykazano powyżej na przykładzie klonowania reprodukcyjnego z genetycznego materiału żeńskiego – nie nabędzie dzięki temu uprawnień macierzyńskich, jeśli dziecko urodzi się dzięki ektogenezie.

⁹¹ Plemniki nigdy samoczynnie nie powstały w hodowli *in vitro*, jednakże zespół kierowany przez Toshiaki Noce niedawno wyprodukował je w sposób indukowany. Badacze wyizolowali z hodowli embrionalnych komórek macierzystych komórki, które wyglądały tak, jakby stały się komórkami rozrodczymi, i przenieśli je z hodowli do tkanek jąder, gdzie po trzech miesiącach zmieniły się w plemniki. (Czajkowska-Majewska, D., *Nowy lepszy? Człowiek*, Wydawnictwo Akademickie „Żak”, Warszawa 2005, s. 209).

⁹² Tamże, s. 211.

⁹³ Co prawda, jak wskazano powyżej, niemożliwe jest powstanie z embrionalnych komórek rozrodczych plemnika bez udziału jąder, jednak analogiczna procedura mogłaby wyglądać tak, że po stworzeniu z komórek macierzystych kobiety komórki stające się komórką rozrodczą byłyby przenoszone do jąder jakiegoś mężczyzny, gdzie zmieniałyby się w plemniki, a następnie służyłyby do zapłodnienia komórki jajowej tej samej kobiety lub jej partnerki. Wtedy więc genetyczna istniałaby tylko między tymi kobietami a dzieckiem, bez genetycznego wpływu mężczyzny, dzięki któremu faktycznie powstały plemniki.

Zresztą nie jest to jedyny przypadek, gdy możemy ustalić dwóch ojców genetycznych, a tym samym prawnych dziecka. Już w 1961 roku Krzysztof Tarkowski wykazał, że możliwe jest powstanie kompletnego i zdrowego zarodka ze sztucznego połączenia dwóch zarodków i to pochodzących od różnych osób⁹⁴. Możemy sobie więc łatwo wyobrazić w może wcale nie tak odległej przyszłości parę homoseksualistów, którzy doprowadzają do zapłodnienia swoją spermą dwóch komórek jajowych jednej kobiety (albo dwóch kobiet, co z punktu widzenia prawa nie ma znaczenia). Następnie powstałe zarodki są *in vitro* łączone ze sobą⁹⁵ i albo wszczepiane matce zastępczej (którą może, ale nie musi być dawczyni komórek jajowych)⁹⁶, albo rozwijają się w sztucznej macicy. Dziecko będzie posiadało materiał genetyczny obydwu mężczyzn, a więc prawnie obaj będą mogli ustalić swoje ojcostwo. Jeśli dziecko będzie zrodzone przez matkę zastępczą, to ona prawnie zostanie uznana za matkę, jeśli natomiast urodzi się dzięki ektogenezie, to dziecko nie będzie miało prawnej matki, gdyż – jak we wszystkich powyższych przykładach – więź genetyczna dawczyni komórek jajowych nie będzie wystarczająca do ustalenia macierzyństwa. Stąd też para lesbijek, która będzie w ten sam sposób chciała stworzyć wspólne genetycznie dziecko, znowu będzie z prawnego punktu widzenia pokrzywdzona – mężczyzna dawca plemnika (lub mężczyźni, jeśli będzie ich dwóch) będzie mógł ustalić swoje prawne ojcostwo, natomiast kobiety – o ile żadna z nich nie urodzi – zostaną tej możliwości pozbawione.

Powyższe rozważania prowadzą tak naprawdę do jednego wspólnego wniosku – jeśli ustawodawca chciał obecną nowelizacją rozwiązać problemy filiacyjne wynikające ze stosowania technik medycznie wspomaganej prokreacji, to mu się to nie udało. Co więcej, doprowadził do nierównego traktowania kobiet i mężczyzn, preferując w sposób nieuzasadniony genetycznych ojców, bez nadania tych samych uprawnień genetycznym matkom. Takiego dyskryminującego traktowania kobiet nie można uznać za usprawiedliwione chęcią zapobieżenia zawieraniu umów z matkami zastępczymi, gdyż, jak zostało to wykazane, mogą one być realizowane za zgodą wszystkich stron także w obecnym stanie prawnym (choć również z pokrzywdzeniem matki genetycznej w porównaniu z genetycznym ojcem). Co więcej, regulacje te nie we wszystkich przypadkach służą dobru dziecka, które powinno być tutaj najważniejszym wyznacznikiem.

Współczesna medycyna tak skomplikowała więzy rodzinne (a przyszła medycyna skomplikuje je najprawdopodobniej jeszcze bardziej), że ustawodawca nie powinien uciekać się do prostych rozwiązań opartych na zasadach prokreacji

⁹⁴ Silver, L., dz. cyt., s. 181.

⁹⁵ Wpierw jednak przeprowadza się ich diagnostykę preimplantacyjną, aby połączyć zarodki tej samej płci, gdyż tylko w takim wypadku uniknie się zaburzeń rozwojowych, prowadzących nieuchronnie do hermafrodytyzmu.

⁹⁶ Tamże, s. 184 i n.

naturalnej. Może w ogóle warto odejść od jednoznacznego sposobu oznaczania rodzicielstwa na podstawie biologii czy genetyki, a preferować więź psychiczną i rodzicielstwo społeczne – według zasady: kto pragnie dziecka, ten jest jego rodzicem? Może warto też odłożyć do lamusa podział na macierzyństwo i ojcostwo, a mówić jedynie o byciu rodzicem? A może wystarczy pozostawić te kwestie każdorazowo do rozstrzygania sądom opiekuńczym, aby wykształciły służącą dziecku linię orzeczniczą na wzór sądów amerykańskich, brytyjskich czy australijskich? Niezależnie od wybranej opcji nie ulega wątpliwości, że ustawodawca nie może poprzestać na obecnej nowelizacji, ale powinien jak najszybciej – dla bezpieczeństwa wszystkich dzieci zrodzonych dzięki technikom wspomaganej prokreacji i osób z tych technik korzystających – przyjąć regulację określającą beneficjentów tych zabiegów oraz dopuszczalne pochodzenie materiału genetycznego. Nic bowiem tak nie służy nadużyciom, jak pustka prawna, z którą w tej dziedzinie mamy do czynienia już od dwudziestu lat.

**Legal Parenthood and Assisted Reproduction Techniques (ART):
The Role of Genetic Factors, Physiology and the Will to Have Children**

Keywords: *legal parenthood, assisted reproduction techniques, judicial assignment of motherhood and fatherhood, surrogacy, post mortal conception, birth from a dead, reproductive cloning, ectogenesis, parenthood after legal gender assignment*

Assisted Reproduction Techniques results in some cases the separation of genetic motherhood (a woman who donates an ovum) from biological motherhood (a woman who gives birth to a child) and social motherhood (a woman who raises a child). The newest change of the Polish Code of Family and Guardianship resolves the motherhood dilemma by establishing that the legal mother is the woman who gave birth to the child. This provision caused an unjustified differentiation between assignment of legal fatherhood (genetically conditioned) and legal motherhood (connected exclusively with pregnancy) in the cases of children born with the use of ART from donated sperm, ovum, embryo or genetic code. The new law was aimed to eliminate the practice of surrogacy, but it did not succeed. Surrogacy contracts can still be realized though the provision assigning legal motherhood to the surrogate, as the legal motherhood is not necessary connected with parental authority and the right to raise a child. Other unresolved issues are the questions of motherhood in the case of a child born from a dead woman or from a person who is legally of masculine gender. The paper presents legal rules of parenthood assignment in the situations mentioned as well as in some possible future situations, of which the most probable are cases of ectogenesis (when pregnancy takes place outside a woman's body in an artificial uterus) and reproductive cloning.