

Prof. dr hab. Eleonora Zielińska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego
Instytut Prawa Karnego

RECENZJA

rozprawy doktorskiej Pani mgr **Eweliny Wojewody** „**Prawnokarne i kryminologiczne aspekty medycznie wspomaganey prokreacji**”, przygotowanej pod kierunkiem prof. zw. dr hab. Ewy Moniki Guzik-Makaruk (promotor pomocniczy dr.n.med., A. B. Kluz –Kowal)

I. Uwagi ogólne

Postęp wiedzy i techniki medycznej w ostatnich latach odbywa się niezwykle szybko, co zwłaszcza dotyczy tzw. medycyny wspomaganego rozrodu (ART). W Polsce, pomimo iż od wielu lat wykorzystywane są z powodzeniem wszystkie znane współcześnie techniki wspomaganey medycznie reprodukcji, problematyka leczenia niepłodności została uregulowana prawnie dopiero w 2015 r¹. Przyczyną tego stanu rzeczy były niekończące się spory co do tego , czy w ogóle takie „sztuczne” wspomaganie prokreacji powinno być dopuszczalne, a jeśli tak, to pod jakimi warunkami.

Problem właściwego określenia sposobu, zakresu i warunków dopuszczalności przeprowadzania poszczególnych zabiegów z dziedziny medycznie wspomaganego rozrodu jest niezwykle istotny m.in. z punktu widzenia potrzeby poszanowania praw reprodukcyjnych jednostek, ochrony prawnej początków życia ludzkiego, a w przyszłości także uznawania niektórych praw dziecka, które zostało poczęte przy zastosowaniu takich technik z materiału genetycznego obcych dawców. Te dobra i interesy często pozostają ze sobą w konflikcie, zaś rolą prawa jest jego rozwiązywanie. O tym, że nie zawsze jest to proste, świadczą nie tylko wspomniane już trudności z uchwaleniem polskich regulacji ART, ale także niekończące się debaty na forum międzynarodowym m.in. na temat statusu prawnego zarodka, który determinuje rozwiązanie wielu kwestii szczegółowych. W konsekwencji tego braku konsensu, w poszczególnych krajach europejskich występuje duża różnorodność oraz zmienność obowiązujących rozwiązań prawnych, w tym również w

¹ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 t.j. Dz.U. 2017 poz. 865 .Dalej: ustawa z 2015 r.

zakresie ochronny prawnokarnej. Obserwując stałą ewolucję uregulowań ART w innych państwach wysoce prawdopodobne jest, że również w Polsce nastąpi powrót do debaty o granicach ingerencji prawa w tę sferę medycyny. Z tego względu należy uznać, że waga społeczna podjętej w rozprawie problematyki jest nie do zakwestionowania i z aprobatą przyjąć dokonany przez Doktorantkę wybór tematu badawczego.

Zaletą recenzowanej rozprawy jest jej kompleksowy, wieloaspektowy i multidyscyplinarny charakter. Pozytywnie należy także ocenić przyjętą strukturę rozprawy, a przede wszystkim fakt, że zawarte w niej wywody poprzedziło jasne określenie zasadniczego problemu badawczego i wynikających z niego wstępnych hipotez, które dotyczą dwóch wyodrębnionych płaszczyzn: prawa karnego materialnego oraz kryminologii. Doktorantka deklaruje, że głównym celem badawczym postawionym przez nią w rozprawie jest odpowiedź na pytanie, jaki wpływ mają uregulowania prawno- karne ustawy o leczeniu niepłodności (oraz relewantne typy przestępstw z k.k) na praktykę medycznie wspomaganą prokreacji. Tak sformułowany problem główny pracy pociąga za sobą potrzebę rozważenia kilku kwestii szczegółowych np. jaki jest zakres regulacji dotyczących różnych aspektów medycznie wspomaganą prokreacji w dokumentach międzynarodowych, jaki jest cel reglamentacji obszaru medycznie wspomaganą reprodukcji w świetle ustawy o leczeniu niepłodności oraz czy krajowe rozwiązania są zgodne ze standardami międzynarodowymi i europejskimi, jaka jest racjonalizacja kryminalizacji określonych zachowań w dziedzinie wspomaganą prokreacji oraz czy przyjęte typizacje są prawidłowe. Część empiryczna rozprawy ma natomiast za zadanie ukazanie szacunkowych rozmiarów przestępczości popełnianej na gruncie ustawy o leczeniu niepłodności oraz wskazanie możliwych przyczyn ich tzw. ciemnej liczby.

Dla osiągnięcia postawionych sobie celów Doktorantka zastosowała w rozprawie wiele różnych metod i technik badawczych. Dla dokładnego wyjaśnienia zagadnień medycznych przeprowadziła jakościowy wywiad „ekspercki” z polskim pionierem zapłodnienia in vitro. W części prawnej, w oparciu o dostępną literaturę przedmiotu (polską i zagraniczną) dokonała egzegezy tekstów prawnych, wykorzystując przy tym wskazania i metody lingwistycznych i teleologicznych interpretacji materiału normatywnego. Zastosowała też w ograniczonym zakresie techniki stosowane w badaniach historycznych. Przeprowadzając analizę dokumentów międzynarodowych, oraz rozwiązań przyjętych w innych krajach zastosowała metodę prawno-porównawczej w bardziej ambitnym wariantcie: omówienia problemowego.

W części empirycznej w zakresie badania postaw Doktorantka przeanalizowała wyniki wszystkich sondaży opinii publicznej prowadzonych przez CEBOS w latach 1995-2015. W części zaś kryminologicznej sięgnęła do dostępnych danych statystycznych, a także -co zasługuje na podkreślenie- dla zbadania „ciemnej liczby” wybranych typów przestępstw uwzględniła, różne, stosowane w naukach socjologicznych metody badawcze, włączając w to metodę triangulacyjną oraz obserwację uczestniczącą. Zarówno dobór metod badawczych jak i ich zastosowanie były prawidłowe, co świadczy o tym, że Doktorantka jest kreatywnym i doświadczonym analitykiem, zdolnym w pełni do samodzielnego prowadzenia badań naukowych.

II. Uwagi szczegółowe

Recenzowana rozprawa składa się z 8 rozdziałów poprzedzonych uwagami wstępnymi oraz zakończenia.

W pierwszym rozdziale pracy, poświęconym aspektom medycznym zagadnienia, celem Autorki było wyjaśnienie istoty oraz przebiegu różnych procedur stosowanych przy zapłodnieniu pozaustrojowym, z uwzględnieniem najnowszych osiągnięć wiedzy i techniki biomedycznej. Doktorantka zwraca np. uwagę na nowe techniki przechowywania oocytów w postaci witrifikacji, które mogą w przyszłości przyczynić się do uniknięcia kontrowersji etycznych związanych z zamrażaniem zarodków, omawia również aktualne możliwości pre-implantacyjnej diagnostyki genetycznej (PGD) i nowatorskie sposoby wykorzystania jej wyników. Porusza też budzącą wiele kontrowersji metodą tzw. zapłodnienia z „trzech rodziców” dla uniknięcia urodzenia dziecka z wadą genetyczną, czy też ukazuje możliwości dokonywania przeszczepów macicy. Na podkreślenie zasługuje fakt, że omówienie zagadnień medycznych nastąpiło przy wykorzystaniu różnych źródeł informacyjnych i przedstawione zostało w sposób nie tylko kompetentny i wszechstronny, ale też zrozumiały, również dla niefachowca. Zawarte tam informacje uwzględniają też praktyczne aspekty zagadnienia. Przyczynił się do tego niewątpliwie fakt, że ustalenia te Doktorantka przedstawiła w konfrontacji z informacjami uzyskanymi w wywiadzie z profesorem medycyny wykonującym od lat takie zabiegi, czyli z osobą która zna to zagadnienie nie tylko z teorii, ale też i z praktyki. W konsekwencji, czytelnik rozprawy uzyskuje w pełni kompletny obraz aktualnych kwestii medycznych, bez wypaczeń czy nieścisłości, które są trudne do uniknięcia kiedy laik opiera swoje rozważania tylko na literatury fachowej. Przy lekturze tej części rozprawy raziło mnie zbyt częste powoływanie się przez Doktorantkę na wspomniany wyżej wywiad ekspercki, co może sprawiać wrażenie jakby swoje rozważania opierała tylko na jednym, ustnym przekazie. Nie odpowiada to jednak prawdzie, o czym mogą świadczyć

m.in. wspomniane już, powoływane w przypisach, inne źródła wiedzy medycznej skąd uzyskała wiele informacji. Ważne i porządkujące dalsze wywody są dokonane w tym rozdziale rozprawy ustalenia terminologiczne, którymi Doktorantka konsekwentnie posługuje się w jej kolejnych częściach .

Rozdział II poświęcony regionalnym (z ograniczeniem do Europy) systemom ochrony praw człowieka, składa się z dwóch podrozdziałów: przy czym jeden przedstawia dorobek prawny Rady Europy, ze szczególnym uwzględnieniem omówienia postanowień tzw. Konwencji Bioetycznej (oraz niektórych protokołów dodatkowych) . Drugi podrozdział dotyczy dorobku UE w tym obszarze, przy czym zawiera omówienia wybranych przepisów Karty Praw Podstawowych oraz dyrektyw mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego osób korzystających z technik wspomaganego rozrodu i ich przyszłych dzieci. W rozważaniach poświęconych Radzie Europy Doktorantka wymienia także miękkie instrumentów prawa międzynarodowego, których wcześniejsze przyjęcie doprowadziło do ostatecznego uzgodnienia treści w/w Konwencji. Zwraca też uwagę na kontrowersje występujące co do rozumienia zakazu klonowania przewidzianego w pierwszym protokole do Konwencji Bioetycznej . Szkoda , że omawiając protokoły dodatkowe Doktorantka nie zwróciła uwagi na przyczyny opóźnienia wejścia w życie protokołu dot. prowadzenia testów genetycznych na potrzeby zdrowotne, również relewantnego z punktu widzenia tytułowej problematyki rozprawy². Rozważania w tym rozdziale są poprawne, aczkolwiek uważam, że zostałyby istotnie wzbogacone gdyby Doktorantka uwzględniła orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dot. zapłodnienia in vitro, które trafnie ukazuje występujące przy regulacji prawnej i stosowaniu ART możliwe sposoby ważenia różnych, pozostających często w konflikcie, dóbr , interesów i racji.

W rozdziale III przedstawiono dwa wybrane modele regulacji prawnej sztucznej prokreacji . : liberalny przewidziany w prawie brytyjskim oraz restrykcyjny model niemiecki. Dla karnisty szczególnie interesujące jest omówienie występujących w prawie niemieckim licznych kryminalizacji związanych z naruszeniem reguł obchodzenia się z embrionami. Doktorantka czyni to kompetentnie pomimo kazuistyki tych uregulowań i skomplikowanych typizacji, zgłaszając przy dobrze uzasadnione uwagi krytyczne pod adresem niemieckiego legislatora. Na podkreślenie zasługuje ponadto fakt, że Autorka w szerokim zakresie wykorzystuje tu niemiecko-języczną literaturę przedmiotu. Przedstawienie natomiast problemowe uregulowań prawnych dot. zapłodnienia pozaustrojowego w pozostały krajach ma charakter bardziej

² Protokół ten zaczął obowiązywać dopiero po 10 latach od jego przyjęcia, uzyskując, jak dotychczas, tylko minimalną dla wejścia w życie, liczbę 5 ratyfikacji państw członkowskich.

informacyjny niż analityczny. Niemniej stanowi dobry materiał porównawczy dla rozwiązań przyjętych w Polsce.

Rozdział IV poświęcony jest omówieniu przepisów polskiej ustawy o leczeniu niepłodności. Rozważania w tej części Doktorantka rozpoczyna od przedstawienia aspektów konstytucyjnych zagadnienia, w szczególności w kontekście przepisów mających na celu ochronę godności istoty ludzkiej, rodziny, czy też prawa do prywatności. Szczególnie interesująca jest analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego odnośnie do art. 68 Konstytucji dot. prawa do ochrony zdrowia, a zwłaszcza wynikających z tego przepisu obowiązków władzy publicznej (m.in. w co do finansowania z funduszy publicznych zabiegów medycznie wspomaganego prokreacji) . Analizując tę problematykę w kontekście prawa do życia Doktorantka wykazuje duży obiektywizm oraz powściągliwość w prezentowaniu własnego stanowiska. Cenny materiał źródłowy, również dla przyszłych badaczy problemu, może stanowić omówienie kolejnych koncepcji sposobów ujęcia regulacji prawnej zapłodnienia in vitro oraz konkretnych projektów legislacyjnych, a ponadto rządowych oraz samorządowych inicjatyw na rzecz zapewnienia możliwie szerokiego dostępu do tej techniki wspomaganego rozrodu. Może warto byłoby w tym kontekście wspomnieć o powołanej przez rząd Tuska w 2008 r. interdyscyplinarnej Komisji ds. zbadania możliwości ratyfikacji przez RP Konwencji Bioetycznej (tzw. Komisji Gowina), której obrady w praktyce ograniczyły się do dyskusji nad zapłodnieniem in vitro. Znamienny przy tym jest fakt, że w Komisji nastąpiła polaryzacja stanowisk uniemożliwiająca wypracowanie, jednego wspólnego dokumentu końcowego. W związku z czym efektem prac Komisji były dwa równoległe dokumenty, przedstawiające skrajnie różne założenia przyszłej regulacji prawnej zapłodnienia in vitro, z których bardziej liberalny dał podwaliny dla obowiązującej ustawy z 2015 r. W końcowej części tego rozdziału rozprawy Doktorantka omawia krajowy program rządu PO-PSL dla ART na lata 2013-2016 zestawiając go z założeniami Kompleksowego Programu Ochrony Zdrowia Prokreacyjnego na lata 2016-2020, przygotowanego przez aktualny rząd.

W rozdziałach V i VI , kluczowych dla rozprawy, Doktorantka analizuje poszczególne typy przestępstw zawarte zarówno w kodeksie karnym a istotne z punktu widzenia ochrony zarodka (i związanej z tym dopuszczalności zapłodnienia in vitro), jak też przepisy karne ustawy o leczeniu niepłodności. Regulacje te ocenia z punktu widzenia roli prawa karnego jako ultima ratio, funkcji jakie prawo to ma., z założeniami, pełnić oraz zaleceń i przeciwwskazań kryminalizacyjnych formułowanych w nauce o kryminalizacji. Rozważania w tej części są prowadzone kompetentnie, przy szerokim wykorzystaniu literatury przedmiotu oraz

dostępnego orzecznictwa. Zasluguja na wysoką ocenę ze względu na dobry poziom analizy dogmatycznej, wykazywaną przez Doktorantkę szeroką wiedzę i zdolność do krytycznego myślenia oraz duże umiejętności przedstawienia trafnej argumentacji dla uzasadnienia własnego stanowiska. Na podkreślenie zasługuje też obiektywizm w przedstawianiu różnych, nieraz sprzecznych ze sobą, poglądów np. w kwestii statusu prawnego zarodka oraz rzeczowy sposób prowadzenia polemik z autorami, z którymi Doktorantka się nie zgadza. W tym kontekście jako lapsus należy potraktować określenie przez Doktorantkę retoryki przeciwników *in vitro* jako „nietaktownej”, gdyż chodzi tu przecież o przekonania, a nie o *savoir vivre*. Niezwykle cenne są uwagi krytyczne Doktorantki zgłaszane pod adresem niektórych typizacji przestępstw przewidzianych w ustawie o leczeniu niepłodności. Doktorantka stwierdziła, że takich typów przestępstw w samej tej ustawie jest 13, co oznacza iż zakres oddziaływania prawa karnego na sferę medycznie wspomaganą prokreacji „nie został określony zbyt szeroko”. Z poglądem tym można by polemizować gdyby była jasność co do tego, czy użyty przez Doktorantkę wyraz „zbyt” oznacza, że uważa ona, iż jest niewystarczająco szeroki, czy też zaprzecza temu jakoby był nazbyt szeroki. Podane w dalszej części wywody raczej przemawiają za pierwszą interpretacją. Autorka bowiem krytykuje np. typizację z art. 76 ustawy za, to że posługując się przy określeniu strony przedmiotowej liczbą mnogą, wyłącza odpowiedzialność sprawcy jednorazowych zachowań. Negatywnie także ocenia zbyt wąsko ujęty cel działania sprawcy, który należy mu udowodnić. Niemniej jednak, gdyby tak rzeczywiście było, że Doktorantka uważa zakres kryminalizacji przewidziany w ustawie za zbyt wąski, to wątek ten powinien być w rozprawie bardziej rozwinięty. Analizując znamiona czasownikowe art. art 76-89 tejże ustawy, Doktorantka słusznie wskazuje na trudności interpretacyjne z jakimi musiałyby borykać się organy ścigania i sądy, gdyby doszło do stosowania tych przepisów w praktyce. Zwraca też uwagę na niejasną konstrukcję strony podmiotowej przestępstwa z art. 77 ustawy o leczeniu niepłodności, a ponadto krytykuje użycie w innych przepisach zbyt ogólnych określeń, czy też zbyt wąsko ujętych granic dopuszczalności stosowania diagnostyki pre-implantacyjnej. To tylko przykłady zastrzeżeń zgłaszanych przez Autorkę pod adresem obowiązujących przepisów karnych ustaw, których w rozprawie jest znacznie więcej. Ta część rozprawy jest niezwykle cenna, gdyż Doktorantka proponuje tu oryginalne rozwiązania kilku problemów naukowych, które mogą być przydatne gdyby doszło do nowelizacji przepisów karnych ustawy z 2015 r.

W rozdziale VII, faktycznie rozpoczynającym część empiryczną rozprawy Doktorantka przy wykorzystaniu sondaży opinii publicznej prowadzonych przez CEBOS na przestrzeni dekady

stara się zbadać postawy Polaków wobec 4 następujących zagadnień. Po pierwsze, chodzi o poznanie stopnia społecznej akceptacji zabiegów zapłodnienia pozaustrojowego, jako takich, po drugie zbadanie stopnia społecznej akceptacji dla najbardziej kontrowersyjnego problemu, w postaci tworzenia embrionów pozaliczbowych, po trzecie, poglądów na temat refundacji zabiegów z funduszy publicznych, a także, po czwarte, indywidualnej gotowości skorzystania przez respondentów, w razie potrzeby, z takiej procedury. Analizy te potwierdziły wstępną hipotezę co do zróżnicowania stanowisk wobec ART. z przewagą dla postaw akceptujących, i pozwoliły na ustalenie czynników (zmiennych), od których zależy ich stopień akceptacji. Rozdział VIII rozprawy poświęcony jest kryminologicznym aspektom ART. Do przeprowadzenia badania poświęconego oszacowaniu ciemnej liczby przestępstw związanych z ART, Doktorantka użyła, jak już wspomniano, kilku różnych narzędzi. Przede wszystkim zbadała ukazujące się ogłoszenia publiczne, w których, w zróżnicowanej formie i szacie słownej, albo oferuje się własne (lub cudze) gamety do wykorzystania prokreacyjnego albo poszukuje takich gamet. Doktorantka stwierdziła przy tym, że wprawdzie jak można było oczekiwać, najwięcej takich ogłoszeń dotyczyło męskich gamet, ale zdarzały się też oferty udostępnienia komórek jajowych, a wyjątkowo także zarodków. Doktorantka zamieściła też własne ogłoszenia, zachęcając osoby chętne do pisemnego lub telefonicznego zgłaszania się. Obszerne materiały faktograficzne dostarczyły jej zwłaszcza wywiady telefoniczne prowadzone z potencjalnymi dawcami nasienia. W ocenie Doktorantki zjawisko bogatej oferty rynkowej gamet, zwłaszcza męskich, spowodowane jest przede wszystkim ograniczeniami podmiotowymi w dostępie do ART, a także wysokimi cenami takich zabiegów w klinikach leczenia niepłodności. Stwierdziła przy tym, że tylko niewielką liczbę mężczyzn, z grupy osób chcących oddać nasienie, można określić mianem dawców w rozumieniu ustawy o leczeniu niepłodności. Przeważającą część mężczyzn zgłaszających chęć oddania plemników stanowiły osoby, które po przykrywką niesienia pomocy w razie niepłodności, dążą do zaspokojenia własnych potrzeb seksualnych. Badania Doktorantki wykazały jak wiele zagrożeń i to nie tylko zdrowotnych, związanych jest z występowaniem tego zjawiska.

Oceniając generalnie pozytywnie potencjał polskiego systemu prawnego w zakresie ochrony przed nadużyciami sfery wspomaganie medycznie reprodukcji, Doktorantka uznała jego wykorzystanie w praktyce za niedostateczne, zwłaszcza biorąc pod uwagę stosunkowo łatwość ścigania osób handlujących gametami. Podkreśliła przy tym że bierność organów ścigania w tym obszarze można postrzegać jako trudną do odparcia pokusę do podjęcia lub intensyfikacji działań nielegalnych przez potencjalnych dawców oraz handlarzy gamet.

W zakończeniu rozprawy Doktorantka powróciła do sformułowanych na wstępie tez wskazując, które z nich zostały pozytywnie zweryfikowane. Ocena ta przedstawiona została w sposób przejrzysty i klarowny, tak że czytelnik uzyskuje bardzo dobre streszczenie treści zawartych w rozprawie.

III Uwagi końcowe

Całość wywodu Doktorantki przedstawia się jako wewnętrznie spójne, wielowątkowe multidyscyplinarne opracowanie monograficzne, w którym rozważania przedstawione zostały w sposób jasny, zwięzły, prawie bez zbędnych powtórzeń, co biorąc pod uwagę, złożoność problematyki i krzyżowanie się niektórych zagadnień, świadczy nie tylko o dobrym opanowaniu metodologii badań naukowych, lecz również zdolności do selektywnego przedstawiania posiadanej wiedzy. Rozprawa napisana jest z dużą naukową rzetelnością, w zasadzie poprawnym językiem. Na podkreślenie zasługuje też dyscyplina wywodu, przejawiająca się w ścisłym trzymaniu się ram wytyczonych tematem rozprawy, co świadczy o gruntownym przemyśleniu przez Autorkę zarówno całego układu pracy, jak też katalogu zagadnień szczegółowych, które zostaną poruszone. Warte pozytywnej oceny jest też obiektywizm, z jakim Autorka stara się zaprezentować zawarte w pracy tezy, a ponadto kreatywność w projektowaniu przeprowadzonych badań empirycznych. Uważam recenzowaną rozprawę za opracowanie na dobrym poziomie naukowym, z wyraźnie sformułowaną i dobrze uargumentowaną tezą zasadniczą, przy wykorzystaniu w szerokim zakresie nie tylko polskiej ale również obcojęzycznej literatury przedmiotu. W szczególności, przeprowadzona przez Doktorantkę analiza pozwoliła na weryfikację postawionych na wstępie hipotez, że uregulowania ustawy z 2015 r. są zgodne w dużym stopniu ze standardami międzynarodowymi i nie odbiegają w generalnych założeniach od zaliczanych do liberalnych ustawodawstw innych krajów oraz, że potencjał karnoprawy przewidziany w ustawie nie jest wykorzystywany w praktyce. Propozycje kierunków zmian niektórych przepisów karnych ustawy z 2015 r. można uznać za oryginalne rozwiązanie problemu naukowego. Nowatorskie są też przeprowadzone przez Autorkę badania empiryczne nad zjawiskiem ciemnej liczby przestępstw związanych z ART., które powinny być sygnałem dla wymiaru sprawiedliwości do niezwłocznego podjęcia działań w celu ograniczenia patologii w tym obszarze. Treść rozprawy, ze względu na zakres i formę prowadzenia analizy jak i sposób rozstrzygania problemów, dowodzi kompetencji Doktorantki w zakresie samodzielnego prowadzenia pracy naukowej. Świadczy też o dużej wiedzy na temat prawa karnego w ogóle jak też prawnokarnych aspektów prawa

medycznego. Uważam, że rozprawa , po niewielkim opracowaniu redakcyjnym zasługuje na opublikowanie.

Wyrażam w związku z tym przekonanie, że recenzowana rozprawa spełnia wymogi określone w art. 13 ustawy z 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. Nr 65 , poz. 595) i wnoszę o jej przyjęcie oraz dopuszczenie do publicznej obrony.



Eleonora Zielińska