

## Zapłodnienie post mortem nasieniem zmarłego męża jako przykład medycznie wspomaganey prokreacji

Medycznie wspomaganą prokreacją jest zagadnieniem kontrowersyjnym, znajdującym się na pograniczu nowoczesnej medycyny, techniki, bioetyki i prawa. Jej szybki rozwój spowodowany został nie tylko postępem nauki, ale także coraz większym znaczeniem, jakie zaczyna ona odgrywać w życiu społecznym. Lekarze są zdania, że w najbliższym czasie liczba małżeństw mających trudności z rozrodem będzie wzrastać. Obecnie, według danych szacunkowych, niepłodność dotyczy od 10 do 18% par w wieku reprodukcyjnym. Problem ten został zauważony także przez Światową Organizację Zdrowia, która określiła niepłodność jako chorobę społeczną.

Pojęcie niepłodności nie jest jednolite. Dotyczy szerokiego zakresu zaburzeń i dlatego sama procedura ich zdiagnozowania niejednokrotnie może trwać bardzo długo<sup>1</sup>. Przyczyny tego zjawiska leżą w równym stopniu po stronie kobiety, jak i mężczyzny, jednakże u 15% diagnozowanych małżeństw nie udaje się ich jednoznacznie ustalić<sup>2</sup>. Należy zaznaczyć, że pojęcia niepłodności i bezpłodności nie są tożsame. O ile problematyka niepłodności obejmuje przypadki, w których niemożność zajścia kobiety w ciążę jest czasowa, to bezpłodność jest trwałą niemożliwością posiadania potomstwa np. z powodu braku jajników (u płci żeńskiej) lub jąder (u płci męskiej)<sup>3</sup>.

Medycznie wspomaganą prokreacją (oznaczana także angielskim skrótem MAP od Medically Assisted Procreation) jest zbiorczą nazwą procesów terapeutycznych i nie-terapeutycznych. Procesy te polegają na „przywróceniu” stanu płodności przez leczenie chirurgiczne i hormonalne lub na procedurach niepowodujących płodności osoby,

---

1 L. Pawelczyk, A. Sokalska, *Medyczne aspekty niepłodności oraz technik wspomaganego rozrodu*, [w:] *Dawne życia. Problemy wspomaganego rozrodu człowieka*, red. J. Gadzinowski, Poznań 2003, s. 11-23, *cit. per.* A. Trzeciakowska, *Psychologiczne konsekwencje zastosowania technik wspomaganey medycznie prokreacji na powstałą rodzinę*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 64–69.

2 A. Trzeciakowska, *op. cit.*, s. 64.

3 M. Gajda, *Gdy natura odmawia rodzicielstwa*.

a jedynie usuwających stan bezdzietności<sup>4</sup>. W sytuacjach, gdy zabiegi medyczne nie służą przywracaniu płodności, MAP polega na sztucznym zapłodnieniu żeńskich komórek jajowych męskimi plemnikami oraz na podejmowaniu dalszych działań, które umożliwiają rozwój wytworzonej w ten sposób zygoty<sup>5</sup>. Usuwanie stanu bezdzietności, medycznie wspomagana prokreacja może nie tylko umożliwić posiadanie potomstwa niepełnym rodzicom (kiedy kobieta nie jest w stanie począć i urodzić dziecka lub gdy mężczyzna nie jest w stanie zapłodnić kobiety), ale także zapobiega przenoszeniu chorób genetycznych w drodze prokreacji, jeżeli taka okoliczność jest powodem braku dzieci. Jednocześnie MAP może być także czysto technicznym środkiem, który umożliwi posiadanie potomstwa parom homoseksualnym<sup>6</sup>. W takich sytuacjach medycznie wspomagana prokreacja jest więc terapią paliatywną, ponieważ usuwa skutek jakim jest brak możliwości posiadania potomstwa. Należy podkreślić, że istnieje szereg argumentów uzasadniających pozytywną ocenę moralną wspomaganą prokreacji, a także jej moralną i prawną dopuszczalność. Jednocześnie powszechne są tezy, które przemawiają przeciw dopuszczalności wspomaganą prokreacji czy to w ogóle czy tylko w odniesieniu do jej konkretnych rodzajów<sup>7</sup>. Omawiane zagadnienie w odniesieniu do zapłodnienia pozaustrojowego, zwłaszcza na gruncie prawa europejskiego, szczegółowo omawia Oktawian Nawrot<sup>8</sup>.

Podstawowe formy medycznie wspomaganą prokreacji według Wiesława Langa dzieli się według kryterium medycznego i kryterium społecznego. Z punktu widzenia kryterium medycznego wyróżnia się trzy jej rodzaje: sztuczne zapłodnienie wewnątrzustrojowe, sztuczne zapłodnienie zewnątrzustrojowe (tzw. zapłodnienie *in vitro*) i transfer embrionu z macicy ciężarnej kobiety (dawcy embrionu) do macicy innej kobiety. Gdy podstawą podziału jest kryterium społeczne, wyróżnia się: sztuczne zapłodnienie heterologiczne, homologiczne, zastępcze macierzyństwo i sztuczne zapłodnienie postmortalne<sup>9</sup>. W zależności od konkretnego rodzaju medycznie wspomaganą prokreacji oraz podmiotów uczestniczących w tej procedurze, zachodzić mogą różne, nieraz skomplikowane relacje pomiędzy nimi. Szczegółowo zżanie to analizują Marek Safjan<sup>10</sup> oraz Tadeusz Smyczyński<sup>11</sup>.

4 A. Górski, *Medycznie wspomaganą prokreacja*, [w:] *Leksykon Prawa medycznego*, red. A. Górski, Warszawa 2012, s. 99–102, s. 99.

5 W. Lang, *Wstępna charakterystyka prawnych aspektów medycznie wspomaganą prokreacji*, [w:] *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2002, s. 271–280.

6 *Ibidem*.

7 *V. Ibidem*, s. 272–278.

8 O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 151–217.

9 W. Lang, *Wstępna charakterystyka...*, s. 271–272.

10 M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990.

11 T. Smyczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganą prokreacji ludzkiej*, [w:] *op. cit.* red. J. Haberk, M. Łączkowska, s. 92–109.

W niniejszej pracy rozpatrywane są przede wszystkim problemy dotyczące zapłodnienia kobiety nasieniem jej zmarłego męża. Omówienie tego rodzaju zapłodnienia wydaje się celowe tym bardziej, że stanowi ono zagadnienie zarówno wieloaspektowe, jak i złożone, a ponadto rzadko poruszane w literaturze polskiej. Zapłodnienie post mortem jest szerokim pojęciem, w obrębie którego najczęściej wyróżnić można kilka rodzajów sztucznego zapłodnienia kobiety nasieniem jej zmarłego męża, konkubenta lub partnera<sup>12</sup>. Do najpowszechniejszych jego odmian należą inseminacja oraz zapłodnienie in vitro. Zaznaczyć należy, że pojęcie to obejmuje także sytuacje, w których mężczyzna nie oddał spermy samodzielnie do określonych instytucji zajmujących się jej przechowywaniem, a wyniku różnych zdarzeń czy wypadków doszło u niego do śmierci mózgu, zaawansowanej śpiączki z minimalnymi szansami na przebudzenie czy innych podobnych stanów, w których życie jego organizmu jest sztucznie przedłużane. W takich sytuacjach rodzina (żona) może prosić o wydobycie spermy w celu jej przechowania i następnie poddania się sztuczemu unasiennieniu<sup>13</sup>.

Mogą również zaistnieć sytuacje, w których to kobieta poniesie śmierć, a jej mąż będzie pragnął potomstwa. W tym przypadku embrion powstały z komórek rozrodczych ojca i zmarłej matki będący w fazie przedimplantacyjnej zostanie umieszczony w ciele matki zastępczej. Konieczne jest tu jednak posiadanie gamet zmarłej matki dziecka.

Wydaje się, że pojęcie zapłodnienia post mortem pod względem pochodzenia nasienia, można uznać za podobne do pojęcia zapłodnienia homologicznego. Jest tak w sytuacji, gdy np. zmarły był albo mężem, albo łączył go bliski kontakt i więź emocjonalna z kobietą, która poddaje się zabiegowi sztucznego, postmortalnego zapłodnienia.

W 1983 roku miał miejsce bardzo znany w krajach anglosaskich przypadek związany ze śmiercią Mario i Elsy Rios, którzy zmarli w wypadku samolotowym pozostawiając dwa preembriony w Klinice w Melbourne zajmującej się zapłodnieniami in vitro. Spowodowało to szeroką debatę na temat, czy takie preembriony powinny być zniszczone czy zaimplantowane innej bezpłodnej parze. Powstało także wiele kwestii związanych z problemem spadku, który w omawianej sprawie był znaczący oraz jego dziedziczenia w przypadku narodzenia się dziecka z tych preembrionów<sup>14</sup>. Początkowo wydawało się, że preembriony zostaną zniszczone. Ostatecznie jednak Parlament australijskiego

12 Hecht v Superior Court 16 Cal. App. 4th 836 [20 Cal. Rptr. 2d 275] (June 1993), w tym stanie faktycznym mężczyzna pozostawił swoje zamrożone nasienie w banku spermy i wyraził zgodę na użycie go po swojej śmierci w celu inseminacji swojej partnerki. Gdy zaszła taka okoliczność, Sąd Apelacyjny zezwolił na taką procedurę.

13 C. Strong, J. R. Gingrich, W. H. Kutteh, *Ethics of postmortem sperm retrieval. Ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state*, „Human reproduction” nr 4, 2000, s. 737–745, s. 739.

14 T. H. Maugh II, *Legacy of Dead L.A. Couple: OK Granted to Implant 2 Disputed Frozen Embryos*, „Los Angeles times”, 4 grudnia 1987.

stanu Victoria uchwalił przepisy chroniące embriony i umożliwiające ich przekazywanie innym parom. Obecnie te konkretne preembriony są zamrożone<sup>15</sup>.

Dylematy prawne i etyczne związane z możliwością zapłodnienia postmortalnego występują w zagranicznej literaturze prawniczej już od ponad 40 lat. W 1962 r. profesor prawa na Uniwersytecie Harvarda, Walter Barton Leach, przewidział upowszechnienie banków spermy stworzonych w celu ochrony nasienia astronautów przed niekorzystnym na nie wpływem promieniowania w kosmosie i związane z tym zagrożenie dla uznanej przez prawo spadkowe krajów *common law* Zasady Przeciw Wieczności<sup>16</sup>. Z uwagi na to, że sperma może być przechowywana nieskończenie długo, wdowy astronautów mogły urodzić ich dzieci po upływie 21 lat. Z powodu tak długiego okresu, zapisy występujące w amerykańskim prawie spadkowym podlegały unieważnieniu. Piętnaście lat po przewidzeniu tego przez Leacha, australijska gazeta poinformowała o wdowie, która urodziła dziecko, używając uprzednio zamrożonej spermy zmarłego męża<sup>17</sup>.

Pierwszy przypadek ciąży powstałej w wyniku wydobycia spermy z mężczyzny po jego śmierci (funkcje życiowe organizmu podtrzymywała aparatura medyczna) miał natomiast miejsce w 1998 r.<sup>18</sup>, a w marcu 1999 r. odbył się poród<sup>19</sup>.

Jak już wspomniano, zapłodnienie post mortem często ma miejsce, gdy mężczyźni decydują się oddać spermę do odpowiedniej instytucji na przechowanie, a następnie umierają z powodu różnych okoliczności. Niejednokrotnie bodźcem do oddania spermy jest konieczność poddania się zabiegom zagrażającym zdrowiu nasienia, np. chemioterapii lub leczeniu promieniowaniem, a także w przypadku wyjazdu na misje wojskowe czy inne działania objęte szczególnym ryzykiem „uszkodzenia” nasienia.

W przypadku zapłodnienia postmortalnego dochodzi do pierwotnego już konfliktu wielu wartości. Dziecko bowiem od początku jest pozbawione jednego z rodziców. Uwidaczniają się problemy związane z jego pochodzeniem, kłopot stanowią zasady dziedziczenia, zwłaszcza, że w takiej sytuacji dziecko może urodzić się wiele lat od otwarcia spadku. Kolejne pytania rodzi kwestia zgody mężczyzny na pośmiertne odebranie z odpowiedniej instytucji i użycie jego gamet w celu zapłodnienia kobiety. W takiej sytu-

15 R. J. Devettere, *Practical decision making in health care ethics : cases and concepts*, Washington 2010, s. 247.

16 Ang. Rule against perpetuities – jest to zasada, która ma za zadanie powstrzymać spadkodawcę od umieszczenia w testamentie takich kryteriów i kwalifikacji (rozrządzeń), że testament ten kontroluje lub wywiera wpływ na masę spadkową długo po śmierci spadkodawcy tj. 21 lat plus okres ciąży w przypadkach narodzin pogrobowców. Często zwane jest to konceptem „martwej ręki”. W. B. Leach, *Perpetuities in the Atomic Age: The Sperm Bank and the Fertile Decedent*, „American Bar Association Journal” nr 10, 1962, s. 942–944, s. 942–943, *cit. per.* K. S. Knaplund, *Post-mortem Conception and a father's last will*, „Arizona Law Review”, nr 46, 2004, s. 91–114, s. 92.

17 C. Sappideen, *Life After Death-Sperm Banks, Wills and Perpetuities*, „Australian Law Journal”, nr 4, 1979, s. 311, *cit. per.* K. S. Knaplund, *op. cit.*, s. 92.

18 J. Allen, *Woman Pregnant by sperm from Corpse*, 15 lipca 1998.

19 L. Lota, *Baby Born from Dead Father's Sperm*, „Associated Press” 26 marca 1999.

acji zachodzi wątpliwość, gdzie taka zgoda musiałaby się znaleźć, aby można rozważać jej ewentualną ważność. Wszystko to bardzo komplikuje sytuację nie tylko na gruncie etycznym, ale i prawnym. Uregulowanie omawianego zagadnienia wymusiłoby stworzenie nowych, specjalnych konstrukcji, a nawet fikcji nie zawsze zgodnych z już obowiązującymi normami prawnymi.

Zdecydowanie najostrzejsza krytyka postmortalnej sztucznej inseminacji i postmortalnego zapłodnienia pozaustrojowego wypływa z etyki. Jednakże głównych wątpliwości w tym przypadku nie budzą techniki zapłodnienia, będące przedmiotem osobnej debaty, ale moralna dopuszczalność sytuacji, w której urodzone w ten sposób dziecko jest pozbawione normalnej, modelowej rodziny. Na pewno nie jest to w pełni zgodne z fundamentalną zasadą dobra dziecka. Należy w tym miejscu podkreślić, że przyjście na świat dziecka mającego tylko jednego rodzica, nie jest czymś niezwykłym. Zostawiając na uboczu szereg sytuacji losowych, często zdarza się, że rodzic chce sam wychowywać dziecko i osiąga ten cel w inny sposób. Takie zdarzenia coraz rzadziej są krytykowane z pobudek światopoglądowych i moralnych, nie są także zabronione z punktu widzenia prawa. Samo dobro dziecka jest często i niejednokrotnie w większym stopniu zagrożone przez inne okoliczności, które nie mają związku z medycznie wspomaganą prokreacją (rozpad małżeństwa, porzucanie dzieci przez rodziców, narkomania lub alkoholizm rodziców, brak środków wystarczających na utrzymywanie dzieci)<sup>20</sup>.

Wydaje się, że przełomową kwestią dotyczącą dopuszczalności zapłodnienia post mortem jest odpowiedź na pytanie, czy prawo może uregulować powstanie zdarzenia, które od razu, ale tylko teoretycznie, jak to zostało wyżej udowodnione, stawia jego podmioty w gorszej sytuacji, niż ma to miejsce według powszechnie uznanych wzorców. Ponieważ regulacje prawne tworzą określone standardy, nie ingerując w ich dalszy, często losowy przebieg, wymagałoby to niejako obniżenia tych standardów od początku. Istotny w tej dyskusji jest wniosek, że w rozważanych przypadkach skutki faktyczne, niezależnie od norm prawnych, mogą być jednakowe.

Problematyka dopuszczalności zapłodnienia postmortalnego jest bardzo zróżnicowana na świecie. Generalnie dozwoleństwo bądź zabronienie takich działań pozostaje w kompetencji samostanowienia przez państwa. Brak jest wiążących aktów prawnych na szczeblach europejskim oraz międzynarodowym, które określałyby jakie państwa-strony muszą przyjąć rozwiązanie w tej kwestii. Jediną wzmianką dotyczącą zapłodnienia post mortem jest zasada 7 pkt 4 raportu z 1989 r. zatytułowanego „Zasady zastosowania technik wspomaganą prokreacją”<sup>21</sup>. Zgodnie z nią „Sztuczne zapłodnienie nasieniem zmarłego męża bądź partnera nie jest dozwolone”. Jest to jedyny dokument kompleksowo uwzględniający zagadnienia związane ze wspomaganą prokreacją, który został opraco-

20 W. Lang, *Wstępna charakterystyka...*, s. 277.

21 Raport został przygotowany przez Komitet Ekspertów do spraw postępu w naukach biomedycznych działających przy Radzie Europy w 1989 roku.

wany w ramach Rady Europy. Nie jest on wiążący, a tylko wyznacza wspólne w tamtych czasach zasady<sup>22</sup>.

Nie można także skonstruować bezwzględnego prawa do „posiadania” potomstwa, z którego można by potem wywodzić dalsze rozważania na temat dopuszczalności zapłodnienia post mortem zarówno na podstawie przepisów prawa międzynarodowego jak i krajowego<sup>23</sup>. W kontekście całego problemu medycznie wspomaganą prokreacji, za dobro szczególnie chronione i uniwersalne dla wspomnianych porządków prawnych należy uznać zasadę dobra dziecka<sup>24</sup>. Potwierdzają to wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, zgodnie z którym „prawa dziecka przeważają nad prawem do dziecka”<sup>25</sup> oraz art. 3 pkt 1 Konwencji o prawach dziecka, który stanowi, że we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, kwestią nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka<sup>26</sup>.

W Polsce dopuszczalność zapłodnienia post mortem nie została uregulowana przez prawo. Przepisy w tej kwestii, jaki i innych związanych z medycznie wspomaganą prokreacją milczą, zatem jest to działalność niezakazana i nienakazana. Należy przyjąć za Langiem, że:

Sfera zachowań prawnie nie unormowanych, nie nakazanych, nie zakazanych i nie dozwolonych na podstawie specjalnych przepisów prawnych nie stanowi wbrew pozorom całkowitej pustki prawnej. Działania ludzkie w tym obszarze są prawnie dozwolone, zgodnie z zasadą, że wszystko co nie jest zakazane jest dozwolone. Jest to tzw. dozwolenie słabe, które nie kreuje prawa podmiotowego<sup>27</sup>.

Niewątpliwie dopuszczalność zapłodnienia post mortem poważnie narusza utarte już zasady dobra rodziny i dobra dziecka.

Problemy, jakie stwarza uregulowanie zapłodnienia post mortem, mogą dotyczyć różnych podmiotów i zagadnień. Szczegółowo analizuje to Joanna Ostojka<sup>28</sup>. Z punktu widzenia tak narodzonego dziecka pojawiają się pytania o ustalenie jego pochodzenia, nazwiska oraz cały szereg kwestii związanych z dziedziczeniem. Z kolei zmarłego ojca dotyczy problema-

22 A. N. Schulz, *Uregulowania prawne wspomaganie medycznie prokreacji w wybranych krajach europejskich*, [w:] *op. cit.*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, s. 110–130.

23 K. M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do posiadania dziecka?*, [w:] *op. cit.*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, s. 70–79.

24 *Ibidem*, s. 73.

25 Sprawa Fretté przeciwko Francji, skarga nr 36515/97, wyrok z dnia 26 lutego 2002 roku.

26 Dz. U. 1991, nr 120, poz 526.

27 W. Lang, *Zarys analitycznej teorii uprawnienia*, „Studia Prawnicze” nr 3–4, 1985, s. 157–185.

28 J. Ostojka, *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, „Prawo i medycyna” nr 2, 2012, s. 32–46.

tyka udzielenia przez niego zgody i jej potencjalnej ważności w kwestii użycia jego gamet. Dalej pojawiają się pytania o własność zdeponowanego nasienia i ewentualne związane z tym dyspozycje. Wszystko to wymaga od prawa wielu nowych rozwiązań oraz ingerencji w stare, sprawdzone już regulacje. W zależności od stanu faktycznego ustalenie ojcostwa dziecka urodzonego w wyniku zapłodnienia postmortalnego może powodować wiele komplikacji w polskim porządku prawnym. Przede wszystkim bardzo trudno wyobrazić sobie sytuację, w której działa domniemanie z art. 62 § 1 k.r.o. Zgodnie z nim dziecko musiałoby urodzić się w przeciągu trzystu dni od ustania małżeństwa, czyli od chwili śmierci lub uznania jego ojca za zmarłego. Takie zdarzenie wydaje się, zwłaszcza w dzisiejszych czasach, teoretycznie możliwe, jednak mało prawdopodobne. Dużo więcej wątpliwości nastroczać mogą okoliczności, w których życie ojca jest sztucznie podtrzymywane przez aparaturę medyczną. Diagnozy lekarskie nie rokują żadnych szans na poprawę jego stanu, a żona (rodzina) zgłasza prośbę o wydobycie jego nasienia i zamrożenia w celu ewentualnego późniejszego użycia. Tutaj pojawia się jeszcze szereg zagadnień dotyczących wymogów i ważności wyraźnie wyrażonej lub wyinterpretowanej zgody ojca. Zgodnie z art. 72 § 1 k.r.o. „Jeżeli nie zachodzi domniemanie, że ojcem dziecka jest mąż jego matki, albo gdy domniemanie takie zostało obalone, ustalenie ojcostwa może nastąpić przez uznanie ojcostwa albo na mocy orzeczenia sądu”. Przepis ten będzie dotyczył także sytuacji, gdy biologicznym ojcem dziecka będzie zmarły konkubent lub partner matki. Misroslaw Nesterowicz twierdzi, że „w takim przypadku matka może wystąpić z powództwem o ustalenie ojcostwa zmarłego męża (konkubenta, partnera), a sąd powinien takie ojcostwo ustalić”. Argumentuje to podkreślając, że dawca jest biologicznym ojcem dziecka, a brakuje przepisu prawnego, który by takie ojcostwo prawne wyłączał. W analizowanej sytuacji, zgodnie z art. 84 § 2 k.r.o., powództwo byłoby wytyczone przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy<sup>29</sup>. Jest to niezależne od tego czy dziecko urodzi się w czasie trzystudniowego okresu od ustania małżeństwa, w którym działa domniemanie pochodzenia od męża matki. W przypadku przekroczenia tego terminu, to „aktualny byłby postulat przyznania mu (dziecku) prawa do ustalenia swego genetycznego pochodzenia, bez dalszych konsekwencji prawnych tego faktu”<sup>30</sup>. Rozwiązuje to jednocześnie ewentualne problemy z nazwiskiem dziecka, ponieważ sąd, zgodnie z określonymi przepisami (art. 89 § 1 k.r.o.), nada je dziecku w wyroku ustalającym ojcostwo (art. 89 § 2). W sytuacji, gdy nazwiska dziecka nie ustalono, nosi ono nazwisko matki (art. 89 § 3). Jeżeli matka małoletniego dziecka zawarłaby małżeństwo z mężczyzną, który nie jest ojcem dziecka, to istnieje możliwość nadania mu nazwiska jakie nosi albo nosiłoby ich wspólne dziecko (art. 90).

29 M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji post mortem*, „Prawo i Medycyna” nr 4, 2002, s. 31–34. Autor zaznacza jednak sporność tego problemu w polskiej doktrynie prawa.

30 A. Dyoniak, *Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996, s. 46.

Szereg wątpliwości dotyczy zagadnień związanych z dziedziczeniem. Obecnie brak jest w prawie polskim przepisów nie tylko regulujących problematykę dziedziczenia dziecka urodzonego w wyniku zapłodnienia post mortem, ale także przepisów, z których można by wyinterpretować jakąkolwiek konstrukcję pasującą do zaistniałej sytuacji. Należy zaznaczyć, że omawiany problem bardzo mocno narusza funkcjonowanie polskiego prawa spadkowego, ponieważ może stworzyć niepewność co do podmiotów objętych dziedziczeniem, a także wpłynąć bardzo niekorzystnie na procedurę z tym związaną, rozciągając ją na lata. Zgodnie z art. 927 § 1 k.c. osoba musi żyć w chwili otwarcia spadku. Dziecko zaś w chwili otwarcia spadku musi być już poczęte, a gdy urodzi się żywe, może zostać spadkobiercą (art. 927 § 2). Wobec powyższych, jeżeli nie ma zastosowania art. 62 k.r.o., czyli jeżeli dziecko urodziło się po okresie trzystu dni od ustania małżeństwa, to nie domniemywa się, że pochodzi ono od zmarłego męża matki. W takiej sytuacji należy zgodzić się z twierdzeniem Nesterowicza, że dziecko poczęte w wyniku zapłodnienia post mortem jest pozbawione prawa do dziedziczenia po zmarłym ojcu<sup>31</sup>. Jednakże jeżeli w stosunku do dziecka poczętego w wyniku zapłodnienia postmortalnego działa domniemanie ojcostwa (art. 62 k.r.o.) to wydaje się, że należałoby dopuścić możliwość dziedziczenia przez takie dziecko, pomimo sprzeczności z literalną wykładnią art. 927 k.c.<sup>32</sup>.

Podsumowując ten wywód, należy stwierdzić, że w sytuacji, gdy dziecko urodziło się w okresie objętym domniemaniem pochodzenia z małżeństwa (62 § 1 k.r.o.) to ewentualny zabieg postmortalnego zapłodnienia<sup>33</sup>, w wyniku którego zostało ono poczęte, nie ma wpływu na fakt, że jest to dziecko zmarłego męża matki. W takiej sytuacji zastosowanie mają wszelkie konsekwencje prawne tego faktu, także na gruncie prawa spadkowego<sup>34</sup>. Natomiast gdy dziecko urodziło się po okresie objętym omawianym domniemaniem, to nie może być ono uważane w świetle prawa za dziecko zmarłego męża matki i nie będą miały zastosowania wobec niego wspomniane wyżej konsekwencje prawne<sup>35</sup>. Będzie ono dzieckiem pozamałżeńskim. Wspomnieć należy jednak o przytoczonym wcześniej postulatcie Andrzeja Dyoniaka, aby takiemu dziecku przyznać prawo do ustalenia swego genetycznego pochodzenia, jednakże już bez odpowiednich następstw prawnych tego faktu.

---

31 M. Nesterowicz, *Problemy...*, s. 34.

32 J. Ostojka, *op. cit.*, s. 40; tak również A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 41; M. Safjan, *op. cit.*, s. 307.

33 V. A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 39–46. Autor szczegółowo analizuje różnice i podobieństwa statusu prawnego dziecka poczętego w wyniku postmortalnej inseminacji oraz postmortalnej implantacji embrionu. Są to rodzaje ogólnego pojęcia, jakim jest zapłodnienie postmortalne.

34 Mogą pojawić się także przypadki, w których matka podda się zabiegowi sztucznego zapłodnienia nasieniem innego dawcy, a nie jej zmarłego męża. W takiej sytuacji, jeżeli działać będzie domniemanie, że pochodzi ono z małżeństwa, to konsekwencje prawne mogą być identyczne. Jest to jednak oddzielny problem, niezwiązany z pojęciem zapłodnienia post mortem.

35 A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 45–46.



Kolejną kwestią, której nie można pominąć w trakcie omawiania problematyki zapłodnienia post mortem, jest zgoda zmarłego ojca na użycie jego nasienia. Niewątpliwie takie rozwiązanie pozwala stwierdzić, że chciał on mieć potomstwo i godził się na podjęcie szeregu czynności zmierzających do urodzenia jego dziecka. Wydaje się, że jest to konieczne w celu możliwie największego uetycznienia całej omawianej procedury. Bez wątplenia największe znaczenie należy przyznać zgodzie jasnej i wyraźnej, która jest zawarta na piśmie albo złożona ustnie w obecności określonej osoby i następnie udokumentowana. Pozwala to uniknąć szeregu wątpliwości i przeprowadzania ewentualnego dalszego postępowania w celu uzyskania odpowiedzi na pytanie czy zmarły wyraziłby zgodę. W piśmiennictwie pojawiają się także próby odpowiedzi na pytanie, czy zgoda taka mogła być dorozumiana, złożona w obecności rodziny albo czy można by ją wyinterpretować z zachowania zmarłego. Jednocześnie podkreśla się, że jeżeli zmarły nigdy nie rozmawiał na ten temat z przyjaciółmi lub rodziną, to nie można spekulować w kwestii użycia jego nasienia<sup>36</sup>.

W prawie polskim nie ma przepisów, na podstawie których można by rozważać zgodę zmarłego na użycie jego nasienia w celu postmortalnego zapłodnienia wskazanej przez niego osoby. Chociaż taka zgoda zawarta np. w testamencie nie wydaje się być bardzo kontrowersyjna, to jednak Nesterowicz twierdzi, że „w razie śmierci dawcy nasienia zgoda na jego użycie traci moc”<sup>37</sup>.

Jeszcze jeden problem stwarza charakter prawny zdeponowanego nasienia. Czy można traktować je jako rzecz, czy nie? Czy może wejść do masy spadkowej i w jakim charakterze?

Z powodu braku rozstrzygnięcia tych kwestii na gruncie polskim, celowe wydaje się przedstawienie dwóch wyroków, w których zagraniczne sądy udzielały odpowiedzi na postawione powyżej pytania.

W wyroku z 1 sierpnia 1984 r. francuski Tribunal de Grande Instance de Creteil uwzględnił powództwo wniesione przez Mme Parpalaix traktując próbkę ze spermą jako depozyt podlegający zwrotowi do jej rąk jako spadkobierczyni. Sąd stwierdził, że takie czynności jak przechowywanie i wydanie nasienia po śmierci dawcy oraz sztuczne zapłodnienie wdowy nie są regulowane przez przepisy prawne bądź regulaminy i nie są niedozwolone. Wskazane rozwiązanie nie narusza, zdaniem sądu, praw naturalnych, ponieważ prokreacja jest jednym z celów małżeństwa<sup>38</sup>. Jednakże po tym orzeczeniu francuski bank spermy CECOS, w którym było zdeponowane sporne nasienie, wprowadził

36 C. Strong, J. R. Gingrich, W. H. Kutteh, *op. cit.*, 743.

37 M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 34; tak też J. Ostojka *op. cit.*, s. 35–36 zaznaczając, że nie ma „jasnej koncepcji jurystycznej co do stosunku prawnego łączącego dawcę z oddanym przez niego materiałem genetycznym”. Wskazuje ona, że jest to prawo inne niż prawo własności, które należy do szerszej kategorii dóbr osobistych. Autorka powołuje się na Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology z 1984.

38 *Ibidem*, s. 31–32.

do umów depozytu klauzulę stanowiącą, że przechowywane nasienie może być odebrane tylko przez składającego, który jest obecny i wyraża swoją wolę<sup>39</sup>.

Sąd Apelacyjny Kalifornii w sprawie *Deborah E. Hecht Superior Court of State of California* (1993) stwierdził, iż „sperma ze względu na swoją naturę jest szczególnym rodzajem własności i wchodzi do spadku”<sup>40</sup>. Dalsza część wyroku dotyczyła dopuszczalności postmortalnej inseminacji i brzmiała:

1) dawca nasienia zdeponowanego w banku spermy ma prawo decydować o użyciu nasienia do reprodukcji, stanowi bowiem ono jego własność; 2) porządek publiczny nie zabrania sztucznej inseminacji niezamężnej kobiety, z którą dawca pozostawał w wolnym związku; 3) sztuczna inseminacja post mortem nie narusza porządku publicznego<sup>41</sup>.

Jak przedstawiono powyżej, uregulowanie dopuszczalności zapłodnienia postmortalnego wymaga rozwiązania bardzo wielu dylematów etycznych oraz prawnych. Polski ustawodawca nie wypowiada się w tej kwestii. Praktyka, poza jednym wyrokiem, który nie dotyczy wprost omawianego problemu<sup>42</sup>, nie dostarczyła jasnej odpowiedzi na dopuszczalność i ewentualne dalsze problemy powstałe w wyniku postmortalnego zapłodnienia, narodzin i sytuacji prawnej takiego dziecka.

Głosy w debacie na temat dopuszczenia zapłodnienia post mortem są podzielone. Na jej niekorzyść mogą świadczyć argumenty, według których postmortalne zapłodnienie stanie się instrumentem wykorzystywanym dla osiągnięcia celów innych niż dobro tak narodzonego dziecka, pomijania przez prawo naturalnego porządku rzeczy w odniesieniu do życia ludzkiego<sup>43</sup>, moralna niedopuszczalność i „zaspokojenie egoistycznego interesu kobiety

39 *Ibidem*, s. 32.

40 *Ibidem*, s. 34.

41 *Ibidem*.

42 Wyrok SA w Lublinie, sygn. akt I ACa 308/09; teza: „Wdowa, która po śmierci męża na skutek wypadku samochodowego zaprzestała pracy ze względu na urodzenie dzieci, nie może żądać odszkodowania za znaczne pogorszenie sytuacji życiowej (art. 446 par. 3 k.c.) gdyż dzieci nie zostały przez śmierć jej męża pozbawione opieki finansowej czy osobistej, skoro zostały poczęte poprzez zapłodnienie in vitro dopiero po śmierci męża.” M. Nesterowicz zaznacza, że w zależności od poglądu na rozumienie embrionu można by traktować go jako nasciturusa, ponieważ fakt implantacji jest tylko konsekwencją poczęcia in vitro. Przy takim zdefiniowaniu embrionu i stanie faktycznym zaistniałym w tej sprawie, nie można by zarzucić powódce, że dokonała transferu embrionu in utero pomimo znacznego pogorszenia jej sytuacji życiowej. Mogłaby argumentować to brakiem swojej zgody na „opuszczenie” embrionów. M. Nesterowicz zauważa jednak, że „przy braku szczegółowych unormowań prawnych żaden sąd takiego zapatrywania nie przyjmie”. M. Nesterowicz, *Głosa do wyroku z dnia 19 lipca 2009 r. ACa 308/09*, [w:] *Prawo medyczne. Komentarze i głosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012, s. 401.

43 T. Smyczyński, *Aksjologiczne i prawne...*, s. 92–109.

nie liczącej się z dobrem dziecka<sup>44</sup> oraz wspomniane już dylematy wynikające z istniejącego prawa cywilnego, rodzinnego i spadkowego. Nesterowicz twierdzi, że inseminacja post mortem jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.) oraz że „nie służy z pewnością realizacji funkcji prokreacyjnej małżeństwa ani zasady dobra dziecka tak poczętego”<sup>45</sup>. Jednakże pojawiają się także opinie usprawiedliwiające dopuszczalność zapłodnienia post mortem. Niewątpliwie narodziny dziecka są dobrem bardzo wysoko cenionym i mogą zdarzyć się przypadki, w których akceptowalność opisywanej metody rozrodu będzie uzasadniona. Należy mieć na uwadze całokształt szczególnej sytuacji życiowej kobiety, która chce poddać się takiemu zapłodnieniu oraz brak innych możliwości zrealizowania tego celu. W tym miejscu wydaje się zasadne podkreślenie, że również adopcja nie jest w stanie zastąpić medycznie wspomaganą prokreację<sup>46</sup>. Zwłaszcza w sytuacji, w której zasadniczą kwestią jest, aby genetycznym ojcem dziecka był mężczyzna związany w sposób emocjonalny z kobietą poddająca się zabiegowi postmortalnego zapłodnienia.

Wydaje się, że prawo jako system gwarantujący minimum standardów zachowania ludzkiego mogłoby dopuścić zapłodnienie post mortem. Rozstrzygnięcie, czy skorzystać z tego uprawnienia, powinno należeć do ludzi, aby, zgodnie z wyznawanym przez siebie systemem wartości i moralną oceną takiego postępowania, mogli podjąć odpowiednią dla siebie decyzję. Obecnie trudno jest określić jakiej liczby dzieci taka regulacja mogłaby dotyczyć, jednakże praktyka wskazuje, że przypadki takich narodzin mają miejsce.

#### SUMMARY

### **Postmortem conception of a dead husband's semen as a particular example of medically assisted procreation**

The paper covers issues concerned with the postmortem conception of a dead husband's semen as a particular example of medically assisted procreation. For this purpose it examines the possible varieties of postmortem conception with legal and factual circumstances of entities who are participating in such a procedure. Ethical aspects and questions which arise from allowing or prohibiting postmortem conception are also described. The paper presents important issues which postmortem conception causes in many areas of law, including an understanding of the principle of the best interests of the child. The paper then explains the legal situation of a child born as a result of postmortem conception under Polish law. It contains important foreign and Polish case law and cites the most important opinions of experts in the discussed topic.

**KEYWORDS:** medical law, post mortem conception, medically assisted procreation, ethics, the principle of the best interests of the child

44 M. Safjan, *op. cit.*, s. 214–215; A. Dyoniak, *op. cit.*, s. 43.

45 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 311.

46 V. W. Lang, *Wstępna charakterystyka...*, s. 277.

