

Zakaz użycia nasienia i dawstwa jajeczek do zapłodnienia *in vitro*

S.H. i inni przeciwko Austrii (orzeczenie – 3 listopada 2011r., Wielka Izba, skarga nr 57813/00)

Skarżący małżonkowie, obywatele Austrii, cierpiący na bezpłodność, chcieli posłużyć się technikami sztucznego zapłodnienia, na które prawo austriackie jednak nie zezwala.

*S.H. cierpi na niepłodność związaną ze schorzeniem jajowodu. Jej mąż D.H. jest również niepłodny. Z tego powodu w ich przypadku jedynie zapłodnienie *in vitro* z użyciem nasienia dawcy pozwoliłoby na posiadanie dziecka, którego przynajmniej jedno z nich byłoby genetycznym rodzicem.*

*H.E.-G. cierpiała na wadę rozwojową narządów płciowych powodującą, że nie produkowała jajeczek, podczas gdy jej mąż M.G. mógł produkować nasienie umożliwiające prokreację. W tym przypadku wyłącznie dzięki zapłodnieniu *in vitro* z użyciem komórki jajowej dawczyni mogliby posiadać dziecko, którego przynajmniej jedno z nich byłoby genetycznym rodzicem. Obie te możliwości jednak wykluczała ustawa o sztucznej prokreacji zakazująca posługiwania się nasieniem dawcy przy zapłodnieniu *in vitro* oraz generalnie dawstwa komórek jajowych. Równocześnie zezwalała na stosowanie innych technik wspomaganej prokreacji w szczególności zapłodnienia *in vitro* przy użyciu komórek jajowych i nasienia małżonków lub żyjących ze sobą partnerów (metody homologiczne), a w wyjątkowych okolicznościach na dawstwo nasienia, ale tylko w razie wprowadzenia ich do organów rozrodczych kobiety.*

*W maju 1998r. S.H i H.E.-G. wnieśli skargę do Trybunału Konstytucyjnego z żądaniem oceny wchodzących w grę przepisów ustawy o sztucznej prokreacji. W październiku 1999r. Trybunał Konstytucyjny wydał orzeczenie, w którym stwierdził, iż ingerencja w prawo do poszanowania życia rodzinnego była usprawiedliwiona. Chodziło o unikanie tworzenia się niezwyklej relacji osobistych takich, jak sytuacja, w której dziecko miałoby więcej niż jedną biologiczną matkę (genetyczną oraz tę, która była w ciąży), oraz ryzyka wykorzystywania kobiet - wywierania presji na kobietę znajdującą się w materialnie niekorzystnej sytuacji, aby oddała swoje komórki jajowe, a która sama nie mogłaby pozwolić sobie na zapłodnienie *in vitro*, jeśli chciałyby mieć dziecko.*

*W skardze do Trybunału skarżący zarzucili, iż zakaz technik sztucznej prokreacji z wykorzystaniem nasienia i jajeczek do zapłodnienia *in vitro* pochodzących od obcych dawców narusza ich prawo do poszanowania życia rodzinnego na podstawie art.8 Konwencji. Twierdzili również, że różnica traktowania w porównaniu z parami, które chciały posłużyć się technikami medycznie wspomaganej prokreacji bez uciekania się do dawstwa jajeczek lub nasienia oznaczała traktowanie dyskryminujące z naruszeniem art.14.*

Izba (Seksja I) 1 kwietnia 2010r. orzekła, stosunkiem głosów sześć do jednego, że nastąpiło w stosunku do nich naruszenie art.14 Konwencji w połączeniu z art.8 (sześć do jednego). W sprawie jako tzw. strony trzecie brały udział organizacje: The European Centre for Law and Justice, Hera Onlus, SOS Infertilità Onlus i Aktion Leben oraz rządy dwóch państw: Włoch i Niemiec.

Rząd zgodził się, że art.8 miał zastosowanie w tej sprawie. W związku z tym powołał się na ustalenia Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z 14 października 1999r. orzekł, iż decyzja małżonków lub żyjącej ze sobą pary o poczęciu dziecka oraz posłużeniu się w tym celu technikami medycznie wspomaganą prokreacji mieściła się w ich prawie do poszanowania życia prywatnego i w rezultacie wchodziła w zakres sfery objętej ochroną art.8.

Trybunał potwierdził, że pojęcie “życie prywatne” w rozumieniu art.8 Konwencji jest szeroką koncepcją obejmującą m.in. prawo do nawiązywania i rozwijania relacji z innymi istotami ludzkimi, prawo do “osobistego rozwoju” albo prawo do stanowienia o sobie. Obejmuje ono elementy takie, jak identyfikacja płciowa, orientacja seksualna i życie seksualne, które mieszczą się sferze osobistej chronionej w art.8 oraz prawo do poszanowania decyzji w sprawie posiadania dziecka.

W sprawie Dickson v. Wielka Brytania (orzeczenie z 4 grudnia 2007r.), która dotyczyła odmowy zapewnienia więźniowi i jego żonie możliwości doprowadzenia do sztucznego zapłodnienia, Trybunał stwierdził, że art.8 miał zastosowanie, bo odmowa sztucznego zapłodnienia wchodząca w grę dotyczyła ich życia prywatnego i rodzinnego, które to pojęcia obejmują prawo do poszanowania ich decyzji o staniu się genetycznymi rodzicami.

Trybunał uważał, że prawo żyjącej ze sobą pary do poczęcia dziecka i posłużenia się w tym celu medycznie wspomaganą prokreacją również podlega ochronie art.8, bo wybór taki jest wyrazem życia prywatnego i rodzinnego. Art.8 Konwencji miał więc zastosowanie.

Przy odpowiedzi na pytanie, czy w tym przypadku chodziło raczej o obowiązki pozytywne, czy o ingerencję w prawo, Trybunał przypomniał, że w sprawie X, Y i Z v. Wielka Brytania (orzeczenie z 22 kwietnia 1997r.) stwierdził, iż wśród państw Konwencji nie było ogólnie podzielanego podejścia co do sposobu, w jaki powinny zostać prawnie uregulowane relacje społeczne między dzieckiem poczętym w drodze sztucznego zapłodnienia przez dawcę i osobą, która spełniała rolę ojca. Zwrócił uwagę, że chociaż technologia medycznie wspomaganą prokreacji jest dostępna w Europie od kilku dziesięcioleci wiele kwestii z nią związanych, zwłaszcza kwestia pochodzenia, nadal wywołuje spory. Np. nie było zgody wśród państw Rady Europy w sprawie tego, czy interesy poczętego w ten sposób dziecka były najlepiej chronione przez zachowanie anonimowości dawcy nasienia albo czy dziecko powinno mieć prawo do poznania jego tożsamości. W ocenie Trybunału tamta sprawa dotyczyła problemów w dziedzinach, w których istniała bardzo niewielka wspólna płaszczyzna wśród państw Rady Europy a poza tym - mówiąc ogólnie - prawo było, jak się wydaje, w fazie przejściowej.

Orzeczenie to zostało wydane w 1997r. na krótko przed tym, jak skarżący w maju 1998r. wnieśli w niniejszej sprawie skargę do Austriackiego Trybunału Konstytucyjnego domagając się kontroli konstytucyjności art. 3 ust.1 i art. 3 ust.2 ustawy o sztucznej prokreacji. Z materiałów posiadanych przez Trybunał wynika, że od czasu wyroku Trybunału Konstytucyjnego w tej sprawie w nauce medycyny nastąpiło wiele wydarzeń, na które szereg państw Konwencji zareagowało w swoim ustawodawstwie. Zmiany te mogły więc mieć również wpływ na ocenę przez Trybunał faktów rozpatrywanej tu sprawy. Trybunał nie rozważał jednak, czy dzisiaj zakazy dawstwa nasienia i jajeczek byłyby usprawiedliwione na podstawie Konwencji, ale musiał orzec, czy były takie w okresie, w którym rozważał je Austriacki Trybunał Konstytucyjny. Przy ocenie Trybunał mógł jednak uwzględnić również wydarzenia późniejsze.

Analiza, czy zarzucone ustawodawstwo było zgodne z art.8 Konwencji wymagała następnie ustalenia, czy doszło do ingerencji w prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego (negatywne obowiązki państwa) czy raczej do niewypełnienia przez państwo w tej materii jego obowiązku pozytywnego.

Skarżący twierdzili, że zarzucone ustawodawstwo było ingerencją w sposób bezpośredni w prawa na podstawie art.8, bo przy jego braku zabieg, jakiego się domagali - zapłodnienie in vitro z jajeczek lub nasienia od dawcy - było powszechną i łatwo dostępną techniką medyczną. Zdaniem rządu kwestię, czy środek wchodzący w grę był ingerencją władz publicznych czy rzekomym naruszeniem przez państwo obowiązku pozytywnego można było pozostawić otwartą, bo oba wymienione obowiązki podlegają tym samym zasadom.

Trybunał potwierdził, że chociaż przedmiot art.8 jest w istocie ochrona jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych, nie zmusza on jedynie państwa do powstrzymania się przed taką ingerencją. W uzupełnieniu tego głównie negatywnego zobowiązania mogą istnieć również obowiązki pozytywne nieodłączne od skutecznego poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Mogą one wiązać się z przyjęciem środków mających zapewnić poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego nawet w sferze relacji między jednostkami. Granice między obowiązkami pozytywnymi i negatywnymi państwa na podstawie art.8 nie poddają się precyzyjnej definicji. Zasady mające zastosowanie są jednak podobne. W szczególności, w obu przypadkach wymagane jest zachowanie właściwej równowagi konkurujących ze sobą interesów.

Zdaniem Wielkiej Izby można było uznać, że ustawodawstwo wchodzące w grę rodziło kwestię istnienia obowiązku pozytywnego państwa udzielenia zgody na niektóre formy sztucznego zapłodnienia przy użyciu nasienia albo jajeczek pochodzących od osoby trzeciej. Kwestię tę można było jednak również rozważać jako ingerencję państwa w prawa skarżących w poszanowanie ich życia rodzinnego ze względu na zakaz niektórych technik sztucznego zapłodnienia znanych już nauce medycyny, ale z których nie mogli oni skorzystać. Trybunał postanowił spojrzeć na ten problem jako na ingerencję w prawo skarżących do posłużenia się technikami

sztucznego zapłodnienia przez uniemożliwienie przez obowiązujące przepisy ustawy o sztucznej prokreacji, które próbowali - bezskutecznie - kwestionować przed sądami.

Ingerencja ta była przewidziana przez prawo i realizowała uprawniony cel, a więc ochrony zdrowia lub moralności oraz ochrony praw innych osób. Przy ocenie konieczności tej ingerencji w demokratycznym społeczeństwie Trybunał przypomniał, że w sprawach na tle skarg indywidualnych zadanie Trybunału nie polega na abstrakcyjnej kontroli wchodzącego w grę ustawodawstwa lub praktyki, musi on bowiem w jak największym możliwym stopniu ograniczyć się – nie zapominając o kontekście ogólnym - do badania problemów na tle konkretnej, toczącej się przed nim sprawy. W rezultacie Trybunał nie mógł zastąpić właściwych władz krajowych w ustalaniu najbardziej odpowiedniej polityki w sferze regulacji kwestii związanych ze sztucznym zapłodnieniem.

Skarżący uważali, że ze względu na szczególne znaczenie prawa do założenia rodziny i prokreacji państwa nie mają żadnej swobody regulacji tych kwestii.

Trybunał potwierdził, że przy ustalaniu granic swobody państwa przy podejmowaniu decyzji w sprawach na tle art.8 Konwencji należy brać pod uwagę wiele czynników. Margines swobody państwa będzie zwykle ograniczony, jeśli wchodzi w grę szczególnie ważny aspekt egzystencji albo tożsamości jednostki. Margines ten jest szerszy w przypadku braku zgody wśród państw członkowskich Rady Europy co do względnie znaczenia interesu wchodzącego w grę albo najlepszych środków jego ochrony, zwłaszcza gdy sprawa rodzi delikatne kwestie moralne i etyczne. Ze względu na ich bezpośredni i stały kontakt z życiem swoich krajów władze państwowe są zasadniczo lepiej przygotowane niż sędzia międzynarodowy, do określenia precyzyjnej treści wymagań moralności ale również konieczności ograniczenia mającego stanowić odpowiedź na te wymagania. Margines ten jest zwykle szeroki, gdy państwo ma obowiązek zachowania równowagi między konkurującymi ze sobą interesami: prywatnym i publicznym albo między różnymi prawami Konwencji.

Według danych zawartych w opracowaniu “Medycznie wspomagana prokreacja i ochrona ludzkiego embrionu. Studium porównawcze o sytuacji w 39 państwach” przygotowanym przez Radę Europy w 1998r. na podstawie odpowiedzi ze strony państw członkowskich Rady Europy dla Komitetu Zarządzającego ds. Bioetyki, dawstwo jajeczka było wyraźnie zakazane w Austrii, Niemczech, Irlandii, Norwegii, Słowacji, Słowenii, Szwecji i Szwajcarii a dawstwo nasienia w Austrii, Niemczech, Irlandii, Norwegii i Szwecji. Dawstwo nasienia jest obecnie zakazane, poza Austrią, jedynie w trzech krajach: we Włoszech, na Litwie i w Turcji a dawstwo jajeczka jest zakazane w tych krajach oraz w Chorwacji, Niemczech i Szwajcarii. Ustawodawstwo w tej dziedzinie, jeśli w ogóle istnieje, znacznie się różni. W niektórych krajach medycznie wspomagana prokreacja jest szczegółowo uregulowana, w innych jednak tylko częściowo, w niektórych innych - wcale.

Obecnie w ustawodawstwach państw członkowskich widoczna jest wyraźna tendencja do zezwalania na dawstwo gamet do zapłodnienia in vitro. Jest ona wyrazem rosnącej zgody w tej materii na poziomie europejskim. Zgoda ta jest jednak na razie jedynie odbiciem stanu ewolucji szczególnie dynamicznej dziedziny prawa, nie wynika

natomiast z utrwalonych zasad istniejących w ich porządkach prawnych. Z tego powodu sytuacja ta nie może w stopniu decydującym ograniczać marginesu posiadanej przez państwo swobody.

W sytuacji, gdy użycie metody zapłodnienia *in vitro* zrodziło i nadal rodzi delikatne kwestie moralne i etyczne na tle szybko postępujących zmian rozwojowych w dziedzinie medycyny i nauki oraz ze względu na to, że dotyczą one dziedzin, w których wśród państw członkowskich nie ma jeszcze wyraźnego wspólnego stanowiska, Trybunał uważał, że swoboda państw musi być szeroka i zasadniczo rozciągać się zarówno na jego decyzje dotyczące interwencji w tej materii jak i - już po jej podjęciu - na przyjęte przez nie szczegółowe regulacje mające równoważyć konkurujące ze sobą interesy: publiczny i prywatny. Nie oznacza to jednak, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania pozostają poza kontrolą Trybunału. To on bowiem musi dokładnie zbadać argumenty brane pod uwagę w procesie legislacyjnym i prowadzące do określonych wyborów dokonanych przez ustawodawcę oraz ocenić, czy została zachowana właściwa równowaga między konkurencyjnymi interesami państwa i osób bezpośrednio przez nie dotkniętych. W tym kontekście – zdaniem Trybunału - sytuacja dwojga pierwszych skarżących - S.H. i D.H. oraz dwojga drugich - H.E.-G. i M.G. - wymagała odrębnego zbadania. Uważał, że należało zacząć ocenę od tych drugich i kwestii dawstwa jajeczek.

H.E. - G. cierpiała na wadę rozwojową narządów płciowych powodującą, że nie produkowała jajeczek, podczas gdy jej mąż M.G. mógł produkować nasienie umożliwiające prokreację. W tym przypadku wyłącznie dzięki zapłodnieniu *in vitro* z użyciem komórki jajowej dawczyni mogliby posiadać dziecko, którego przynajmniej jedno z nich byłoby genetycznym rodzicem. Wykluczał to jednak bezwarunkowy zakaz heterologicznych metod sztucznej prokreacji do zapłodnienia *in vitro* zawarty w art. 3 ust.1 ustawy o sztucznej prokreacji, nie zezwalający na dawstwo jajeczka.

Rząd twierdził, że zakaz dawstwa jajeczka dla zapłodnienia *in vitro* wprowadzony przez austriackiego ustawodawcę był konieczny w demokratycznym społeczeństwie, z zachowaniem właściwej równowagi wchodzących w grę interesów. Twierdził, że ustawodawca miał obowiązek wprowadzić pewne ograniczenia medycznych technik sztucznej prokreacji ze względu na moralnie i etycznie delikatną naturę związanych z nimi problemów oraz niepewność w znacznej części społeczeństwa co do roli i możliwości współczesnej medycyny reprodukcyjnej.

Trybunał uważał, że w tak delikatnej dziedzinie, jak sztuczna prokreacja, względy te mają duże znaczenie. Nie mogą jednak być wystarczającym powodem całkowitego zakazu określonej techniki sztucznej prokreacji takiej, jak dawstwo jajeczka. Niezależnie od dużej swobody państw przyjęte przez nie ramy prawne muszą być spójny i pozwalać na odpowiednie uwzględnienie różnych wchodzących w grę interesów.

Rząd twierdził, że zaawansowane techniki medyczne sztucznej prokreacji takie, jak zapłodnienie *in vitro* wiążą się nieodłącznie z ryzykiem stosowania ich nie tylko w celach terapeutycznych ale innych - jak "selekcja" dzieci. Poza tym zwracał uwagę na

PRAWA AUTORSKIE ZASTRZEŻONE © MAREK ANTONI NOWICKI

inne istniejące - jego zdaniem – ryzyko wykorzystywania i upodlania kobiet – dawczyń jajeczek - zwłaszcza pochodzących z ubogich środowisk. Z drugiej strony, kobiety decydujące się na zapłodnienie in vitro mogą być zmuszane do udostępnienia większej liczby jajeczek niż ściśle konieczna, aby w ten sposób umożliwić im pokrycie związanych z tym zabiegiem kosztów. Rząd podkreślił, że technika zapłodnienia in vitro, wiążąca się z koniecznością wydobycia jajeczek z ciała kobiety, jest ryzykowna i ma poważne negatywne konsekwencje dla kobiet poddanych takiemu zabiegowi. W takiej sytuacji ustawodawca musi szczególnie starać się je ograniczać w sytuacjach, w których wchodzi w grę osoby trzecie, a więc dawcy.

Skarżący twierdzili, że negatywne skutki, na które powoływał się rząd można było ograniczyć albo im zapobiec przy pomocy innych środków, które ustawodawca austriacki mógł przyjąć a poza tym skutki te nie były wystarczające do uznania, iż przeważały nad interesami osób dążących do posiadania dziecka.

Trybunał uważał, że dziedzina sztucznej prokreacji rozwija się szczególnie szybko z naukowego punktu widzenia oraz rozwoju regulacji prawnych dotyczących jej zastosowań medycznych. Z tego właśnie powodu szczególnie trudno ustalić rozsądną podstawę oceny konieczności i odpowiedniego charakteru środków ustawodawczych, których skutki mogą się uwidocznic dopiero po dłuższym czasie. Zrozumiała jest więc postawa państw, według których w dziedzinie sztucznej prokreacji wymagana jest szczególna ostrożność.

Ustawodawca austriacki nie wykluczył całkowicie skutecznej prokreacji, bo zgodził się na użycie metod homologicznych. Zgodnie z wnioskami z orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 14 października 1999r. kierował się on ideą, iż do medycznie wspomaganą prokreacji musi dochodzić w podobny sposób jak do naturalnej a w szczególności wymagane jest zachowanie podstawowej zasady prawa cywilnego - mater semper certa est – aby unikać możliwości domagania się przez dwie kobiety uznania ich za biologiczną matkę tego samego dziecka oraz sporów między matką biologiczną i genetyczną w szerszym sensie. Czyniąc to, ustawodawca starał się pogodzić wolę udostępnienia medycznie wspomaganą prokreacji i istniejącą niepewność dużej części społeczeństwa co do roli i możliwości współczesnej medycyny reprodukcyjnej rodzących delikatne kwestie natury moralnej i etycznej.

Trybunał zauważył poza tym, że ustawodawca wprowadził konkretne zabezpieczenia i środki ostrożności zastrzegając użycie technik sztucznej prokreacji przez wyspecjalizowanych lekarzy dysponujących specjalną wiedzą i doświadczeniem w tej dziedzinie i związanych zasadami etycznymi swego zawodu oraz ustawowo zakazując wynagrodzenia za dawstwo jajeczka i nasienia. Środki te miały służyć zapobieganiu ryzyka selekcji eugenicznej, ich nadużywania jak również ryzyka wykorzystywania kobiet znajdujących się w trudnej sytuacji jako dawców jajeczek. Ustawodawca austriacki mógł teoretycznie opracować i wprowadzić inne środki lub zabezpieczenia w celu zredukowania opisanego przez rząd ryzyka związanego z dawstwem jajeczka. W związku ze wspomnianym przez rząd ryzykiem związków, w których okoliczności społeczne różnią się od biologicznych, Trybunał zauważył, że odbiegające od zwyczajnych relacje rodzinne w szerokim sensie - nie przypominające typowego związku rodzic - dziecko wynikającego z bezpośredniego powiązania biologicznego -

nie są obce porządkom prawnym państw Konwencji. Instytucja adopcji pojawiła się w pewnym okresie, aby zapewnić zadawalające ramy prawne dla takich relacji i jest dzisiaj znana we wszystkich państwach członkowskich. Tak więc możliwe było również przyjęcie właściwych regulacji związanych z dawstwem jajeczka. Trybunał nie mógł jednak pominąć faktu, że podział macierzyństwa między matkę genetyczną i drugą – która nosiła je w swoim łonie - znacznie różni się od relacji rodzic adopcyjny - dziecko stanowiąc w tej materii zupełnie nową sytuację.

Ustawodawca miał możliwość przyjęcia innego sposobu prawnego uregulowania sztucznej prokreacji, który zezwalałby na dawstwo jajeczka. W wielu państwach członkowskich Rady Europy takie rozwiązanie zostało przyjęte. W tym przypadku nie chodziło jednak o to, czy ustawodawca mógł znaleźć inne rozwiązanie, być może lepiej zachowujące właściwą równowagę interesów, ale czy przyjmując krytykowane rozwiązanie nie przekroczył granic swobody posiadanej na podstawie art.8. Przy rozstrzygnięciu tej kwestii pewne znaczenie miał wskazany wyżej brak wystarczająco solidnej zgody europejskiej w tej materii.

Jedynym instrumentem na poziomie międzynarodowym dotyczącym dawstwa jajeczka do sztucznej prokreacji są zasady przyjęte w 1989 r. przez komitet ekspertów ad hoc ds. postępów w naukach biomedycznych. Zasada 11 stwierdza, że zasadniczo zapłodnienie *in vitro* musi być dokonywane z użyciem gamet pochodzących od żyjącej ze sobą pary. Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie z 1997r. oraz Protokół Dodatkowy z 2002 r. do tej Konwencji milczą na ten temat. Dyrektywa 2004/23/EC Unii Europejskiej wyraźnie przewiduje, że “Dyrektywa ta nie może ingerować w decyzje podejmowane przez państwa członkowskie odnoszące się do postępowania się lub nie takimi czy innymi specyficznymi typami ludzkich komórek, w tym komórek płciowych i komórek macierzystych embrionalnych”.

S.H. cierpi na niepłodność związaną ze schorzeniem jajowodu. Jej mąż D.H. jest również niepłodny. Z tego powodu w ich przypadku jedynie zapłodnienie *in vitro* z użyciem nasienia dawcy pozwoliłoby na posiadanie dziecka, którego przynajmniej jedno z nich byłoby genetycznym rodzicem. Wykluczał to jednak bezwarunkowy zakaz heterologicznych metod sztucznej prokreacji do zapłodnienia *in vitro* zawarty w art. 3 ust.1 ustawy o sztucznej prokreacji. Równocześnie art. 3 ust. 2 tej ustawy zezwalał na dawstwo nasienia do zapłodnienia *in vivo*.

Trybunał potwierdził, że wprowadzenie przez państwo ustawodawstwa regulującego ważne aspekty życia prywatnego, które nie przewiduje możliwości rozważania w każdej indywidualnej sprawie wchodzących w grę konkurencyjnych interesów, nie jest sprzeczne z wymaganiami art.8 Konwencji. Przyjęcie w takich przypadkach przez ustawodawcę bezwzględnych zasad służy wprowadzeniu w tej materii pewności prawnej.

Izba wskazała na szczególne znaczenie faktu, że ten typ sztucznej prokreacji (dawstwo nasienia do zabiegu *in vitro*) łączył dwie techniki, na które – pojedynczo – istniała zgoda na podstawie ustawy o sztucznej prokreacji, a więc zapłodnienia *in vitro* z jednej strony oraz dawstwa nasienia do poczęcia *in vivo* – z drugiej.

Stwierdziła, że zakaz połączonych dwóch technik medycznych, które osobno były dozwolone, wymagał szczególnie przekonujących argumentów. Jedyny argument, który go – zdaniem Izby – cechował, był taki, że sztuczne zapłodnienie *in vivo* było praktykowane już od pewnego czasu, było łatwe do przeprowadzenia, przestrzeganie zakazu byłoby więc trudne do skontrolowania. Taki argument, ograniczający się do kwestii skuteczności, musiał ustąpić przed konkretnymi istotnymi interesami zainteresowanych osób. W rezultacie – zdaniem Izby - zarzucona różnica traktowania nie była usprawiedliwiona.

Ten sposób rozumowania nie przekonał Wielkiej Izby. Uważała ona, że przy badaniu zgodności z wymaganiami Konwencji zakazu konkretnej techniki sztucznej prokreacji należało pamiętać o ramach prawnych, których był on częścią. I dopiero w tym szerszym kontekście można go było oceniać.

Niektóre argumenty rządu na obronę zakazu dawstwa gamet do zapłodnienia *in vitro* takie, jak: uniemożliwienie wykorzystywania biednych kobiet albo ograniczenie potencjalnego ryzyka dla życia dawczyń oraz dążenie do uniemożliwienia tworzenia nietypowych relacji rodzinnych ze względu na podzielone macierzyństwo, mogły odnosić się w rzeczywistości tylko do zakazu dawstwa jajeczek.

Pozostały jednak główne względy, na które powoływał się rząd, który twierdził, że zakaz dawstwa gamet angażującego udział osób trzecich w wysoce technicznym procesie medycznym budził w społeczeństwie austriackim kontrowersje rodząc skomplikowane kwestie natury społecznej i etycznej, w związku z którymi nie ma jeszcze żadnej społecznej zgody. Nie można było pominąć godności ludzkiej, dobra dzieci w ten sposób poczętych i zapobiegania negatywnym konsekwencjom albo potencjalnym nadużyciom. Trybunał już wcześniej stwierdził, że przyjęty z tych powodów zakaz dawstwa jajeczka dla zapłodnienia *in vitro*, był zgodny z wymaganiami art.8 Konwencji. Istotne były tu również kategorie ogólne, w jakich należało go oceniać.

Fakt, iż ustawodawca austriacki przyjął ustawę o sztucznej prokreacji zakazującą dawstwa nasienia i jajeczek do zapłodnienia *in vitro* a nie zakazał równocześnie dawstwa nasienia do zapłodnień *in vivo* – techniki, która była już wcześniej przez dłuższy czas tolerowana i zaakceptowana przez społeczeństwo – był ważnym elementem w procesie równoważenia różnych interesów i nie można było go rozważać wyłącznie na tle kwestii ewentualnej skuteczności kontroli przestrzegania zakazów.

Przeciwnie, należało w tym widzieć potwierdzenie uważnego i ostrożnego stanowiska ustawodawcy w dążeniu do pogodzenia społecznych realiów z jego zasadniczym podejściem w tej dziedzinie. W związku z tym Trybunał zauważył, że w prawie austriackim nie było zakazu wyjazdu osób zainteresowanych zagranicę w celu leczenia niepłodności z użyciem technik sztucznej prokreacji niedozwolonych w Austrii oraz że w przypadku powodzenia takich zabiegów mogli oni powoływać się na kodeks cywilny, który zawiera jasne zasady dotyczące ojcostwa i macierzyństwa będące wyrazem poszanowania woli rodziców.

Z tych względów Trybunał uznał, że ani w związku z zakazem dawstwa jajeczka dla celów sztucznej prokreacji ani z zakazem dawstwa nasienia do zapłodnienia *in vitro* ustawodawca nie przekroczył w owym czasie granic przyznanej mu swobody. Tak więc nie doszło do naruszenia art.8 Konwencji w stosunku do żadnego ze skarżących (stosunkiem głosów trzynastu do czterech).

Trybunał zauważył jednak, że parlament austriacki dotychczas nie dokonał szczegółowej oceny zasad rządzących sztuczną prokreacją, z uwzględnieniem wskazanych wyżej dynamicznych zmian w nauce i społeczeństwie. Trybunał zauważył również, że Austriacki Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że ustawodawca zastosował się do zasady proporcjonalności na podstawie art. 8 ust.2 Konwencji, dodał jednak, że przyjęcie przez ustawodawcę, iż homologiczna metoda sztucznej prokreacji będzie zasadą a zapłodnienie z użyciem nasienia dawcy wyjątkiem, odzwierciedlała istniejący w owym czasie stan wiedzy medycznej i zgody istniejącej w społeczeństwie. To jednak nie oznacza, że kryteria te nie mogą ulegać zmianie, co ustawodawca musi brać w przyszłości pod uwagę.

Rząd nie wskazał w żaden sposób, iż władze podjęły później w jakiś sposób ten aspekt orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. W związku z tym Trybunał potwierdził, że Konwencja zawsze była interpretowana i stosowana w świetle aktualnych warunków. Nawet, jeśli w tej sprawie nie było naruszenia art.8, dziedzina ta - w której prawo wydaje się ciągle ewaluować i jest przedmiotem szczególnie dynamicznych zmian w nauce i prawie - wymaga stałej kontroli przez państwa Konwencji.

W związku z zarzutem dyskryminacji Trybunał uważał, że jego istota została wystarczająco wzięta pod uwagę przy badaniu zarzutu na tle art.8. Z tego wynikało, że nie było powodu do odrębnego badania tych samych faktów z punktu widzenia art.14 odczytywanego w połączeniu z art.8 Konwencji.

Uwagi:

Nie jest to pierwsza sprawa, zwłaszcza w ostatnim okresie, kiedy 17 – osobowa Wielka Izba dochodzi do innych wniosków niż wcześniej 7 – osobowa Izba Trybunału. Temu zresztą służy system tzw. wewnętrznej apelacji, niezwykle ważny zwłaszcza w sprawach rodzących nowe ważne i trudne kwestie na tle Konwencji, a do takich należą niewątpliwie te związane ze sztuczną prokreacją. Polska jest jednym z krajów, w których pełna i poważna dyskusja w tej materii jeszcze się nie odbyła. Jest ona jednak nieuchronna. Również dlatego warto sięgnąć do tego orzeczenia, które – z naszego punktu widzenia – zostało wydane w dobrym momencie.